



# 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 XVI. Número 2757

Madrid, miércoles 11 de noviembre de 2009



2009/217417

TS Sala 1ª, Sentencia 18 septiembre 2009. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Al margen de la inexactitud del relato

## Protección jurisdiccional del derecho a recibir información

*Acuerda el TS desestimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia que rechazó la demanda de protección jurisdiccional del honor interpuesta frente a una televisión autonómica con relación a la difusión de una noticia falsa, relativa al desmantelamiento de una supuesta red dedicada a la tramitación fraudulenta de permisos de trabajo que tenía lugar en un despacho de abogados.*

*Se centra el debate en dilucidar la relación existente entre el derecho al honor y el derecho a la información. Señala la Sala que las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligentemente comprobadas y sustentadas en hechos objetivos. En el caso de autos hubo una labor de indagación y constatación previa, como declara probado la sentencia recurrida, y la noticia divulgada por Telemadrid se elabora a partir de los datos proporcionados por la policía entre los que no se incluye el nombre de las personas detenidas, de tal forma que la actuación del medio informativo debe ser calificada como acorde a las exigencias jurisprudenciales de diligencia en la obtención de la información difundida, con independencia de que con posterioridad se demostrara la inexactitud de su relato.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dª Matilde y Dª Amparo, recurren en casación la sentencia que les niega la protección jurisdiccional del honor interesada en la demanda que formularon al amparo de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, frente a Televisión Autonomía Madrid, SA (Telemadrid), con relación a la difusión los días 4 y 5 de marzo de 2003, de una noticia falsa, relativa al desmantelamiento de una supuesta red dedicada a la tramitación fraudulenta de permisos de trabajo que tenía lugar en un despacho de abogados, sito en la calle Gaztambide num. 19.5 A, de Madrid, donde se había efectuado un registro, apareciendo en los reportajes emitidos imágenes

de la fachada del inmueble, de la puerta correspondiente a dicho piso y del buzón en que se veían claramente legibles sus nombres, implicando la información emitida a todos los miembros del despacho, cuando tan solo uno de ellos, D. Raúl, fue imputado. A resultas de esta información se vieron obligadas a cerrar el despacho, sufriendo determinados perjuicios de orden moral y patrimonial.

La sentencia que ahora se recurre en casación, revoca la de 1ª Instancia, que estimó acreditado que hubo la intromisión denunciada, y desestima la demanda, absolviendo a Telemadrid con todos los pronunciamientos favorables". La sentencia proferida en la primera instancia -dice- alzaprimó la verdad material de los hechos sobre la verdad infor-

mativa, entendida, cual queda dicho, como el cumplimiento del deber de diligencia que pesa sobre el informador, pretiriendo que esa deber de información se haya equidistante entre la indagación exhaustiva y la simple suposición o rumor, así como que la información divulgada se obtuvo a partir de datos procedentes de fuentes informativas serias y solventes, lo que no es objeto de polémica, en cuanto el registro policial en el despacho donde las apeladas desarrollaban su actividad profesional no se puso en tela de juicio extrajudicialmente ni durante la sustanciación de las actuaciones de que dimana esta instancia, como tampoco la detención del Sr. Raúl por los hechos a que se circunscribió la noticia.

El nivel de diligencia observado por el medio televisivo... se corresponde con el razonablemente exigido para que se hipervalore la libertad de información...".

SEGUNDO.- El recurso de casación se formula a través de ocho alegaciones en los que las recurrentes exponen su versión sobre los hechos que dieron origen al procedimiento de que dimana el presente recurso, con especial incidencia en la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia, que no es objeto del recurso. Solo en la última se refiere a la sentencia de la Audiencia Provincial, cuya anulación solicita, en razón de que la persona detenida no tenía la condición de Abogado en ejercicio, y si las personas cuyo nombre emitió de forma gratuita para, con ello, convertir una noticia en "no veraz" e innecesaria, invadiendo la esfera amparada en el artículo 18 de la CE.

De esa forma, la recurrente pretende volver a someter a enjuiciamiento los argumentos que ya expuso en el escrito de demanda, mezclando cuestiones fácticas con jurídicas con la pretensión de hacer valer el contenido de la sentencia de 1ª Instancia, cuando es reiterado por esta Sala que la resolución dictada en apelación es la única susceptible, en su caso, de ser revisada en casación, nunca la de primera instancia.

En cualquier caso, centrándose el debate en dilucidar la relación entre el Derecho al Honor y el derecho a la Información, la solución jurídica no puede ser otra que la que ahora se

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Indebida denegación de comparecencia en Parlamento de órgano colegiado distinto del Presidente **4**

Legitimación de la SGAE para intervenir en pleitos por canon digital **6**

### TS

#### CIVIL

Protección jurisdiccional del derecho a recibir información **1**

Imposibilidad del ejercicio de acción sobre protección de derecho marcario **2**

#### PENAL

Delito de estafa agravada al recaer sobre viviendas **8**

Absolución de condenado al no haberse realizado el reconocimiento en rueda cumpliendo el protocolo **9**

#### ADMINISTRATIVO

Nulidad de la sanción impuesta al aplicar analógicamente el tipo de la infracción tributaria **11**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

impugna, porque no existe vulneración alguna del precepto infringido y, en consecuencia, ninguna intromisión del derecho al honor se desprende de la actuación de la demandada. El hecho de que la noticia no fuera veraz porque abunda en algo que no era necesario y que "eso no necesario" es lo que ha incidido en el honor de las recurrentes, Abogadas del despacho, no altera en nada las conclusiones alcanzadas por la Sala de apelación.

Dando por reproducida la amplia jurisprudencia constitucional y de esta Sala en relación con los requisitos que ha de reunir el derecho a la libertad de información para su prevalencia, que no jerarquía, frente al también fundamental derecho al honor -a saber, interés público, ausencia de expresiones injuriosas y veracidad-, pues es conocida e indiscutida por las partes intervinientes en el presente litigio, la veracidad que se exige a información difundida, de contenido constitucional ("... comunicar o recibir libremente información veraz... -artículo 20.1 d) CE-), como recuerda la sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2009, "no priva de protección a aquellas que puedan resultar erróneas o no probadas en juicio, si han sido contrastadas con datos objetivos, aun cuando su total exactitud sea controvertible (STC 8-6-1988)". La veracidad de la información -STC 76/2002, de 8 de abril - "no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino que en rigor únicamente hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (sentencias del Tribunal Constitucional 219/1992, de 3 de diciembre, y 41/1994, de 15 de febrero).

Ahora bien esta libertad no protege a quienes defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples recursos carentes de todas constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas (sentencia del Tribunal Constitucional 172/1990, de 12 de noviembre, fundamento 3). Las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligentemente comprobadas y sustentadas en hechos objetivos (sentencias del Tribunal Constitucional 192/1999, de 25 de octubre, fundamento 7, y 110/2000, de 5 de mayo, fundamento 8, y sen-

tencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Sunday Times, de 26 de abril de 1979 y caso Duroy y Malaurie, 3 de octubre de 2000), debiendo acreditarse la malicia del informador".

Ahonda en la misma idea la Sentencia de 8 de julio de 2004, cuando expone que "no cabe constreñir la información veraz a los hechos plena y exactamente demostrados, y el informador cumple con la transmisión de hechos objeto de previo contraste con datos objetivos, aunque no sean conformes con la realidad, sin que queden excluidas de la cobertura del derecho a la información, la valoración probabilística de hipótesis y conjeturas nacidas de los hechos narrados (entre otras, STC número 297/2000)".

Por tanto -STS 4 de febrero 2009-: la jurisprudencia es unánime y sólida al afirmar que, para considerar digno de protección prevalente el derecho a la libertad de información frente al derecho al honor de los sujetos sobre los que verse la misma y que puedan verse afectados en su demérito y consideración públicas, además de deber tener un contenido de interés público y ausente de expresiones injuriosas, ha de ser veraz, entendiendo dicha veracidad como el resultado de la actividad diligente desplegada por el comunicador en la comprobación de que la información que pretende difundir se ajusta a la realidad, aunque, finalmente, se demuestre que dicha información no es exacta e, incluso, pueda resultar, tras el proceso judicial o investigador correspondiente, falsa.

Ello es así porque, en un estado democrático, la libertad de prensa e información es el exponente mayor del ejercicio de las libertades públicas, pues, como dice la Sentencia de esta Sala de 10 de julio de 1995, "el derecho de un profesional del periodismo a informar y el de sus lectores a recibir información íntegra y veraz, constituye una garantía constitucional cuya efectividad exige, en principio, excluir la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir, sin más, información, aunque ésta, por su contenido, pueda revestir significado penal; añadiendo que el texto del artículo 20.1 de la Constitución reconoce dos derechos conectados el de la libre comunicación y el de la recepción de información veraz, de tal manera que los sujetos de este derecho no son los titulares del órgano difusor, sino la colectividad y cada uno de sus miembros, siempre - como aquí acontece- que los hechos

comunicados puedan encerrar trascendencia pública a efectos de que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva".

Dicho lo cual, la conclusión es obvia en el caso. Hubo una labor de indagación y constatación previa, hubo registro policial y detención de uno de los integrantes del despacho profesional, como declara probado la sentencia, y la noticia divulgada por Telemadrid se elabora a partir de los datos proporcionados por la policía entre los que no se incluye el nombre de las personas detenidas, ignorando el de quienes aparecían en el buzón del inmueble (objeto durante breves segundos de imágenes), a las que tampoco se menciona, de tal forma que la actuación del medio informativo debe ser calificada como acorde a las exigencias jurisprudenciales de diligencia en la obtención de la información difundida, con independencia de que con posterioridad se demostrara la inexactitud de su relato (por lo que a las recurrentes se refiere), desde la idea de que tales afirmaciones son inevitables en un debate libre, ya que cuando la Constitución requiere que la información sea "veraz" no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, o sencillamente no probadas en juicio, de tal forma que de imponerse "la verdad" como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio (SSTC 6/1988, de 21 de enero; 61/2004, de 19 de abril de 2004)).

TERCERO.- En materia de costas procesales, procede imponer las causadas en esta instancia a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el art. 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### FALLO

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Marta Franch Martínez, en lea representación que acredita de D<sup>a</sup> Matilde y D<sup>a</sup> Amparo contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de enero de 2006, composición de las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, manda-

mos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trías.- Firmado y Rubricado.

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

2009/150918

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 30 junio 2009. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

## Imposibilidad del ejercicio de acción sobre protección de derecho marcario

*El TS estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el demandado contra la sentencia de la AP que confirma en lo esencial la de instancia, al ser contradictoria la declaración de nulidad de la marca registrada por el recurrente con la de copropiedad entre los litigantes de la misma, dejando esta última declaración sin efecto. Asimismo, se desestima el recurso de casación, no procediendo declarar que la marca notoria creada por el abuelo de los litigantes fuera cedida únicamente al recurrente, por lo que al no ostentar su propiedad no puede pretender ejercer la acción sobre protección de su derecho marcario.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De las distintas acciones que D. Diego, uno de los miembros de una familia que, dedicados al mismo tipo de comercio, utiliza en el mercado el distintivo "FOR" - creado en la primera mitad del siglo veinte por un antepasado -, había ejercitado en la demanda contra su hermano, D. Jesús María, por haber registrado éste, como exclusivamente suyas, varias marcas compuestas por aquella palabra, la Audiencia Provincial de Vizcaya estimó exclusivamente la de nulidad de los

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).

registros identificados en la demanda - en aplicación del artículo 3, apartado 2, de la hoy derogada Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas -.

La sentencia de la primera instancia había anulado tan sólo aquellas marcas concedidas al demandado respecto de las cuales no había transcurrido el plazo de cinco años que, para el ejercicio de la acción de nulidad, establecía el citado artículo 3, apartado 2, de la Ley 32/1988.

El Tribunal de apelación, con estimación del recurso del demandante, decidió anular no sólo las marcas que lo habían sido por el Juzgado de Primera Instancia, sino todas las impugnadas en la demanda, por entender que el demandado había actuado de mala fe y, en consecuencia, que, de acuerdo con lo establecido en aquella norma, no había caducado la acción.

Se sigue de ello que el Tribunal de apelación ha considerado probada en el proceso la concurrencia de los requisitos precisos para el éxito de la mencionada acción. Entre ellos, que "FOR" es un signo usado como marca por el demandante - y otros miembros de la misma familia - con anterioridad a los registros concedidos al demandado y, por lo tanto, para identificar en el mercado el origen empresarial de sus productos o servicios; y que dicho signo era notoriamente conocido en España por los sectores interesados.

Las demás acciones que, en el escrito de demanda, había ejercitado D. Diego, esto es, la de reivindicación de los signos registrados - regulada en el artículo 3, apartado 3, de la Ley 32/1988 - y la de declaración de la comisión por el demandado de actos de competencia desleal - los tipificados en los artículos 5, 12 y 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero -, así como las que, en el de reconvencción, ejercitó el demandado D. Jesús María, esto es, la declarativa de la ejecución por el demandante de actos desleales - los previstos en los artículos 6, 11 y 12 de la Ley 3/1991 - y la de declaración de la infracción del derecho sobre las marcas registradas - regulada en el artículo 31 de la repetida Ley 32/1988 - fueron desestimadas en las dos instancias.

La sentencia de apelación ha sido recurrida por el demandado y actor reconvenional, por motivos procesales y sustantivos, respectivamente previstos en los artículos 469, apartado 1, ordinal 2º, y 477, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO.- El recurso extraordinario por infracción procesal tiene un solo motivo. En él se señala como infringido el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Afirma el recurrente que la sentencia de apelación contiene en su parte dispositiva pronunciamientos que

son contradictorios entre sí. Por un lado, el que anula los registros de las marcas que le habían sido concedidos por la Oficina Española de Patentes y Marcas y el que declara que los mencionados signos eran "propiedad, entre otros, de forma proindivisa y partes iguales" del actor.

Y, por otro lado, este mismo pronunciamiento declarativo y el contenido en la sentencia de la primera instancia, confirmada en tal extremo, según el que las marcas anuladas por ella - como se expuso, por no haber vencido el plazo que establecía el artículo 3, apartado 2, de la Ley 32/1988 - eran "propiedad igualmente del actor".

Considera el recurrente que no cabe anular unas marcas y declarar seguidamente que son propiedad de los litigantes. Y que tampoco cabe efectuar esta declaración por dos veces, identificando como titulares dominicales, en una, a los dos litigantes y, en la otra, a ambos y a alguna persona más.

El motivo se estima.

Debe indicarse que las contradicciones del fallo de las sentencias son susceptibles de ser denunciadas en los términos en que lo ha hecho el recurrente - al respecto, sentencias de 23 de octubre de 2000, 28 de marzo de 2003 y 6 de febrero de 2006 -. Y ha de añadirse que, en este caso, dicho defecto resulta evidente, pues existe contradicción entre anular las marcas registradas a nombre del recurrente y declarar que las mismas son propiedad del mismo y del actor - y de algún pariente desconocido más -.

El derecho sobre la marca se adquiere con su registro - artículo 3, apartado 1, de la Ley 32/1988 -, ya que la inscripción es, como regla, constitutiva, no declarativa - la mutación jurídica se produce no fuera del registro, sino con él -.

