



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2864

Madrid, miércoles 1 de septiembre de 2010



TS SOCIAL

2010/71353

TS Sala 4ª, Sentencia 22 abril 2010. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

A efectos de prestación por desempleo

Cálculo del período de ocupación cotizada de trabajadores fijos discontinuos

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador del mar demandante contra sentencia que le denegó la prestación por desempleo solicitada por no reunir el período de cotización necesario.

Según la Sala, para los trabajadores fijos discontinuos como el actor, los períodos de ocupación cotizada no deben interpretarse restrictivamente como equivalentes a días efectivamente trabajados. En efecto, si su salario diario incluye la parte proporcional de sábados, domingos, festivos y vacaciones, los días de trabajo efectivo deben incrementarse con el número de días retribuidos y cotizados, ya que si la cotización por el salario de ese día también incluye la de los días que se le pagan prorrateados, lo que supone que cotiza por ellos, por la misma razón éstos se deben computar para calcular el período de ocupación acreditada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, consiste en determinar el periodo de cotización exigible a los trabajadores portuarios, fijos-discontinuos, del Puerto de Villagarcía de Arosa, para causar las prestaciones contributivas por desempleo, habida cuenta que su retribución por día de trabajo incluye, aparte de otros conceptos, la parte proporcional de sábados, domingos, festivos y vacaciones, así como que los mismos trabajan 40 horas a la semana de lunes a viernes. La cuestión ha sido resuelta de forma diferente por las sentencias comparadas, dictadas ambas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia: la recurrida de fecha 14 de mayo de 2009 en el recurso de suplicación

2319/06 y la de contraste de fecha 29 de mayo de 2007 (R. Suplicación 3105/04). Concorre el requisito de contradicción que viabiliza la procedencia del recurso que nos ocupa porque ambas sentencias contemplan un supuesto sustancialmente idéntico en los términos que establece el artículo 217 de la L.P.L. En ambos casos se trataba de un estibador portuario del Puerto de Villagarcía de Arosa que trabajaba con carácter temporal, según las necesidades del servicio con un salario por día efectivo de trabajo que incluía la parte proporcional de sábados, domingos, festivos y vacaciones, siendo la jornada laboral máxima de ocho horas durante cinco días a la semana. Pese a esa identidad las sentencias comparadas han llegado a soluciones contrapuestas: la recurrida ha estimado que el trabajador, al

tener efectivamente cotizados 236 días desde el último disfrute de prestaciones contributivas por desempleo, no reúne el periodo de ocupación cotizada necesario para causar una nueva prestación, mientras que la de contraste, ha estimado que si reúne el periodo de cotización requerido para causar una nueva prestación, porque a los días efectivamente trabajados deben sumársele los sábados, domingos, festivos y las vacaciones por las que cotizó al estar incluido el salario de esos días en el salario diario que cobró y por el que cotizó. Procede, consecuentemente, unificar las doctrinas dispares que sostienen las sentencias comparadas, dictadas en casos idénticos.

SEGUNDO.- El recurso alega la infracción del artículo 6 de la Orden de 30 de mayo de 1991 en relación con las sentencias de esta Sala de 13 de mayo y 14 de junio de 2002 y con los artículos 4-3 del Código Civil y con el R.D. 144/1999, al entender el recurrente que la expresión "períodos de ocupación cotizada" que utiliza el artículo 210-4 de la L.G.S.S. no hace referencia a días de trabajo efectivo, sino de ocupación y cotización, lo que obligaría a computar dos días por descanso semanal, festivos y vacaciones por los que el recurrente cotizó, al estar incluido en la retribución diaria por la que cotizó el salario de esos días.

La cuestión planteada ha sido ya unificada por esta Sala en sus sentencias de 4 de noviembre de 2008 (Rec. 2452/07) y 17 de diciembre de 2009 (Rec. 1595/09) dictadas en supuestos iguales al de autos. En ellas se ha resuelto que es más correcta la doctrina establecida por la sentencia de contraste, solución que la primera de las sentencias citadas fundó diciendo: "La resolución de la cuestión planteada requiere reseñar que en materia de desempleo para causar la prestación es de aplicar la normativa, específica en la materia, cual dispone el artículo 2-2 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, normativa constituida en el particular que nos ocupa por el artículo 210-1 de la L.G.S.S. que establece: "La duración de la prestación por desempleo estará en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar",

SUMARIO

TS

CIVIL

Determinación de indemnización por distribución de fármaco similar 3

PENAL

Lesiones por imprudencia cometidas por agente de policía 7

ADMINISTRATIVO

Improcedencia de regulaciones por incrementos de amortización 9

SOCIAL

Cálculo del período de ocupación cotizada de trabajadores fijos discontinuos 1

Imprescriptibilidad del derecho a revisar la base reguladora de prestación por IP 2

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

con arreglo a la escala que la propia norma refleja.”.

“Así mismo, conviene recordar que esta Sala en sus sentencias de 13 de mayo de 2002 (R-3687/01) y 14 de junio de 2002 (R-4118/01) interpretando ese artículo en supuestos parecidos al de autos (se trataba de trabajadores fijos discontinuos en campaña agrícola a los que se pagaba por día trabajado un salario que incluía la parte proporcional de domingos, festivos y vacaciones) declaró:

“La expresión “períodos de ocupación cotizada” que emplea el tan citado art. 210.1 de la LGSS no puede interpretarse en un sentido tan restrictivo que resulte equivalente a días efectivamente trabajados, por cuanto, respecto de los trabajadores fijos discontinuos a los que se refiere la Orden reiteradamente invocada, el art. 6 de ésta considera como cotizado, por cada día de trabajo real y efectivo, 1,33 días o 1,61 días, según que la jornada se desarrolle, respectivamente, de lunes a sábado o de lunes a viernes, y ello es así porque a los días de descanso -por los que también se cotiza- dan derecho los días efectivamente trabajados. Prueba de ello es que, si se multiplican los 275 días al año que puede trabajar, como máximo, un operario fijo (resultantes de restar de los 365 días naturales del año 52 domingos, 12 festivos y 26 días de período vacacional, ya que los 4 domingos de este período están incluidos en los 52 antes expresados) por el coeficiente 1,33, se obtiene como resultado precisamente los 365 días antes señalados, y no hay razón alguna para no computar, tanto a efectos de carencia para alcanzar derecho a la prestación como a efectos de ser tenidos en cuenta para determinar la duración de aquélla, esos días, pues por ellos se ha cotizado”.

“Tal como en la sentencia de contraste también se razona, es cierto que el trabajador fijo discontinuo puede llegar a trabajar en algunos períodos del año, como consecuencia de necesidades impuestas por las fechas de recolección de los productos agrícolas, el mismo número de días -o incluso más- que un trabajador fijo, y que en tales ocasiones resulten más días cotizados que los naturales de un mes, pues 26 días de trabajo efectivo suponen para un fijo discontinuo 34 días de cotización; pero ello no es obstáculo para el cómputo de todas las cotizaciones, porque en ellas va incluida la parte proporcional de las vacaciones, que los fijos

discontinuos no disfrutaban normalmente, y por las que los trabajadores fijos cotizan en el mes de su disfrute, de tal suerte que no existe, en cómputo anual, diferencia alguna porque, como ya se dijo, a 275 días de trabajo real corresponden 365 cotizaciones”.

“Tal doctrina, así como la normativa que cita, es de aplicar al caso de autos como ha dictaminado el Ministerio Fiscal, por cuanto, cual se deriva del artículo 4.1 del Código Civil, deben aplicarse idénticas soluciones normativas y jurisprudenciales a los supuestos fácticos análogos en los que exista identidad de razón, como aquí ocurre. En efecto, si el salario diario cobrado por el estibador portuario, cinco días a la semana, incluye la parte proporcional del salario del sábado y del domingo de esa semana y la parte proporcional del salario de los días festivos y de las vacaciones, resulta que la cotización por el salario de ese día, también, incluye la de los días que se le pagan prorrateados, lo que supone que cotiza por ellos, razón por la que los mismos se deben computar para calcular el período de ocupación cotizada que acredita.”.

Sostiene la parte recurrida que no cabe la aplicación analógica de la Orden de 30 de mayo de 1991 a los trabajadores eventuales, sino sólo a los fijos-discontinuos, condición esta que no acredita el actor. Pero con independencia de la calificación del contrato y de que la sentencia recurrida considera que su naturaleza es de fijo-discontinuo, conviene recordar que, conforme a nuestra doctrina, la aplicación analógica procederá siempre que el salario diario incluya la parte proporcional de sábados, domingos, festivos y vacaciones, porque, aunque estos días no se trabaja, es lo cierto que el interesado los cobra y la empresa cotiza por ellos.

TERCERO.- Procede, consecuentemente, estimar el recurso y por tanto, a casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de desestimar el recurso que interpuso el Instituto Social de la Marina y de confirmar la sentencia de la instancia, ya que el recurrente tiene suficiente período de carencia si se aplican los coeficientes correctores de los que se hacen eco nuestras sentencias de 13 de mayo y 14 de junio de 2002 que antes se han citado. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S.

M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Fernando Peche Villaverde en nombre y representación de D. Enrique contra la sentencia dictada el 14 de mayo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación núm. 2319/06, interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Pontevedra, en autos núm. 259/05, seguidos a instancias de D. Enrique contra Instituto Social de la Marina sobre prestaciones por desempleo. Casamos y anulamos la sentencia recurrida a la par que confirmamos la sentencia dictada en la instancia y desestimamos el recurso de suplicación que en su día interpuso el Instituto Social de la Marina. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- José Manuel López García de la Serrana.- Juan Francisco García Sánchez.- María Lourdes Arastey Sahun.- Milagros Calvo Ibarlucea.

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

2010/78862

TS Sala: 4ª, Sentencia: 31 marzo 2010. Ponente: D. Luis de Castro Fernández

Imprescriptibilidad del derecho a revisar la base reguladora de prestación por IP

Frente a sentencia que concedió la revisión de la base reguladora de la pensión de incapacidad

solicitada por el demandante, recurre en casación para la unificación de doctrina el INSS, siendo desestimado el recurso por la Sala General del TS. Declara el Alto Tribunal la imprescriptibilidad del derecho a revisar la base reguladora de las prestaciones declaradas pues admite esta posibilidad aun después de transcurridos cinco años desde el reconocimiento de las mismas, añadiendo que la decadencia del derecho únicamente alcanza a las percepciones económicas -por diferencias- que sean superiores a tres meses.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Conforme al relato de los hechos declarados probados, el accionante en las presentes actuaciones fue declarado en situación de IPA por resolución del INSS fechada en 25/03/93, al amparo de los Reglamentos Comunitarios, con base reguladora (en adelante BR) de 2.797 Ptas. mensuales y con prorrata del 28 % a cargo de la Seguridad Social española. En 09/04/07, el pensionista solicitó la reconversión de su pensión en la propia del SOVI y nueva BR, accediendo la Entidad Gestora a la primera pretensión pero no a la segunda.

2.- Presentada demanda, la misma fue desestimada por el Juzgado núm. Dos de los de Granada en sentencia de 03/10/08 (autos 625/07), siguiendo la interpretación efectuada por la STS 17/11/05, “en el sentido de que el plazo (de cinco años, previsto en el art. 43.1 LGSS) no sólo se refiere al reconocimiento en sí del derecho, sino también en lo que afecta (a) la determinación de su cuantía concreta para (el) cálculo de base reguladora”. Y formulado recurso de Suplicación, la STSJ Andalucía/Granada 01/04/09 (rec. 3036/08) revocó la de instancia, argumentando que tal doctrina no puede ser de aplicación tras la modificación del art. 43.1 LGSS por la DF Tercera de la Ley 42/2006, que reguló de manera específica los efectos económicos de la revisión de las pensiones ya reconocidas, señalando doctrina de esta Sala que declara la imprescriptibilidad del derecho a reclamar la modificación de la BR de las prestaciones declaradas.

3.- Recurre el INSS, señalando como decisión de contraste la STSJ de Andalucía/Granada 10/12/08 (rec. 1906/08) y denunciando como infringido el citado art. 43.1 LGSS,

ELDERECHO
GRUPO
EDITORIAL

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

DIRECTOR: Evaristo Moliné

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

con la afirmación de que la cuestión ya había sido resuelta -en el sentido interesado- por las SSTS 19/12/00 y 17/11/05, precisamente en los términos argumentales efectuados por la sentencia de instancia.

4.- Se cumple adecuadamente la exigencia que impone el art. 217 LPL -como requisito de viabilidad para el RCU- -de que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, a verificar por el contraste entre la parte dispositiva de sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 13/10/09 -rcud 1219/08-; 13/10/09 -rcud 3568/08-; 13/10/09 -rcud 4174/08-; 15/10/09 -rcud 2553/08-; y 09/11/09 -rcud 3747/08-). Y se cumple, porque en ambos casos se trata de pensionistas que interesan la modificación al alza de su pensión por revisión de su BR cuando han transcurrido más de cinco años desde la fecha en que la prestación se les había reconocido, y en tanto la recurrida consideró que el derecho a la modificación puede ser ejercitado aún después de haber transcurrido aquel plazo, la decisión de contraste llega a la opuesta conclusión de que para tal supuesto el derecho ha decaído por prescripción.

SEGUNDO.- 1.- Rechazamos el recurso, por cuanto que las sentencias que cita (de 19/12/00 -rcud 3684/99- y 17/11/05 -rcud 3661/04-) representan dos aislados pronunciamientos que representan la excepción a una uniforme doctrina que se inicia con la sentencia de 07/07/93 (-rcud 1193/92-), dictada por el Pleno de la Sala, y cuyo criterio fue posteriormente reproducido en multitud de ocasiones, tanto respecto de la pensión de Jubilación (entre las recientes, SSTS 18/06/07 -rcud 2189/06-; 29/06/07 -rcud 1345/06-, apreciando falta de contenido casacional; 20/11/07 -rcud 3453/06-; 17/12/07 -rcud 4715/06-; 22/01/08 -rcud 3444/06-; y 22/09/09 -rcud 3849/08-, que recuerda la doctrina en obiter dicta), cuanto para muerte y supervivencia (SSTS 08/03/99 -rcud 196/98-; 01/02/00 -rcud 3214/98-; y 28/11/07 -rcud 5083/06-), para desempleo (STS 14/10/99 -rcud 657/99-), para Incapacidad Temporal (SSTS 24/10/05 -rcud 1918/04-; y 08/02/07 -rcud 4985/05-) y más concretamente para Incapacidad Permanente (así, próximas, SSTS 27/10/05 -rcud 3844/02-; 17/11/05 -rcud 3661/04-; 09/11/06 -rcud 3235/05-; 21/11/06 -rcud 3897/05-; 31/01/07 -rcud 2633/05-; y 10/02/09 -rcud 1318/08-).

2.- En justificación de tal doctrina hemos de decir que ciertamente ha de partirse de la base de que el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema

(SSTC 65/1987, de 21/mayo; 37/1994, de 10/febrero; 44/2004, de 23/marzo. Se recuerda la doctrina en las STS 05/07/07 -rcud 689/06-; 21/02/08 -rcud 2836/06-; y 04/03/08 -rcud 571/07-). Pero en todo caso, la obvia argumentación -para unos y otros supuestos de los citados en el anterior apartado- es la de que si bien puede entenderse razonable evitar que se beneficie de la prestación quien cumple los requisitos para obtenerla pero descuidadamente omite la solicitud de que le sea reconocida, dificultando con ello -además- el control de la Entidad Gestora sobre la concurrencia de los requisitos del hecho causante, tal censura no puede predicarse en el supuesto de que lo reclamado sea la modificación de la cuantía de aquélla (particularmente por revisión de la BR), siendo así que en tal caso ni se dificulta el referido control administrativo ni el retraso en la solicitud es atribuible a desidia del beneficiario, sino ordinariamente a dificultades -prácticas y jurídicas- en la correcta determinación de la base o incluso a cambios en la doctrina jurisprudencial.

Ello sin olvidar que la prescripción extintiva, al ser una institución que no se funda en razones de estricta justicia, sino que atiende a las pragmáticas consecuencias de dotar a las relaciones jurídicas de un mínimo de certeza y seguridad, debe ser interpretada de forma restrictiva (así, SSTS 02/12/02 -rcud 738/02-; y 27/06/08 -rcu 107/06-), de manera que sólo perjudique a quién, por su inactividad, haya hecho efectiva dejación de sus derechos (STS 07/06/06 -rec. 265/05-).

3.- A mayor abundamiento hemos de señalar que este consolidado criterio de la Sala sale reforzado con la vigente redacción del art. 43.1 LGSS (introducida por la DF Tercera de la Ley 42/2006, de 28/diciembre), pues si en ella se contiene la novedad de regular específicamente la prescripción de los efectos económicos de las "solicitudes de revisión" de las prestaciones ya reconocidas y al efecto se limita a disponer una retroactividad máxima de tres meses para la nueva cuantía, sin aludir para nada a la prescripción del propio derecho a reclamar la modificación de la pensión, en tanto que en el párrafo anterior -referido al reconocimiento inicial de la prestación- no sólo se prevé la retroactividad del reconocimiento inicial de la prestación, sino también la prescripción del derecho "al reconocimiento" por el transcurso de cinco años desde la fecha del hecho causante, es claro que con ello se refuerza la doctrina jurisprudencial estimativa de que el derecho a revisar la cuantía no prescribe y que la decadencia del derecho únicamente alcanza a las percepciones económicas -por diferencias- que sean superiores a tres meses; prescripción esta última con la que ciertamente se alcanza a nuestro criterio tradicional, que lo situaba en cinco años.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Sin condena en costas (art. 233.1 LPL).

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y confirmamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Andalucía/Granada en fecha 01/04/09 (recurso de Suplicación núm. 3036/08), que a su vez había revocado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 03/10/08 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Granada (autos 625/07), acordando que por el Juzgado de instancia se resolviese sobre el fondo del asunto debatido. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Gonzalo Moliner Tamborero.- Jesús Gullón Rodríguez.- Jesús Souto Prieto.- Jordi Agusti Julia.- José Luis Gilolmo López.- José Manuel López García de la Serrana.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Manuel Ramón Alarcón Caracuel.- María Lourdes Arastey Sahun.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Rosa María Viroles Piñol.

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



TS Sala: 1ª, Sentencia: 7 abril 2010. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

A contar desde la fecha de concesión de la marca

Determinación de indemnización por distribución de fármaco similar

El TS declara no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal y haber lugar al recurso de casación en el único sentido de limitar la indemnización que las demandadas deben abonar a la fabricante y a la distribuidora de un medicamento por las pérdidas que sufrieron y las ganancias que dejaron de obtener como consecuencia de los actos de violación de su marca, consistentes en la distribución por las demandadas de un fármaco similar imitando la presentación del medicamento de las actoras. El TS confirma la condena impuesta pero indica que la indemnización debe ser solamente la que se determine en ejecución de sentencia que corresponda a los daños causados desde la fecha en la que la marca fue efectivamente concedida a las demandantes, ya que no cabe una condena a la indemnización de los daños por supuestas violaciones producidas con anterioridad a dicha fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida puso fin a la segunda instancia de dos procesos acumulados.

En ambos fueron demandantes:

1º) Eli Lilly and Company, en la afirmada condición de fabricante del medicamento conocido por "Prozac", adecuado para el tratamiento

de las depresiones y las ansiedades con ellas asociadas, cuyo principio activo es la "fluoxetina" -sustancia de la que dicha sociedad había sido inventora y sobre la que había tenido derechos de exclusividad por virtud de patentes ya caducadas-, así como en la de titular de dos marcas españolas, una denominativa -la número 1.070.171, constituida por el término que da nombre al producto- y otra gráfica -la número 2.092.229, inte-

grada por el dibujo de la pastilla con los colores verde y crema, con los que se vende aquel-.

2º) Dista, SA, distribuidora del "Prozac" en el mercado español.

En uno de los procesos acumulados fue demandada sólo Ratiopharm España, SA, en la condición de fabricante de otro medicamento compuesto por la misma sustancia activa, conocido en el mercado como "fluoxetina ratiopharm". En el otro, además de dicha sociedad, demandada fue Ibadefarma, SL, como almacenista de especialidades farmacéuticas y distribuidora en el mercado del mismo producto.

En la primera demanda, Eli Lilly and Company y Dista, SA alegaron que Ratiopharm España, SA, al producir, vender y promocionar la "fluoxetina ratiopharm"

a) Imitaba la forma y los colores de las pastillas con las que ellas suministraban el "Prozac" a los consumidores.

b) Utilizaba, en los folletos editados para promocionar su referido producto, la marca denominativa "Prozac", número 1.070.171, de la que, como se ha dicho, es titular Eli Lilly and Company, sin consentimiento de la misma.

c) Se servía, en los referidos folletos, para promocionar la venta de la "fluoxetina ratiopharm", de unos dibujos idénticos a los utilizados por ellas, así como de unos datos científicos obtenidos, no con la experiencia derivada del uso de aquél producto, sino con la del "Prozac y (c) publicaba una composición inexacta y engañosa de la repetida "fluoxetina ratiopharm", al no dar noticia de la existencia en el medicamento de lactosa.

En la segunda demanda, Eli Lilly and Company, ahora como titular de la marca gráfica número 2.092.229, y Dista, SA, en las mismas condiciones con las que aparecían en la primera, alegaron que Ratiopharm España, SA e Ibadefarma, SL, (a) al vender la "fluoxetina ratiopharm" en forma de pastilla con los colores que singularizaban dicho signo, cuyo registro había obtenido la primera demandante citada, generaban confusión, y (b) que la distribución del referido medicamento por Ibadefarma, SL infringía el Real Decreto 2259/1994, de 25 de noviembre, por el que se regulan los almacenes farmacéuticos y la distribución al por mayor de medicamentos de uso humano y productos de aquella clase.

Con ese complejo fundamento fáctico reclamaron las demandantes la aplicación de los artículos 30, 31, 35 y 36 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas -pese a estar hoy derogada, aplicable al litigio-, 5, 6, 11, 12 y 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal- en

su redacción inicial -y 3, 4 y 6 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad- también en su originario contenido -. Y pretendieron la declaración de las infracciones marcarias, concurrenciales y publicitarias correspondientes, con las condenas consiguientes al cese, a la remoción de los efectos de los mencionados actos y a la indemnización de daños y perjuicios.

Por su interés en la casación, debe indicarse que dicha condena de las demandadas a la indemnización sólo fue reclamada por Eli Lilly and Company y Dista, SA como consecuencia de los hechos descritos como ilícitos en la segunda de sus demandas. Esto es, como un efecto de las afirmadas infracción -por ambas demandadas- de la marca número 2.092.229 y comisión -por Ibadefarma, SL- del acto desleal previsto en el artículo 15 de la Ley 3/1991.

Las demandadas se opusieron a la estimación total de las dos demandas. Ratiopharm España, SA, además, mediante reconvencción, pretendió la declaración de su derecho a realizar publicidad comparativa directa de su producto "fluoxetina ratiopharm", utilizando la marca "Prozac", en los términos que aparecen en los folletos identificados en la primera demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en lo sustancial las dos demandas. En concreto, de la segunda desestimó la pretensión declarativa de la comisión por Ibadefarma, SL del acto desleal tipificado en el artículo 15 de la Ley 15/1991 y la de condena de ambas demandadas a la indemnización de daños y perjuicios en dicho escrito reclamados, por no haber sido aquellos probados en su realidad. También desestimó la reconvencción, íntegramente.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por Ratiopharm España, SA e Ibadefarma, SL y estimó el que lo había sido por Eli Lilly and Company y Dista, SA en relación con la indemnización de daños y perjuicios, por lo que condenó a las demandadas a abonar a dichas apelantes una suma de dinero -trescientos mil quinientos seis euros, con cinco céntimos-, en tal concepto.

La sentencia de segundo grado ha sido recurrida por Ratiopharm España, SA e Ibadefarma, SL, por motivos procesales y sustantivos.

SEGUNDO.- El recurso extraordinario por infracción procesal de Ratiopharm España, SA e Ibadefarma, SL se compone de ocho motivos -el noveno no fue admitido-.

En todos ellos, con la excepción del cuarto, las recurrentes atribuyen a la sentencia un defecto de motivación. Por ello, señalan como infringidos los artículos 24 y 120, apartado 3, de la Constitución Española, en

relación con el artículo 469, apartado 1, ordinal 4º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en su caso, el artículo 218, apartado 2, en relación con el 469, apartado 1, ordinal 2º, ambos de la citada Ley procesal.

Además de los que han sido mencionados, en los motivos primero, séptimo y octavo identifican las recurrentes como infringidos los artículos 208, apartado 2, y 209, reglas 2ª y 3ª, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto a esta última imputación cumple señalar que el que el contenido de los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida no coincide con lo establecido en la regla 2ª del artículo 209, en relación con el apartado 2 del artículo 208, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al consistir en una transcripción de la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia y en un relato en síntesis de la tramitación de la segunda, no justifica la estimación del recurso.

En efecto, la exigencia contenida en las normas últimamente citadas, cuyo antecedente inmediato es el artículo 248, apartado 3, de la Ley 6/1985, de 1 de julio, recibe idéntico tratamiento procesal que el que se le había dado antes de la Ley 1/2000 -sentencia de 25 de noviembre de 2008-, conforme al cual -sentencias de 24 de diciembre de 2003, 3 de junio de 2004 y 27 de septiembre de 2007- en las sentencias civiles no es necesario para su validez separar en apartados específicos los hechos que se estiman probados y los razonamientos procedentes sobre ellos en función de las normas legales aplicables. Antes bien, la particularidad del razonamiento jurídico, integrado por una mezcla de hechos y de los argumentos que permiten la depuración de los mismos para destacar los que son en verdad relevantes, posibilita naturalmente que la descripción del supuesto fáctico esté unida a las razones que lo convierten en verdaderamente significativo desde el punto de vista jurídico.

Hay que añadir a ello que la sentencia recurrida contiene -bien que, como señalan las recurrentes, no en los antecedentes- una detallada referencia a las cuestiones planteadas en la segunda instancia -fundamentos de derecho segundo y tercero- y a los hechos que el Tribunal de apelación consideró probados en el proceso -fundamentos de derecho quinto y sexto-.

En los motivos séptimo y octavo la regla del artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se señala como infringida por la Audiencia Provincial es la 3ª. Pero las recurrentes no ponen de manifiesto un defecto estructural y externo de la sentencia de segundo grado, sino un vicio interno de la misma, ya que lo que hacen es negar la suficiencia de la motivación que contienen sus funda-

mentos de derecho. De ahí que el examen de estos motivos se remita al de la alegada infracción del artículo 218, apartado 2, de la repetida Ley, que es en realidad el adecuado para tratar la cuestión así planteada.

TERCERO.- Como se ha dicho, en todos los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal Ratiopharm España, SA e Ibadefarma, SL denuncian la infracción de los artículos 120, apartado 3, y 24 de la Constitución Española y, en su caso, la del artículo 218, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Afirman que la sentencia recurrida carece de una motivación suficiente sobre las materias que cada uno de ellos señalan.

Con la sentencia del Tribunal Constitucional 163/2008, de 15 de diciembre, cumple recordar que el derecho fundamental protegido por el artículo 24 de la Constitución Española comprende el de obtener una resolución fundada en derecho, sea favorable o adversa, en cuanto garantiza frente a la arbitrariedad por parte de los poderes públicos. Razón por la que su necesario respeto exige, en primer lugar, que la resolución esté motivada, es decir, exprese los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos en que se basa la decisión y que la motivación consista en una fundamentación en derecho, como garantía de que aquella no ha sido la consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad ni de un error patente, pues, en tales casos, se trataría tan sólo de una mera apariencia.

Como pusimos de relieve en la sentencia de 8 de julio de 2008, la motivación de las sentencias consiste en la exteriorización del "iter" decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican su fallo. En efecto, el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige, mediante la exteriorización de los razonamientos que conducen a la apreciación y valoración de la prueba, que la motivación alcance a la formación del supuesto fáctico a enjuiciar -premis menor del silogismo de determinación de la consecuencia jurídica-, así como a la interpretación y aplicación de la norma que vincula al mismo el efecto querido por el legislador.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, al respecto:

1º) Que en la interpretación de los artículos 24 y 120, apartado 3, de la Constitución Española, el Tribunal Constitucional ha puntualizado que el derecho de los litigantes a una motivación jurídica no les faculta a exigir que la argumentación sea exhaustiva, en el sentido de que alcance a todos los aspectos y perspectivas que ofrezca la cuestión litigiosa -sentencias 165/1999, de 27 de septiembre-, dado que es bastante con que se ex-

pongan las razones decisivas que permitan, en último término, la impugnación de la decisión -sentencias 56/1987, de 5 de junio, y 218/2006, de 3 de julio-.

Tanto esta Sala -sentencia de 16 de abril de 2007, entre otras- como aquel Tribunal -sentencia 174/1987, de 3 de noviembre- han declarado que la motivación no tiene que ver con la extensión de los fundamentos de derecho, de modo que puede estar perfectamente motivada una decisión que se apoye en argumentaciones escuras o concisas, y a la inversa.

2º) Que no cabe servirse de la exigencia de motivación como medio indirecto para cuestionar otros aspectos de la sentencia. En particular, la motivación de la valoración de la prueba nada tiene que ver con la corrección de dicha operación, pues una cosa es que hayan sido expuestas las razones por las que el Tribunal llegó a identificar el supuesto de hecho al que la norma vincula la consecuencia jurídica pretendida y otra distinta que hayan sido correctamente valorados los medios que formaron la convicción judicial.

Y 3º) Que tampoco cabe exigir que la motivación supere el ámbito objetivo de la propia decisión y, por lo tanto, del debate, el cual quedó delimitado por los elementos fácticos y jurídicos introducidos en el proceso, en los momentos oportunos en una y otra instancia.

En el primer motivo, las recurrentes -poniendo en relación la argumentación de la sentencia con el contenido de sus antecedentes de hecho y, por ello, los artículos 24, 120, apartado 3, de la Constitución Española y, en su caso, 218, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el apartado 2 del artículo 208 y la regla 2ª del 209 de dicha Ley procesal- afirman que la premisa menor del silogismo judicial era insuficiente para entender que éste había sido bien construido.

Se desestima, por cuanto no se toma en él en consideración que, como se expuso antes, los fundamentos de derecho quinto y sexto de la sentencia recurrida contienen un relato suficiente de aquellos hechos probados con relevancia como supuesto fáctico de las normas aplicadas.

En el motivo segundo, la invocación de los artículos 24, 120, apartado 3, de la Constitución Española y 218, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lleva a las recurrentes a denunciar -junto con omisiones secundarias, que no privan a la resolución recurrida de su sentido- la falta de una explicación sobre “los hechos constitutivos del beneficio ilícito” que la Audiencia Provincial afirmó por ellas obtenido con la venta del medicamento “fluoxetina ratiopharm... imitando las prestacio-

nes” de las demandantes “en un intento de confundir al consumidor”.

Se desestima, porque una cosa es que la sentencia recurrida esté motivada en cuanto a la procedencia y al importe de la indemnización -que lo está, al contener una expresiva referencia a que la dificultad de prueba “no puede traducirse en una ausencia de indemnización”, así como la afirmación de la conducta dolosa y no simplemente culposa de las ahora recurrentes, unida y a la evidencia (“res ipsa loquitur”) de la generación de esos perjuicios, en cuantía correlativa a los beneficios obtenidos por las infractoras y otra distinta que la conclusión sea correcta desde el punto de vista de la valoración de la prueba o del derecho sustantivo aplicable.

En el motivo tercero -compuesto de dos apartados, con el mismo fundamento normativo que los anteriores- se afirma que la declaración del referido beneficio ilícito obtenido con la venta de la “fluoxetina ratiopharm” es contraria a las reglas de la lógica, a las que se refiere el artículo 218, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se desestima, porque lo que en éste motivo se niega no es que la motivación de la sentencia exista y baste a los efectos que han sido apuntados, sino la corrección material de la valoración de la prueba en aquellos puntos, que, en todo caso, debemos considerar como integrantes del inatacable “factum” “de la decisión recurrida - sentencias de 18 de junio, 30 de septiembre y 30 de octubre de 2009-.