Es cierto que la aplicación de dicha regla con todo su rigor implicaría desconocer determinadas circunstancias concurrentes con anterioridad y al margen del registro y que, por ello y en algunos casos, el legislador concede limitada protección a situaciones extra tabulares. Una de ellas se identifica con el uso de la marca notoria no registrada, que se protegía por la aplicable Ley 32/1988 en los términos que señalaba su artículo 3, apartado 2.

Sin embargo, esa limitada protección no equivale al reconocimiento de la propiedad de la marca - que es el más amplio señorío posible sobre ella, condicionado al registro: artículo 3, apartado 1, de la Ley 32/1988 -. Por otro lado, la declaración de la condición de titular dominical ni siquiera ha sido pedida expresamente en la demanda en el ejercicio de la acción de nulidad - aunque si para el caso de haber sido estimada la ac-

ción reivindicatoria, lo que no ha sucedido -.

En definitiva, las contradicciones denunciadas se deben corregir, en aplicación de la regla séptima de la disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dejando sin efecto los correspondientes pronunciamientos, por ser ajenos a la acción de nulidad, única que ha sido estimada en la segunda instancia.

TERCERO.- En el primer motivo del recurso de casación denuncia D. Jesús María la infracción de los artículos 1 y 30 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre.

Afirma que es contrario a dichas normas que una misma marca sea propiedad de dos personas que se dedican al mismo comercio y cuyos productos compitan entre sí, ya que el uso compartido genera confusión en el mercado sobre el origen empresarial de aquellos.

El motivo se desestima, ya que lo único que finalmente ha hecho la sentencia recurrida - eliminados los pronunciamientos declarativos de la propiedad de los signos - es anular unos registros confundibles con una marca notoria meramente usada.

Además, el artículo 1 se limita a dar el concepto legal de marca y el 30 a regular el contenido del derecho del titular sobre la que esté registrada, condición que no tienen ninguna de las litigiosas - las del recurrente, como consecuencia de haber sido anulados los registros que las amparaban -.

CUARTO.- En el segundo motivo identifica D. Jesús María como artículo violentado el 41 de la Ley 32/1988.

Afirma que el demandante le había cedido la marca cuyo uso provocó la declaración de nulidad de sus registros y que lo había hecho al transmitirle las participaciones en que se dividía el capital de una sociedad constituida por ambos y un tercero - Confecciones For, SL -, que era la que realmente usaba el signo desde su constitución.

El motivo se desestima.

La razón de hacerlo es que en él se niega un hecho que ha sido afirmado como cierto en la sentencia recurrida y que es condicionante, como se indicó antes, de la legitimación activa de D. Diego: a saber, que éste ostenta la condición de efectivo usuario de la marca notoria no registrada.

A mayor abundamiento - llevada la cuestión al plano de la abstracción - debe tenerse en cuenta que el artículo 41 de la Ley 32/1988, que se dice infringido, regula la cesión de marcas que estén registradas y esta condición no la tienen ni la que, según se ha declarado en la instancia, es usada por el demandante ni las

que registró el demandado - pues los registros han quedado anulados -.

Por lo demás, el motivo adolece en su formulación de otro defecto, pues desconoce la personalidad jurídica de una sociedad de responsabilidad limitada.

QUINTO.- En el motivo tercero del recurso de casación se denuncia la infracción del artículo 3, apartado 2, de la Ley 32/1988.

Niega el recurrente, en contra de lo que declara el Tribunal de apelación, que hubiera obrado de mala fe al solicitar los registros que han sido anulados.

Pretende con ello que se aplique el instituto de la caducidad y limite la declaración de nulidad de los registros a los no alcanzados por el transcurso de los cinco años a que se refiere aquella norma.

En la sentencia recurrida, para explicar que la acción de nulidad no había caducado, se describe la apropiación, por quien es uno de los miembros de una familia, de un signo que había sido creado por un antepasado común y que no había sido atribuido en exclusiva, por título válido, a quien tomó la decisión unilateral de hacerlo suyo.

Expresamente rechaza el Tribunal de apelación, como justificante de ese intencionado comportamiento, la referencia hecha por el recurrente a las incidencias, antes expuestas, ocurridas en torno a la sociedad Confecciones For, SL, con las siguientes palabras:

"la sociedad con las diferentes participaciones accionariales entre los tres hermanos se constituye en octubre de mil novecientos ochenta y cinco, la solicitud de inscripción de la marca a título personal se efectúa en noviembre de mil novecientos ochenta y cinco y el aglutinamiento en una persona del conjunto accionarial se lleva a cabo de mil novecientos noventa y uno.

La mala fe es manifiesta: lo que digo ser derecho societario lo inscribo a título particular".

La mala fe que el artículo 3, apartado 2, de la Ley 32/1988 convertía en factor determinante de que la acción de nulidad no caducara por el transcurso de cinco años, tiene una significación ética u objetiva que comprende toda conducta incompatible con el modelo o arquetipo socialmente aceptado.

Ello sentado, el motivo se desestima.

Y no porque no quepa un control en casación de la aplicación al caso de lo que es una cláusula general, sino porque el comportamiento que se describe en la sentencia de apelación, consistente en la apropiación

de un signo que utilizaban con igual derecho otros miembros del mismo grupo familiar, constituye ejemplo de actuación de mala fe que el artículo 3, apartado 2, sancionaba en los términos dichos.

SEXTO.- En el último de los motivos del recurso de casación, D. Jesús María denuncia la infracción de los artículos 1, 2, 5, 6, 11 y 12 de la Ley 3/1991, de 10 de enero.

Afirma el recurrente - con referencia a las pretensiones declarativas y de condena que había deducido en la reconvencción y no resultaron estimadas - que, aun prescindiendo de sus derechos sobre las marcas, era evidente que su hermano D. Diego, al utilizar en el mercado los mismos signos usados por él, generaba riesgo de confusión entre los consumidores, se aprovechaba de la reputación adquirida por su marca y daba vida, al fin, a los actos desleales descritos en los mencionados preceptos.

El motivo se desestima.

De los artículos invocados en él, los dos primeros - que señalan cual es la finalidad de la Ley y cual su ámbito objetivo - no cumplen otra función que la de justificar la referencia a los demás.

De estos otros, el artículo 11 no guarda ninguna relación con la cuestión planteada, ya que lo que se alega en el escrito de reconvencción, y en el recurso, es la imitación de creaciones formales y, en concreto, de signos distintivos.

El artículo 5 no contiene una norma que integre o complemente los tipos descritos en los artículos posteriores de la misma Ley - sentencia de 20 de febrero de 2006 -.

Antes bien, mediante la llamada "cláusula general", trata el legislador de prohibir todas aquellas actuaciones que, concurriendo en ellas los requisitos del artículo 2, no deban ser enjuiciadas a la luz de los artículos 6 a 17 - sentencias de 7 y 16 junio 2000, 15 octubre 2001 y 28 septiembre 2005, entre otras -, pues no se trata de prohibir, con recurso a dicha cláusula, actos que son plenamente lícitos según la norma que a ellos está destinada.

En conclusión, de todos los mencionados en el motivo, sólo los artículos 6 y 12 de la Ley 3/1991 podrán ser aplicados al supuesto litigioso. Y ninguno de los dos merece serlo en el sentido que el recurrente pretende.

En efecto, los actos desleales tipificados en el artículo 12 no constan cometidos por el demandado reconvenccional, porque, declarado en la instancia que la marca es usada por varios miembros de una misma familia de comerciantes, con igual derecho a hacerlo, no se advierte aprove-

chamiento alguno de la reputación de signos ajenos.

Tampoco se ha infringido el artículo 6, porque la finalidad que esta norma persigue es proteger el mercado impidiendo que el consumidor tome sus decisiones con una conciencia viciada por error, en este caso, sobre el origen empresarial de los productos o servicios.

Y porque el riesgo de esa equivocación no resulta de las actuaciones, dado que el supuesto reconstruido en la instancia mediante la valoración de la prueba se caracteriza por el origen común de un signo, por la utilización del mismo por varios miembros de un grupo familiar que tienen igual derecho a hacerlo y, al fin, por una efectiva asociación debida a vínculos familiares, que los consumidores perciben como una realidad, sin error alguno.

SÉPTIMO. No ha lugar a pronunciar condena en costas, en aplicación del artículo 398 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, al proceder la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

El recurso de apelación del demandado debía haber sido estimado en parte, lo que determina que tampoco corresponda pronunciar condena en costas de la segunda instancia en contra del ahora recurrente, en aplicación del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881.

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

#### FALLO

Declaramos haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Jesús María, contra la sentencia dictada en veintitrés de enero de dos mil dos por la Sección Cuatro de la Audiencia Provincial de Vizcaya y no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el mismo litigante.

Modificamos dicha sentencia en el triple sentido siguiente:

1º) en el de dejar sin efecto la declaración de que las marcas que menciona la sentencia recurrida en su parte dispositiva "son propiedad, entre otros, de forma proindivisa y partes iguales, (del) actor D. Diego";

2º) en el de hacer lo propio de la declaración contenida en el fallo de la sentencia apelada de que las marcas que en él se mencionan "son propiedad igualmente del actor";

3º) en el de sustituir la condena en costas de la apelación, impuesta a D. Jesús María, por la declaración de que no procede imponer al mismo dichas costas.

Sobre las costas de los recursos que por esta sentencia resolvemos,

tampoco procede un especial pronunciamiento condenatorio.

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.-Rubricado.

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.



2009/216701

TC Sala 2ª, Sentencia 28 septiembre 2009. Ponente: D. Elisa Pérez Vera

## Indebida denegación de comparecencia en Parlamento de órgano colegiado distinto del Presidente

*Se promueve amparo contra los Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados que rechazaron, en virtud de ciertos usos parlamentarios, la solicitud de comparecencia del Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ante la Comisión de Economía y Hacienda, al entender que dicha comparecencia debía hacerse a través del Presidente o de la persona que éste designe. El TC entiende lesionado el derecho fundamental de los parlamentarios integrantes del grupo parlamentario recurrente a ejercer sus funciones representativas en condiciones de igualdad. Considera que las normas consuetudinarias parlamentarias referentes a la comparecencia formal de los órganos colegiados a través de su Presidente no pueden restringir la prerrogativa parlamentaria de instar la comparecencia de "autoridades y funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto del debate" de tal manera que impidan la presencia ante la correspondiente Comisión de otros miembros de dichos órganos, pues lo contrario supondría una restricción del ejercicio de la iniciativa parlamentaria.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de amparo se dirige contra los Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados que inadmitieron la solicitud de comparecencia del Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados, presentada por el Grupo Parlamentario Popular. La demanda de amparo aduce que vulneraron el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE) y, a través de éste, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), argumentando que su solicitud cumplía con todos los requisitos legales, de modo que debió admitirse, sin que pueda prevalecer en su contra una supuesta práctica parlamentaria, cuya existencia misma ponen en duda, por lo que

los Acuerdos de la Mesa han restringido ilegítimamente sus facultades en cuanto parlamentarios.

La representación procesal del Congreso de los Diputados solicita la desestimación del recurso de amparo entendiendo que la Mesa ejerció legítimamente sus facultades de calificación de las iniciativas parlamentarias, revisando la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos, entre los que han de incluirse los sentados por la práctica parlamentaria.

Por su parte, el Ministerio Fiscal considera que la Mesa de la Cámara aplicó indebidamente, y sin suficiente motivación, un requisito adicional no previsto en el Reglamento, restringiendo las facultades de los parlamentarios de un modo contrario al art. 23.2 CE, por lo que interesa la estimación del recurso de amparo.

SEGUNDO.- Este Tribunal ha tenido oportunidad de elaborar una extensa doctrina constitucional acerca de las decisiones de las Mesas de las asambleas parlamentarias que inadmiten iniciativas de este tipo, en relación con el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicos con los requisitos que señalen las Leyes (art. 23.2 CE), y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE). Conforme a la misma, sistematizada especialmente en las SSTC 90/2005, de 18 de abril, FJ 2, 141/2007, de 18 de junio, FJ 3, venimos señalando que el art. 23.2 CE, que reconoce el derecho de los ciudadanos “a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”, no sólo garantiza el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga.

De este modo, hemos declarado que estamos ante un derecho de configuración legal, en el sentido de que compete a los Reglamentos parlamentarios fijar y ordenar los derechos y atribuciones que a los parlamentarios corresponden; ahora bien, una vez creados quedan integrados en el estatuto propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren (por todas, SSTC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 141/2007, de 18 de junio, FJ 3; 74/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

Sin embargo, no cualquier acto que infrinja la legalidad del *ius in officium* lesiona el derecho fundamental, pues sólo poseen relevancia constitucional a estos efectos los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria, como es, indudablemente, el ejercicio de la función legislativa o de control de la acción del Gobierno, siendo vulnerado el art. 23.2 CE si los propios órganos de las Asambleas impiden o coartan su práctica o adoptan decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad de los representantes (por todas, STC 39/2008, de 10 de marzo, FJ 5, con más referencias).

Tales circunstancias imponen a los órganos parlamentarios una interpretación restrictiva de todas aquellas normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de aquellos derechos o atribuciones que integran el estatuto constitucionalmente relevante del representante público y el deber de motivar las razones de su aplicación (STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 3 y las referencias allí in-

cluidas). 3. El presente recurso de amparo versa sobre el ejercicio de la facultad prevista en el art. 44.3 del Reglamento del Congreso de los Diputados, que prevé que las Comisiones puedan recabar “por conducto del Presidente del Congreso” la presencia “de autoridades y funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto del debate, a fin de informar a la Comisión”.

Como señalamos en las SSTC 177/2002, de 14 de octubre, FJ 5, y 90/2005, de 18 de abril, FJ 2, “aunque, ciertamente, la facultad de recabar la comparecencia en las comisiones de autoridades, funcionarios públicos y otras personas se atribuye directamente a éstas, parece existir una práctica parlamentaria, no discutida por ninguna de las partes, en virtud de la cual son los propios grupos parlamentarios, a través de su Portavoz, quienes formulan a la Mesa (de la Cámara) las propuestas de comparecencia, decidiendo esta última la admisión o inadmisión a trámite de las mismas, de modo que, en caso afirmativo, es a la propia Comisión a quien corresponde decidir si recaba o no finalmente una determinada comparecencia.

Por consiguiente, y en virtud de la práctica parlamentaria a la que acabamos de aludir, ninguna duda cabe de que la facultad de proponer las comparecencias a las que hace referencia el art. 44 RCD forma parte del *ius in officium* de los Diputados. Además, en cuanto su finalidad sea el control del Gobierno, dicha facultad ha de entenderse incluida dentro del núcleo básico de la función parlamentaria garantizado por el art. 23.2 CE”.

En las mismas resoluciones abordamos el análisis del alcance de las funciones de control que la Mesa del Congreso de los Diputados ejerce sobre dichas propuestas de comparecencia, reguladas en los apartados 4 y 5 del art. 31.1 RCD, concluyendo que “del tenor de ambos preceptos se desprende con claridad -al igual que hemos afirmado en relación con otros de contenido análogo- que el control que la Mesa ejerce sobre los escritos y documentos presentados es, esencialmente, un “examen de la viabilidad formal” de tales propuestas, que excluye cualquier tipo de juicio de oportunidad (STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 8).

Ahora bien, también es claro, como ya conjeturábamos en hipótesis en dicha STC 161/1988 y confirmamos con posterioridad, que un control de esta naturaleza por parte de la Mesa de la Cámara puede asimismo incluir “una verificación liminar de la conformidad a Derecho de la pretensión deducida, junto a un juicio de calificación sobre la idoneidad o procedencia del procedimiento parlamentario elegido” (SSTC 205/1990, de 13 de diciembre, FJ 6; 225/1992, de 14 de diciembre, FJ 4;

ATC 155/1993, de 24 de mayo, FJ 3; en similar sentido, STC 41/1995, de 13 de febrero, FJ 4).