En el motivo quinto, identificando como infringidos los repetidos artículos 24, 120, apartado 3, de la Constitución Española y 218, apartado 2, en relación con 216, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las recurrentes alegan que la estimación de la apelación de las demandantes, en el punto relativo al pronunciamiento absolutorio de Ibadefarma, SL contenido en la sentencia de la primera instancia -en relación con el acto desleal tipificado en el artículo 15 de la Ley 3/1991-, carece de motivación alguna.

Se desestima, por cuanto las recurrentes parten del error, propiciado por la redacción del fallo de la sentencia de apelación - merecedor, en su caso, de una aclaración -, de considerar que aquella decisión del Juzgado de Primera Instancia había sido apelada por las demandantes, lo que no es cierto, a la vista del contenido del fundamento de derecho segundo de la aquí recurrida. De modo hemos de entender que la desestimación de la referida pretensión ganó firmeza.

En el motivo sexto de nuevo señalan las recurrentes como infringidos los artículos 24 y 120, apartado 3, de la Constitución Española, 218, apartado 2, en relación con el 216, ambos

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para afirmar que la sentencia recurrida carece de toda motivación respecto a su derecho a usar la marca “Prozac” en la publicidad del medicamento que comercializan, pese a que su declaración había sido expresamente pretendida en el suplico de la reconvencción de Ratiopharm España, SA.

Se desestima, por cuanto el Tribunal de apelación negó con claridad - en el fundamento de derecho sexto- que el uso de la marca “Prozac” por las ahora recurrentes, al promover la compra de la “fluoxetina ratiopharm”, constituyera un ejemplo de la conocida como publicidad comparativa, calificándola como desleal por adhesiva, a causa de que los anuncios no hacían referencia al producto ajeno para resaltar las ventajas del propio, sino las características comunes, con el fin de convencer a los consumidores de una equivalencia entre el de Elli Lilly and Comapny, muy conocido en el mercado, y el de Ratiopharm España, SA. Con esa argumentación “a contrario” se dio cumplida respuesta a la cuestión planteada en el escrito de reconvencción.

En el motivo séptimo se vuelve a afirmar producida la violación de los artículos 24 y 120, apartado 3, de la Constitución Española y, en su caso, la del artículo 218, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil - como se dijo antes, puesto en relación con los artículos 208, apartado 2, y la regla 3ª del 209 de la misma Ley -, a partir de la alegación de que la sentencia recurrida carece de toda referencia a la norma jurídica aplicada para condenar a las recurrentes a destruir los objetos e instrumentos de las infracciones declaradas.

Se desestima porque la lectura del fundamento de derecho tercero de la sentencia de segundo grado pone de relieve que ese pronunciamiento, contenido en la del Juzgado de Primera Instancia, no fue apelado por las demandadas -las cuales, en todo caso, no han denunciado defecto de exhaustividad alguno de la resolución aquí recurrida, al respecto-.

En el octavo y último motivo admitido del recurso extraordinario por infracción procesal, Ratiopharm España, SA e Ibadefarma, SL reiteran la denuncia de la infracción de los artículos 120, apartado 3, y 24 de la Constitución Española y, en su caso, del artículo 218, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil - en relación con los artículos 208, apartado 2, y 209, regla 3ª, de la misma-, tras poner de manifiesto que en la sentencia recurrida no se motiva la declaración del acto desleal de imitación del medicamento de las demandantes.

Se desestima.

La imputación no tiene justificación, desde el momento en que, en el

fundamento de derecho quinto de dicha sentencia, se declara probado que Ratiopharm España, SA utiliza una presentación de su medicamento “en cápsulas verde y crema muy similar, si no idéntica, a la del medicamento Prozac, comercializado por las actoras”; y, en el fundamento de derecho noveno, que se trata de una imitación de prestaciones “en un intento de confundir al consumidor” y de aprovecharse dicha recurrente “ilícitamente del prestigio alcanzado en el mercado por el competidor Prozac”.

CUARTO.- Como se expuso en el cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, Ratiopharm España, SA e Ibadefarma, SL denuncian, no la infracción de las normas sobre la motivación de las sentencias, sino de las relativas a la congruencia, como requisito interno de las mismas.

Los preceptos que señalan como infringidos son, además del artículo 24 de la Constitución Española, en relación con el ordinal 4º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el del apartado 1 del artículo 218 de la misma Ley procesal -en relación con el ordinal 2º del apartado 1 del citado artículo 469-.

Afirman las recurrentes que la Audiencia Provincial había incurrido en incongruencia al condenarles a indemnizar una cantidad líquida sin tener en cuenta los criterios señalados por las demandantes en el escrito de resumen de prueba.

El motivo se desestima.

Como destaca la sentencia de 17 de septiembre de 2008, con cita de otras muchas, la congruencia de las sentencias depende del ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendido, por lo que ha de apreciarse comparando el suplico de los escritos alegatorios con el fallo de la sentencia.

Pues bien, en el suplico de la única demanda en que Eli Lilly and Company y Dista, SA reclamaron ser indemnizadas en los daños y perjuicios por las demandadas -la segunda de las dos acumuladas- aquéllas pretendieron la condena de éstas al pago de una cantidad, a determinar en su cuantía en fase de ejecución de sentencia, teniendo en cuenta tanto las pérdidas sufridas, como las ganancias dejadas de obtener.

La sentencia recurrida sólo se apartó de esa previsión, como resulta de la lectura de su fundamento de

derecho noveno, en el sentido de condenar a las ahora recurrentes al pago de una suma de dinero, ya determinada.

Ha de tenerse en cuenta, con las sentencias de 6 de noviembre de 1984 y 18 de noviembre de 2002, que no constituye incongruencia una condena al pago de cantidad líquida a pesar de haber sido pedida la misma en la demanda a reserva de liquidación en la fase de ejecución.

QUINTO.- De los cinco motivos que encierra el recurso de casación de Ratiopharm España, SA e Ibade-farma, SL, los tres primeros se refieren al pronunciamiento de condena de las recurrentes a indemnizar a Eli Lilly and Company y Dista, SA por los daños y perjuicios causados al lesionar los derechos de la titular de la marca gráfica número 2.029.229.

En los otros dos niegan aquellas haber cometido los tipos de ilicitud descritos en los artículos 6, 10 y 12 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, y 6 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre.

Antes de entrar en el examen de dichos tres motivos es conveniente formular algunas precisiones, a fin de aclarar el sentido de la decisión:

1ª) Como se señaló al principio, la indemnización por daños y perjuicios sólo fue reclamada por Eli Lilly and Company y Dista, SA en la segunda demanda que interpusieron -contra Ratiopharm España, SA e Ibade-farma, SL- y, exclusivamente, por causa de la infracción de la marca número 2.029.229 de que es titular la primera sociedad.

2ª) Como también se expuso, las demandantes reclamaron esa indemnización -letra c) de la segunda parte del suplico de aquella demanda-, con apoyo en los apartados 1 y 2, letra a), del artículo 38 de la Ley 32/1988, por razón de las pérdidas que habían sufrido a consecuencia de la infracción del derecho sobre la marca mencionada y por los beneficios que la titular habría obtenido mediante el uso del signo si no hubiera sufrido la violación.

3ª) La sentencia recurrida condenó a Ratiopharm España, SA e Ibade-farma, SL a pagar solidariamente a las demandantes, por aquellos conceptos, la suma de trescientos mil quinientos seis euros, con cinco céntimos, tras haber tomado en consideración las ventas de "fluoxetina ratiopharm" efectuadas por las demandadas, pero sin tener en cuenta la fecha de concesión del registro de la marca violentada.

4ª) La concesión de la marca que la Audiencia Provincial ha declarado infringida se publicó en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial el dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

5ª) En ninguno de los motivos de su recurso de casación denuncian Ratiopharm España, SA e Ibade-farma, SL una infracción del artículo 31 de la Ley 32/1988. Razón por la que hay que entender firme el pronunciamiento declarativo de la infracción, cometida por ellas, de los derechos de Eli Lilly and Company sobre la marca número 2.029.229.

SEXTO.- En el primero de los motivos del recurso de casación denuncian Ratiopharm España, SA e Ibade-farma, SL la infracción del artículo 34, apartado 1, de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre.

Afirman que, como la marca fue efectivamente concedida a Eli Lilly and Company el dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y nueve, no cabe una condena a la indemnización de los daños por supuestas violaciones producidas con anterioridad a aquella fecha.

El motivo se estima.

La facultad de exclusión contenida en el derecho sobre la marca nace originariamente con la publicación de la decisión administrativa de conceder su registro en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial. Carece, por ello, de apoyo normativo una condena a indemnizar daños por invasiones del ámbito de la exclusiva producidas con anterioridad a aquel momento.

Es cierto que el artículo 34, mencionado en el motivo, admitía una protección limitada y provisional de la solicitud del registro -en los términos que precisó la sentencia de 10 de noviembre de 1999-, pero la misma no consta pretendida.

En conclusión, la estimación del recurso es procedente y explica que, en aplicación del párrafo segundo del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, remitamos a la fase de ejecución de sentencia la determinación del "quantum" de la indemnización, de conformidad con lo pedido por las demandantes en el suplico de su segunda demanda, con apoyo en el artículo 38 de la Ley 32/1988 y según el referido factor temporal.

También provoca dicha estimación que los otros dos motivos del recurso, referidos a la indemnización de que se trata - en los que se afirma producida la infracción del artículo 38 de la Ley 32/1988, en el segundo en relación con los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil - no deban ser examinados como tales, aunque sí para determinar el contenido de la decisión que, ahora como Tribunal de instancia, hemos de pronunciar.

En tal sentido hay que declarar:

1º) Que la condena a indemnizar daños se ha de ajustar a lo pedido por las demandantes en la letra c) de la segunda parte del suplico de su se-

gunda demanda, por coincidir con la previsión establecida en el artículo 38 de la Ley 32/1988, apartado 1 y letra a) del apartado 2.

Y 2º) Que, al haber ejecutado las demandadas acciones distintas, con entidad bastante para provocar efectos diferentes, sin constancia de cooperación alguna, cada una deberá indemnizar a las demandantes en la medida o extensión que le resulte atribuible, sin solidaridad entre ellas.

SÉPTIMO.- En los motivos cuarto y quinto del recurso señalan Ratiopharm España, SA e Ibade-farma, SL producida la infracción de los artículos 38 de la Constitución Española, 6, 10, 11 y 12 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal y 6 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad.

Niegan las recurrentes la concurrencia de los elementos constitutivos de tales ilicitudes y ponen en relación la negativa con el artículo 38 de la Constitución Española, que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y manda a los poderes públicos garantizar y proteger su ejercicio, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, la planificación.

No argumentan, sin embargo, dicha supuesta infracción. La cual, en todo caso, no se ha producido.

La libertad de empresa se identifica con el derecho subjetivo a acometer y desarrollar actividades económicas y, además, constituye un principio de ordenación por virtud del cual corresponde a los empresarios decidir los objetivos de su empresa y llevar a cabo la correspondiente planificación.

Es cierto que los poderes públicos tienen el deber de garantizar y proteger el ejercicio de tal libertad, incluso evitando prácticas que puedan afectar o dañar seriamente un elemento tan decisivo para la economía de mercado como es la libre competencia -sentencia del Tribunal Constitucional 88/1986, de 1 de julio-, pero hay que recordar que no nos hallamos ante un derecho ilimitado, no sólo porque su protección se produce dentro del marco de la economía de mercado, sino también porque la existencia de límites resulta de la literalidad del propio artículo 38 y de otros preceptos constitucionales, como los que permiten la intervención del Estado a fin de mantener las condiciones que precisen el correcto funcionamiento de la actividad económica y el respeto a los intereses que concurren en ella -artículos 51, 130.1 y 131-.

A los comportamientos finalmente imputados a las ahora recurrentes la Audiencia Provincial aplicó -sin un expreso reflejo en el fallo, por tratarse de normas concurrentes- los siguientes preceptos, de entre los men-

cionados en las demandas acumuladas y en la sentencia de primera instancia:

1º) El artículo 6, letra b), de la Ley 34/1988, en relación con el artículo 12 de la Ley 3/1991 -expresamente mencionados-. Fue aplicado para calificar la publicidad de la "fluoxetina ratiopharm" como adhesiva y dirigida al aprovechamiento de la reputación del "Prozac".

Y 2º) el artículo 11 de la Ley 3/1991 -no mencionado expresamente, pero identificable por medio de la descripción del supuesto de hecho que el mismo contempla-. Fue aplicado para calificar como desleal, por aprovechamiento indebido del prestigio del "Prozac", la imitación de dicho producto, en su forma y colores, al elaborar las demandadas el otro.

A la denuncia de la infracción de dichas normas nos referimos exclusivamente, partiendo, para delimitar el ámbito de la casación, de que este recurso no admite control alguno sobre los juicios de hecho que, conforme a las reglas de valoración de prueba, llevaron al Tribunal de apelación a identificar el supuesto de hecho, aunque sí sobre otros juicios de valor que, sobre la base de lo probado, permiten subsumirlo bajo conceptos jurídicos indeterminados -al respecto, sentencias de 7 de julio de 2006, 12 de junio de 2007 y de 15 de enero de 2009-.

OCTAVO.- En conclusión, la infracción de los artículos 6 b) de la Ley 34/1988 y 12 de la Ley 3/1991 no se ha producido, ya que la sentencia recurrida describe una actividad publicitaria llevada a cabo, como se dijo, no para resaltar las ventajas o superioridad del producto de las recurrentes sobre el de las demandantes, sino para llevar a los consumidores la idea de una equiparación entre ellos con el fin de aprovecharse las anunciantes de la reputación alcanzada en el mercado por el "Prozac".

La infracción del artículo 11, apartado 2, de la Ley 3/1991 tampoco se ha cometido, dado que en la sentencia recurrida se describe, con detalle suficiente, la imitación de la forma y color del medicamento renombrado de las demandantes, ganado con su eficacia durante años, con el fin de obtener, sin el propio esfuerzo, el favor de los consumidores. Se trata de una conducta contraria a las reglas del mercado y, en concreto, al modelo de competencia basado en las propias prestaciones.

NOVENO.- En orden a las costas debemos mantener los pronunciamientos de las dos instancias.

En aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, que desestimamos, las imponemos a las recurrentes.

Sobre las costas del recurso de casación, que estimamos en parte, no procede especial pronunciamiento.

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

FALLO

Declaramos no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Ratiopharm España, SA e Ibadefarma, SL, contra la sentencia dictada con fecha catorce de octubre de dos mil cinco, por la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid.

Las costas de este recurso las imponemos a las recurrentes.

Declaramos haber lugar, en parte, al recurso de casación interpuesto, contra la misma sentencia por Ratiopharm España, SA e Ibadefarma, SL, de modo que la casamos y anulamos exclusivamente en cuanto condena solidariamente a las ahora recurrentes a pagar a las actoras la suma de trescientos mil quinientos seis euros, con cinco céntimos y los intereses moratorios al tipo legal correspondientes.

Y en lugar de dicho pronunciamiento condenamos a Ratiopharm España, SA e Ibadefarma, SL a indemnizar a Eli Lilly and Company y a Dista, SA, en la medida que se determine en ejecución de sentencia, por las pérdidas que sufrieron y las ganancias que dejaron de obtener en relación con el medicamento "Prozac", a causa de la comercialización, por cada una de las demandadas, del medicamento "Fluoxetina ratiopharm", durante el periodo comprendido entre el dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y nueve y la fecha de interposición de la demanda en que tal pretensión fue deducida.

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

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

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



2010/45228

TS Sala: 2ª, Sentencia: 22 marzo 2010. Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

En las maniobras para inmovilizar al detenido

Lesiones por imprudencia cometidas por agente de policía

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delitos de detención ilegal y lesiones. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que establece que los hechos relativos a la inmovilización del detenido cogiéndolo por el brazo sin que exista constancia del empleo de una fuerza que sea causa directa y dolosa de las lesiones se le debe reprochar a título de imprudencia, ya que no consta que se realizara una maniobra intencionalmente dirigida a producir las consecuencias lesivas que no están directamente anudadas a las maniobras de inmovilización realizadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Trataremos de ordenar sistemáticamente un alegato forense que tiene una extensión desmesurada.