Todo ello sin olvidar, volviendo a lo afirmado en la STC 161/1988, que en la decisión sobre la admisión de dicha clase de peticiones la Mesa no podrá en ningún caso desconocer que son manifestación del ejercicio de un derecho de los parlamentarios que las formulan y que, por ello, cualquier rechazo arbitrario o no motivado causará lesión de dicho derecho y, a su través... del fundamental del Diputado a desarrollar sus funciones sin impedimentos ilegítimos (art. 23.2 de la Constitución)” (SSTC 177/2002, de 14 de octubre, FJ 8, y 90/2005, de 18 de abril, FJ 2).

4. Aplicando la doctrina precedente al supuesto actual, se constata en primer lugar que las resoluciones impugnadas justifican la inadmisión de la solicitud de comparecencia en que la comparecencia de órganos colegiados ha de hacerse a través de su Presidente o persona en la que delegue. Las resoluciones de la Mesa de la Cámara hacen derivar tal premisa tanto de la práctica parlamentaria como del hecho de que la regulación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores atribuye en exclusiva a su Presidente su representación legal.

Ciertamente, los usos parlamentarios han constituido tradicionalmente, y siguen constituyendo, un importante instrumento normativo dentro del ámbito de organización y funcionamiento de las Cámaras. Así ha venido a reconocerlo este Tribunal, al afirmar que estos usos parlamentarios “siempre han sido consustanciales al régimen parlamentario y, por ende, al Estado de Derecho” (STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3). Ahora bien, ello no quiere decir que tales usos parlamentarios hayan de tener necesariamente el mismo valor que las propias normas del Reglamento parlamentario aprobadas por el Pleno de la Cámara, máxime cuando, como ocurre en el presente caso, se trata de prácticas parlamentarias surgidas al amparo de un concreto precepto del propio Reglamento al objeto de interpretar el sentido y la finalidad del mismo.

Ya advertimos en la STC 119/1990, de 21 de junio, a propósito de las vías impugnatorias de las resoluciones de carácter general dictadas por la Presidencia del Congreso de los Diputados en uso de la facultad que le confiere el art. 32.2 RCD, que, cualquiera que pudiera ser la equiparación entre normas reglamentarias y resoluciones presidenciales desde el punto de vista de su impugnabilidad, ello “no equivale a una equiparación de unas y otros desde todos los puntos de vista y a todos los efectos”, y ello porque “la aprobación y reforma de los Reglamentos parlamentarios está reservada a las Cámaras mismas por el art. 72.1 de la Constitución, que impone

para una y otra, incluso, la exigencia suplementaria de la mayoría absoluta, y este mandato es difícilmente compatible con esa equiparación total” (FJ 5).

Esta misma doctrina la reiteramos en la STC 44/1995, de 13 de febrero, en relación con las normas supletorias del Reglamento parlamentario dictadas por las Mesas en el ejercicio de las facultades conferidas por aquél (FJ 2). Es más, como también afirmamos en la citada STC 119/1990, “aun aceptando la hipótesis de un uso normativo preexistente, es evidente que tal uso no genera normas con rango de ley, que es el exigido por el art. 23.2 de la Constitución para establecer condiciones o requisitos en el acceso a los cargos públicos y, más generalmente, por el art. 53.1 de la misma, para regular el ejercicio de los derechos fundamentales”.

Y, aunque en aquel caso se trataba del acceso mismo a la condición de parlamentario, dicha doctrina ha de entenderse extensible al supuesto de permanencia en dicho cargo público en condiciones de igualdad, incluido igualmente dentro del contenido constitucionalmente protegido del art. 23.2 CE.

Consecuencia de todo ello es que los usos parlamentarios, al igual que el resto de las normas o resoluciones intraparlamentarias dictadas por los órganos de dirección de las Cámaras, tienen su límite inmediato en el Reglamento mismo; así, la práctica parlamentaria efectivamente instaurada en el seno de la Cámara no puede resultar tan restrictiva que impida u obstaculice desproporcionadamente las facultades reconocidas a los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente garantizadas, entre las que se encuentran, como hemos reiterado ya, el control del Gobierno (STC 177/2002, de 14 de octubre, FJ 7). En definitiva, los usos parlamentarios son eficaces para la regulación del modo de ejercicio de las prerrogativas parlamentarias, pero no pueden restringir su contenido reconocido en la norma reglamentaria.

De ese modo, hay que entender que la invocación del precedente parlamentario que realizan las resoluciones impugnadas carece de virtualidad limitadora de las prerrogativas parlamentarias reconocidas por el Reglamento de la Cámara. La existencia de una costumbre conforme a la cual la comparecencia parlamentaria de los órganos colegiados se realiza a través de su Presidente o la persona que éste designe obedece, sin duda, a la finalidad, destacada en su escrito por la representación procesal del Congreso de los Diputados, de que sea tan sólo esa única voz la que exprese el parecer del órgano.

El Ordenamiento jurídico, tal y como en el caso concreto de la Comisión Nacional del Mercado de Va-

lores hace la Ley 24/1988, prevé entre las funciones del Presidente de estos órganos la representación pública de los mismos, incluida la información -pública o reservada- ante el Parlamento. De ese modo, el citado uso parlamentario viene a regular de modo jurídicamente plausible la comparecencia parlamentaria de los órganos colegiados del Estado.

No obstante, las normas consuetudinarias parlamentarias referentes a la comparecencia formal de los órganos colegiados a través de su Presidente no pueden restringir la prerrogativa parlamentaria de instar la comparecencia de "autoridades y funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto del debate" de tal manera que impidan la presencia ante la correspondiente Comisión parlamentaria de otros miembros de dichos órganos. Las reglas relativas al modo de comparecer los órganos colegiados ante el Parlamento han de armonizarse con la facultad de los parlamentarios de oír a las personas o autoridades que consideren que, personalmente y en razón de su cargo, puedan aportar elementos de juicio que contribuyan a la tarea de control del Gobierno.

En tales casos es evidente que no se tratará de una comparecencia del órgano en cuestión, sino de la persona citada, que lo hará en cuanto autoridad o cargo público, sin que pueda entenderse que sus manifestaciones reflejan la opinión del órgano colegido, sino la suya propia. De lo contrario, al impedir que la Comisión pueda oír a cualquier cargo o autoridad por el mero hecho de estar integrado en determinado órgano se introduce una restricción en el ejercicio de la iniciativa parlamentaria que carece de justificación y recorta con tal intensidad la facultad de los parlamentarios de llamar ante la Comisión a quienes puedan aportar cualquier elemento para el ejercicio de sus funciones de control del Gobierno, que resulta evidentemente desproporcionada.

En tal sentido, la Mesa del Congreso de los Diputados, en ejercicio de sus funciones de examen liminar de la viabilidad formal de las iniciativas parlamentarias de esta índole, puede controlar el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 44.3 del Reglamento del Congreso de los Diputados, con el límite de no asumir competencias propias de la Comisión parlamentaria, que hurtarían a ésta el ejercicio de sus competencias, entre las que se incluye, notablemente, la de tener "la última palabra sobre si requiere o no la presencia de los miembros del ejecutivo, autoridades, funcionarios públicos, o personas competentes" (STC 90/2005, de 18 de abril, FJ 7).

QUINTO.- Las anteriores conclusiones conducen necesariamente al otorgamiento del amparo solicitado contra las respectivas resoluciones de la Mesa de la Cámara, si bien es

necesario precisar el alcance de nuestro fallo. Al dictarse éste nos encontramos, en efecto, con que la adopción de los acuerdos tuvo lugar en una legislatura ya finalizada.

Por ello, al igual que hemos hecho y explicado en las SSTC 107/2001, de 23 de abril, FJ 10; 203/2001, de 15 de octubre, FJ 6; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 11; 90/2005, de 18 de abril, FJ 8; 141/2007, de 18 de junio, FJ 6, y 74/2009, de 23 de marzo, FJ 5, respecto a supuestos similares, no cabe adoptar en el fallo de nuestra Sentencia una medida destinada al pleno restablecimiento del derecho vulnerado por la Mesa del Congreso de los Diputados, de suerte que la pretensión de los demandantes de amparo ha de quedar satisfecha mediante la declaración de la lesión de su derecho recogido en el art. 23.2 CE y la nulidad de los acuerdos que, en primera instancia, impidieron su ejercicio.

### FALLO

Estimar el recurso de amparo interpuesto por el portavoz del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados D. Emilio y en su virtud:

PRIMERO.- Declarar que se ha vulnerado el derecho fundamental de los parlamentarios integrantes de dicho grupo a ejercer sus funciones representativas en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE).

SEGUNDO.- Restablecerlos en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los Acuerdos de fecha 1 de febrero de 2005 y 15 de febrero de 2005 de la Mesa del Congreso de los Diputados, citados en el encabezamiento de esta Sentencia.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.

2009/216686

TC Sala 1ª, Sentencia 28 septiembre 2009.  
Ponente: D. María Emilia Casas Baamonde

## Legitimación de la SGAE para intervenir en pleitos por canon digital

*El TC, considera que la SGAE, debe ser emplazada en todo proceso que cuestione la compensación por copia privada. El Alto Tribunal, sin entrar*

*a valorar la copia privada como tal, establece que a las entidades de gestión les corresponde la defensa de los derechos de propiedad intelectual, entendiéndose que en todo proceso mercantil en el que se demande un establecimiento para el cobro de la citada compensación, la entidad de que se trate deberá comparecer en defensa de los derechos de autor.*

*Formula voto particular el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) interpone recurso de amparo contra el Auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga de 17 de octubre de 2006, que deniega la nulidad de actuaciones solicitada en un procedimiento de reclamación de cantidad seguido en su ausencia por el adquirente de un CDROM en blanco contra el establecimiento vendedor, para la devolución del importe pagado por concepto del llamado canon por reproducción de copia privada del art. 25 de la Ley de propiedad intelectual (LPI).

A juicio de la recurrente en amparo, en el citado proceso se discutió sobre el contenido y alcance de dicho canon conforme a su articulación legal, cuestión ésta que afectaba a los derechos de explotación de los autores de las obras protegidas por la norma y cuya defensa jurídica, también ante los Tribunales de Justicia, se confía ex lege (art. 25.7 LPI) a las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, entre las que se encuentra la recurrente. Por tanto, su falta de llamamiento al proceso como legitimada pasiva le produjo la imposibilidad de actuar en el mismo, vulnerando así su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE).

La tesis de la recurrente en amparo es apoyada por el Ministerio Fiscal. El compareciente, por el contrario, se opone a la estimación del amparo.

SEGUNDO.- Este Tribunal ha declarado reiteradamente, desde nuestra temprana STC 19/1981, de 8 de junio, FJ 2, que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (por todas, entre las más recientes, SSTC 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, y 40/2009, de 9 de febrero, FJ 4). Y también desde nuestros primeros pronunciamientos (STC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 6) venimos reiterando que el art. 24.1 CE contiene un

mandato implícito al legislador y al intérprete consistente en promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción.

Por ello, hemos subrayado la trascendental importancia que posee la correcta constitución de la relación jurídico procesal para entablar y proseguir los procesos judiciales con plena observancia de los derechos constitucionales de defensa que asisten a las partes y el deber de los órganos judiciales de velar por la correcta constitución de dicha relación. Como consecuencia de ello, la falta o deficiente realización del emplazamiento a quien ha de ser o puede ser parte en el proceso, por ser titular de un derecho u ostentar un interés legítimo y propio en el mismo, coloca al interesado en una situación de indefensión que vulnera el referido derecho fundamental (por todas, SSTC 166/2008, de 15 de diciembre, FJ 2; 12/1999, de 12 de enero, FJ 2).

Ahora bien, al ser el acceso al proceso un derecho de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador, cuya interpretación no es competencia de este Tribunal, sino de los órganos de la jurisdicción ordinaria (por todas, SSTC 154/2007, de 18 de junio, FJ 3; 40/2009, de 9 de febrero, FJ 4).

En concreto, y por lo que respecta a las decisiones de los órganos judiciales relativas a la apreciación de falta de legitimación tanto activa como pasiva y, en consecuencia, a la denegación de la personación en un proceso judicial, "cualquiera que sea la posición procesal en la que se pretenda la incorporación" (STC 159/2006, de 22 de mayo, FJ 2), este Tribunal ha afirmado, por una parte, que no nos corresponde decidir, con carácter general, quiénes se encuentran legitimados para ser parte en el mismo, pues ésta es, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales ex art. 117.3 CE (por todas, SSTC 12/2009, de 12 de enero, FJ 3; 40/2009, de 9 de febrero, FJ 4, y las en ella citadas).

No obstante, paralelamente hemos sostenido que al encontrarse concernido en estas decisiones el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción o al proceso (SSTC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3; 159/2006, de 22 de mayo, FJ 2; 12/2009, de 12 de enero, FJ 3), nuestro canon de enjuiciamiento es el propio de este derecho fundamental, actuando en él con toda su intensidad el principio pro actione (por todas, STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5), en virtud del cual los órganos judiciales han de interpretar las normas procesales que regulan la legitimación no sólo de manera motivada

y razonable, sino en sentido no restrictivo, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso (por todas, STC 40/2009, de 9 de febrero, FJ 4; en sentido similar, entre otras, SSTC 154/2007, de 18 de junio, FJ 3; 166/2008, de 15 de diciembre, FJ 4; 12/2009, de 12 de enero, FJ 3).

**TERCERO.-** En el presente caso, y como se expuso con más amplitud en los antecedentes de esta resolución, el demandante solicitó en la demanda rectora del proceso que se condenase a la mercantil demandada a la devolución del importe pagado (0,19 euros) al adquirir un CDROM en blanco, por concepto de canon por copia privada del art. 25 LPI, cuestionando el papel atribuido a las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y solicitando del Juzgado que planteara cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 25 LPI.

En congruencia con tal planteamiento, el Juzgado dictó Sentencia desestimatoria, justificando en su argumentación el modelo legal de atribución de funciones a las entidades de gestión especializadas y afirmando la constitucionalidad del canon del art. 25 LPI.

La Audiencia Provincial, por su parte, al estimar el recurso y revocar la Sentencia de instancia, efectúa una interpretación del art. 25 LPI, razonando que este precepto permite acreditar el destino final del soporte mediante una presunción iuris tantum que puede llevar a la inexigibilidad del canon si no se trata de la divulgación de alguna de las obras por él protegidas, y que en esa situación se encontraría justamente la grabación de las vistas judiciales, descartando en todo caso la inconstitucionalidad del art. 25 LPI.

Dados los términos de la demanda rectora del proceso, su admisión a trámite conllevaba abrir un debate procesal en el que los derechos e intereses de la SGAE, como entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, autorizada ante la Administración desde 1988 y cuyos estatutos prevén expresamente su intervención judicial para la defensa entre otros del derecho de los autores a la remuneración por copia privada del art. 25 LPI (según acreditó en el proceso judicial, cuando interpuso el incidente de nulidad de actuaciones), podían verse afectados.

Por ello, no puede negarse a la recurrente prima facie un evidente interés legítimo en el objeto discutido en el proceso civil.

En efecto, como recordábamos en la STC 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 6, las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual se crean como un cauce especialmente establecido por el legislador para la gestión colectiva de los mencionados derechos de contenido patrimonial, entre los que se encuentra el relativo a la remuneración por copia privada del art. 25 LPI, que en su apartado séptimo (en la redacción vigente en el momento de los hechos y aplicable al caso) establecía que “el derecho de remuneración a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual”.

Tras la modificación efectuada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, entre otros, del art. 25 LPI, el contenido del apartado 7 pasa, en términos sustancialmente idénticos, al apartado 8 del mismo precepto, cuyo tenor literal es el siguiente: “La compensación equitativa y única a que se refiere el apartado 1 se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual”.

Por otra parte, conviene recordar que el art. 150 LPI establece, con carácter general, que las entidades de gestión “una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales”. No obstante lo cual, todo el proceso se tramitó sin que la entidad demandante de amparo fuera llamada al mismo, a fin de poder defender su legítimo interés en la cuestión debatida.

Incluso pese a que, como consta en el acta del juicio, la entidad demandada planteó al comienzo del mismo la excepción de falta de legitimación pasiva, poniendo de manifiesto al órgano judicial que la relación jurídico procesal no estaba válidamente constituida, habiéndose limitado el Juez de instancia a desestimar la excepción, sin realizar ninguna otra consideración al respecto.

Y cuando tras tener conocimiento de la Sentencia de apelación que ponía fin al proceso interpuso incidente de nulidad de actuaciones, invocando la vulneración del art. 24.1 CE, la Audiencia Provincial rechazó el incidente, por entender que, si bien la entidad de gestión tiene legitimación directa para exigir el canon al vendedor, conforme a las reglas establecidas en el art. 25 LPI, en el marco de la relación contractual de compraventa entre el actor y la entidad mercantil demandada -al que entiende circunscrito el objeto del proceso-, la entidad gestora no tiene legitimación para intervenir, como demostraría el hecho de que el vendedor -que es el deudor del canon, conforme a la ley- puede asumir su coste si decide no repercutirlo en el comprador.

De este modo se vulneró el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso al proceso, pues la decisión judicial que aprecia su falta de legitimación pasiva en el procedimiento se funda en una interpretación de las normas procesales aplicables al caso abiertamente restrictiva y rigorista, que conlleva una consecuencia desproporcionada, al haber sido excluida la SGAE de un procedimiento en el que prima facie resulta evidente la existencia de un interés legítimo, en cuanto entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

Y ello porque, más allá de la reclamación al vendedor de la cuantía del canon correspondiente a una concreta operación de compraventa, se cuestionaba en el mismo el contenido y alcance de la remuneración compensatoria o canon por copia privada previsto en el art. 25 LPI, así como el papel atribuido por la ley a las sociedades de gestión de los derechos contra la propiedad intelectual, solicitando incluso el demandante el planteamiento por el órgano judicial de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 25 LPI, entre otras razones, por la inconstitucionalidad de los sujetos gestores del derecho: las entidades de gestión, “como las únicas encargadas de la exigencia, recaudación, control y gestión del canon”.

**CUARTO.-** Procede, por tanto, el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho fundamental exige retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la admisión a trámite de la demanda, con la consiguiente declaración de nulidad de todo lo actuado desde dicha fecha, a fin de que el órgano judicial provea dicho trámite de forma respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, dando ocasión a la recurrente para que, mediante su personación en el proceso, pueda defender sus intereses.

#### FALLO

Otorgar el amparo solicitado por la Sociedad General de Autores y Editores y, en consecuencia:

**PRIMERO.-** Reconocer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

**SEGUNDO.-** Anular el Auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, de 17 de octubre de 2006, así como todo lo actuado tanto en el rollo de apelación núm. 267-2006, como en el juicio verbal núm. 1362-2004 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Málaga, desde el momento en que se produjo la admisión a trámite de la demanda.

**TERCERO.-** Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente

anterior a admitirse la demanda, para que en su lugar se provea dicho trámite en términos respetuosos con el derecho fundamental reconocido a la recurrente.

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

Dada en Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.

#### VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia que resuelve el recurso de amparo núm. 10063-2006. En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC expreso mi discrepancia con la Sentencia aprobada por la Sala, la cual estima que la Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), demandante de amparo, debió ser llamada al proceso civil del que trae causa el presente proceso constitucional, por ostentar -en cuanto entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual- un interés legítimo en el objeto discutido.

Este Tribunal ha sostenido en repetidas ocasiones que no es de su competencia entrar a considerar, con carácter general, quién deba considerarse legitimado para ser parte en un determinado proceso, pues es éste normalmente un problema de estricta legalidad ordinaria que incumbe resolver exclusivamente a los órganos del Poder Judicial; y que nuestra única intervención al respecto consistirá en examinar que la interpretación de la normativa aplicada que haya efectuado el órgano judicial no sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente ni, cuando del acceso a la jurisdicción se trate, que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican.

Por lo tanto, no nos compete construir o formular una interpretación propia acerca de la relación jurídico-procesal que ha de constituirse con motivo de litigarse a causa de la adquisición por un particular de un CDROM virgen o en blanco en un establecimiento comercial abierto al público, sino tan sólo examinar si la interpretación realizada por el órgano judicial está incurso en alguna de las indicadas tachas.

En el presente caso la Audiencia Provincial de Málaga consideró que debe diferenciarse la relación jurídica material que nace entre la entidad gestora de los derechos de propiedad intelectual y el vendedor de los equipos, aparatos o soportes materiales de reproducción, de aquella otra re-

lación que surge entre el vendedor y el cliente-consumidor que los adquiere. A partir de tal distinción el órgano judicial aprecia que la legitimación que el art. 150 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual atribuye a las entidades de gestión se circunscribe a la primera de las indicadas relaciones. La Sentencia de la que discrepo califica esta interpretación de abiertamente restrictiva y rigorista, generadora de una consecuencia desproporcionada.

Sin embargo, me parece perfectamente compatible con el art. 24.1 CE entender que a los Tribunales civiles corresponde calificar la naturaleza y fijar los efectos del acto, negocio jurídico o contrato de que se trate, de tal modo que sólo a partir de tal calificación surgirá o no la obligación de satisfacer el denominado canon compensatorio. Atribuir legitimación a la Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) para intervenir de modo universal en todo proceso en el que se discuta el destino de un concreto soporte audiovisual sería tanto como sostener, salvando las distancias, que la Administración tributaria debiera ser llamada a toda clase de procesos civiles en que se litige sobre la validez de actos, negocios jurídicos o contratos privados cuya realización genere la obligación de tributar por algún concepto.

El art. 150 LPI establece la presunción legal de que las entidades gestoras de los derechos de propiedad intelectual debidamente autorizadas actúan en defensa de los derechos confiados a su gestión, sin necesidad por tanto de acreditar la representación de cada uno de los autores o editores.

A pesar, por tanto, de que no haya duda de que la SGAE está plenamente legitimada para iniciar toda clase de procedimientos administrativos y judiciales en defensa de los derechos que colectivamente gestiona, habrá de entenderse esta cualidad a que se refiere el art. 150 LPI como legitimación ad processum en el sentido procesal de "capacidad" de ser parte, lo que nada impide que pueda negarse su legitimación ad causam para intervenir en un concreto proceso, máxime por motivos ajenos a la indicada presunción de representación.

En definitiva, considero que el órgano judicial ha realizado una interpretación del art. 150 LPI compatible con el art. 24.1 CE, fruto del modo en que el mismo ha delimitado la relación jurídica material que se constituye entre el consumidor-comprador y el comerciante-vendedor de un soporte audiovisual, lo cual privó de sentido a cualquier debate sobre la constitucionalidad del art. 25 LPI y, consiguientemente, a que por esta vía se apreciara la existencia de un interés legítimo de la demandante de amparo en el objeto del proceso civil. Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil nueve.



2009/165935

TS Sala 2ª, Sentencia 7 julio 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

## Delito de estafa agravada al recaer sobre viviendas

*Se desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en la causa seguida al mismo por un delito de estafa. El TS considera que ha existido prueba de cargo suficiente pues el Tribunal de instancia ha presenciado las declaraciones de los dos perjudicados, que contactaron con una persona a través de un anuncio en la prensa, a la que identifican físicamente como el acusado mediante la descripción de sus rasgos físicos, relatando que esa persona es quien les enseñó el piso presentándose como su dueño y a quien hicieron entrega de las cantidades reflejadas en el relato fáctico.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Tribunal de instancia condenó al recurrente como autor de un delito continuado de estafa de los artículos 248, 250.1.1º y 74 del Código Penal a la pena de dos años de prisión y multa de siete meses. Contra la sentencia interpone recurso de casación formalizando cinco motivos.

En el motivo quinto, al amparo del artículo 851.3º de la LECrim denuncia que el Tribunal no se ha pronunciado respecto a la vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones ya que la defensa solicitó que se anulara el proceso ya que los denunciantes aportaron a la instrucción cartas dirigidas al acusado que habían llegado al domicilio que anteriormente había tenido arrendado, ni tampoco da explicación al hecho de haber afirmado que el acusado había publicado anuncios en la prensa.

1. El vicio de incongruencia ha de ser entendido como un desajuste material entre el fallo judicial y los términos en los cuales las partes formularon sus pretensiones.

Constituye doctrina del Tribunal Constitucional en relación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que este derecho "incluye el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada que se ajuste al núcleo de las pretensiones deducidas por las partes, de modo que si la resolución que pone término al proceso guarda silencio o deja impregunada alguna de las cuestiones que constituyen el centro del debate procesal se produce una falta de respuesta o incongruencia omisiva contraria al mencionado derecho fundamental", (STC 67/2001, de 17 de marzo).

Esta Sala, por su parte, en doctrina recogida, entre otras, en las Sentencias de 28 de marzo de 1994, 18 de diciembre de 1996, 23 de enero, 11 de marzo y 29 de abril de 1997, y STS núm. 1288/99, de 20 de setiembre, ha señalado que es preciso que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, lo que a su vez debe matizarse en dos sentidos:

A) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllos se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada siendo suficiente una respuesta global genérica (según los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1996);

B) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita o tácita, constitucionalmente admitida (SSTC núms. 169/1994; 91/1995; y 143/1995), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC 263/1993; y SSTS de 9 de junio y 1 de julio de 1997).

2. De acuerdo con esta doctrina el motivo debe ser desestimado. La de-

claración como hecho probado de la existencia de anuncios en la prensa se desprende de las declaraciones de los testigos respecto a aspectos fácticos. Por lo tanto, ni se trata de pretensiones jurídicas ni se puede entender que la sentencia omita la cuestión.

En cuanto a los derechos a la intimidad que considera vulnerados, la cuestión carece de relevancia. La anulación, en su caso, afectaría a dichos objetos en cuanto a la posibilidad de su empleo como medio de prueba. Pero en la sentencia, que contiene un pronunciamiento expreso sobre la nulidad para negarla al FJ 1º, al final, no las tiene en cuenta en modo alguno a los efectos de establecer los hechos probados. Por lo tanto, además de que el Tribunal se pronuncia expresamente, en realidad cualquier posible respuesta sobre el particular resultaría irrelevante a los efectos del fallo.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el motivo primero sostiene que no se ha practicado prueba de cargo. Admite, sin embargo, que la sentencia se basa, únicamente dice, en el testimonio de los perjudicados.

En el motivo segundo denuncia la existencia de arbitrariedad en la valoración de la prueba testifical, ya que la defensa aprecia intención de perjudicar al denunciado.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual implica que es preciso que se haya desarrollado, con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, una actividad probatoria de cargo, bajo la iniciativa de la acusación, cuyo contenido incriminatorio sea suficiente para desvirtuar racionalmente aquella presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos determinados hechos y la participación del acusado en ellos.

Cuando se trata de prueba testifical, esta Sala debe verificar si se ha practicado de forma inobjetable y si las conclusiones que el Tribunal extrae de las declaraciones examinadas es coherente con su contenido, es decir, si es razonable.

2. En el caso, el Tribunal ha presenciado las declaraciones de los dos perjudicados, que contactaron con una persona a través de un anuncio en la prensa, a la que identifican físicamente como el acusado mediante

la descripción de sus rasgos físicos, relatando que esa persona es quien les enseñó el piso presentándose como su dueño y a quien hicieron entrega de las cantidades reflejadas en el relato fáctico.

No existe ninguna razón para dudar de la veracidad de lo declarado por estas personas, cuya relación previa con el acusado era inexistente.

En consecuencia, ha existido prueba de cargo y ha sido valorada racionalmente por parte del Tribunal, lo que asimismo excluye la arbitrariedad.

Ambos motivos se desestiman.

**TERCERO.-** En el motivo tercero, con apoyo en el artículo 5.4 de la LOPJ, comienza señalando que se ha vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías en relación a que se han cercenado todas las pruebas de descargo, para a continuación quejarse de que se demostró que ambos denunciados tenían otros domicilios en los que siguieron residiendo, lo que conduce a no considerar el inmueble que pretendían arrendar como vivienda a los efectos del artículo 250.1.1º del Código Penal.

1. Los efectos agravatorios derivados de que la estafa recaiga sobre viviendas (artículo 250.1.1º del Código Penal), se justifican en atención a su calidad de bienes de importante utilidad social, derivada de su naturaleza en relación con el uso que se hace de ellas.

Es decir, que la especial protección que supone la agravación se justifica por su relación con el artículo 47 de la Constitución, en cuanto reconoce el derecho a una vivienda digna. Por ello solo será procedente su aplicación cuando la defraudación recaiga sobre viviendas que se destinen a su uso propio como lugar de residencia de la persona, donde puede establecer su domicilio, pues son las únicas que pueden ser consideradas bienes de primera necesidad.

Ello ha llevado en ocasiones a la jurisprudencia de esta Sala a negar su aplicación en casos de segundas viviendas (STS núm. 559/2000, de 4 abril; STS núm. 658/1998, de 19 de junio; STS núm. 373/1998, de 2 de junio; STS núm. 971/1995, de 6 de octubre).

Como recuerda la STS núm. 568/2008, de 22 de setiembre, "la jurisprudencia ha puesto de relieve reiteradamente, por lo que a la vivienda se refiere, que ha de tratarse de aquellas que constituyan el domicilio o morada del comprador (v. SS. TS de 4 de junio de 2004 y 10 de marzo de 2006)".

2. En el caso, el recurrente parte de una valoración de la prueba que no coincide con la efectuada por el Tribunal, que en el hecho probado,

al que es necesario atenderse, aclarado por el FJ 1º de la sentencia, declara que ambos perjudicados necesitaban una vivienda en alquiler, lo que pone de relieve que, aun cuando hasta ese momento hubieran dispuesto de un lugar de residencia, la razón de contactar con el recurrente no era otra que procurarse mediante el alquiler una nueva vivienda donde establecer su morada.

De todos modos, la limitación de la pena aceptada por el Tribunal de instancia como consecuencia del principio acusatorio, hace que la efectivamente impuesta se encuentre dentro de los límites que corresponderían a la pretendida ahora por el recurrente, de manera que una eventual estimación del motivo no produciría necesariamente efectos en el fallo.

En consecuencia, el motivo se desestima.

**CUARTO.-** En el motivo cuarto se queja de error en la apreciación de la prueba con apoyo en el artículo 849.2º de la LECrim, y designa como documentos la totalidad de la causa. Argumenta que debe examinarse en su totalidad la prueba y niega que exista suficiente prueba de cargo reiterando alegaciones ya planteadas en anteriores motivos.