1.- Los textos procesales recomiendan una cierta ordenación, sistematización y concreción de los escritos que se presentan ante los órganos judiciales. Como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, el recurso debe comenzar por las cuestiones relativas a los posibles quebrantamientos de forma, continuar por la alegación de errores en la relación de hechos probados que puedan cambiar la configuración de la calificación jurídica, intentar la anulación de la sentencia por la vía de la vulneración de algún derecho fundamental y, por último, como colofón lógico de todo ello, admitir la realidad del hecho probado y sostener la equivocada calificación jurídica del mismo.

2.- El motivo décimo plantea que se han quebrantado las formalidades de la sentencia al denunciar la falta de claridad de los hechos probados, su manifiesta contradicción y también la utilización de conceptos jurídicos que predeterminan el fallo. De forma sorprendente se olvida de su enunciado y se dedica a mantener que la detención ilegal por la que se le condena, se llevó a cabo después de consultar con sus mandos superiores. Siguiendo con la incongruencia argumental, introduce una cuestión sobre la existencia de un posible error invencible sobre la ilicitud del hecho basándose en documentos que acreditan el error del juzgador. Por todo ello, el motivo debió ser inad-

mitido de plano pero, pasado el trámite, resulta imposible su estimación.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

SEGUNDO.- En el motivo noveno se invoca la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba basada en documentos que acreditan el error del juzgador.

1.- El factor documental determinante es el contenido del folio 54 en el que se incorpora lo que se denomina " minuta policial ", que describe los momentos previos a la detención y la actitud gesticulante del detenido. Insiste en que, dada la actitud de la persona que se encontraba en el piso, pudo temer alguna agresión.

2.- Este documento contiene la versión unilateral del acusado y su compañera de misión y recogen testimonios de personas protagonistas, e incluso de vecinos de la vivienda, que escucharon el alboroto producido. Damos por probado que el denunciante movía sus brazos, pero no existe base probatoria para ir más allá en la intensidad de esos gestos. También se admite que el acusado le cogió del brazo y lo arrastró fuera del rellano para a continuación inmovilizarlo.

3.- Esta acción, se desarrolla en los términos que se recogen en la sentencia y la Sala justifica su decisión de forma convincente en el fundamento de derecho primero, basándose precisamente en la llamada minuta policial que examina en su integridad, sin que se advierta error

alguno que evidencie la equivocación del juzgador.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

TERCERO.- En un solo bloque analizaremos las infracciones de preceptos constitucionales que se desarrollan a lo largo de cuatro motivos que no siguen un orden sistemático.

1.- El motivo primero denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, quejándose de que le ha producido la consiguiente indefensión. Admitiendo su conexidad con un posible quebrantamiento de forma, estima que la indefensión se ha producido al haberle sido denegadas algunas diligencias de prueba testifical y documental que estimaba pertinentes, enumerándolas sistemáticamente en el desarrollo del motivo.

2.- Las pruebas se referían a la declaración de uno de los jefes del cuerpo policial, cinco funcionarios policiales u otros responsables de la Comisaría a donde fue trasladado el detenido. La prueba fue razonadamente desestimada por Auto de la Audiencia Provincial. Se formuló la oportuna protesta que se volvió a renovar en el acto de la vista como cuestión previa. Considera su testimonio importante, porque desea demostrar que el jefe era amigo de la víctima.

3.- En relación con los agentes que cita, trata de esgrimir su testimonio como prueba de que actuó ante una situación aparentemente delictiva originada por la actuación de la víctima. Otros testigos participaron en el expediente incoado por Asuntos Internos del Cuerpo y pretende demostrar que el Jefe les exigió que actuasen en su contra, porque había detenido a su amigo. Pretende dar valor a la descripción de los rasgos físicos del acusado. Este dato nada tiene que ver con los hechos que son objeto de esta causa, que son una detención ilegal y unas lesiones ocasionadas por la inmovilización de la persona detenida. La relación objetiva de los hechos y no las apreciaciones de los testigos son las que determinan la naturaleza jurídica de la conducta del recurrente. Por tanto, los razonamientos de la sentencia respecto de su comportamiento están basados en actuaciones contrastadas, indiscutibles y suficientemente motivadas. Damos por probado que pudiera existir una relación de amistad entre el jefe policial y el recurrente, pero ello no afecta en nada a la motivación y justificación de los hechos probados.

4.- El motivo segundo alega la vulneración del principio de presunción de inocencia por estimar que la condena se asienta en el testimonio de la víctima, al que tacha de poco verosímil o creíble. La prueba ha sido obtenida de forma legal y su contenido es inculpatario. Incluso, ajustándonos a la versión del recu-

rente, nada desvirtúa la existencia de pruebas sólidas para confirmar la versión de los hechos obtenida por la Sala sentenciadora. No discutimos la actitud de la víctima en los términos que describe la sentencia, pero ello no obsta a la realidad probatoria de lo que se relata a continuación. No se trata de hacer una nueva revisión de los hechos, sino revisar la existencia de las mismas y su contenido inculpatario en los términos en que se relatan en el apartado correspondiente. Repetimos que la descripción de los hechos encaja perfectamente con la propia versión exculpatoria del recurrente.

5.- El motivo sexto denuncia la vulneración del principio de igualdad por haberse condenado solamente al recurrente y no a la compañera que lo acompañaba y participaba en el operativo. El motivo debió ser inadmitido ya que carece del más mínimo apoyo constitucional al confundir el principio de igualdad ante la ley, como principio general y fundamental del derecho y la valoración en cada caso de la conducta de una persona para incluirla o no en las previsiones condenatorias de un precepto penal sustantivo.

6.- El motivo octavo denuncia la vulneración del artículo 25.1 y 2 de la Constitución en el que se recoge el principio de legalidad, por estimar que los artículos que regulan la detención ilegal, en los términos en los que se han aplicado al recurrente (artículos 167, 163.1 y 163.2 del Código Penal), no se ajustan al principio de proporcionalidad en relación con el hecho enjuiciado y la pena impuesta. Considera que sólo hubo un exceso de celo, lo que exigía una pena más leve o, en último término, un simple expediente disciplinario.

7.- El principio de proporcionalidad exige que la medida entre la gravedad y reprochabilidad de la conducta típica sea equilibrada y ajustada, en su respuesta, a la gravedad del hecho. El delito de detención ilegal supone un ataque a la libertad ambulatoria de la persona realizado en condiciones que no se ajustan a los supuestos en los que la ley permite expresamente esta privación en atención a las situaciones concretas que la autoriza o la necesaria reacción frente a una situación que siempre se presenta con matices diferentes.

Los funcionarios públicos encargados de velar por la aplicación de la ley tienen un deber especial de ajustar estrictamente sus facultades de detener a los mínimos supuestos posibles. En todo caso, la pena pudiera resultar excesiva en función de la multiplicidad de situaciones a las que se enfrentan los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, algunas como la presente, son merecedoras, como ha propuesto la Sala sentenciadora, de un posible indulto parcial en los términos que se estimen ajustados a la situación vivida.

Por lo expuesto todos los motivos deben ser desestimados

CUARTO.- Se formalizan una serie de motivos por infracción de precepto penal sustantivo que escalona en diversos apartados.

1.- El motivo tercero, al igual que el resto, integra junto a la denuncia de la violación de un precepto penal sustantivo, la infracción de un precepto constitucional. Los argumentos son acumulativos ya que sostiene, como cuestión principal, la indebida aplicación del artículo 167, en relación con el artículo 163.1 y 2 del Código Penal, añadiendo además la indebida aplicación del artículo 147.2 del Código Penal, respecto de las lesiones.

2.- Sostiene que la simple negativa a identificarse permite la detención, según las previsiones de su Plan Normativizado de Trabajo y la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Sostiene que el detenido no sólo se negó a identificarse, sino que desafió, de forma inequívoca, a la dotación policial, intentando cerrar la puerta, llegando a agarrar la placa del recurrente. Mantiene que la víctima no respetó la distancia mínima de seguridad con el agente.

3.- Los hechos probados parten de un dato que no ha sido valorado debidamente por la sentencia recurrida. El acusado fue comisionado junto con un agente para identificar y, en su caso, detener a una persona cuyo nombre no coincide con el de la víctima y se señalaba como domicilio un número y piso de una determinada calle. Al llegar, llamaron insistentemente al timbre y gritaron de viva voz que abrieran la puerta y que eran policías. La víctima abrió la puerta y al preguntarle si era la persona que iban a detener, les dijo que no era él.

4.- La sentencia no aclara si la orden era policial o se trataba de cumplir una orden de detención acordada por el juez. No se especifica cual de las situaciones previstas en el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o del artículo 492 del mismo texto legal pudieran amparar al acusado. En todo caso, la orden recibida implicaba la necesidad de entrar en un domicilio particular, por lo que tendría que concurrir alguno de los casos expresamente previstos por la ley. Generalmente, la entrada necesita una orden o mandamiento judicial, requisito que según el silencio del relato carecía la dotación policial.

5.- Los agentes de policía pueden entrar en los domicilios, en determinadas circunstancias, previstas en el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que tampoco consta que se dieran en el caso presente. Según el hecho probado, la sentencia no describe o aporta ni un dato importante como es el relativo al lugar donde se desarrollan los trámites de identificación aunque al parecer el

policía no llegó a entrar en la vivienda. Nos encontramos ante una diligencia de identificación que se desarrolla en el rellano y que por los datos que se disponen, se evidencia que no se trataba de la persona a la que se le había ordenado identificar.

6.- El habitante de la vivienda, que estaba naturalmente sorprendido por las llamadas insistentes y por los gritos de dos personas que iban sin uniforme policial, se niega a la identificación e intenta cerrar la puerta, a lo que se oponen indebidamente los agentes poniendo un pie para impedir su cierre.

Esta actuación en las circunstancias que se describen era absolutamente desproporcionada y no estaba autorizada por la ley. Ante esta situación, los policías, y así se lo debían recordar sus normas de funcionamiento, debieron montar un servicio de vigilancia y solicitar una orden judicial, sino la tenían.

7.- Si la situación es la que describe el hecho probado y la víctima estaba en el rellano, se puede justificar la maniobra de inmovilizarle utilizando la fuerza indispensable para conseguir este propósito. Ahora bien, podemos cuestionarnos si la maniobra llevaba aparejada como consecuencia causal derivada de su propia naturaleza las lesiones que se describen en la sentencia.

Es decir, si nos encontramos ante un caso de lesiones intencionales o ante un resultado no querido directamente por el acusado y, por tanto, integrantes de una conducta de imprudencia o negligencia. Nos inclinamos por la última opción, ya que no consta que se realizara una maniobra intencionalmente dirigida a producir las consecuencias lesivas que no están directamente anudadas a las maniobras de inmovilización realizadas.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado

QUINTO.- El motivo quinto utiliza la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que no ha existido dolo en el delito de lesiones.

1.- En realidad, la cuestión ya ha sido abordada en el motivo anterior, analizando el contenido estricto del hecho probado en el que no se menciona que el acusado hubiera utilizado una fuerza desproporcionada o realizado una tracción violenta del brazo que hubiese sido causa eficiente de las lesiones que se describen.

2.- El relato fáctico dice textualmente que el acusado cogió del brazo a la víctima, la arrastró fuera del rellano para, a continuación, inmovilizarlo en el suelo. Se trata de una acción casi de manual de utilización de la fuerza física por parte de los agentes policiales en situaciones parecidas a la presente. Quizás la ac-

ción de arrastrarlo pudiera conllevar una mayor intensidad en la violencia, pero la sentencia no la especifica o detalla suficientemente. Por lo que nos ratificamos en lo anteriormente expuesto.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

SEXTO.- El motivo quinto invoca varios artículos de inversa procedencia para terminar sosteniendo que el delito de detención ilegal sólo puede cometerse dolosamente. Incluimos también la contestación al motivo cuarto.

1.- Nada tenemos que objetar a esta afirmación ya que el bien jurídico protegido, la libertad ambulatoria, exige una conducta activa por parte del que la lleva a cabo encaminada a detener durante mayor o menor tiempo a una persona privándola de su libertad. El Código contempla varias modalidades de este delito, pero en el caso presente, nos encontramos ante la figura básica del artículo 163.1 del Código Penal con puesta en libertad antes de transcurrir los tres primeros días, artículo 163.2 y con la específica agravación del artículo 167 por tratarse de un funcionario público.

2.- El hecho probado recoge todos los elementos del tipo. Aunque la sentencia no lo dice, conviene recordar que se trataba de ejecutar un acuerdo administrativo en materia de extranjería.

3.- Pasaremos por encima de los incidentes relatados que, en ningún caso, justifican una medida como la adoptada por el acusado. Ya hemos calificado la acción de inmovilizarle, pero fuera de esta decisión, ello no justifica sin la debida autorización judicial, el traslado a la Comisaría y, sobre todo, como resalta el hecho probado, tenerla durante más de una hora en el interior del vehículo policial a la puerta de la Comisaría. Situación innecesaria e injustificada a la vista del hecho probado. Esta forma de actuar revela la existencia, además del elemento subjetivo del delito expresado de forma inequívoca en la actuación que hemos descrito.

Por lo expuesto los motivos deben ser desestimados

SÉPTIMO.- El motivo séptimo alega la concurrencia de la eximente de haber actuado en el cumplimiento de un deber.

1.- A la vista de lo expuesto con anterioridad y el contenido del hecho probado no existe base fáctica para construir una eximente de haber obrado en el cumplimiento de un deber.

2.- La actuación inicialmente lícita, cumplimentar una orden de detención, que le habían encomendado sus superiores, pierde toda legiti-

dad desde el momento en que el acusado se da cuenta y conoce que se trata de una persona distinta, lo que le obligaba abandonar la misión dando cuenta a sus superiores. Lejos de ello actúa fuera del marco legal que le habilita para una detención se extralimita en su actuación y termina con evidente abuso de autoridad deteniendo a la víctima encerrada injustificadamente durante una hora en el vehículo policial. Es evidente que no concurre la eximente solicitada.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

OCTAVO.- El motivo undécimo por la vía del error de derecho, denuncia la vulneración de los artículos 110 y 115 del Código Penal.

1.- Mantiene que la fijación de la responsabilidad civil se ha hecho sobre bases fácticas inadmisibles. Sin embargo reconoce que la sentencia señala una serie de diagnósticos, como tiempo de duración de las lesiones y secuelas, que sirven de base para determinar la indemnización.

2.- Como nos encontramos ante un motivo por error de derecho, las bases fácticas son inamovibles, por lo que no puede prosperar la pretensión del recurrente.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Marco Antonio, casando y anulando la sentencia dictada el día 31 de marzo de 2009 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª en la causa seguida contra el mismo por los delitos de detención ilegal y lesiones. Declaramos de oficio las costas causadas. Comuníquese esta resolución, y la que a continuación se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto Jorge Barreiro.- José Antonio Martín Pallín.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de marzo de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Barcelona, con el número 1025/2007 contra Marco Antonio, en libertad provisional por la presente causa, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 31 de marzo de 2009, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy

por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, que hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se da por reproducido el fundamento de derecho cuarto de la sentencia antecedente. Los hechos relativos a la inmovilización del detenido cogiéndolo por el brazo sin que exista constancia del empleo de una fuerza que sea causa directa y dolosa de las lesiones permite incardinar estas en cuanto a su duración en el artículo 147.2 del Código Penal por su menor gravedad y el medio empleado.

SEGUNDO.- Como ya hemos dicho, la acción se le debe reprochar a título de imprudencia, lo que nos lleva al artículo 152 del Código Penal que proyecta la conducta dolosa sobre distintos resultados lesivos, entre los que no está previsto el del artículo 147.2 del Código Penal. La correlación hay que buscarla en el libro de las faltas y concretamente en el artículo 621.1 del Código Penal en el que se contempla la conducta de los que, por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones contempladas en el artículo 147.2 del Código Penal con la pena de multa de uno a dos meses. En atención a la naturaleza de los hechos procede imponer la pena de un mes de multa a razón de diez euros por cada día.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Marco Antonio como autor responsable de una falta de lesiones del artículo 621.1 del Código Penal, a la pena de un mes de multa a razón de diez euros por cada día.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto Jorge Barreiro.- José Antonio Martín Pallín.