1. El motivo por error en la apreciación de la prueba regulado en el artículo 849.2º de la LECrim puede dar lugar a la rectificación del relato fáctico para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

De ello resulta que al efectuar la designación en el motivo, el recurrente debe especificar con claridad el hecho cuestionado y el particular del documento que entiende que produce ese efecto demostrativo del error del Tribunal al declarar o al omitir declararlo probado, siempre que la decisión del Tribunal no pueda estar apoyada en la existencia de otras pruebas. A estos efectos, pues, no es hábil la designación de toda la causa.

2. El recurrente designa la totalidad de las actuaciones, lo que impide el examen del motivo y conduce a su desestimación. De todos modos, lo que en realidad plantea es la vulneración de la presunción de inocencia, que dispone de su propio cauce (artículo 852 de la LECrim o artículo 5.4 de la LOPJ), cuestión que ya ha sido examinada y desestimada en anteriores fundamentos jurídicos de esta sentencia.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

## FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de Forma, interpuesto por la representación de Geronimo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Tercera), con fecha 16 de abril de 2008, en causa seguida contra el mismo por delito de estafa.

Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz Joaquín Giménez García Miguel Colmenero Menendez de Lurca Manuel Marchena Gomez José Antonio Martín Pallín

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

2009/128111

TS Sala 2ª, Sentencia 3 junio 2009. Ponente: D. Joaquín Giménez García

## Absolución de condenado al no haberse realizado el reconocimiento en rueda cumpliendo el protocolo

*Desestimando el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, la Sala acoge el formulado por el acusado, ambos contra sentencia por la que éste fue condenado por delitos de agresión sexual y robo con violencia e intimidación, y falta de lesiones. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente de los hechos por los que fue condenado, ya que el reconocimiento en rueda no fue realizado de acuerdo con el protocolo exigido legalmente, porque las circunstancias de los integrantes no eran semejantes. Es un dato de experiencia la diferencia existente entre una persona de raza negra de origen iberoamericano y otra persona de igual raza*

*pero africano, y en este caso los reconocimientos no fueron efectuados en legal forma y así lo reconoce la propia sentencia.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 24 de julio de 2008 de la Sección XVII de la Audiencia Provincial de Madrid condenó a Epifanio como autor de un delito de agresión sexual y de dos delitos de robo con violencia e intimidación a las penas y demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que de la forma descrita en los hechos probados y en los días y horas indicados, Epifanio abordó a Erica cogiéndola por el cuello por detrás con una herramienta que podría ser un destornillador o un punzón y le exigió el teléfono y, seguidamente, le obligó a que le hiciera una feliación. Días después abordó a Rosa y tras golpearla con el mango de un punzón o de un destornillador le sustrajo el bolsón que llevaba resultando Rosa con unas contusiones y hematomas.

Se han formalizado dos recursos de casación de sentido opuesto: uno por parte del condenado tendente a obtener la absolución y otro por parte del Ministerio Fiscal que intenta un incremento de las penas por la no aplicación de determinados tipos agravados en relación a los delitos por los que fue condenado.

Por razones de lógica jurídica analizaremos en primer lugar el recurso del condenado/recurrente.

Segundo.- Recurso de Epifanio.

Aparece formalizado a través de dos motivos, el primero encauzado por la vía del art. 850-1º LECriminal por denegación indebida de prueba causante de indefensión, y el segundo por la vía del error facti del art. 849-2º LECriminal por estimar que hubo un error en las ruedas de reconocimiento efectuadas por las dos víctimas en la medida que el único individuo de procedencia africana y raza negra que formaba parte de la misma, fue precisamente el recurrente, y se cita el voto particular absoluto de uno de los integrantes del Tribunal de instancia, así como el propio reconocimiento que en la sentencia se efectúa de la irregularidad de tales ruedas de reconocimiento.

Obviamente esta argumentación impugnatoria está mal encauzada por la vía del error facti del art. 849-2º LECriminal, ya que lo que realmente se está denunciando es que la prueba fundamental de cargo obrante en la sentencia y que soportó la condena fue una prueba inhábil y como tal incapaz de fundamentar la condena. Tal planteamiento se corresponde con la denuncia de vulneración de la presunción de inocencia por inexistencia de prueba de cargo que debie-

ra haberse encauzado por la vía de la vulneración de este derecho constitucional.

Obviamente este error de técnica casacional no va a impedir a esta Sala dar la respuesta adecuada a la cuestión propuesta ya que, hay que recordar que el recurso de casación español es un recurso efectivo en el sentido del art. 14-5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por tanto deben ser estudiados el fallo condenatorio y la pena de la persona declarada culpable por esta Sala Casacional, y obviamente el primer elemento a verificar si existió prueba de cargo válida y suficiente para fundamentar la condena.

Ciertamente la condena se sostiene en el resultado de las dos diligencias de reconocimiento en rueda que efectuaron ambas víctimas y sobre las que se centran las críticas del recurrente.

Un examen directo de las actuaciones y de la propia motivación de la sentencia permite concretar los siguientes extremos:

1º- Las agresiones a las dos mujeres ocurrieron los días 13 de mayo de 2005 y 16 de mayo de 2005.

2º- El día 16 de mayo en la Comisaría de Policía de Fuenlabrada se les exhibieron diversas reseñas fotográficas a ambas mujeres y las dos identificaron como a la persona que les asaltó a Elisa — folios 287 y 232—. En el Plenario y tras la exhibición de tales folios reconocieron sus firmas.

3º- El día 25 de mayo, constan otras exhibiciones de reseñas fotográficas en la Comisaría de Fuenlabrada y en ellas, ambas mujeres indicaron que la fotografía correspondiente al recurrente era la de quien les asaltó —folios 141 y 301—.

4º- Con independencia de éstas exhibiciones de reseñas fotográficas (cuyo valor es el de un mero acto de investigación policial que tiene por finalidad orientar la encuesta policial SSTS 1445/98; 1991/2001; 1280/2002 ó 29/2007, entre otras muchas), se efectuaron el día 16 de junio de 2005 diligencias de reconocimiento en rueda con ambas mujeres en sede judicial —Juzgado de Fuenlabrada— y de acuerdo con el protocolo del art. 369 de la LECriminal. Las diligencias obran a los folios 262 y 264 en cuanto a Erica y al folio 382 en cuanto a Rosa. En dichos reconocimientos, ambas mujeres identificaron al recurrente como el autor del asalto y agresión sufrido por ellas.

5º- En el momento de la realización de la rueda, no consta en el acta que se efectuara ninguna protesta por el letrado del recurrente en cuanto a su disconformidad con la composición de la rueda, pero con posteri-

dad, figura en los autos al folio 433 un escrito del procurador en el que se impugna la formación de la rueda. La sentencia de instancia recoge esta cuestión en estos términos:

“...Dicha rueda de reconocimiento la compusieron cinco individuos enumerados del 1 al 5 correspondiendo al número 2 a mi cliente antes del inicio del primer reconocimiento, así como en las sucesivas el letrado de D. Epifanio se percató de que todos los que formaban dicha rueda de reconocimiento eran de raza hispanoamericana excepto D. Epifanio. Dicho dato fue comentado a su Sría. y al resto de los allí presentes mostrando el letrado su disconformidad con la rueda...”, y así se hace constar en el f.jdco. cuarto de la sentencia, pág. 10.

6º- La propia sentencia con honestidad intelectual no ahorra críticas a la formación de las ruedas de reconocimiento citadas, y en tal sentido recogemos las siguientes reflexiones que se contienen en la fundamentación:

a) “...Pues bien, dichas todas estas consideraciones, tenemos que decir que efectivamente las ruedas de reconocimiento de Erica y Rosa no se hicieron con la precisión y el rigor que exigía el anterior reconocimiento contradictorio al del acusado que se había observado en el primer reconocimiento fotográfico que se efectuó en la Comisaría de Policía...”. b) “...No nos consta si efectivamente las cuatro personas que acompañaban a la rueda que se efectuó en el Juzgado de Fuenlabrada... eran efectivamente latinoamericanos o no, pero es lo cierto que la mera constatación de sus apellidos es indicativa de que no eran persona de raza africana...”.

c) “...Puesto que ambas perjudicadas habían inicialmente reconocido en la exhibición de fotografías en la Comisaría de Policía de Fuenlabrada como posible autor de las agresiones sufridas a Elisa, éste debió haber formado parte ese día de dicha rueda para descartar rotundamente lo que ahora afirmamos fue una equivocación de las perjudicadas...”.

d) “...Desde luego, debió haberse efectuado la rueda de reconocimiento con más rigor y teniendo en cuenta que se habían producido esos reconocimientos fotográficos contradictorios...”.

Como puede observarse, la sentencia no ahorra censuras a la práctica de las expresadas diligencias de reconocimiento, sin embargo, y en un quiebro argumentativo, concluye que a la vista del “otro conjunto de pruebas” estima acreditada la autoría.

Ese conjunto de pruebas está constituido por la falsedad de los descargos o coartadas ofrecidas tanto por la compañera sentimental del recurrente quien fue llevada al Plenario a ins-

tancias del Ministerio Fiscal, como por la falsedad que se estimó de la coartada facilitada por el recurrente de que esos días fuera de Madrid, al estimar falsas unas hojas del pasaporte que acreditaban que el recurrente salió del aeropuerto de Lagos-Nigeria el 19 de mayo, arribando a Madrid el día 20.

Esta argumentación no podemos compartirla. Corresponde a la acusación probar la certeza de la acusación, en el presente caso, el reconocimiento en rueda no fue realizado de acuerdo con el protocolo exigido legalmente porque las circunstancias de los integrantes no eran semejantes.

Es un dato de experiencia la diferencia existente entre una persona de raza negra de origen iberoamericano y otra persona de igual raza pero africano de Nigeria. La sentencia de instancia lo reconoce, y sobre ello incide el error en el reconocimiento fotográfico anterior, por ello habrá que concluir con la afirmación de que la diligencia de reconocimiento en rueda no fue correcta porque al ser el recurrente el único integrante de la rueda africano de raza negra, es más que probable que se haya inducido a error a las víctimas, máxime teniendo en cuenta el error anterior en la identificación fotográfica.

En todo caso hay que tener en cuenta que se debe ser muy riguroso en el respeto al protocolo del art. 369 LECriminal en cuanto a la semejanza de los integrantes de la rueda porque es obvio que una rueda mal constituida por falta de esa semejanza puede desembocar en un error de identificación y por tanto en un error judicial.

En el presente caso, la rueda no fue correcta y por tanto careció de la virtualidad para que la identificación pudiera ser tenida como válida, y por tanto hay que concluir con la inexistencia de prueba de cargo capaz de soportar la condena.

En esta situación no puede instrumentalizarse el resultado de la prueba de descargo —por la falta de credibilidad que le otorgó el Tribunal— para suplir y completar la falta de consistencia de la prueba de cargo.

No le corresponde al imputado acreditar su inocencia, por ello, si la prueba de cargo no es hábil para fundamentar la condena, tal insuficiencia no puede compensarse ni suplirse con la falta de credibilidad que le pueda merecer al Tribunal los descargos ofrecidos para sanar aquella irregularidad.

Es la prueba de cargo la que, por sí sola debe ser capaz de sostener la condena. En caso contrario, debe dictarse sentencia absolutoria.

En el caso de autos, verificamos que la prueba de cargo, los reconocimientos no fueron efectuados en le-

gal forma y así lo reconoce la propia sentencia. En esta situación procede sin más, el mantenimiento de la presunción de inocencia.

En definitiva, debe prosperar el recurso, y como consecuencia de ello, dictar sentencia absolutoria, lo que se efectuará en la segunda sentencia.

En este estado, no procede entrar en el estudio del recurso del Ministerio Fiscal que por todo lo razonado queda desestimado.

Tercero.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede declarar de oficio las costas de ambos recursos.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de Epifanio, contra la sentencia dictada por la Sección XVII de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 24 de julio de 2008, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas de ambos recursos.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal contra la referida sentencia.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección XVII, con devolución de la causa a esta última e interesado acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García José Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Lurca Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Joaquín Delgado García

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de junio de dos mil nueve

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Fuenlabrada, Sumario núm. 3/05, seguido por delito de agresión sexual, delitos de robo con violencia e intimidación y una falta de lesiones, contra Epifanio, nacido en Beni City (Nigeria), el día 6 de abril de 1985, hijo de Osagiede y de Ana, con domicilio en la localidad madrileña de Fuenlabrada c/ DIRECCION000 núm. núm.001, piso núm.002 letra núm.003 y con N.I.E. núm. núm.000 y en prisión provisional por esta causa desde el día 25 de mayo de 2005; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de

hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, se hace constar lo siguiente:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Unico.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los razonamientos de la sentencia casacional procede la absolución del recurrente Epifanio de los delitos por los que ha sido condenado en la instancia, y apareciendo que se encuentra preso por esta causa, remítanse al Tribunal de procedencia el fallo y con él la libertad del recurrente por esta causa.

#### FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Epifanio de los delitos por los que ha sido condenado en la instan-

cia, con declaración de oficio de las costas de la instancia y estando preso por esta causa, póngasele inmediatamente en libertad por la misma. Líbrese de inmediato testimonio del fallo al Tribunal de procedencia, Sección XVII de la Audiencia Provincial de Madrid..

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Joaquín Delgado García

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

tra el Acuerdo de 16 de noviembre de 1994. Mediante este último Acuerdo, confirmando la propuesta de regularización derivada del acta de disconformidad (núm.0168639 6) incoada a la actora el 5 de abril de 1994, en relación con los Impuestos Especiales, ejercicio 1992, el Jefe de la citada Dependencia Regional imponía a la sociedad recurrente una sanción de 72.892.800 ptas. al amparo del art. 20.2 de la Ley 45/1985, de 18 de diciembre, de Impuestos Especiales, y del art. 68.6 del Real Decreto 2442/1985, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Impuestos Especiales.

Como se ha explicitado en los Antecedentes, la referida Sentencia confirmó la sanción impuesta al considerar que concurrían todos los elementos objetivos del tipo infractor definido en los citados preceptos. En particular, la Sala de instancia estima que se habría probado la recepción del alcohol por Alcohólera Vinícola Mediterránea, S.A., dada la existencia de un albarán -el núm. 11811- firmado por un empleado de la empresa, que la sociedad que aparece en dicho documento como receptora no consta en el Registro Mercantil de Barcelona ni ha sido localizada en un Polígono de la localidad de Rubí, y que el conductor de la empresa de transportes describió detalladamente la ubicación del lugar donde descargó. También se habría acreditado que el alcohol era desnaturalizado porque, según un Informe del Jefe de la Dependencia Regional de Aduanas e Impuestos Especiales, la empresa que aparece en el albarán como expedidora -Alcoholes Madrid, S.A.- sólo había recibido alcohol desnaturalizado, de manera que "sólo debió expedir éste".

Finalmente, subraya la Sentencia impugnada que la sociedad receptora del alcohol no ha justificado el uso o destino dado al mismo, y que, aunque los arts. 20.2 de la Ley 45/1985 y 68.6 del Real Decreto 2442/1985 exigen para sancionar al destinatario del alcohol que éste firme la "guía de circulación", y en este caso sólo existe un albarán, el art. 21.4 del citado reglamento señala que los albaranes comerciales son documentos válidos de circulación, siempre que contengan los datos que en dicho precepto se relacionan, lo que se cumpliría en este caso.

SEGUNDO.- Frente a la citada Sentencia de 14 de octubre de 2002 la representación procesal de Alcohólera Vinícola Mediterránea, S.A. plantea tres motivos de casación. En primer lugar, al amparo del art. 88.1.c) LJCA, se alega el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, al haber denegado la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la práctica de prueba testifical que era determinante para acreditar que la sociedad recurrente no había recibido el alcohol.

En segundo lugar, al amparo del art. 88.1.d) LJCA, la actora denuncia la violación del art. 68.6 del Real Decreto 2442/1985, porque no sólo no se habría probado la recepción del alcohol, su carácter desnaturalizado y la regeneración del mismo -todos ellos elementos objetivos del tipo infractor-, sino que, además, se habría obviado que el mencionado precepto considera sujeto infractor al destinatario que conste en la guía de circulación, siempre que éste haya firmado en dicho documento la diligencia de recepción del alcohol, respondiendo hasta ese momento el expedidor, y en este caso sólo existe un albarán firmado por un empleado de Alcohólera Vinícola Mediterránea, S.A. En tercer lugar, al amparo del art. 88.1.d) LJCA, se alega la violación del principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE y de la jurisprudencia que sobre el mismo ha dictado el Tribunal Supremo, porque no existiría prueba de cargo suficiente para desvirtuar dicha presunción y porque la práctica de la prueba efectuada no ha respetado las garantías constitucionales de la sociedad recurrente.

Por su parte, el Abogado del Estado se opone a los tres motivos de casación planteados: al primero, porque entiende que la admisión de las pruebas pertinentes es una cuestión reservada al Tribunal de instancia, y porque en este caso existían suficientes elementos probatorios en el expediente, que había sido solicitado como prueba por la actora, sin impugnar el contenido del mismo; al segundo, porque estima que, bajo la invocación de la infracción del art. 68.6 del Real Decreto 2442/1985, lo que en realidad se está solicitando es una nueva valoración de la prueba; y, finalmente, al tercero, porque considera que no existe vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando, como habría sucedido en este caso, en base a las pruebas practicadas se impone una sanción administrativa que posteriormente confirma una resolución judicial.

TERCERO.- Como hemos señalado, la representación procesal de Alcohólera Vinícola Mediterránea, S.A. funda el presente recurso de casación en dos órdenes de argumentos. El primero de ellos tiene que ver con cuestiones relacionadas con la prueba, cuestiones probatorias que, aunque en el escrito de formalización del recurso de casación se articulan en tres motivos diferentes, la propia sociedad recurrente liga estrechamente, a saber:

a) En primer lugar, la indefensión (alegada al amparo del art. 88.1.d) LJCA), que se le habría causado a la actora al haberle negado la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la práctica de la prueba testifical interesada, dirigida a acreditar la no concurrencia de uno de los elementos indispensables para que se perfeccione la infracción tributaria definida en el art. 68.6 del



TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 28 mayo 2009. Ponente: D. Ángel Aguillo Avilés

## Al identificar el albarán comercial con la guía de circulación Nulidad de la sanción impuesta al aplicar analógicamente el tipo de la infracción tributaria

*El TS casa la sentencia dictada por la AN y anula la resolución del TEAC que confirmó la sanción impuesta a la actora al considerar que no ha justificado el destino del alcohol desnaturalizado recibido, por lo que entendió que había sido regenerado, siendo la sanción la del triple de la cuantía resultante a aplicar a los litros de alcohol el tipo que regía el día de la recepción del alcohol por parte del destinatario. La Sala da la razón a la entidad actora al considerar que no se puede asimilar a efectos sancionadores la "guía de circulación" a la que aluden los arts. 20,2 Ley 45/1985 y 68, 6 RD 2442/1985 con los "albaranes comerciales", en consecuencia anula la sanción impuesta en cuanto esta equiparación constituye una flagrante violación del art. 25, 1 CE.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone por la mercantil Alcohólera Vinícola Mediterránea, S.A., contra la Sentencia de 14 de octubre de 2002, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestima el recurso del citado orden jurisdiccional núm. 1516/2000 interpuesto por dicha sociedad contra la Resolución del Tribunal Económico Admi-

nistrativo Central (T.E.A.C.) de 18 de octubre de 2000, que a su vez desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña (T.E.A.R.) de 26 de noviembre de 1997, que confirma el Acuerdo del Inspector Jefe de la Dependencia Regional de Aduanas e Impuestos Especiales de la Delegación Especial de la Agencia Tributaria en Cataluña, de 7 de febrero de 1995, que desestima el recurso de reposición interpuesto con-

Real Decreto 2442/1985 (la recepción del alcohol).

b) En segundo lugar, la violación de dicho art. 68.6 (que se invoca al amparo del art. 88.1.d) LJCA), que se produciría al haberse impuesto a la actora la sanción establecida en el mismo sin que se haya probado la concurrencia de tres de los cuatro elementos objetivos del tipo infractor (la recepción del alcohol, el carácter desnaturalizado del mismo y la regeneración del alcohol desnaturalizado).

c) En tercer lugar, la violación del principio de presunción de inocencia (alegada al socaire del art. 88.1.d) LJCA) que habría tenido lugar, no sólo al haber rechazado el órgano judicial la práctica de la prueba pertinente (en particular, la declaración testifical del conductor, del gerente de la empresa transportista y del representante legal de la empresa que consta como expedidora), sino también al haber confirmado la sanción impuesta con fundamento en lo que la sociedad actora considera meras conjeturas (la firma por un empleado de la sociedad demandante del albarán 11.811, la declaración del transportista y la circunstancia de que la empresa destinataria -Almacenes Alcobendas, S.A.- no aparece en el Registro Mercantil de Barcelona ni se le ha localizado en el polígono donde presuntamente debía estar ubicada), sin que exista prueba de cargo suficiente.

El segundo de los argumentos, que en el escrito de formalización del recurso de casación se integra en el segundo motivo casacional, está relacionado con la exégesis y la aplicación que la Sala de instancia ha hecho del precepto que regula la sanción impuesta a Alcoholera Vinícola Mediterránea, S.A., el art. 68.6 del Real Decreto 2442/1985, interpretación que la sociedad recurrente considera contraria a la propia letra de dicha norma y a lo dispuesto en los arts. 21, 22, 23 y 64, todos ellos del citado reglamento, porque, pese a que de tales preceptos se desprendería claramente que sólo cabe considerar sujeto infractor al destinatario que consta en la denominada "guía de circulación" siempre que haya firmado en dicho documento la diligencia de recepción del alcohol -de manera que cuando no exista guía de circulación debe responder el expedidor-, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha equiparado a efectos punitivos esa "guía de circulación" a los albaranes comerciales.

Una precisión debemos hacer en este punto antes de continuar: frente a lo que apodícticamente afirma el Abogado del Estado, no es cierto que con esta queja la sociedad actora esté solicitando "una nueva valoración de la prueba", cuestión que, efectivamente, salvo supuestos tasados que este Tribunal ha enumerado en muchas ocasiones (véanse, entre mu-

chas otras, Sentencias de 25 de marzo de 2002 (rec. cas. núm. 9171/1996), FD Primero; de 26 de febrero de 2008 (rec. cas. núm. 2377/2005), FD Cuarto; y de 8 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 6220/2004), FD Cuarto), estaría vedada en la vía casacional.

La representación procesal de Alcoholera Vinícola Mediterránea, S.A. no ha discutido ni en vía administrativa, ni durante el proceso judicial seguido en la instancia ni, finalmente, en esta sede, la existencia del albarán núm. 11.811 o la circunstancia de que en el mismo aparece en el lugar reservado al "Destinatario" la firma de uno de sus empleados. Lo que desde el principio ha puesto en duda es que quepa asimilar a efectos sancionadores la "guía de circulación" a la que aluden los arts. 20.2 de la Ley 45/1985 y 68.6 del Real Decreto 2442/1985, y regulan de manera precisa los arts. 21.1 y 23.2 del citado reglamento, con los "albaranes comerciales". Y esta es, como resulta fácil apreciar, una cuestión de pura calificación jurídica susceptible de ser revisada por esta Sección en el recurso de casación.

En fin, como puede apreciarse, desde una perspectiva puramente constitucional, estos dos argumentos se reconducirían en última instancia a la vulneración de dos preceptos de nuestra Carta Magna. Por un lado, el art. 24.2 CE, y más concretamente de los derechos fundamentales de la actora a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa -íntimamente conectado con el derecho a la defensa, que expresamente se cita en el recurso- y a la presunción de inocencia, derecho este último que, como es sabido, impide la imposición de penas o sanciones administrativas sin que exista una prueba suficiente que pueda entenderse de cargo (entre muchas otras, SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 2; 209/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 33/2000, de 14 de febrero, FJ 5; 130/2002, de 3 de junio, FJ 9).

Y, por otro lado, del art. 25.1 CE, en virtud del cual "(n)adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"; en particular, en el escrito de formalización del recurso la representación procesal de Alcoholera Vinícola Mediterránea, S.A. denuncia expresamente la vulneración del principio de tipicidad y de la prohibición de la analogía in malam partem que, como es sabido, derivan de dicho precepto constitucional, y, como en seguida recordaremos, resultan también aplicables en el ámbito de las infracciones y sanciones administrativas en general y, por ende, de las tributarias en particular (prohibición de aplicación analógica de las normas sancionadoras que se recoge en la legislación ordinaria, entre otros, en el art. 129.4 de la Ley

30/1992, citado también por la sociedad recurrente).

Esta Sección no ignora que, desde un punto de vista lógico, lo procedente sería comenzar por el análisis de los motivos relacionados estrictamente con la prueba -o, si se prefiere, con los derechos garantizados en el art. 24.2 CE -, para después, en el caso de que llegáramos a la conclusión que no se denegó a la actora inconstitucionalmente la práctica de prueba pertinente y relevante, y que el órgano judicial confirmó la sanción con fundamento en prueba que puede entenderse de cargo, esto es, una vez establecidos los hechos, decidir si la norma los ha previsto como presupuesto de la infracción (tipicidad).

Sin embargo, en la medida en que la sociedad que ha sido objeto de sanción acepta sin reservas que existe un albarán de la empresa transportista -el núm. 11811- firmado por un trabajador de dicha sociedad -aunque discute su valor probatorio-, que tal circunstancia ha sido considerada por la Administración tributaria y por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional como uno de los elementos objetivos del tipo infractor definido en el art. 68.6 del Real Decreto 2442/1985 -en particular, que el "destinatario que conste en la guía de circulación" haya "firmado en dicho documento la diligencia de recepción del alcohol"-, que la representación procesal de Alcoholera Vinícola Mediterránea, S.A. estima que la equiparación a efectos punitivos del referido albarán a la "guía de circulación" constituye una flagrante violación del art. 25.1 CE, y, en fin, que esta Sección -adelantamos ya- coincide con la demandante en este punto, por razones puramente prácticas, vamos a explicar directamente los motivos por los que entendemos que se han desconocido las exigencias del principio de tipicidad y, por ende, sin necesidad de examinar las cuestiones relacionadas con el art. 24.2 CE, procede declarar la nulidad de la sanción recurrida.

Y a este fin, resulta imprescindible comenzar explicando, siquiera de modo sintético, la doctrina que sobre el art. 25.1 CE ha dictado el Tribunal Constitucional, especialmente en lo que se refiere a la garantía material que incorpora el derecho a la legalidad penal: el principio de tipicidad.

CUARTO.- Conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental reconocido en el art. 25.1 CE "incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía": la primera, "de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas", "se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de

las sanciones correspondientes"; la segunda, "de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones", por cuanto, como el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente, "el término "legislación vigente" contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora" (SSTC 129/2003, de 30 de junio, FJ 4; 100/2003, de 2 de junio, FJ 3; 52/2003, de 17 de marzo, FJ 7; 50/2003, de 17 de marzo, FJ 4; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; en el mismo sentido, 6/1994, de 17 de enero, FJ 2; 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 276/2000, de 19 de noviembre, FJ 6).

Por lo que se refiere a la garantía material, que es la que se encuentra concernida en el presente proceso, a la que también se encuentra sujeta la potestad sancionadora de la Administración, el Tribunal Constitucional ha afirmado que incorpora dos mandatos: el de *lex praevia* (STC 100/2003, de 2 de junio, FJ 3), esto es, la exigencia de que "la Ley sea anterior al hecho sancionado" (STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6); y el mandato de *taxatividad*, "*lex stricta*" o *lex certa*, que implica la exigencia de que la "Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado" (STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6), de manera que la norma punitiva permita "predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa" (SSTC 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 100/2003, de 2 de junio, FJ 3, 129/2003, de 30 de junio, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6; 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3).

En este sentido -ha afirmado-, esta garantía -que también afecta "a la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles" (STC 25/2002, de 11 de febrero, FJ 6)-, aunque no supone "la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta" (SSTC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 6; 100/2003, de 2 de junio, FJ 4; en el mismo sentido, STC 25/2002, de 11 de febrero, FJ 6), sí torna en inadmisibles las formulaciones de los tipos "tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador" (SSTC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 100/2003, de 2 de junio, FJ 3; 129/2003, de 30 de junio, FJ 4).

Pues bien, esa garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene "como precipitado y complemento la de tipicidad, que impide

que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora" (SSTC 120/1996, de 8 de julio, FJ 8; 133/1999, de 15 de julio, FJ 2). Concretamente, el Tribunal Constitucional ha declarado que "una vez en el momento aplicativo del ejercicio de las potestades sancionadoras por los poderes públicos, éstos están sometidos al principio de tipicidad, como garantía material, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a las normas sancionadoras y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas determinan", de manera que "se proscriben constitucionalmente aquellas otras incompatibles con el tenor literal de los preceptos aplicables o inadecuadas a los valores que con ellos se intenta tutelar" (STC 52/2003, de 17 de marzo, FJ 5).

Dicho con más precisión -esta es la afirmación que se reitera en las últimas Sentencias-, "no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustentan en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios" (entre las últimas, STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3).

En fin, el art. 25 CE no tolera "la aplicación analógica in peius de las normas penales y exigen su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles", doctrina que "es sin duda aplicable a las infracciones y sanciones administrativas, pues a ellas se refiere también expresamente el art. 25.1 de la Constitución" (STC 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; véanse también, sobre el particular, las SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 7; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16).

Conviene, además, precisar que, de acuerdo con el máximo intérprete de nuestra Constitución, forma parte del contenido constitucional del derecho fundamental a la legalidad reconocido en el art. 25 CE que la resolución sancionadora que pone fin al procedimiento incluya, como parte de su motivación, el fundamento legal de la sanción que se impone: "el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) -se afir-

ma en el FJ 3 de la STC 161/2003, de 15 de septiembre -, en relación con el principio de seguridad jurídica también garantizado constitucionalmente (art. 9.3 CE), exige que cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora sea la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación (la impuesta por los arts. 54.1.a) y 138.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción. Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona" (se hacen eco de esta doctrina la STC 113/2008, de 29 de septiembre, FJ 4; así como los AATC 317/2004, de 27 de julio, FJ 3; 324/2004, de 29 de julio, FJ 3; 250/2004, de 12 de julio, FJ 3; y 251/2004, de 12 de julio, FJ 3).