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



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/71300

TS Sala: 3ª, Sección: 2, Sentencia: 23 marzo 2010. Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó

Improcedencia de regularizaciones por incrementos de amortización

Acuerda el TS estimar parcialmente el recurso de casación, contra sentencia de la AN y declara la improcedencia de las regularizaciones por incrementos de amortización. La Sala de instancia aprecia la existencia de una racional interpretación de la norma, a tenor de los argumentos espuestos en la demanda, en relación a las amortizaciones y al límite conjunto establecido para la deducción por inversiones. Indica la Sala que, en cuanto al resto de conceptos regularizados -dotación a la provisión por retirada de escorias, deducción por inversiones en investigación y desarrollo, deducción por creación de empleo-, no se aprecia la diferencia que en la sentencia recurrida, se hace entre los conceptos de dotación a las amortizaciones y límite conjunto para la aplicación de la deducción por inversiones, de una parte, y los restantes conceptos objeto de liquidación, por otra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, en lo que se refiere a los puntos que han sido impugnados en el recurso de casación que nos ocupa, decida lo siguiente:

A) Alega la actora, en primer término, la infracción del artículo 60.4 del Reglamento General de la Inspección con fundamento en que el Inspector Jefe dicta su acuerdo de 9 de junio de 1997 para un fin distinto del legalmente previsto, incurriendo en desviación de poder.

Hay que partir de que la doctrina jurisprudencial, con carácter general, tiene declarado:

“Procede recordar que, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala, refiriéndose a la alegación de posibles irregularidades en la tramitación de expedientes administrativos: que, en principio, la existencia de las mismas no ha de ser suficiente para proceder a anular el acto administrativo si no se ha producido indefensión del afectado (S. 6-mayo-1.987).

“Los defectos formales sólo pueden provocar la anulación cuando se aprecia la existencia de indefensión”. (S.T.S., Sala 4ª, de 1-julio-1.986).

Por tanto, para que el defecto o irregularidad procedimental tenga incidencia o eficacia anulatoria, debe estar ligada a la situación de indefensión del interesado, de forma que no haya podido hacer valer sus alegaciones ante la Administración.

En el presente caso, la Sala entiende que dicha situación de indefensión no es de apreciar, sin que pueda confundirse las alegaciones jurídicas, en las que se muestran las discrepancias jurídicas con las calificaciones y argumentos jurídicos de la Administración, con las alegaciones sobre defectos formales, que no se aprecian, pues la recurrente ha tenido conocimiento de los hechos y datos que han servido de base a la liquidación practicada, posibilitándose la impugnación de cada uno de los elementos que han determinado dicha resolución.

No obstante, analizando el defecto denunciado hay que partir del contenido del artículo 60.4, que se cita como infringido.

En el supuesto que nos ocupa el Jefe de la Oficina Técnica dicta acuerdo en el que señala que “Con fecha 9 de junio de 1997 se ha acordado por esta Oficina Técnica completar los expedientes que regularizan la situación tributaria de la Entidad por los años 1988, 1989, 1990 y 1991, todos ellos referidos al Impuesto sobre Sociedades. Que como consecuencia del acuerdo adoptado que afecta a los ejercicios mencionados, pudiera resultar la incoación de nuevas Actas por los años citados, en las que se determinen créditos de impuesto a deducir en ejercicios posteriores diferentes a los consignados en el Acta núm. 61055076” por lo que resuelve que la Inspección, al objeto de completar el expediente, realice, con carácter general, las actuaciones inspectoras pertinentes para la verificación de la

situación tributaria de la entidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 60.4 del Real Decreto 939/1986.

En fecha 23 de julio de 1997 se extiende el Acta de Disconformidad que da origen a la liquidación, ahora impugnada, en la que se hace constar que con dicha fecha se inicia la ampliación de actuaciones en los términos indicados en el acuerdo de 9 de junio de 1997, en la que se propone una liquidación comprensiva de cuota por importe de 67.942.510 ptas., intereses de demora por importe de 31.956.248 ptas. y sanción por importe de 40.765.506 ptas.

Cumplido un nuevo trámite de puesta de manifiesto del expediente, el Jefe de La Oficina Nacional de Inspección dicta, en fecha 26 de diciembre de 1997, acuerdo de liquidación definitiva confirmando íntegramente la propuesta de regularización contenida en el Acta de 23 de julio anterior.

De lo expuesto se colige sin dificultad, tal y como se señala en la resolución combatida, que el "motivo" por el que el Inspector Jefe acuerda completar las actuaciones en relación con el ejercicio 1992 fue exclusivamente el poder recoger en la propuesta de regularización las modificaciones que se pudieran derivar de las actuaciones a realizar en relación con ejercicios precedentes, pero sin que del contenido de dicho acuerdo derive la necesidad de práctica de nuevas actuaciones "externas". En efecto, bastaba para su adopción que el Inspector Jefe hubiera entendido necesaria cualquier complitud del expediente inicial, para poder incorporar "posibles" modificaciones derivadas de la comprobación de ejercicios precedentes, aunque el Acta no resultase luego modificada por esta comprobación y aunque tal comprobación se realizase en un solo día.

Conforme a lo expuesto, no existe vicio alguno de nulidad que pueda ser predicado del acuerdo combatido, siendo así que las actuaciones practicadas encuentran perfecto encaje en el artículo 60.4 del Reglamento de Inspección que se cita como infringido, sin que quepa apreciar situación alguna de indefensión para la recurrente, pues ha tenido adecuado conocimiento de los hechos y datos que han servido de base a la liquidación practicada, posibilitándose la impugnación de cada uno de los elementos que han determinado dicha resolución.

B) Respecto a las dotaciones a la amortización del inmovilizado, esgrime la recurrente, de un lado, su derecho al mantenimiento y continuidad de su sistema de amortización, invocando a tal fin el principio de confianza legítima; y, de otro, que aplicó a los activos controvertidos -edificaciones- el sistema de amortización para elementos que se utilizan durante más de un turno de trabajo,

alegando a tal fin la improcedencia de la exclusión de las edificaciones y demás instalaciones complementarias de la aplicación del art. 58.3 del RIS, toda vez que, como parte integrante de una instalación industrial compleja, las edificaciones se utilizan en más de un turno de trabajo y sufren un desgaste parejo al que sufre la maquinaria misma que contienen, recibiendo mayor impacto de humos, vibraciones y peso, cuantos más turnos de trabajo utilicen las instalaciones.

Respecto del principio de confianza legítima ha señalado el Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Cuarta, en Sentencia de 15 de abril de 2.002 -Recurso de Casación núm. 10381/1997 - entre otras, que:

"... el principio de protección a la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro ordenamiento, de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones.

En el supuesto que se examina, no cabe apreciar vulneración del citado principio pues el criterio adoptado por la Administración Tributaria en una actuación inspectora, en relación con determinados conceptos y períodos, no vincula a dicha Administración para actuaciones de comprobación e investigación posteriores, siendo así que la reclamante no "adquirió" derecho alguno al incoarsele las actas relativas los ejercicios 1983 a 1987, de tal forma que si en éstas no se discutieron las amortizaciones efectuadas respecto a ejercicios precedentes aunque superaran los coeficientes previstos en la Orden de 25 de febrero de 1965, dichas actuaciones inspectoras no vinculan ni a la Administración ni al funcionario que ha de actuar en otro expediente de comprobación posterior, siendo así que no puede invocarse con éxito el precedente administrativo pues éste no resulta vinculante pudiéndose apartar de él con la adecuada motivación; motivación que se ha cumplido en el supuesto que se examina, toda vez que la Inspección sostiene que la existencia de más de un turno de trabajo puede afectar a la vida útil de la maquinaria y elementos de la cadena productiva, pero no así a las edificaciones e instalaciones complementarias.

Entrando a examinar el fondo de dicha cuestión hay que partir de que la Ley 61/1978, de 27 diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en su art. 13, a la hora de fijar las partidas deducibles de los rendimientos íntegros para la obtención de los netos,

menciona en el apartado f) "las cantidades destinadas a la amortización de los valores del inmovilizado, material o inmaterial, siempre que respondan a depreciaciones efectivas y estén contabilizadas...".

Por su parte, el Real Decreto 2631/1982, de 15 octubre por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, en su art. 43, exige iguales requisitos de "depreciación efectiva" y "contabilización".

El art. 13, f) de la Ley 31/1978, de 27 diciembre, del Impuesto sobre Sociedades dispone en su párrafo segundo que "Se considerará que estas amortizaciones cumplen el requisito de efectividad: Primero. Cuando no excedan del resultado de aplicar a los valores contables o de adquisición los coeficientes fijados por el Ministerio de Hacienda. No obstante, se admitirá que se apliquen coeficientes superiores cuando el sujeto pasivo justifique la efectividad de la depreciación. Segundo. Cuando se ajusten a un plan formulado por el titular de la actividad y aceptado por la Administración, en las condiciones que reglamentariamente se determinen".

En igual sentido el art. 45 del referido Reglamento del IS determina que: "1. Se considerará que las dotaciones a la amortización cumplen el requisito de efectividad:

a) Cuando no excedan del resultado de aplicar a los valores contables de adquisición los coeficientes que a este fin determine el Ministerio de Hacienda, ni superen el plazo de amortización establecido como máximo por dicho Ministerio.

b) Cuando se realicen conforme a las reglas que establece este Reglamento para el sistema de amortización degresiva.

c) Cuando se ajusten al plan formulado por el titular de la actividad y aceptado por la Administración Tributaria, con los requisitos y condiciones que se establecen en este Reglamento.

2. La efectividad de la depreciación habrá de ser probada por el sujeto pasivo si supera los límites a que se refiere el apartado anterior."

Añade el art. 58.3 del Reglamento del Impuesto que:

"Cuando un elemento sea utilizado diariamente en más de un turno normal de trabajo, los coeficientes mínimos de amortización se podrán incrementar en el resultado de multiplicar la diferencia entre los coeficientes máximo y mínimo obtenidos de las tablas por el coeficiente entre las horas diarias habitualmente trabajadas y ocho horas. El resultado así obtenido será el coeficiente máximo de amortización admisible en este caso. Lo dispuesto en el párrafo

anterior no será de aplicación a aquellos elementos que tengan asignado en tablas coeficientes elaborados tomando en consideración una utilización superior a un turno normal de trabajo".

Sostuvo la Inspección que la entidad hoy recurrente realizó dotaciones a la amortización de distintos elementos del inmovilizado material en cuantía superior a la resultante de aplicar los coeficientes máximos previstos en la Orden de 23 de febrero de 1965, sin aportar prueba alguna que justificase que dichos elementos hubieran sufrido una depreciación efectiva superior a la resultante de aplicar las tablas oficiales. Frente a ello, sostiene la recurrente que aplicó a los activos controvertidos -edificaciones- el sistema de amortización previsto en el artículo 58.3 del RIS, ya referido, para elementos que se utilizan durante más de un turno de trabajo.

Hay que partir, tal y como expone la recurrente y recoge la resolución recurrida, de que la actividad de la entidad, consistente en fabricación integral de productos planos de acero inoxidable, se realiza mediante régimen de jornada continuada durante los 365 días del año, lo que equivale a tres turnos de trabajo, centrándose la controversia en determinar si lo dispuesto en el referido art. 58.3 del Reglamento del Impuesto resulta de aplicación, o no, a todos los elementos del activo fijo de la empresa, y, en concreto, tal y como pretende la recurrente, a las edificaciones e instalaciones complementarias.

A este respecto, la Sala comparte la conclusión alcanzada en la resolución recurrida, que confirma la sostenida por la Inspección, consistente en que el precepto reglamentario de referencia resulta aplicable exclusivamente a los elementos que están directamente integrados en la cadena productiva, pero no a aquellos otros elementos, como edificios industriales y obras de urbanización, que no sufren una depreciación mayor que la prevista en las tablas oficiales por el hecho de que la actividad de producción se realice en régimen de jornada continuada, siendo así que las circunstancias previstas para la aplicación del precepto deben darse respecto de cada uno de los elementos del inmovilizado de que se trate, individualmente considerados, sin que quepa entender que por el hecho de que la actividad productiva se desarrolle durante más de un turno de trabajo, todos los elementos del activo sufren una depreciación superior a la que experimentarían si la actividad se desarrollase solamente durante un turno. En efecto, la existencia de más de un turno de trabajo puede afectar a la vida útil de la maquinaria y elementos de la cadena productiva, pero no así a las edificaciones e instalaciones complementarias, pues, con independencia de las necesarias reparaciones periódicas, que constituirán gastos deducibles no amortizato-

rios, no resultarán afectadas por los dobles turnos de trabajo, a diferencia de la maquinaria de la cadena productiva que deberá ser sustituida.

Conforme a ello, procede también la desestimación del recurso en este punto.

C) Procede, ahora, examinar la deducción por inversiones en activos fijos nuevos (AFN), comenzando por el importe facturado a la hoy recurrente por trabajos de sustitución de las travesías de carga de una grúa y la ampliación de potencia de otra, cuya deducibilidad se deniega por considerar que constituyen una mejora de elementos preexistentes al incidir los gastos en AFN que ya estaban en funcionamiento.

Resulta, pues, que el concepto fundamental a efectos de esta deducción gira en torno a lo que deba entenderse por "activo fijo nuevo", y ello viene definido por el art. 26 de la LIS, que confirmó el Reglamento del Impuesto de Sociedades en su art. 214. Concretamente, para la consideración de "activo fijo nuevo" y siguiendo al Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 2ª, en Sentencia de 9 de octubre de 1996 (rec. 3/221/1994. Pte: Pujalte Clariana, Emilio), se exige que se trate de:

- a) Edificios u otras construcciones.
- b) Maquinaria, instalaciones y utillaje.
- c) Elementos de transporte.
- d) Mobiliario y enseres.
- e) Equipos para procesos de información.
- f) Investigaciones mineras.

Pero, además, se precisa:

- 1º) Que sean amortizables.
- 2º) Que sean utilizados o entren en funcionamiento por primera vez.

Por lo expuesto es evidente que los elementos a que la misma se refiere (trabajos de sustitución de las travesías de carga de una grúa y ampliación de potencia de otra) no pueden tener la consideración de "activo fijo nuevo" y, por consecuencia, no puede deducirse de la cuota del Impuesto de Sociedades el correspondiente porcentaje de la inversión efectuada en ellos. Por otro lado nada se ha probado acerca de que las mejoras, ya incidían sobre maquinarias o sobre instalaciones, por su entidad e importancia relativa en relación al AFN sobre el que inciden impliquen en el presente caso una instalación sustantivamente nueva.

D) Procede examinar la cuestión relativa al límite conjunto establecido para la deducción por inversiones en el artículo 26 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, modificada para cada ejercicio en la correspon-

diente Ley de Presupuestos, a fin de determinar si el límite conjunto de la cuota líquida para practicar la deducción por inversiones es aplicable únicamente a las inversiones del ejercicio o, incluye también las procedentes de ejercicios anteriores.

En cuanto a las deducción por inversiones procedentes de ejercicios anteriores, sostiene la parte recurrente que no existe un límite máximo conjunto en cada periodo de manera que las deducciones pueden absorber, si su cuantía y límites específicos lo permiten, el 100% de la cuota sobre la que giran.

Con relación al ejercicio inspeccionado -1992- el artículo 26.seis de la Ley 61/1978, en la redacción dada por la Ley 31/1991, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, que, en lo que aquí interesa, dispone:

"Las deducciones por inversiones procedentes de regímenes anteriores se aplicarán respetando el límite sobre cuota líquida preestablecido en sus respectivas normativas. Practicadas estas deducciones, podrán mino- rarse las deducciones por las inversiones señaladas en los números uno a tres de ese artículo, siempre que no se rebase un límite conjunto del 25% de la cuota líquida del ejercicio..."

La interpretación de la expresión "límite conjunto" obliga a entender que las deducciones por inversiones procedentes de ejercicios anteriores siempre están sujetas al límite sobre cuota líquida establecido en sus respectivas normas, sea superior o inferior al límite conjunto que resulte aplicable en el ejercicio posterior en el que aquellas se practican, procediendo a la acumulación de límites cuando concurren varias deducciones de ejercicios anteriores.

Ahora bien, cuando el límite o conjunto de límites de ejercicios anteriores sea superior al límite conjunto y se absorba totalmente por las inversiones de ejercicios anteriores, no se podrá practicar la deducción que pueda corresponder por las inversiones del ejercicio en curso. Es decir que el límite conjunto lo es tanto para las inversiones de ejercicios anteriores junto con las efectuadas en el ejercicio corriente.

El TEAC sostiene que la interpretación de la expresión "límite conjunto", obliga a entender que las deducciones por inversiones procedentes de ejercicios anteriores siempre están sujetas al límite sobre cuota líquida establecido en sus respectivas normas, sea superior o inferior al límite conjunto que resulte aplicable en el ejercicio posterior en el que aquellas se practican, procediendo a la acumulación de límites cuando concurren varias deducciones de ejercicios anteriores.

Ahora bien, cuando el límite o conjunto de límites de ejercicios anteriores sea superior al límite conjun-

to y se absorba totalmente por las inversiones de ejercicios anteriores, no se podrá practicar la deducción que pueda corresponder por las inversiones del ejercicio en curso. Es decir que el límite conjunto lo es tanto para las inversiones de ejercicios anteriores junto con las efectuadas en el ejercicio corriente.

Esta tesis es la que sigue la Sala de instancia, que ya en la sentencia de 20 de enero de 2.000 dictada en el recurso 654/1.996 reiterando lo recogido en la de 28 de octubre de 1.999 ha dicho que "las deducciones por inversiones en activos fijos de años anteriores a 1.989 tienen el límite del 25 % señalado en las Leyes de Presupuestos, y las de 1.989 el 20 %, no teniendo tal límite las deducciones por creación de empleo de los años 1.985, 1.986, 1.987 y 1.989, por lo que no cabe deducción mayor que supere dichos límites."

Doctrina también aplicable aquí, ya que el artículo 64 de la Ley 5/1.990, de 29 de junio, no hace sino reproducir el esquema de las Leyes de Presupuestos anteriores.

E) En orden al cómputo de los intereses de demora sostiene la recurrente que "la única solución justa es que se neutralicen... todos aquellos períodos de tiempo de cuyo transcurso, y consiguiente demora, es únicamente responsable la Administración Tributaria y que, en modo alguno, son imputables a Acerinox SA".

Por lo que respecta a los intereses de demora, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 3ª, Sección 2ª, de 5 de septiembre de 1991 y 4 de marzo de 1992) que señala que una vez establecido el derecho al percibo de intereses de demora las Administraciones tributarias pueden incluirlo en su actos administrativos de liquidación, cuando así proceda, con independencia de la calificación que haya merecido la conducta o comportamiento del contribuyente desde la especial óptica de la potestad sancionadora y también sin relación alguna con el tipo de acta en el cual se haya documentado la actuación inspectora (conformidad o rectificación). La mención explícita a los expedientes por infracciones de omisión y defraudación como desencadenantes del devengo de estos intereses introducida en la redacción del artículo 58.2 b) de la Ley General Tributaria ex artículo 15 del Decreto-Ley 6/1974, de 27 de diciembre, no puede significar la exclusión en los demás supuestos, limitando tácitamente, mediante una interpretación "a contrario sensu", el principio general enunciado en una norma de rango legal y, en definitiva, suficiente para ello".

Si bien es cierto que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15-7-2001, ha admitido que no procederá exigir tales intereses al deudor tributario, cuando por un caso fortuito ex-

cepcional, se produzca el retraso en el cumplimiento de la obligación tributaria (en el caso allí estudiado los autos estuvieron extraviados debido a la reordenación de los archivos, sin culpa del deudor y hubo un desfase de diez años entre la solicitud del recibimiento del pleito a prueba y el auto denegándolo), no es menos cierto que en el supuesto que se examina no se ha "denunciado" la existencia de excepcionalidad en si misma considerada, sino únicamente una demora en resolver, siendo así que tal demora no comporta consecuencias distintas a las examinadas, sin perjuicio de la posible responsabilidad disciplinaria en que se pudiera incurrir de no estar justificado el retraso o de la responsabilidad patrimonial que pudiera ser exigida.

La posición de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto a la cuestión de si se devengan intereses de demora a cargo del contribuyente cuando es la Administración Tributaria la que se demora en dictar un acto administrativo, ha sido a favor del devengo. Así en las demoras en la resolución de aplazamientos la ST de 5-7-1999 ha señalado: "E) No ha sido la demora o el retraso de la Administración en resolver lo determinante, en este caso, de la liquidación de los intereses, sino el hecho de que, al constituir los plazos fijados para el pago voluntario en el art. 20 del RGR una «intimación para el mismo por imperativo legal», el transcurso de los mismos, con prórroga o sin ella, sin proceder al abono de la deuda tributaria, provoca la mora del deudor, con la consiguiente obligación, a modo de compensación o indemnización, de satisfacer los intereses de demora cuyo plazo de producción "el de la duración del aplazamiento- se conoce de antemano, tal como se ha plasmado normativamente en el artículo 59 del RGR y en la Regla 29 de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad" (criterio reiterado en las STS del TS de 14-4-2000 y 11-2-2002).

F) En cuanto a la calificación del expediente, la recurrente plantea en esta vía jurisdiccional la improcedencia de la sanción por infracción grave (artículo 79.a) de la Ley General Tributaria) "dejar de ingresar, dentro de los plazos reglamentarios señalados, la totalidad o parte de la deuda tributaria...", impuesta, a la cual ataca, desde la perspectiva de la culpabilidad.

En lo tocante al invocado principio de culpabilidad hemos de decir que es bien conocido que el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria, en la redacción que le dio la Ley 10/1985, de 26 de abril, disponía que las infracciones tributarias eran sancionables incluso a título de simple negligencia, norma ésta que, posteriormente, fue objeto de numerosas aclaraciones, todas ellas en un mismo sentido, y así el Tribunal Supremo ha venido construyendo en los últimos años una sólida doctrina

en el ámbito sancionador específicamente tributario, en el sentido de vincular la culpabilidad del sujeto infractor a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas fiscales aplicables. Especialmente, cuando la Ley haya establecido la obligación a cargo de los particulares de practicar operaciones de liquidación tributaria, la culpabilidad del sujeto infractor exige que tales operaciones no estén respondiendo a una interpretación razonable de la norma tributaria, pues si bien esta interpretación puede ser negada por la Administración, su apoyo razonable, sobre todo si va acompañada de una declaración correcta, aleja la posibilidad de considerar la conducta como infracción tributaria, aunque formalmente incida en las descripciones del artículo 79 de la misma Ley General Tributaria (Sentencias, entre otras muchas, 29 de enero, 5 de marzo, 7 de mayo y 9 de junio de 1993; y, 24 de enero y 28 de febrero de 1994 y 6 de julio de 1995).

El principio de culpabilidad constituye un elemento básico a la hora de calificar la conducta de una persona como sancionable, es decir, es un elemento esencial en todo ilícito administrativo, lo que supone analizar las razones expuestas por la recurrente como justificadoras del incumplimiento de sus obligaciones tributarias para descartar las que sean meros pretextos o se basen en criterios de interpretación absolutamente insostenibles.

La actora mantiene que por su parte no ha habido ningún tipo de ocultación y alega una discrepancia de criterio con la Inspección en relación a la regularización inspectora. La Sala no puede desconocer, a la hora de analizar la conducta del obligado tributario, la existencia de una racional interpretación de la norma, a tenor de los argumentos expuestos en la demanda, en relación a las amortizaciones y al límite conjunto establecido para la deducción por inversiones, siendo así que a la vista de los datos obrantes en el expediente, unido a que la actora declaró puntual e íntegramente todas las operaciones controvertidas en la correspondiente declaración por el concepto impositivo y período controvertido, veracidad y complitud, que permiten afirmar que aquélla no obró de mala fe ni con ánimo de ocultación, llevando, en definitiva, a la Sala a descartar el necesario requisito subjetivo de culpabilidad en la conducta de la hoy actora respecto de los conceptos de amortizaciones y de límite conjunto para la deducción por inversiones, confirmando la sanción en cuanto al resto de conceptos regularizados.

SEGUNDO.- Los motivos en los que ACERINOX apoya su recurso de casación son los siguientes:

1º) Al amparo del artículo 88.1. letra d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción el artículo 60.4 del Regla-

mento General de la Inspección de los Tributos, en la redacción vigente al tiempo de producirse su infracción.

Como consta en las actuaciones, evacuado el informe ampliatorio de la Inspección con fecha 7 de abril de 1997 y presentado escrito de alegaciones por parte de ACERINOX, S.A. el día 8 de mayo de 1997, el Jefe de la Oficina Técnica de la Inspección, con fecha 9 de junio de 1997, dictó resolución en la que señalaba lo siguiente:

“He resuelto:

Acordar que la Inspección, al objeto de completar el presente expediente, realice, con carácter general, las actuaciones inspectoras pertinentes para la verificación de la situación tributaria de la Entidad.

La continuación de las actuaciones inspectoras, que este acuerdo implica, deberá llevarse a cabo en un plazo máximo de tres meses, de conformidad con el artículo 60.4 del ya citado, Reglamento General de la Inspección de los Tributos.

El presente acuerdo constituye un acto de mero trámite, por lo que; contra el mismo, no cabe recurso alguno “.

El Acta de disconformidad A02/61676064 constituye la más irrefutable prueba de que la Inspección, incumpliendo la resolución dictada por la Oficina Técnica, no practicó actuación complementaria ninguna. Se limitó, pura y simplemente, a reproducir, en sus mismos y literales términos, el acta extendida seis meses antes, concretamente el día 14 de enero de 1997, puesto que ambas son idénticas, con la única excepción de los intereses de demora que, gracias al tiempo transcurrido, se incrementan desde 28.525.616,- pesetas a 31.956.248,- pesetas, es decir, 3' 4 millones de pesetas más. El resto del acta es idéntica a la extendida seis meses y nueve días antes, el día 14 de enero de 1997.

En conclusión, el acuerdo ampliatorio del Inspector Jefe no se ajusta al supuesto contemplado en el artículo 60.4 del Reglamento General de Inspección de los Tributos, al que dice acogerse, con lo que dicho acto administrativo fue contrario al ordenamiento, de igual forma que tampoco se ajustó a Derecho la conducta de los Actuarios, por lo que procede la estimación del presente motivo y la casación de la Sentencia, declarando la nulidad del acuerdo ampliatorio del Inspector Jefe dictado con fecha 9 de junio de 1997.

2) Al amparo del artículo 88.1. letra d), de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 159 de la Ley General Tributaria.

El punto a que se refiere el presente motivo es muy concreto y es

consecuencia directa del mandato legal que prohíbe a la Administración la modificación de los actos administrativos que declaren derechos de los administrados o, de alguna manera, amplíen su esfera de derechos, salvo que haga uso de los procedimientos previstos en los artículos 153 a 156 de la Ley General Tributaria o que, previa declaración de lesividad, los impugne ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

ACERINOX, S.A. se acogió a una actualización de valores del activo, que fue objeto -insistimos- de comprobación especial y expresa por la Inspección de Hacienda según consta en el acta extendida al efecto el día 30 de octubre de 1986, que figura unida al escrito de demanda como DOC. 16.

En dicho documento, y con referencia a la comprobación de la actualización, tras consignar los valores resultantes de la misma, se afirma que “no se han rebasado” los límites a que se hallaba sujeta y, en el apartado pertinente, la Inspección manifiesta:

“AMORTIZACION SOBRE VALORES ACTUALIZADOS”,

“Correcta “.

De todo lo expuesto, resulta irrefutablemente, a juicio de ACERINOX, S.A., que la Administración Tributaria dictó por Órgano competente y tras el oportuno procedimiento, acto administrativo expreso declarativo de su derecho, dando conformidad explícita a la actualización y al tratamiento tributario derivado de tal conformidad, dentro del cual se encuentra su amortización, según el artículo 5 reg 1 a 6” del mencionado Real Decreto 382/1984, de 22 de febrero,

Por todo ello, se solicita la estimación del motivo, la casación de la Sentencia recurrida en este punto y, en definitiva, la anulación de la liquidación por exceso de dotación a la amortización del inmovilizado.

3) Al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por infracción del artículo 26 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en la redacción otorgada por la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos del Estado para 1992, así como de lo establecido por el artículo 214 del Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

La cuestión objeto del presente motivo se centra en la interpretación que deba hacerse de la expresión “activos fijos nuevos “ recogida en el artículo 26 de la Ley del Impuesto Sobre Sociedades y en el artículo 214.a C) del Real Decreto

2631/1982, de 15 de octubre, por el que se aprueba su Reglamento.

ACERINOX S.A. considera que las cantidades invertidas en las mejoras efectuadas sobre determinados bienes que forman parte de su activo, y susceptibles de amortización, deben poder ser objeto de la deducción por activos fijos nuevos.

Sin embargo, la Administración Tributaria y la sentencia recurrida consideran que ello no es ajustado a Derecho por cuanto que dichas mejoras no entran en funcionamiento por primera vez en el ejercicio de 1992, al efectuarse sobre bienes ya usados. Es decir, la Administración Tributaria no discute la consideración de mejoras de las modificaciones efectuadas —siempre se las denomina así y además permite que sean amortizadas-, sino que únicamente alega para denegar tal deducción que no entran en funcionamiento por primera vez en ese ejercicio al corresponder a mejoras irrelevantes o no cualitativas realizadas en un activo usado.

El artículo 26 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en su redacción otorgada por la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, que establece la deducción de activos fijos materiales nuevos, no define los mismos. No obstante, la simple definición de la palabra “nuevo”, recogida en el Diccionario de la Real Academia, poniéndola en relación con los activos fijos, no conduce a que las mejoras sean relevantes o no: son nuevas por cuanto que algo nuevo se define como algo “recién hecho o fabricado” o que “sobreviene o se añade a una cosa que había antes”, circunstancias que se producen en nuestro caso.

El Reglamento, sin que pueda ir más allá de lo establecido por Ley, establece en su art. 214 C) que para aplicar la deducción por activos fijos nuevos se deben de cumplir los siguientes requisitos:

1º. Que se trate de una categoría entre las que se encuentran las mejoras que nos ocupan, como son maquinaria, instalaciones y utillaje.

2º. Que sean amortizables; que las amortizaciones de las mejoras no hayan sido objetadas por la Inspección.

3º. Que no hayan sido cedidos a terceros, hecho que tampoco es cuestionado en este caso.

4º. Que sean utilizados o entren en funcionamiento por primera vez. Hecho que también se cumple, al entrar por primera vez en funcionamiento las mejoras en el ejercicio 1992. Aunque las mejoras se realizan sobre un activo usado, no por ello podemos afirmar que éstas pierdan su carácter de nuevas. La mejora deja de ser nueva en 1992 cuando es utilizada y entra en funcionamiento por primera vez. No importa si es relevante como afirma la Audiencia Na-

cional, porque ni la Ley ni el Reglamento lo exige, aunque en este caso en la medida en que mejora la productividad, además lo es. Tampoco importa que la mejora sea de importancia cualitativa o cuantitativa, porque aunque no lo sea, no por ello pierde su condición de nueva.

Por ello, no es ajustada a Derecho la restrictiva interpretación efectuada por la Administración Tributaria y la Sentencia de la Audiencia Nacional. Al reconocerse que ACERINOX, S.A. ha efectuado una determinada inversión que está siendo debidamente amortizada, y admitiendo que las instalaciones industriales han sido innovadas con determinadas mejoras que forman parte del activo y que éstas no existían antes, procede aceptar la aplicación de la deducción por activos fijos nuevos en ese ejercicio, al cumplirse todos los requisitos para la aplicación de la deducción recogidos por el artículo 214 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

En apoyo de esta tesis se invocan las sentencias de esta Sala de 17 de septiembre de 1997 (apelación 8149/1991) y 16 de marzo de 2002 (casación 9305/1996).