Y, más recientemente, se ha puesto de relieve que "resulta elemento realmente esencial del principio de tipicidad, ligado indisolublemente con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la necesidad de que la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionadora.

En otros términos, el principio de tipicidad exige no sólo que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones, estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación y, en el supuesto de que dicha norma tenga rango reglamentario, cuál es la cobertura legal de la misma" (STC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 3). Ahora bien, esta última obligación encuentra, de acuerdo con el Tribunal, una única excepción: "aquellos casos en los que, a pesar de no identificarse de manera expresa el fundamento legal de la sanción, el mismo resulta identificado de forma implícita e incontrovertida" (STC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 3); en estos supuestos -ha concluido el Tribunal- se respeta el art. 25.1 CE.

Corresponde, pues, a la Administración la subsunción de los hechos en el supuesto de hecho normativo y la determinación de la consecuencia jurídica que la realización de tales hechos lleva aparejada. Así lo ha declarado, sin ambages, el Tribunal Constitucional en la citada STC 161/2003, en cuyo FJ 3 se afirma lo que sigue: "(d)esde la perspectiva del reparto de poderes entre la Administración y los órganos judiciales en el ámbito del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa debe destacarse que, conforme a la regulación vigente de la misma, es a la Administración a la que está atri-

buida la competencia sancionadora y que a los órganos judiciales corresponde controlar la legalidad del ejercicio de esas competencias por la Administración. No es función de los jueces y tribunales reconstruir la sanción impuesta por la Administración sin fundamento legal expreso o razonablemente deducible mediante la búsqueda de oficio de preceptos legales bajo los que puedan subsumirse los hechos declarados probados por la Administración.

En el ámbito administrativo sancionador corresponde a la Administración, según el Derecho vigente, la completa realización del primer proceso de aplicación de la norma (que debe ser reconducible a una con rango de ley que cumpla con las exigencias materiales del art. 25.1 CE), lo que implica la completa realización del denominado silogismo de determinación de la consecuencia jurídica.

*"No es función de los jueces y tribunales reconstruir la sanción impuesta por la Administración sin fundamento legal expreso o razonablemente deducible mediante la búsqueda de oficio de preceptos legales bajo los que puedan subsumirse los hechos declarados probados por la Administración."*

ca: constatación de los hechos, interpretación del supuesto de hecho de la norma, subsunción de los hechos en el supuesto de hecho normativo y determinación de la consecuencia jurídica.

El órgano judicial puede controlar posteriormente la corrección de ese proceso realizado por la Administración, pero no puede llevar a cabo por sí mismo la subsunción bajo preceptos legales encontrados por él, y que la Administración no había identificado expresa o tácitamente, con el objeto de mantener la sanción impuesta tras su declaración de conformidad a Derecho. De esta forma, el juez no revisaría la legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora sino que, más bien, lo completaría" (reproducen parcialmente esta doctrina los AATC 317/2004, de 27 de julio, FJ 6; 324/2004, de 29 de julio, FJ 6; 250/2004, de 12 de julio, FJ 3; y 251/2004, de 12 de julio, FJ 6).

QUINTO.- Una vez recordadas aquellas exigencias del principio de tipicidad garantizado en el art. 25.1 CE que resultan más relevantes para la resolución del presente proceso, procede comenzar puntualizando que, en principio, el órgano competente para imponer la sanción -la Administración tributaria- cumplió con la obligación, que, como acabamos de ver, impone dicho precepto, de identificar en la resolución sancionadora el fundamento legal de la sanción.

En particular, tanto en el Acuerdo sancionador de 16 de noviembre de 1994 del Jefe de la Dependencia Regional de Aduanas e Impuestos Especiales (Delegación Especial de Cataluña), como posteriormente en la Resolución de 7 de febrero de 1995 que desestima el recurso de reposición interpuesto por Alcoholera Vinícola del Mediterráneo, S.A., se establece claramente que la sanción de 72.892.800 ptas. que se le impone a dicha sociedad se ampara en el tantas veces citado art. 68.6 del Real Decreto 2442/1985; y en ambas decisiones la Administración aclara asimismo -como le era exigible- que la citada norma reglamentaria tiene cobertura en el art. 20.2 de la Ley 45/1985, de 18 de diciembre, de Impuestos Especiales. Nuestro análisis, pues, debe tener, necesariamente, como punto de partida, el tenor literal de los dos preceptos mencionados.

Pues bien, el art. 20.2 de la Ley 45/1985 (derogada por la vigente Ley 38/1992, de 28 de diciembre), disponía lo siguiente: "La regeneración de alcoholes desnaturalizados constituirá infracción tributaria grave que se sancionará con multa pecuniaria proporcional del triple de la cuantía resultante de aplicar a los litros absolutos de alcohol regenerado, el tipo establecido en el artículo 18 de esta ley, pudiendo imponerse, además, la sanción del cierre temporal, por un periodo máximo de un año, o definitivo del establecimiento en que se produjo dicha regeneración, que será acordada por el Ministro de Economía y Hacienda o por el Gobierno respectivamente. Se considerará que el alcohol desnaturalizado ha sido regenerado cuando no se justifique su uso o destino, siendo responsable de la infracción el último destinatario que conste en documento reglamentario de circulación".

Por su parte, el art. 68.6 del Real Decreto 2442/1985, después de reproducir literalmente el primero de los incisos del precepto legal transcrito, introducía en su segundo inciso precisiones sobre el sujeto infractor y acerca de cuál es el "documento reglamentario de circulación" "al que alude la Ley al señalar: "Se considerará que el alcohol desnaturalizado ha sido regenerado cuando no se justifique su uso o destino, considerándose sujeto infractor al destinatario que conste en la guía de circulación, siempre que éste

haya firmado en dicho documento la diligencia de recepción del alcohol, respondiendo hasta ese momento el expedidor”.

El T.E.A.R. (Resolución de 26 de noviembre de 1997, FD 3º), el T.E.A.C. (Resolución de 18 de octubre de 2000, FD Segundo), la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y la propia sociedad recurrente (pág. 35 del recurso) coinciden en que de los citados preceptos se desprende inequívocamente que los elementos objetivos del tipo infractor que definen, y que necesariamente deben concurrir, son los siguientes:

- a) La “recepción del alcohol por el interesado”.
- b) Que “se trate de alcohol desnaturalizado”.
- c) Que “no pueda justificarse su uso o destino”.
- d) Que “para que el destinatario sea sujeto infractor debe haber firmado la diligencia de recepción en la guía de circulación” (Sentencia de 14 de octubre de 2002, FD Tercero)

Pues bien, obviando los tres primeros elementos -que, como hemos señalado, la sociedad recurrente niega que hayan sido probados, simplemente-, la disputa, desde la estricta perspectiva del principio de tipicidad, se plantea en relación con el último de ellos, esto es, sobre el requerimiento, inequívoco en la norma, de que para que pueda sancionarse al “destinatario que conste en la guía de circulación “éste debe haber firmado en dicho documento la diligencia de recepción del alcohol”.

Los pronunciamientos que en relación con dicho elemento se han ido produciendo en las decisiones que finalmente han dado lugar al presente proceso han sido muy diferentes. El órgano de la Administración tributaria competente para sancionar, tanto en la resolución sancionadora (FD Cuarto) como en el acuerdo de desestimación del recurso de reposición (FD Sexto), se limita a poner el acento en los tres primeros elementos objetivos del tipo al señalar, después de recalcar que el empleado de Alcoholera Vinícola Mediterránea, S.A. firmó el albarán 11811 de fecha 16 de julio de 1992, “la evidencia de una recepción firmada en conformidad y la imposibilidad de la recurrente de justificar el destino dado al alcohol desnaturalizado”, “lo que obliga necesariamente a considerar que el mismo ha sido regenerado en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley 45/1985 y artículo 68.6 del Reglamento”. Lo mismo se hace en la Resolución del T.E.A.R. de 26 de noviembre de 1997, en la que, después de afirmar que a tenor de los preceptos citados “la existencia de una infracción tributaria grave con sanción especial, requiere la concurrencia de los “requisitos que

ya hemos enumerado (FD 3º), prescinde del último de ellos al concluir que “(e)stablécida la recepción del alcohol por parte de la reclamante del alcohol amparado en el albarán 11811, queda por determinar si era, o no, alcohol desnaturalizado llegando este Tribunal a la conclusión afirmativa toda vez que como bien señala la certificación emitida por Madrid, la empresa Alcoholeros Madrid solamente había recibido alcohol desnaturalizado, por lo que solo pudo expedir ese tipo de alcohol “(FD 5º).

El hilo argumental de la Resolución del T.E.A.C. de 18 de octubre de 2000 no es muy diferente al de la decisión del T.E.A.R. Primero enumera como cuatro los elementos objetivos de la infracción tipificada en el art. 68.6 del Real Decreto 2442/1985, el único precepto que cita (FD Segundo), para, sin embargo, acabar razonando del siguiente modo: “el primero de los elementos objetivos es la recepción por Alcoholera Vinícola Mediterránea S.A., pues de los hechos probados se infiere que el alcohol estuvo en la empresa, que hay un empleado que firma un documento mercantil como es el albarán como destinatario de la mercancía, que la descripción del conductor del camión coincide con la ubicación de la empresa y que existen otros cuatro albaranes en los que figura como lugar de descarga la empresa recurrente (...); el segundo de los elementos objetivos es que se trate de alcohol desnaturalizado, circunstancia que se apoya en que los albaranes fueron encontrados en un registro efectuado a la empresa Alcoholeros Madrid S.A., que dicha empresa comercializa sólo con el alcohol desnaturalizado y que en la declaración del conductor del camión figura como lugar de carga del alcohol los depósitos que la empresa Alcoholeros Madrid S.A. tiene en Móstoles.

Por último (sic), la falta de justificación del destino que se le ha dado al alcohol desnaturalizado es consecuencia inmediata de la inadmisión de la empresa recurrente de la recepción del alcohol”. “De todo lo anterior -se remata en el FD Sexto-, puede concluirse que de los documentos que obran en el expediente y de los hechos que han resultado probados, puede inferirse que se han producido los elementos objetivos de la infracción tipificada en el art. 68.6 del Reglamento de Impuestos Especiales”.

Quizá -lo cierto es que en este punto sólo podemos hacer meras especulaciones- la razón de que el T.E.A.C. pase por alto el último de los requisitos -el que en el FD Tercero, in fine, califica como “requisito formal”, y describe como “haber firmado la diligencia de recepción del alcohol de la guía de circulación “obedezca a que considera que “las pruebas existentes de la actividad regeneradora no pueden ser sino indirectas, ya que sería ingenuo preten-

der que en una actividad de esa naturaleza los productos circularan amparados en los documentos reglamentarios y en conformidad con la normativa vigente”.

El razonamiento de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de octubre de 2002, impugnada en esta sede, es sensiblemente diferente al que se contiene en las decisiones de los órganos de la Administración tributaria que acabamos de mencionar. Partiendo, como estos últimos, de que son cuatro los requisitos que requieren los arts. 20.2 de la Ley 45/1985 y 68.6 del Real Decreto 2442/1985 para que pueda sancionarse al destinatario del alcohol, rechaza expresamente la “alegación de que no existe guía de circulación y de que en todo caso la responsabilidad es de la expedidora “con la explicación de que “a tenor de lo establecido en el artículo 21.4 del Reglamento de los Impuestos Especiales los albaranes comerciales son documentos válidos de circulación, siempre y cuando contengan los datos que en dicho precepto se relacionan, lo que en el presente supuesto se cumple, habiéndose desplazado la responsabilidad de la expedidora a la receptora, desde el mismo momento en que un empleado de esta última empresa firmó la descarga del alcohol, tal y como figura en el albarán, lo cual supone la interpretación literal y en sus justos términos, del contenido del artículo 68.6 del Reglamento de los I.E.E. “(FD Cuarto, in fine).

SEXTO.- Pues bien, tanto el fundamento de la resolución sancionadora, como el que se contiene en las resoluciones del T.E.A.R. y el T.E.A.C., como, en fin, el razonamiento que ofrece la Sentencia de la Audiencia Nacional merecen el máximo reproche desde la perspectiva del principio de tipicidad. Las decisiones del órgano de la Inspección tributaria competente para sancionar y de los órganos económico-administrativos, porque soslayan, pura y simplemente, la circunstancia de que Alcoholera Vinícola Mediterránea, S.A. no ha firmado la diligencia de recepción del alcohol en la correspondiente “guía de circulación”, pese a que identifican este requisito formal como uno de los elementos objetivos de la infracción tributaria definida en los arts. 20.2 de la Ley 45/1985 y 68.6 del Real Decreto 2442/1985.

El razonamiento de la Audiencia Nacional, porque no resiste el más mínimo contraste con la tozuda literalidad de los preceptos citados, ni con la dicción del art. 21.4 del Real Decreto 2442/1985 - que, según el órgano judicial, vendría a equiparar los albaranes a las guías de circulación-, ni con cualquier otro de los que regulan la circulación de los productos en dicho Real Decreto 2442/1985, a los que vamos a aludir -queremos dejarlo claro- únicamente en la tarea que nos corresponde de

controlar el proceso de subsunción de los hechos en el supuesto de hecho normativo y de determinación de la consecuencia jurídica que la Constitución ha atribuido a la Administración cuando se trata de sanciones por infracciones tributarias.

En efecto, como hemos señalado, los arts. 20.2 de la Ley 45/1985 y 68.6 del Real Decreto 2442/1985 no dejan margen para la duda al señalar que responderá el expedidor salvo que el “destinatario que conste en la guía de circulación “haya “firmado en dicho documento la diligencia de recepción del alcohol”, en cuyo caso -pero sólo en este caso- este último será considerado como sujeto infractor. Y, a este respecto, merece la pena resaltar que la expresión “guía de circulación” es un concepto técnico-jurídico al que la propia norma reglamentaria dota de un contenido muy preciso en sus arts. 21.1 y 23.2.

El primero de dichos preceptos señala que “(e)stos documentos serán impresos por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, ajustándose los distintos modelos y su utilización a lo que establezca el Ministerio de Economía y Hacienda”, puntualiza que “(e)n todo caso, el original justificará la legal circulación y tenencia por el destinatario”, y dispone que “el ejemplar para la oficina gestora se remitirá a ésta dentro de las veinticuatro horas siguientes a su expedición sin tener en cuenta los días festivos y la matriz quedará en poder del remitente”.

Y el art. 23.2 del Real Decreto 2442/1985 establece, entre otras, cosas: que “(l)as guías serán solicitadas por los interesados a la oficina gestora en cuyo registro se hallen inscritos, utilizando al efecto el modelo aprobado por la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, en el que suscribirán el correspondiente recibí “(letra a)); que en “las guías, el expedidor indicará, en días y horas, el plazo durante el cual se efectuará el trayecto, que se acomodará a la ruta más adecuada, teniendo en cuenta la distancia a recorrer y el medio de transporte”, siendo “obligatoria la anotación por el interesado de la hora de salida de la expedición, extendiéndose este dato en letra “(letra b)); que “(t)ranscurrido el plazo fijado, el documento dejará de ser válido, a menos que aquél haya sido ampliado por la Inspección del Impuesto o por sus Agentes auxiliares de la población más cercana al lugar donde haya ocurrido la avería, accidente u otra circunstancia justificada de la interrupción del transporte “(letra c)); que “(c)uando en la redacción de estos documentos se padeciese algún error que fuera apreciado antes de separar la guía de la matriz, deberán ser anulados por diligencia del propio expedidor, sin que se permita alteración alguna en el texto escrito “(letra d)); y, en fin, que el “expedidor será responsable de la veracidad de los datos contenidos en la guía de circulación “(letra e)).