En consecuencia, procede estimar el presente motivo, casar la sentencia de la Audiencia Nacional y dictar otra admitiendo la deducción por activos fijos nuevos aplicada sobre las mejoras, anulando en este punto la liquidación tributaria originalmente recurrida.

4º) Al amparo del artículo 88.1 letra d), de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 72 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992.

El invocado precepto, que, en esencia, se ha repetido en las Leyes de Presupuestos desde 1987, regula la forma y el modo de computar el límite conjunto sobre la cuota líquida a efectos de practicar la deducción por inversiones del ejercicio económico al que corresponde la declaración del Impuesto y la procedente de ejercicio anteriores.

La aplicación práctica por las Salas de lo Contencioso-Administrativo del precepto en cuestión ha dado lugar a una serie de decisiones contrapuestas que justifican el planteamiento del presente motivo, acogido a la interpretación que, del precepto en cuestión, sostienen las Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 8 de marzo y 30 de junio, ambas de 1995, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de mayo de 1997, 17 de junio de 1999 y 11 de julio de 2001, y de la Audiencia Nacional de 29 de junio y de 26 y 28 de septiembre, todas de 2000.

5º) Con carácter subsidiario y al amparo del artículo 88.1. letra d) de

la Ley jurisdiccional por infracción de la doctrina legal contenida en las Sentencias de esta Sala entre otras, las de 5 de septiembre de 1991 y 4 de marzo de 1992, a cuyo tenor el interés de demora tiene una función compensatoria del incumplimiento de una obligación de dar, por lo que su naturaleza intrínseca constituye una modalidad indemnizatoria, derivada del artículo 1108 del Código Civil.

En el presente caso, aún cuando pueda existir una mora inicial del deudor tributario, no todo el tiempo durante el cual no se produce el pago es computable a ese deudor tributario, por cuanto es precisamente el deudor, por su inactividad, el que origina la imposibilidad de cuantificar la deuda y, consiguientemente de cuantificar su pago.

Si la mora del contribuyente comporta el interés legal recargado, resulta sorprendente que la solución no sea exactamente la misma cuando la morosidad es de la Administración Tributaria, supuesto en el que se adopta el poco razonable expediente de no considerar o considerar irrelevante la inactividad de la Administración.

Remitir a ACERINOX, S.A. a la vía de la exigencia de responsabilidad disciplinaria de los funcionarios que hayan causado la demora o de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es, ciertamente, no abordar el problema.

Por todo lo expuesto, se suplica la estimación del motivo, la casación de la Sentencia y la exoneración del devengo de intereses de demora por todos los períodos de tiempo de cuyo transcurso y consiguiente demora es responsable, únicamente, la Administración Tributaria y que no son imputables a ACERINOX, S.A.

6º) Al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción del artículo 77.4.d) de la Ley General Tributaria.

La discrepancia con la sentencia recurrida surge con relación al último párrafo del mencionado Fundamento de Derecho y, más concretamente, con la diferenciación que en el mismo se realiza entre los conceptos de dotación a las amortizaciones y límite conjunto para la aplicación de la deducción por inversiones, de una parte, y los restantes conceptos objeto de liquidación, por otra.

La discrepancia de ACERINOX, S.A. parte de la explícita manifestación contenida en el Acta extendida por la Inspección de Tributos en el sentido de que no ha existido ocultación alguna en la declaración del Impuesto sobre Sociedades formulada por mi representada y, junto a ello, que ha facilitado cuantos datos y antecedentes le han sido solicitados

para desarrollar las actuaciones inspectoras.

En este sentido, la conducta seguida por ACERINOX, S.A. al autoliquidar los conceptos de dotación a las amortizaciones o límite conjunto de la deducción por inversiones realizadas en diferentes ejercicios, es exactamente la misma que se ha puesto en práctica en la deducción por las inversiones representadas por las "mejoras", modo de proceder que cuenta con el respaldo de las Sentencias de esta Sala de 17 de septiembre de 1997 y 16 de marzo de 2002.

Asimismo ello es predicable del resto de conceptos por los que se sanciona a la recurrente. A este respecto, es preciso considerar la especial complejidad que supone la inter-

■

"...tanto el artículo 58.2 de la Ley General Tributaria como el artículo 69 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos exigen que se liquide el interés de demora por todo el período en que aquél se devengue, sin que se contemple la posibilidad de excluir del cómputo los períodos correspondientes a posibles interrupciones de las actuaciones inspectoras."

■

pretación y aplicación de la normativa del Impuesto sobre Sociedades en grandes empresas siderúrgicas así como el grandísimo volumen de operaciones realizadas por ACERINOX, S.A. Es fácilmente imaginable la gran variedad de supuestos que se puedan plantear en una gran industria con una facturación en el ejercicio de 1992 de 63.990.102.890 pesetas (384.588.263,98 euros).

Diariamente se producen en la actividad industrial tantos hechos con trascendencia tributaria que pese a haberse puesto la máxima diligencia en el cumplimiento de las normas tributarias, en constante cambio, es fácil que exista un precepto que pudiera, en su caso, ser malinterpretado por mi representada.

Por otro lado, los propios inspectores actuarios reconocen la dificultad interpretativa de las normas objeto de discrepancia y los distintos juicios de valor que pueden resultar de las mismas.

De todo el procedimiento seguido -en especial del informe ampliatorio al Acta y de las alegaciones de ACERINOX, S.A.- inevitablemente se desprende que los hechos regularizados por la Inspección son, cuando menos, susceptibles de distintas interpretaciones, aun cuando evidentemente sólo una de ellas deber ser la correcta. No obstante, ello no puede implicar la sanción automática por mantener otro criterio o interpretación. Mi representada a lo largo de todo el procedimiento ha sostenido y razonado sus tesis contrarias a las de la Administración, no existiendo en su actuación ningún hecho del que se desprenda ánimo de defraudar.

En consecuencia, se estima que la conducta de ACERINOX, S. A. no puede ser calificada como constitutiva de infracción tributaria. Puede ser que haya incurrido en un error, pero no puede estimarse cometida una infracción.

TERCERO.- El primer motivo de casación del escrito de interposición versa sobre la petición de nulidad del acuerdo ampliatorio del Inspector Jefe dictado con fecha 9 de junio de 1997.

Para analizar el defecto denunciado hay que partir del contenido del artículo 60.4 del Reglamento de la Inspección :

"Cuando el acta sea de disconformidad, el Inspector-Jefe, a la vista del acta y su informe y de las alegaciones formuladas, en su caso, por el interesado, dictará el acto administrativo que corresponda dentro del mes siguiente al término del plazo para formular alegaciones.

Asimismo, dentro del mismo plazo para resolver, el Inspector-Jefe podrá acordar que se complete el expediente en cualquiera de sus extremos, practicándose por la Inspección las actuaciones que procedan en un plazo no superior a tres meses. En este caso, el acuerdo adoptado se notificará al interesado e interrumpirá el cómputo del plazo para resolver. Terminadas las actuaciones complementarias, se documentarán según proceda a tenor de sus resultados. Si se incoase acta, ésta sustituirá en todos sus extremos a la anteriormente formalizada y se tramitará según proceda; en otro caso, se pondrá de nuevo el expediente completo de manifiesto al interesado por un plazo de quince días, resolviendo el Inspector-Jefe dentro del mes siguiente".

En el supuesto que nos ocupa, del examen de la documentación obrante en el expediente se desprende que: 1.- La Inspección instruyó, con fecha

14 de enero de 1997, Acta AO2 correspondiente al Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 1992, en la que se propone una liquidación comprensiva de cuota por importe de 67.942.510 ptas., intereses de demora por 28.525.616 ptas. y sanción de 40.765.506 ptas., emitiendo los inspectores actuarios el preceptivo informe ampliatorio el día 7 de abril de 1997. 2.- Cumplido el trámite de puesta de manifiesto del expediente, la entidad formuló las alegaciones que estimó pertinentes. 3.- Con fecha 9 de junio de 1997, la Jefe de la Oficina Técnica dictó acuerdo en el que se hace constar que "Con fecha 9 de junio de 1997 se ha acordado por esta Oficina Técnica completar los expedientes que regularizan la situación tributaria de la Entidad por los años 1988, 1989, 1990 y 1991, todos ellos referidos al Impuesto sobre Sociedades. Que, como consecuencia del acuerdo adoptado que afecta a los ejercicios mencionados, pudiera resultar la incoación de nuevas Actas por los años citados, en las que se determinen créditos de impuesto a deducir en ejercicios posteriores diferentes a los consignados en el Acta núm. 61055076", por lo que resuelve que la Inspección, al objeto de completar el expediente, realice, con carácter general, las actuaciones inspectoras pertinentes, para la verificación de la situación tributaria de la entidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60.4 del Real Decreto 939/1986. 4.- Con fecha 23 de julio de 1997, se extiende el Acta AO2 que da origen a la liquidación impugnada, en la que se hace constar que con dicha fecha se inicia la ampliación de actuaciones en los términos indicados en el acuerdo de 9 de junio de 1997, en la que se propone una liquidación comprensiva de cuota por importe de 67.942.510 ptas., intereses de demora por 31.956.248 ptas. y sanción de 40.765.506 ptas. 5.- Cumplido un nuevo trámite de puesta de manifiesto del expediente, el Jefe de la Oficina Nacional de Inspección dictó acuerdo de liquidación definitiva, con fecha 26 de diciembre de 1997, confirmando íntegramente la propuesta de regularización contenida en el Acta de 23 de julio del mismo año.

De lo expuesto se desprende que, en el supuesto que se analiza, el motivo por el que el Inspector-Jefe acordó completar las actuaciones en relación con el ejercicio 1992 fue exclusivamente poder recoger en la propuesta de regularización las modificaciones que se pudieran derivar de las actuaciones a realizar en relación con los ejercicios precedentes, pero sin que, como advierte la sentencia recurrida, del contenido de dicho acuerdo derive la necesidad de práctica de nuevas actuaciones "externas". Bastaba para su adopción que el Inspector Jefe hubiera entendido necesario cualquier complemento del expediente inicial, para poder incorporar "posibles" modificaciones derivadas de la comprobación de ejercicios precedentes, aun-

que el Acta no resultase luego modificada por esta comprobación y aunque tal comprobación se realizase en un solo día. Y es lo cierto que en el Acta extendida el 23 de julio de 1997 y en el correspondiente informe ampliatorio, emitido por los inspectores actuarios en la misma fecha, se hacen constar los mismos hechos y consecuencias jurídicas que en el Acta incoada el 14 de enero del mismo año, siendo la única variación existente entre ambas la referente al cómputo de los intereses de demora.

En consecuencia, hay que concluir con la sentencia recurrida que no existe vicio alguno de nulidad que pueda ser predicado del acuerdo ampliatorio del Inspector Jefe de 9 de junio de 1997, siendo así que las actuaciones practicadas se adecuan a lo previsto en el artículo 60.4 del Reglamento de Inspección que se cita como infringido, sin que quepa apreciar situación alguna de indefensión para la entidad recurrente, que, en cada etapa del procedimiento ha tenido adecuado conocimiento de los hechos y datos que han servido de base a la liquidación practicada, posibilitándose la impugnación de cada uno de los elementos que han determinado dicha resolución, como así ha hecho.

En todo caso, no procede acceder a la nulidad del acuerdo ampliatorio de actuaciones inspectoras dictado por el Jefe de la Oficina Técnica de la Inspección con fecha 9 de junio de 1997 porque el tiempo transcurrido entre la resolución de 9 de junio de 1997 y el Acta de disconformidad levantada el 23 de julio de 1997 no excedió del plazo máximo de tres meses que fijó el acuerdo de ampliación de actuaciones inspectoras. La Administración no incumplió pues, por causa que le fuera imputable, el plazo fijado para resolver y, en consecuencia, no puede dejarse de exigir los intereses de demora por el tiempo transcurrido.

CUARTO.- En el segundo motivo de casación se invoca por el recurrente que existía ya un acta levantada con fecha 30 de octubre de 1986 que consideraba correcta la amortización sobre valores actualizados y que esa acta implica un acto declarativo de derechos para la sociedad recurrente que la Administración no puede desconocer a menos que acuda a los procedimientos legalmente establecidos (nulidad de pleno derecho, lesividad, rectificación de errores).

La recurrente alega, en primer lugar, que la Inspección, en las actas incoadas a la sociedad por el Impuesto sobre Sociedades correspondiente a los ejercicios 1983 a 1987, admite las amortizaciones practicadas por la entidad, por lo que ésta adquirió un derecho subjetivo a la continuidad de su sistema de amortización, que ahora es modificado injustificadamente por la Inspección.

Pues bien, la reciente sentencia de esta Sala de 5 de enero de 2010 rec. casa. núm.217/2004), a propósito de un motivo de casación planteado en idénticos términos en un recurso de casación interpuesto también por ACERINOX por el mismo concepto Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1988, estimaba el motivo porque "efectivamente, no es admisible, que, como aquí sucede, en una revisión general de la actuación tributaria del administrado se declare la conformidad con el ordenamiento jurídico de una actividad de éste, en este caso el modo de amortización de ciertos bienes, y, luego, en una inspección ulterior, se vuelva sobre dicho acuerdo y se sostenga que los parámetros amortizadores no son ajustados a derecho.

En tanto se trata de los mismos bienes, y no hayan sido modificados los criterios legales que hacen aplicable la amortización, la Administración ha de dar por bueno el comportamiento del administrado que se ajusta a los criterios administrativos establecidos con anterioridad de modo expreso como ajustados a derecho.

Ello comporta que la partida controvertida, y en lo que afecta a los bienes cuya amortización fue anteriormente aceptada, y en tanto no se hayan modificado los parámetros legales aplicables a la amortización, no puede ser objeto de incremento".

Razones de unidad de doctrina y de seguridad jurídica nos obligan a adoptar aquí idéntico criterio. El motivo ha de ser, pues estimado.

QUINTO.- En el motivo tercero, la parte recurrente sostiene que debe admitirse la deducción por inversiones en activos fijos nuevos aplicada sobre determinadas mejoras.

Tampoco ese motivo puede acogerse.

El Reglamento del Impuesto establece en su artículo 214 que: "1. Tendrán la consideración de elementos de activo fijo nuevo a efectos de la deducción por inversiones los que cumplan cada uno de los siguientes requisitos: A) Que se trate de alguna de las siguientes categorías, con independencia de que sean de fabricación española o extranjera: a) Edificios y otras construcciones situados en España; b) Maquinaria, instalaciones y utillaje; c) Elementos de transporte interior y exterior, excluidos los vehículos susceptibles de uso propio por personas vinculadas directa o indirectamente a la Empresa; d) Mobiliario y enseres; e) Equipos para procesos de información; f) Investigaciones mineras. B) Que sean amortizables. C) Que sean utilizados o entren en funcionamiento por primera vez. D) Que no se hallen cedidos a terceros para su uso, con o sin contra prestaciones. 2. No se considerará, en ningún caso, activo fijo nuevo a los terrenos".

La Inspección rechazó en este caso la aplicación de la deducción al importe facturado a la recurrente por los trabajos de sustitución de las travesías de carga de una grúa y la ampliación de la potencia de otra, por entender que constituía una mejora de elementos preexistentes y no entraban en funcionamiento por primera vez. La recurrente alegó al respecto que el TEAC había admitido la procedencia de la deducción por inversiones en activos fijos nuevos para las mejoras. En este sentido, es necesario destacar, que, como se indicaba en el acuerdo de liquidación impugnado, la Resolución del TEAC de fecha 26 de octubre de 1994, citada por la recurrente relativa a una filial de la misma, se refería a un supuesto específico en el que la mejora o reforma del elemento usado era de tal importancia cualitativa y cuantitativa en relación con el elemento al que se incorporaba, que permitía entender que se trataba substantivamente de un activo nuevo. En el presente caso, sin embargo, no se dan dichas circunstancias, por lo que hay que concluir que las obras de mejora y reforma no alteran la naturaleza del elemento al que se incorporan -activo usado-. por lo que no puede admitirse que formen parte de la base de la deducción por inversiones en activos fijos nuevos.