Como hemos señalado, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional salva el obstáculo gramatical de que las normas que tipifican la sanción impuesta a la sociedad recurrente aluden a la "guía de circulación", así como el del contenido -preciso y riguroso- que el reglamento asigna a dichos documentos, con la afirmación, escueta y escasamente argumentada, de que, de conformidad con el art. 21.4 del Real Decreto 2442/1985, "los albaranes comerciales son documentos válidos de circulación, siempre y cuando contengan los datos que en dicho precepto se relacionan". Existen, si embargo, varias razones -amén de la, insistimos, literalidad de arts. 20.2 de la Ley 45/1985 y 68.6 del Real Decreto 2442/1985 - que no permiten aceptar la tesis de la Sala de instancia.

En primer lugar, no es cierto que el citado art. 21.4 equipare las "guías de circulación" a los "albaranes comerciales". Ciertamente, el art. 20.1 del Real Decreto 2442/1985 señala que "(l)os productos que se especifican en las normas particulares de cada impuesto circularán por su territorio de aplicación amparados por un documento de circulación, que servirá para acreditar su legítima procedencia y que deberá ser presentado a requerimiento de los Agentes de la Administración"; y el referido art. 21.4 enumera entre "(l)os documentos de circulación a que se hace referencia en el artículo anterior "a las "Guía de circulación "(apartado 1) y a los "Albaranes comerciales y otros documentos "(apartado 4). Pero ni de los citados ni de ningún otro precepto reglamentario (o legal) se desprende la posibilidad de equiparar ambos documentos.

De entrada, el contenido que el art. 21.4 del Real Decreto 2442/1985 atribuye a los "albaranes "difiere sensiblemente del propio de las "guías de circulación": "(l)os albaranes, vendis, notas de entrega, facturas o documentos análogos, usados normalmente por los fabricantes o almacenistas -dice el precepto-, no estarán sujetos a modelo y constarán, de original y matriz", debiendo "consignarse, necesariamente", en ellos, "el nombre y domicilio del expedidor y del destinatario, número de bultos, cantidad y, en su caso, graduación del producto, así como la fecha de la expedición".

Por otro lado, el art. 23.3, letra b), del Real Decreto 2442/1985 aclara que "(l)os albaranes comerciales, vendis, notas de entrega o documentos análogos se utilizarán para legalizar la circulación de productos "únicamente "cuando reglamentariamente no se exija la expedición de guía o conduce"; y el art. 64 del Real Decreto 2442/1985 establece que las guías se utilizarán para amparar la circulación de los "(a)lcoholes, incluidos el desnaturalizado, en cantidad superior a cuatro litros, cualquiera que sea su proce-

dencia y destino "(apartado 1, letra a)), volviendo a reiterar el mismo precepto que "(l)os albaranes comerciales o documentos similares, ampararán la circulación de bebidas derivadas en cantidad superior a nueve litros cuando no precisen guía o conduce "(apartado 1).

Pero es que, en segundo lugar, aunque reconociéramos, a los meros efectos dialécticos, que el Real Decreto 2442/1985 permite equiparar las "guías de circulación "a los "albaranes comerciales ", no podría sostenerse con rigor que el albarán en el que, esencialmente, se ha fundado el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora contra Alcoholera Vinícola Mediterránea, S.A., cumpla con los requisitos que, de acuerdo con el Real Decreto 2442/1985, permite calificarlo como documento -que no "guía"- de circulación que permite amparar el tráfico de bebidas derivadas.

La primera dificultad con la que nos encontraríamos es que el albarán núm. 11811 ha sido emitido por la empresa de transportes (Manchega de Transportes, S.L.); y cuando el art. 21.4 del reglamento regula los "albaranes comerciales" como documentos de circulación, se refiere a los "usados normalmente por los fabricantes o almacenistas ", requisito que viene a confirmar el art. 22 del Real Decreto 2442/1985 cuando establece como únicos "competentes para la expedición de documentos de circulación" los "fabricantes "(apartado 1), los "titulares de depósitos fiscales y los almacenistas "(apartado 2), los "detallistas "(apartado 3) y las "Aduanas o las oficinas gestoras "(apartado 4).

Al que acabamos de señalar habría que añadir el inconveniente del contenido del albarán empleado por la Inspección de tributos para fundar la imposición de la sanción que aquí se recurre, documento en el que, frente a lo que afirma sin mayor explicación la Sentencia de instancia, no aparecen reflejados los datos que, de acuerdo con el art. 21.4 del Real Decreto 2442/1985, deben "consignarse, necesariamente", en los "albaranes comerciales" para que puedan emplearse válidamente para amparar la circulación de bebidas derivadas, esto es, como documentos de circulación.

Efectivamente, no se consigna el domicilio del expedidor (únicamente aparece como "Remitente", Alcoholeros Madrid) ni el del destinatario (exclusivamente aparece como destino "Rubí Barcelona", y en las observaciones "Descargar en Los Monjos"); ni el "número de bultos, cantidad y, en su caso, graduación del producto" (sólo figura que la "Mercancía" es Alcohol); y aunque consta el nombre del receptor (Almacenes Alcobendas), según informe de la Dependencia Regional de Aduanas e Impuestos Especiales de Madrid emitido el 29 de junio de 1994, se trata de una

empresa inactiva. Por último, en el lugar del "Destinatario" figura sólo la firma de una persona física (D. José Augusto) que no tiene conexión alguna con la sociedad que aparece como "Receptor" en el documento; ciertamente, dicha persona es un empleado de Alcoholera Vinícola Mediterránea, S.A., pero, si aplicásemos el rigor que exige siempre la imposición de medidas de castigo, esta circunstancia ni siquiera permitiría afirmar en puridad que, tal y como requiere el art. 68.6 del Real Decreto 2442/1985, ha firmado el destinatario del alcohol, porque -este es un hecho no discutido- el referido signatario no es representante legal o apoderado de la actora, sino un simple empleado de la misma.

En definitiva, los arts. 20.2 de la Ley 45/1985 y 68.6 del Real Decreto 2442/1985 son absolutamente precisos al exigir, como requisito formal ineludible para que el receptor del

■

*"...tanto el fundamento de la resolución sancionadora, como el que se contiene en las resoluciones del T.E.A.R. y el T.E.A.C., como, en fin, el razonamiento que ofrece la Sentencia de la Audiencia Nacional merecen el máximo reproche desde la perspectiva del principio de tipicidad."*

■

alcohol pueda ser objeto de la sanción que ambos preceptos establecen, que éste aparezca como tal en un concreto documento de circulación -la "guía de circulación "- y que haya firmado en el mismo como destinatario, debiéndose en otro caso considerar como sujeto infractor al expedidor.

En el caso examinado, no existe guía de circulación, sino un albarán de la empresa de transportes que, además de que, según el propio Real Decreto 2442/1985, no puede sustituir a la "guía de circulación" (arts. 23.2.b) y 64.3), carece de los requisitos necesarios para ser considerado como documento de circulación (arts. 21.4 y 22); y, por otro lado, no ofrece discusión alguna que el expedidor es la empresa Alcoholeros Madrid, S.A.

Ciertamente, consta en autos que dicha mercantil tiene levantadas ac-

tas por el concepto de Impuesto Especial sobre Alcoholes por un importe superior a 27.000 millones de pesetas y que está inactiva desde 1988 (Informe del Jefe de la Dependencia Regional de Aduanas e Impuestos Especiales de Madrid de 29 de junio de 1994; FD Cuarto de la Resolución del T.E.A.R.).

Pero esta circunstancia no permite que la Administración tributaria imponga la sanción a Alcoholera Vinícola Mediterránea, S.A., identificando un albarán, con las irregularidades que hemos descrito, de la empresa que transportó el alcohol (Manchega de Transportes, S.L.), con la "guía de circulación" que de modo muy preciso describen los arts. 21.1 y 23.2 del Real Decreto 2442/1985, en una aplicación análoga en perjuicio del acusado y, desde luego, una interpretación incompatible con el tenor literal de las normas aplicables e imprevisible para la actora, que no tolera el art. 25.1 CE.

Y es que ni la Administración tributaria, única competente para imponer las sanciones por la comisión de infracciones tributarias, ni los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (incluido este Tribunal Supremo), en su tarea de revisión del ejercicio de dicha competencia, pueden desconocer la letra inequívoca de la norma sancionadora o manipular o retorcer los términos en los que está redactada, con el fin de que puedan sancionarse comportamientos que el legislador -soberano en la decisión de qué conductas merecen una respuesta punitiva (entre las últimas, STC 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4, in fine)- claramente no consideró al definir el tipo infractor.

SÉPTIMO.- En atención a los razonamientos expuestos, procede estimar el recurso de casación interpuesto por la entidad Alcoholera Vinícola Mediterránea, S.A. y, por tanto, estimar el recurso contencioso-administrativo instado por la recurrente ante la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, lo que comporta la declaración de nulidad de la resolución impugnada y de los actos administrativos de que trae causa, al haberse impuesto a una sanción a dicha sociedad desconociendo las exigencias del principio de tipicidad que emanan del art. 25.1 CE.

OCTAVO.- No procede hacer imposición de costas en la instancia, debiendo satisfacer cada parte las causadas en este recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo español, nos confiere la Constitución

**FALLO**

Primero.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la repre-

sentación de Alcohólera Vinícola Mediterránea, S.A contra la Sentencia de 14 de octubre de 2002, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso del citado orden jurisdiccional núm. 1516/2000.

Segundo.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de octubre de 2000, con la consiguiente anulación de dicha resolución y el acuerdo de imposición de sanción de 16 de noviembre de 1994 del Jefe de la Dependencia Re-

gional de Aduanas e Impuestos Especiales que confirma.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Manuel Vicente Garzón Herro.- Juan Gonzalo Martínez Mico.-

Emilio Frías Ponce.- Manuel Martín Timón.- Ángel Aguillo Avilés.- José Antonio Montero Fernández. Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Ángel Aguillo Avilés, estando constituida la Sala en audiencia pública, lo que, como Secretaria de la misma certifico.

## RESEÑA

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



### TS CIVIL

2009/128066

TS Sala 1ª, Sentencia 17 junio 2009.  
Ponente: D. José Almagro Nosete

#### Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa de reclamaciones de cuotas colegiales

El TS declara haber lugar al rec. extraordinario por infracción procesal anulando la sentencia impugnada al considerar competente la jurisdicción contencioso administrativa por tratarse de reclamación de cuotas de pago obligatorio que constituye una actuación administrativa sometida a dicha jurisdicción, y quedando a salvo el derecho de la partes a ejercitar las pretensiones ante quien correspondiere.

2009/143733

TS Sala 1ª, Sentencia 26 junio 2009.  
Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

#### Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en relación a bienes del servicio de limpieza

El TS declara no haber lugar al rec. extraordinario por infracción procesal confirmando la sentencia impugnada que estimó la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil, considerando competente la contencioso administrativa para conocer de la demanda interpuesta por la que los actores, propietarios de los bienes utilizados para el servicio de recogida de basuras y limpieza, reclaman del ayuntamiento demandado una cantidad por enriquecimiento injusto alegando que, desde que se declaró la caducidad de la concesión de dicho servicio a la empresa de la que el actor era encargado, hasta que el actor

fue cesado en su cargo de apoderado de la concesión, el ayuntamiento siguió utilizando los bienes de su titularidad.



### TS PENAL

2009/112106

TS Sala 2ª, Sentencia 14 mayo 2009.  
Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

#### Atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas en agresión sexual y lesiones

Se estima en parte el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delito de agresión sexual y falta de lesiones. El TS dicta segunda sentencia por la que aprecia en los recurrentes la atenuante analógica de dilaciones indebidas con el carácter de muy cualificada, habida cuenta de que las paralizaciones que se han detectado, y que el Ministerio Fiscal remarca al apoyar el motivo, junto al exceso lapso temporal de duración de un proceso muy simple, como el enjuiciado, esto es, una duración de seis años de duración, que a fecha de hoy ya son siete años, confieren la entidad suficiente para apreciar dicha atenuante cualificada.

2009/112105

TS Sala 2ª, Sentencia 13 mayo 2009.  
Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

#### Intervención telefónica en delitos contra la salud pública

Se desestima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida por delitos contra la salud pública y falsedad. Subraya el TS que la fortaleza de nuestro sistema constitucional de ga-

rantías no puede hacerse depender de que la policía precise en el oficio que sirve de vehículo a la solicitud de injerencia en qué han consistido los actos específicos de seguridad que han sido calificados como contramarchas y contravigilancias. La exigencia constitucional de motivación de las resoluciones restrictivas de derechos tampoco se refuerza por el hecho de que la argumentación jurisdiccional se extienda a esos extremos, no ligados conceptualmente con el contenido material del derecho al secreto de las comunicaciones.

Formulan voto particular los Magistrados D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca y D. José Antonio Martín Pallín.



### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/171882

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 20 julio 2009.  
Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne

#### Adjudicación por el criterio de especialidad en el concurso para proveer una plaza de la Audiencia Provincial

El TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del pleno del Consejo General del Poder Judicial sobre nombramiento de Magistrados a resultados de un concurso de traslado. La Sala considera correcta la decisión del CGPJ, al resolver el concurso según el criterio de especialidad, pues tendrán preferencia por razón de especialidad, quienes acrediten haber servido en el orden a que se aspira durante los seis años inmediatamente anteriores, bien como Jueces o bien como Magistrados, y respecto del cómputo del plazo exigido, el magistrado a quien se adjudica la plaza lo cumplía con creces, pues el tiempo servido en tribunales mixto

hasta la entrada en vigor de la Ley 19/2003, se computa por entero, y solo el posterior se computa por mitad.

2009/171837

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 20 julio 2009.  
Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas

#### Nulidad de la notificación efectuada por edictos en un expediente de solicitud de visado ante el Consulado

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la STSJ de Madrid que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Consulado General de España en Rabat, por la que se tuvo por desistida a la interesada en el procedimiento de concesión de visado de residencia para trabajo por cuenta ajena, reconociéndose el derecho de la recurrente a la obtención del visado mediante su estampillado en pasaporte de su titularidad. La Sala considera que la solicitud de visado ante el Consulado es un procedimiento singular al que no resulta de aplicación el art. 59, 5 Ley 30/1992, pues este se refiere al caso en que la Administración haya de cursar desde España una notificación dirigida a persona domiciliada en país extranjero.

2009/171730

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 20 julio 2009.  
Ponente: Dª Celsa Pico Lorenzo

#### Legalidad de la regulación autonómica de la asignación individual del aumento de cuota láctea

El TS desestima el recurso de casación deducido por la entidad mercantil contra la STSJ de Madrid, que confirmó la resolución del Director General de Agricultura y Alimentación, que publicó la segunda relación de asignaciones y denegaciones de las cantidades de referencia de la reserva nacional procedentes del aumento de la cuota láctea para el período 2000-2001. La Sala considera que la resolución impugnada no incurre en vicio de incongruencia o falta de motivación, y respecto de la segunda cuestión, no entra a su examen, pues se plantea una cuestión nueva, relativa a si la Orden autonómica respeta los criterios del art. 5 RD 1192/2000 al no figurar como criterio "la contribución para mantener un medio ambiente saludable y equilibrado", ya que nada en tal sentido se adujo en la demanda al respecto.