Esta Sala, en su sentencia de 9 de octubre de 1996 (rec. 221/1994), exige que se trate de a) Edificios u otras construcciones. b) Maquinaria, instalaciones y utillaje. c) Elementos de transporte. d) Mobiliario y enseres. e) Equipos para procesos de información. f) Investigaciones mineras. Pero, además, se precisa: 1º) Que sean amortizables. 2º) Que sean utilizados o entren en función amiento por primera vez.

Para el Tribunal de instancia -cuyas conclusiones valorativas en este punto entendemos que no pueden modificarse en un recurso de casación- es evidente que los elementos a que la deducción se refiere en este caso (trabajos de sustitución de las travesías de carga de una grúa y ampliación de potencia de otra) no pueden tener la consideración de activos fijos nuevos y, por consecuencia, no puede deducirse de la cuota del Impuesto de Sociedades el correspondiente porcentaje de la inversión efectuada en ellos. Por otro lado nada se ha probado -insiste el Tribunal a quo- acerca de que las mejoras, ya recaigan sobre maquinarias o sobre instalaciones, por su entidad e importancia en relación al activo fijo nuevo sobre el que inciden, impliquen en el presente caso una instalación sustantivamente nueva.

SEXTO.- Por lo que se refiere a la cuestión relativa a determinar si el límite conjunto de la cuota líquida para practicar la deducción por inversiones es aplicable únicamente a las inversiones del ejercicio o incluye también las procedente de ejercicios anteriores, el artículo 26. Seis

de la Ley 61/1978, en la redacción dada por la Ley 31/1991, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, dispone que: "Las deducciones por inversiones procedentes de regímenes anteriores se aplicarán respetando el límite sobre cuota líquida preestablecido en sus respectivas normativas. Practicadas estas deducciones, podrán minorarse las deducciones por las inversiones señaladas en los números uno a tres de ese artículo, siempre que no se rebase un límite conjunto del 25% de la cuota líquida del ejercicio...".

La confusa redacción de este precepto ha suscitado numerosas dudas en lo relativo al alcance del "límite conjunto" en el sentido de si se refiere exclusivamente a las inversiones efectuadas en el ejercicio o alcanza también a las procedentes de ejercicios anteriores. En este sentido hay que señalar que, si bien ambas deducciones se encuentran recogidas en apartados diferentes, lo que en un principio podría inducir a pensar que están sujetas cada una a su límite, lo cierto es que los artículos citados establecen una condición para que pueda practicarse la deducción por las inversiones del ejercicio en curso, y esta condición es que la deducción por las inversiones de ejercicios anteriores no haya absorbido totalmente el límite conjunto. En definitiva, de lo expuesto se desprenden las siguientes conclusiones:

1ª.- Las deducciones por inversiones procedentes de ejercicios anteriores siempre están sujetas al límite sobre la cuota líquida establecido en sus respectivas normas, sea superior o inferior al límite conjunto que resulte aplicable en el ejercicio posterior en que aquellas se practiquen, procediendo a la acumulación de límites cuando concurren varias deducciones provenientes de ejercicios anteriores.

2ª.- Cuando el límite, o conjunto de límites, de ejercicios anteriores sea superior al límite conjunto y se absorba totalmente por las inversiones de ejercicios anteriores, no se podrá practicar la deducción que pudiera corresponder por las inversiones del ejercicio en curso.

3ª.- En el caso de que el límite de ejercicios anteriores sea inferior al conjunto e igualmente se absorba por la deducción de las inversiones de ejercicios anteriores, se podrá efectuar la deducción por las inversiones del ejercicio en curso con el límite del porcentaje que resulte de la diferencia entre el límite para las deducciones de ejercicios anteriores y el límite conjunto.

En esa línea se ha pronunciado esta Sala en sus sentencias de 31 de mayo de 2005 (casación 7256/2000) y 29 de enero de 2009 (casación 2982/2004).

SEPTIMO.- Por lo que se refiere a la cuestión relativa a determinar si es

o no ajustada a Derecho la liquidación de intereses de demora practicada, la recurrente considera que existieron diversas interrupciones durante el tiempo que duraron las actuaciones inspectoras por causas no imputables a la entidad, por lo que no se deberían intereses de demora por tales períodos. En este sentido, hay que destacar que tanto el artículo 58.2 de la Ley General Tributaria como el artículo 69 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos exigen que se liquide el interés de demora por todo el período en que aquél se devengue, sin que se contemple la posibilidad de excluir del cómputo los períodos correspondientes a posibles interrupciones de las actuaciones inspectoras.

Este Tribunal Supremo no ha dejado de reconocer como contrario a los criterios de equidad y justicia el hacer recaer sobre el ciudadano las consecuencias derivadas de una inactividad prolongada e injustificada de la Administración Tributaria, consciente de que hacer recaer sobre el contribuyente las demoras en la tramitación de un expediente con el consiguiente pago de mayores intereses de demora implica el que el administrado tenga que soportar las consecuencias del funcionamiento anormal de un servicio público.

Ciertamente que nuestro Derecho Tributario no ha regulado los efectos de la "mora accipiendi" en que puede incurrir la Administración Tributaria por inactividad propia hasta llegar al artículo 26.4 de la nueva Ley General Tributaria, que no sería aplicable, "ratione temporis", al caso que nos ocupa.

Pero la jurisprudencia ha posibilitado que en los casos de retraso en el cumplimiento de una obligación de pago sin culpa del deudor, sea la Administración acreedora la que deba soportar los efectos del retraso, o sea, la no exigencia de intereses durante el tiempo del retraso (mora).

Con independencia de lo que se deja expuesto, no es posible en este caso materializar consecuencias concretas ante el alegato de la recurrente de que se neutralicen los intereses de demora de todos aquellos períodos de tiempo de cuyo transcurso sea responsable únicamente la Administración Tributaria y no sean imputables, en modo alguno, a ACERINOX, S.A. pues lo cierto es que no están concretados períodos de tiempo de cuya demora sea responsable en este caso la Administración Tributaria.

OCTAVO.- En lo referente a la cuestión relativa a la calificación a efectos sancionadores de los hechos regularizados, es de señalar que los hechos regularizados en el caso que ahora se examina y que ocasionaron la falta de ingreso de la totalidad de la deuda tributaria fueron los siguientes:

1º) Los excesos de amortización del inmovilizado material por sobrepasar los coeficientes máximos establecidos en las tablas oficiales, sin que resultara acreditado la existencia de una depreciación efectiva superior a las condiciones para aplicar el sistema de amortización de elementos que se utilizan en más de un turno de trabajo.

2º) Respecto a la dotación a la provisión para retirada de escorias, el Reglamento del Impuesto establece los supuestos en los que se pueden deducir fiscalmente las dotaciones a provisiones y la deducibilidad como gasto exclusivamente de los correspondientes al ejercicio.

3º) Deducciones por inversiones en activos fijos nuevos del ejercicio 1992 respecto de las cuales se niega el derecho a la deducción -mejoras en un activo usado y programas informáticos-.

4º) Deducción por inversiones en Investigación y Desarrollo.

5º) Deducción por creación de empleo.

La Sala de instancia aprecia la existencia de una racional interpretación de la norma, a tenor de los argumentos expuesto en la demanda, en relación a las amortizaciones y al límite conjunto establecido para la deducción por inversiones.

En cuanto al resto de conceptos regularizados (dotación a la provisión por retirada de escorias, deducción por inversiones en investigación y desarrollo, deducción por creación de empleo), la verdad es que no se aprecia la diferencia que en la sentencia recurrida (F. de D. 10º) se hace entre los conceptos de dotación a las amortizaciones y límite conjunto para la aplicación de la deducción por inversiones, de una parte, y los restantes conceptos objeto de liquidación, por otra.

Al analizar la conducta del obligado tributario respecto de los tres conceptos sobre los que no se ha levantado la sanción, esta Sala aprecia también la racional interpretación de la norma que hizo la recurrente, a la vista de los datos obrantes en el expediente, lo que unido a que la recurrente declaró puntual e íntegramente todas las operaciones controvertidas, permite afirmar que no obró de mala fe ni con ánimo de ocultación, lo cual nos lleva a descartar el necesario requisito de la culpabilidad en la conducta de la recurrente respecto del resto de los conceptos regularizados.

No cabe olvidar la manifestación contenida en el Acta extendida por la Inspección de los Tributos en el sentido de que no ha habido ocultación alguna en la declaración del Impuesto sobre Sociedades formulada por la recurrente y que ha facilitado cuantos datos y antecedentes le han sido

solicitados para desarrollar las actuaciones inspectoras.

Además, los propios Inspectores Actuarios reconocen la dificultad interpretativa de las normas objeto de discrepancia. Debe, pues, comprenderse y admitirse la existencia de una discrepancia de criterio razonable y razonada.

Procede, pues, estimar el presente motivo, casar la sentencia recurrida en este punto y declarar la inexistencia de infracción tributaria alguna.

NOVENO.- En materia de costas y a la vista de la estimación parcial del recurso no procede hacer pronunciamiento expreso de las causadas en este recurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

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

FALLO

1º.- Que debemos estimar y estimamos parcialmente el Recurso de Casación.

2º.- Anulamos parcialmente la sentencia de 7 de noviembre de 2003, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso 707/2001, y declaramos la improcedencia de las regularizaciones por incrementos de amortización en los términos razonadas en el fundamento cuarto de la sentencia.

3º.- Anulamos parcialmente la sentencia impugnada en lo referente a los conceptos regularizados en los que no levantó las sanciones impuestas en vía administrativa: dotación a la provisión por retirada de escorias, deducción por inversiones en investigación y desarrollo y deducción por creación de empleo, declarando la inexistencia de infracción tributaria alguna en la conducta de la entidad recurrente.

4º.- Se desestima el recurso en todo lo demás.

5º.- No se hace expresa imposición de las costas causadas en este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Emilio Frias Ponce.- Angel Aguillo Aviles.- José Antonio Montero Fernández.- Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Juan Gonzalo Martínez Mico, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

RESEÑA

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



TS CIVIL

2010/78756

TS Sala 1ª, Sentencia 10 mayo 2010.
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Caducidad parcial por falta de uso de las marcas españolas

El TS declara no haber lugar al rec. extraordinario por infracción procesal y haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, con estimación en parte de la demanda interpuesta por la ahora recurrente, declara caducadas por falta de uso las marcas españolas de la demandada excepto para los productos consistentes en frutas en conserva. Declara el TS que la AP rechazó la acción de caducidad pese a considerar probado que las marcas litigiosas sólo se habían usado para identificar el producto indicado, cuando lo procedente es declarar la caducidad respecto de los productos para cuya identificación se registró pero no se utilizó la marca, sin que resulte incongruente declarar una caducidad parcial por desuso a pesar de que en la demanda se pretendiese que ésta alcanzara a todos los productos para los que las marcas habían sido concedidas.

2010/84184

TS Sala 1ª, Sentencia 20 mayo 2010.
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Inexistencia de riesgo de confusión en el uso de colores para apreciar violación de marca

El TS declara no haber lugar al rec. de casación interpuesto contra la sentencia de apelación que, al igual que la de primera instancia, desestimó las acciones referidas a la violación de marca y a la realización de actos de competencia desleal consistentes en la utilización por la mercantil demandada, en las fachadas y rótulos de sus establecimientos, de colores similares a los de la actora, dedicándose ambas al comercio de pan y pasteles, al entender la AP que las acciones habían prescrito. El TS declara que no consta que la demandada hubiera finalizado los ac-

tos que la actora califica como de competencia desleal en el momento de interposición de la demanda por lo que no fue correcta la apreciación de la excepción de prescripción en la sentencia de apelación, si bien, por el principio de equivalencia de resultados, mantiene la desestimación de la demanda ya que la Sala considera que no existe riesgo de confusión y declara que los colores, por muy vivos que sean, resultan poco adecuados para transmitir información precisa.



TS PENAL

2010/53523

TS Sala 2ª, Sentencia 8 abril 2010.
Ponente: D. Luciano Varela Castro

Insuficiencia probatoria para la condena por delito de blanqueo de capitales

Desestimando el recurso de casación interpuesto por la acusada, la Sala acoge el formulado por el otro imputado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos contra la salud pública y blanqueo de capitales. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del delito de blanqueo de capitales, pues si la afirmación de colaborar en los alejamientos del dinero es un juicio de valor al que no se le respalda con datos de hecho concretos que lo justifiquen, habrá de convenirse que la prueba practicada no autoriza las afirmaciones fácticas que la sentencia de instancia erige en comportamiento tipificado como delito de blanqueo de dinero.

2010/53524

TS Sala 2ª, Sentencia 7 abril 2010.
Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

Diferencias entre complicidad omisiva y coautoría en el delito de incendio

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de incendio. Subraya la Sala que la complicidad y la coautoría se encuen-

tran en una relación de subsidiariedad expresa, de forma que el precepto subsidiario -la complicidad- sólo se aplica en defecto del precepto principal -la autoría-, de manera que toda autoría comporta una complicidad superada en el camino progresivo de la participación. Ello significaría que aunque el comportamiento estudiado fuese el propio de la autoría, la aplicación de la complicidad omisiva, tácitamente comprendida y superada por aquélla, no comportaría lesión alguna del derecho del recurrente, sino disfrute de un privilegiado trato de penalidad a tenor del alcance real de su participación en el hecho.



TS ADMINISTRATIVO

2010/71297

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 30 abril 2010.
Ponente: D. Emilio Frías Ponce

Desconocimiento del fundamento de la petición de suspensión

El TS, que ha lugar al recurso de casación, casa y anula el auto que había procedido a suspender la ejecución de una liquidación del IS, y, en su lugar, ordena la retroacción de lo actuado al momento inmediatamente anterior al de dictar resolución por el Tribunal de instancia, a fin de que, previo traslado del recurso de súplica a la Junta de Andalucía, sea resuelta la cuestión controvertida, ya que no cabe duda que la Sala de instancia dejó sin contestar la cuestión que interesó la Administración, al menos, en el recurso de súplica, esto es, la aplicación de la suspensión automática a que se refería la Ley Autonómica 10/2002, por la presentación de la solicitud de tasación pericial contradictoria o la reserva del derecho a promoverla, pues al encontrarse incompleto el testimonio del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo que figura en la pieza separada, no es posible conocer el fundamento de la petición de suspensión que se articuló, y determinar si también existió desajuste entre la resolución inicial y los términos en que la parte formuló su pretensión incidental.

2010/71293

TS Sala 3ª, Sección 1ª, Sentencia 30 abril 2010.
Ponente: D. Ricardo Enriquez Sancho

Imposibilidad de revisar de nuevo la prueba practicada en instancia

El TS no ha lugar al recurso de revisión por error judicial interpuesto contra la sentencia del TSJ de Canarias dictada con relación a una resolución del TEAR de Canarias en materia del IS. La Sala establece que lo que, bajo el calificativo de error judicial, pone en realidad de manifiesto la recurrente, es una discrepancia con la valoración de la prueba y con la interpretación de las normas jurídicas aplicables efectuada por el órgano judicial, pero, en la medida en que las conclusiones alcanzadas por el TSJ de Canarias, no pueden reputarse ilógicas, irrazonables o absurdas, sino que, por el contrario, constituyen claramente el resultado de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, aquéllas no pueden ser revisadas en el procedimiento de revisión por error judicial, un proceso extraordinario en el que, está vedado examinar nuevamente la prueba practicada en las actuaciones de instancia, ni enjuiciar el acierto o desacierto del órgano jurisdiccional al dictar su resolución.



TS SOCIAL

2010/84396

TS Sala 4ª, Sentencia 27 abril 2010.
Ponente: D. Antonio Martín Valverde

Responsabilidad ministerial por prestaciones de SS por falta de alta y cotización de profesora de religión

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el codemandado INSS contra sentencia que rechazó la responsabilidad empresarial respecto de la pensión de jubilación de la profesora de religión accionante por falta de alta y cotización. Explica la Sala que el enjuiciado es un supuesto de responsabilidad proporcional del Ministerio de Educación por la indebida falta de cotización acreditada en el caso, pues la administración empleadora estaba en condiciones de haber cumplido con sus obligaciones contributivas de seguridad social respecto de los profesores de religión, ya antes de la declaración de laboralidad de la Ley 50/1998, norma legal que tiene en este punto la cualidad de ley interpretativa en relación con la normativa sobre profesores de religión establecida en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede.