



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2782

Madrid, martes 19 de enero de 2010



## TS PENAL

2009/229027

TS Sala 2ª, Sentencia 24 septiembre 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

Al no quedar reflejadas en el parte médico

### Absolución del delito de lesiones

*Desestimando los recursos de casación interpuestos por dos de los acusados, la Sala acoge parcialmente los formulados por los otros imputados, todos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de secuestro, lesiones y contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto la condena por el delito de lesiones, pues la existencia de un parte médico, emitido el mismo día en que el denunciante fue puesto en libertad, en el que sólo se aprecia erosiones, sin mención alguna a las distintas quemaduras o a las contusiones que luego son apreciadas en el reconocimiento posterior, introduce la cuestión relativa a la determinación del momento en que tales lesiones han sido causadas, que debió ser resuelta en la sentencia disipando cualquier duda razonable sobre el particular.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Fermín y de Obdulio

PRIMERO.- Ambos recurrentes han sido condenados como autores de un delito de secuestro a pena de cinco años, y otro de lesiones a pena de dos años de prisión. Fermín, además como autor de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud a pena de siete años de prisión y multa y Obdulio como autor de un delito de tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud a pena de dos años de prisión y multa. Contra la sentencia interponen recurso de casación, en escritos independientes, aunque con el mismo contenido sustancial, lo que autoriza su examen conjunto.

En el primer motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, luego de la cita de distintos derechos fundamentales, denuncian la vulneración de la presunción de inocencia. Sostienen que, apoyándose la sentencia exclusivamente en la versión de la víctima, no ha quedado acreditado el

lugar donde se produjo el secuestro, existiendo contradicciones en las manifestaciones y reconocimientos efectuados por aquél; que no ha quedado acreditado quienes fueron los secuestradores; y que no se ha acreditado que se infligieran las torturas que denuncia, pues al folio 16 consta un parte de asistencia médica de urgencia, el mismo día en que dijo haber sido puesto en libertad por sus captores, en el que, refiriendo heridas por erosión en cuello, antepierna y antebrazo, ya costrificados, no se reflejan las lesiones apreciadas en el reconocimiento efectuado un mes después de los hechos. En cuanto al delito contra la salud pública, señalan que la sentencia, en lo que se refiere a Fermín, reconoce que no se sabe a quien pertenece la droga intervenida, sin que proceda la condena solamente por la mera convivencia en el mismo domicilio; y en cuanto a Obdulio, el hachís encontrado en su domicilio era para su propio consumo.

1. A pesar de la mención de varios derechos fundamentales, en realidad,

en lo que se refiere a los delitos de secuestro y de lesiones, ambos acusados vienen a plantear solamente la vulneración de la presunción de inocencia, negando la existencia de prueba. Sin embargo, reconocen que el Tribunal se ha basado en la declaración de la víctima, prueba que esta Sala ha admitido como hábil para enervar la presunción de inocencia, aunque haya exigido cautelas en el momento de su valoración, que debe ser, en todo caso, expresa y razonada, exponiendo el Tribunal las razones que conducen a reconocerle credibilidad al testigo. En estas circunstancias, la cuestión se centra en determinar si en el caso, el Tribunal ha actuado de forma racional al aceptar la declaración de la víctima como prueba de cargo bastante.

La conveniencia de objetivar la valoración de la prueba testifical, que no excluye la consideración razonada de gestos o actitudes del testigo expresivos de duda o de seguridad, u otros aspectos proporcionados por la intermediación, ha conducido a esta Sala a sugerir pautas a seguir en el proceso racional de valoración de la prueba, que deben constar en la sentencia. Entre ellas, es relevante en todo caso la existencia de elementos de corroboración de la versión sostenida por el testigo, máxime cuando se trata de la víctima de los hechos.

En el caso, las manifestaciones de la víctima, en lo referente al secuestro, vienen avaladas por el hecho, recogido en el relato fáctico de que el día quince de agosto, sobre las 3,50 hs., la Policía intervino investigando una denuncia telefónica anónima, localizando un vehículo gris cuyos ocupantes se dieron a la fuga, deteniendo al recurrente Fermín en el interior del vehículo y en las inmediaciones al recurrente Obdulio, habiendo arrojado previamente los ocupantes del vehículo una pistola. Asimismo, por el resultado de la diligencia de entrada y registro en el domicilio del primero de los mencionados, en el que se ocuparon distintos objetos, entre ellos un armazón de revólver, una pistola eléctrica, una llave de grilletes, una placa de Policía Local y un pasamontañas, objetos respecto de cuyo uso y finalidad no se ha aportado una explicación alternativa razonable, que pudiera dejar sin justifica-

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Calculo del incremento por recargo anual de aseguradora en la indemnización

6

#### PENAL

Absolución del delito de lesiones

1

#### ADMINISTRATIVO

Inadecuada deducción fiscal de los fondos de pensiones constituidos como fondos internos de la sociedad

9

#### SOCIAL

Incumplimiento por AENA de Acuerdo sobre no externalización de servicios

15

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

ción el efecto corroborador que inicialmente presentan respecto de la versión sostenida por la víctima de los hechos. Igualmente, por la aparición del móvil de la víctima en el vehículo que utilizaban los recurrentes; y por la verificación de la existencia de unas cuerdas en el lugar en el que fue liberado, coincidentes con su declaración en ese punto. De la misma forma, la testifical policial permitió acreditar las relaciones de Aníbal por las frecuentes visitas al domicilio de Obdulio, igualmente reiteradas por parte del recurrente Obdulio.

En lo que se refiere al delito de lesiones, la cuestión es diferente. No puede afirmarse que el Tribunal no haya dispuesto de algunos elementos de juicio, pues el médico que declaró en el plenario aceptó como posible que las lesiones que apreció en el reconocimiento realizado a la víctima, casi un mes después de ser puesto en libertad, podían datarse en las horas en que estuvo privado de aquella.

Sin embargo, la existencia de un parte de lesiones emitido tras un reconocimiento efectuado el mismo día en que el denunciante fue puesto en libertad por sus captores, en el que el médico que lo atendió solamente aprecia erosiones, sin mención alguna a las distintas quemaduras o a la contusión en región parietal izquierda o a la herida en el dedo del pie izquierdo, que luego son apreciadas en el reconocimiento posterior, introduce la cuestión relativa a la determinación del momento en que tales lesiones han sido causadas, que debió ser resuelta en la sentencia disipando cualquier duda razonable sobre el particular, para lo que habría sido necesario contar con las explicaciones que pudiera proporcionar el autor del referido parte de asistencia. Resulta extraño que un médico confunda unas quemaduras de segundo grado que tardan luego 45 días en curar con unas simples erosiones, cuando las ha examinado directamente y, además, dispone de la entrevista con el lesionado para oír su versión sobre el origen de las mismas. En la sentencia se atribuye la discordancia a una deficiente elaboración del parte inicial, pero no ha sido posible oír a su autor para establecer la posibilidad real de su error en función de las circunstancias del acto de reconocimiento médico que en su día efectuó. Es, sin duda, posible que tal defecto se hubiera producido, pero la duda no debe ser resuelta en contra del acusado. En este aspecto, el motivo debe ser estimado, dictan-

do segunda sentencia en la que se absolverá a los acusados del delito de lesiones, condenándolos por una falta de lesiones.

3. En cuanto a la ocupación de la droga en los domicilios de los recurrentes, y a la condena como autores de delitos contra la salud pública, respecto de Obdulio, es claro que la cantidad incautada en su poder, 248,02 gramos de hachís, permite concluir de forma razonable que se destinaba al tráfico, al exceder de lo que puede considerarse, en circunstancias ordinarias, como un acopio habitual para un consumidor, lo que, además, es coincidente con la valoración que el Tribunal realiza del contenido de las conversaciones telefónicas interceptadas, en las que, en ocasiones en clave y en otras de forma más explícita, se entiende que se tratan operaciones de venta de drogas.

Respecto del otro recurrente, Fermín, el Tribunal basa su atribución de responsabilidad en el hecho de que se trataba de su domicilio, aunque lo compartiera con otros, y en que las distintas drogas estaban dispersas por toda la vivienda, sin estar ocultas, de donde infiere que todos ellos eran poseedores por igual del total de la droga incautada, pues todos ellos la tenían indiscriminadamente a su disposición. La conclusión del Tribunal no es irrazonable, y el destino al tráfico puede deducirse tanto de la cantidad de drogas como de su variedad.

Por lo tanto, el motivo se desestima en lo referido a los delitos de secuestro y contra la salud pública, estimándose parcialmente en cuanto al delito de lesiones.

SEGUNDO.- En el segundo motivo por infracción de ley denuncia la existencia de dilaciones indebidas, la inexistencia de prueba, existiendo error en la apreciación de la disponible concretada en la revalorización de la testifical, y error en la apreciación de la prueba derivado de documentos designando como tales el parte de urgencias obrante al folio 16 de la causa, y en copia al folio 466.

1. La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la reducción de la pena como efecto de la existencia de un retraso no justificado en la tramitación de la causa, en cualquier estado de la misma, como consecuencia de paralizaciones no justificadas o de la práctica de diligencias cuya inutilidad ya fuera apreciable desde el mis-

mo momento en que se acuerda su práctica.

2. En el caso, el recurrente nada argumenta sobre el particular, limitándose a la mera denuncia. De todos modos, la causa se dirige contra los acusados en el mes de noviembre del año 2005 y la sentencia se dicta en noviembre de 2008, sin que conste periodo alguno de paralización injustificada, lo que no puede considerarse un plazo de duración excesivo si se tiene en cuenta la complejidad de la tramitación debida al número de imputados y luego acusados, que ha dado lugar a actuaciones que, legítimas en cuanto originadas por el ejercicio de su derecho de defensa, requieren sin embargo un tiempo imprescindible para su planteamiento, estudio y resolución, como se pone especialmente de relieve en la tramitación de la fase intermedia ante la Audiencia.

Por todo ello, el motivo se desestima.

3. Nada se argumenta respecto a la inexistencia de prueba en el segundo apartado de la impugnación. En cualquier caso, la prueba testifical no permite apreciar error en la apreciación de la prueba, limitado al caso de documentos de suficiente contenido probatorio.

Igualmente ha de desestimarse este apartado.

4. Y, finalmente, los efectos del contenido del documento obrante al folio 16, parte médico de urgencias, ya han sido examinados desde la perspectiva de la presunción de inocencia, por lo que resulta innecesario reiterar las consideraciones entonces efectuadas.

#### Recurso de Aníbal

TERCERO.- Condenado como autor de un delito de secuestro, otro de lesiones y otro de tráfico de drogas a las penas de cinco años de prisión, dos años de prisión y un año de prisión y multa respectivamente, interpone contra la sentencia de instancia recurso de casación.

El primer motivo se apoya en el artículo 5.4 de la LOPJ, y denuncia la vulneración de los artículos 120.3 y 24.1 de la Constitución, pues entiende que la sentencia no está suficientemente motivada. A continuación de esta alegación, sin embargo, señala que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues según su opinión la condena no se ha basa-

do en verdadera prueba de cargo, ya que la declaración de la víctima ha incurrido en contradicciones e inexactitudes. La sentencia reconoce que no participó en el acto de privación de libertad, y a pesar de ello y de que no tiene un dominio funcional del hecho, pues su presencia fue solo ocasional, lo condena como autor, cuando en todo caso debió serlo como cómplice.

1. Ya hemos señalado más arriba que la declaración de la víctima, Ángel Daniel, aunque no ha sido lineal, como la sentencia reconoce, viene corroborada por diversos elementos a su vez debidamente acreditados. En cuanto a la intervención del recurrente, la sentencia declara probado el acuerdo previo para la realización del secuestro junto con los antes recurrentes Fermín y Obdulio, y con Rómulo, así como que el recurrente, cuando los dos primeros traen detenido a Ángel Daniel, los estaba esperando en la casa donde lo obligan a permanecer atado de pies y manos, procediendo el recurrente a su custodia en espacios de tiempo no determinados. La prueba fundamental ha sido la declaración de la víctima, ya analizada más arriba, que reconoció al recurrente en el juicio oral, y que manifestó la presencia de todos los acusados en las acciones de causación de las lesiones, aunque uno de ellos no llegara a golpearle personalmente. Las visitas del recurrente al domicilio de Fermín, reveladoras de su relación, han quedado igualmente acreditadas por las testificales de los agentes policiales.

De esta forma, existe prueba respecto de la comisión de los hechos constitutivos de secuestro y lesiones.

2. En relación con los hechos constitutivos del delito de lesiones, en el motivo tercero, con apoyo en el artículo 849.2 de la LECrim, denuncia error en la apreciación de la prueba y designa como documento el parte de lesiones del folio 16 de la causa.

Como hemos señalado reiteradamente, para que este motivo prospere es preciso que el documento designado demuestre, por su propio contenido y de forma directa, el error del Tribunal al establecer el hecho probado.

El recurrente pretende que el parte de atención médica, al que ya nos hemos referido más arriba, acredita que el recurrente no es el autor de las lesiones que se describen en el

hecho probado y que tales lesiones no le fueron causadas durante su cautiverio.

El referido parte de atención médica refleja unas determinadas lesiones apreciadas por el médico que lo suscribe en el día siguiente a aquél en el que el detenido fue puesto en libertad. Su contenido nada dice acerca del autor de esas lesiones, ni tampoco acerca del momento en que fueron causadas. Por lo tanto, desde la perspectiva del error de hecho, el motivo no puede ser estimado. Sin embargo, ya hemos señalado que en orden a la presunción de inocencia, la existencia y contenido del referido parte, suscita serias dudas acerca de que las lesiones que se describen en el hecho probado existieran en dicha fecha, cuando nada se dice en aquel acerca de su existencia. Dudas que no son resueltas adecuadamente en la sentencia, cuando debió examinar la discordancia entre dicho parte y las apreciaciones del médico que suscribe el parte posterior en el que constan las que se describen en el relato fáctico como causadas durante el tiempo de privación de libertad.

Lo cual conduce a negar la existencia de un delito de lesiones, calificando los hechos como una falta.

En este sentido, en relación con la presunción de inocencia respecto de las lesiones causadas, el motivo se estima.

3. En segundo lugar, defiende el recurrente la tesis de que debió ser condenado, en todo caso como cómplice. El Tribunal afirma la existencia de concierto previo y la intervención directa en la custodia del detenido, así como la participación en los hechos causantes de las lesiones, aunque no se haya llegado a precisar su actuación concreta en este último aspecto. El delito de detención ilegal, del que el secuestro constituye una modalidad agravada, es un delito de consumación permanente, pues una vez consumado por la privación de libertad, se mantiene en esa situación jurídica durante todo el tiempo en el que se extienda la privación de libertad. Esta configuración permite la autoría por incorporación a la ejecución de la privación de libertad, aun cuando se realice, siempre mediante una acción relevante, con posterioridad al primer momento en que aquella se inicia.

La participación a través de la custodia del detenido, supone una aportación de primer orden a la ejecución, en cuanto garantiza la efectividad y mantenimiento de la inicial privación de libertad, asegurando que el detenido no pueda abandonar el lugar donde se le retiene o se le encierra. No se trata, pues, de una contribución de segundo grado que pudiera integrar la complicidad, sino de autoría.

4. Y, finalmente, la mera lectura de la sentencia pone de relieve la in-

consistencia de la alegación relativa a la falta de motivación. El derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la existencia de una resolución motivada, pero no da derecho al acierto del Juez ni tampoco a que se resuelva según lo pretendido por quien luego recurre mostrando su disconformidad.

Por todo ello, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, se queja de la infracción del artículo 28 y 368 del Código Penal. Sostiene que la droga intervenida en su domicilio no estaba destinada al tráfico, sino al propio consumo dentro de su grupo familiar.

1. El destino al tráfico de la droga en los casos de delitos contra la salud pública ha venido deduciéndose de las características de la droga, de la cantidad, de la forma de su almacenamiento, de su preparación, de la calidad de consumidor de su poseedor y de otros elementos que, en relación al caso, pudieran ser significativos.

2. En el caso, solamente se cuenta con el dato relativo a la cantidad de droga, 197,07 gramos de hachís, pues los lugares donde fue encontrada no son especialmente significativos en ese sentido. No obstante se trata de una cantidad que puede considerarse superior a las necesidades de consumo del recurrente en un plazo relativamente reducido, pues nada ha aportado que acredite una situación de consumo distinta, lo que permite concluir que existe una tendencia del autor a destinar la sustancia al tráfico con terceros.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

Recurso de Leoncio

QUINTO.- Condenado como autor de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud a la pena de cinco años de prisión y multa de 16.410,90 euros, interpone recurso de casación contra la sentencia. En el primer motivo denuncia la vulneración de la presunción de inocencia, pues entiende que la condena se basa en una prueba indiciaria vertebrada a partir del hecho de que vivía en el mismo domicilio que su hermano Fermín, habiendo reconocido éste en el juicio oral que la droga era de Ángel Daniel que se la dio para que la guardara porque le debía dinero a aquel.

1. Es cierto, como alega el recurrente, que la mera convivencia no supone por sí misma la codelinuencia respecto de lo que pueda hacer cada uno de los convivientes. También lo es que la prueba de indicios, cuando no se ha podido acreditar ningún acto de disposición sobre la droga, puede probar la relación del acusado con la sustancia hallada en

el lugar que constituye su domicilio, además del de otras personas.

2. En el caso, la Audiencia condena al recurrente por la posesión con destino al tráfico, y no por la ejecución de actos de venta. Por lo tanto, es preciso acreditar que la sustancia intervenida estaba bajo el poder de decisión de los acusados. El Tribunal ha tenido en cuenta no solo que el recurrente vivía en el mismo domicilio en el que se encuentra la droga, sino también que ésta, en cantidad que la hacía fácilmente visible, se encontraba dispersa por las distintas

■

*"Resulta extraño que un médico confunda unas quemaduras de segundo grado que tardan luego 45 días en curar con unas simples erosiones, cuando las ha examinado directamente y, además, dispone de la entrevista con el lesionado para oír su versión sobre el origen de las mismas. En la sentencia se atribuye la discordancia a una deficiente elaboración del parte inicial, pero no ha sido posible oír a su autor para establecer la posibilidad real de su error en función de las circunstancias del acto de reconocimiento médico que en su día efectuó."*

■

dependencias, que éstas carecían de llaves que permitieran la exclusión de los otros moradores, y especialmente que también se encontró la cantidad de 11.760 euros en metálico, propiedad del recurrente, sin que se explicara la razón de tal posesión, a pesar de ser algo inusual, ni tampoco el origen del dinero. De todo ello deduce que la droga estaba a disposición de todos los moradores, lo cual debe considerarse una afirmación razonable.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

SEXTO.- En el segundo motivo, con cita del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la existencia de dilaciones indebidas ya que se ha tardado más de tres años y cuatro meses en celebrar el juicio oral. Concretamente señala que la instrucción finalizó el 21 de setiembre de 2006 y el juicio oral tuvo lugar el 20 de octubre de 2008, es decir, más de dos años después.

1. Ya hemos recordado con anterioridad en esta misma sentencia que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de reducción de la pena en los casos en los que, en la tramitación de la causa penal, se hayan producido retrasos excesivos a causa de paralizaciones injustificadas o de la práctica de diligencias que se puedan considerar absolutamente inútiles ya desde el primer momento.

2. El recurrente se refiere concretamente a la tramitación de la fase intermedia ante la Audiencia, iniciada en setiembre de 2006 y finalizada con el juicio oral en octubre de 2008. Sin embargo, además de que en el motivo no se señalan periodos de paralización concretos, el examen de la causa permite comprobar no solo que éstos no se han producido de forma significativa, sino además que dicha tramitación resultó compleja a causa del número de acusados y de su situación de privación de libertad que dio lugar a numerosos actos procesales. Como también hemos señalado, la interposición de recursos por parte de las defensas de los acusados no constituyen otra cosa que una manifestación del ejercicio de su derecho fundamental a la defensa, por lo que no puede derivarse de ello consecuencias perjudiciales para el titular de tal derecho. Pero, al mismo tiempo, es inevitable reconocer que tales actuaciones procesales requieren un tiempo para su tramitación, en cuanto que es preciso oír a las demás partes, así como para su estudio y resolución, lo que no puede traducirse luego en una reducción de la pena a causa de una pretendida duración indebidamente excesiva del proceso.

Por lo tanto, al no apreciar ninguna actuación imputable al órgano judicial que haya causado un retraso injustificado, el motivo se desestima.

SÉPTIMO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, se queja de la vulneración del artículo 66 del Código Penal, pues entiende que la pena se impone sin la suficiente motivación.

1. Reiteradamente ha señalado esta Sala que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresada en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el Tribunal

de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados, a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Asimismo ha señalado que la imposición del mínimo no precisa de una especial motivación en cuanto que se trata de una ineludible consecuencia de la calificación jurídica de los hechos, previamente establecida.

Ante la ausencia de motivación, el Tribunal debe examinar la proporcionalidad de la pena en función de los hechos declarados probados, así como la alegación de elementos de hecho relevantes, favorables al acusado, cuya valoración haya sido indebidamente omitida en la sentencia, y en caso de que no exista justificación implícita de la pena impuesta, proceder a imponer la pertinente, o la mínima legalmente procedente en caso de ausencia total de datos que justifiquen la exasperación punitiva.

2. En el caso, el Tribunal tiene en cuenta la cantidad y variedad de las sustancias intervenidas, el dinero ocupado y el trasiego de personas en el domicilio durante las horas de la noche, indiciarios de una intensa dedicación al tráfico de drogas. Datos todos ellos que justifican que la pena se aleje del mínimo legal, de manera que la imposición de una pena de cinco años y un mes, aún dentro de la mitad inferior, debe considerarse proporcionada a la gravedad de la concreta conducta desarrollada por los condenados.

El motivo se desestima.

Recurso de Rómulo

OCTAVO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de secuestro, otro de lesiones y otro contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud a las penas, respectivamente, de cinco años, dos años y cinco años y un mes de prisión, y además multa de 16.410,9 euros por el último delito. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo denuncia vulneración de la presunción de inocencia respecto al delito de tráfico de drogas, pues afirma que no se le ha ocupado droga y que el domicilio no era el suyo y había llegado allí justo antes de ser detenido.

1. Cuando se trata de prueba indiciaria, el recurso puede orientarse contra el razonamiento realizado sobre los indicios o contra la existencia de prueba respecto de éstos, precisamente lo que en el caso hace el recurrente en este primer motivo.

2. La Audiencia declara probado que el lugar donde se encuentra la

droga era también el domicilio del recurrente, y se basa para ello en que así lo reconoció en su declaración y en que en una de las habitaciones se encontró su permiso de conducir y en el salón su carta de identificación marroquí, pasaporte y otra documentación que no se precisa. Una vez acreditado este extremo, los indicios que le vinculan con la disponibilidad de la droga hallada en el mencionado domicilio son los mismos ya mencionados en relación con los otros recurrentes condenados por el mismo hecho, a los que hay que añadir que su permiso de conducir apareció precisamente en una de las habitaciones donde se ocupó la droga.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

NOVENO.- En el motivo segundo reproduce su queja acerca de la inexistencia de prueba, aunque ahora referida a los delitos de secuestro y de lesiones, habiendo reconocido la víctima que el recurrente no lo golpeó.

1. Respecto del delito de lesiones deben darse aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas en anteriores fundamentos de derecho acerca de la inexistencia de prueba suficiente acerca de que las lesiones que se describen en la sentencia le hubieran sido causadas al detenido durante el tiempo de privación de libertad, habida cuenta de que en la parte emitida al folio 16, de fecha del día siguiente a aquel en el que fue puesto en libertad, no fueron apreciadas a pesar de sus características, lo que introduce dudas razonables que no han sido debidamente resueltas en la sentencia.

2. En lo que se refiere a la participación del recurrente en el delito de secuestro, la prueba principal ha venido constituida por la declaración de la víctima en la que afirmó que el recurrente fue uno de los que lo custodiaban en algún momento, declaración que, además de las corroboraciones ya mencionadas en el Fundamento Jurídico Primero de esta sentencia, presenta respecto del recurrente una más, constituida por la falsedad de la denuncia que éste presentó con la finalidad de desviar la investigación y desvincular a otros acusados del vehículo en el que fue detenido Fermín, lo que avala su relación con éste y con los hechos.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

DÉCIMO.- En el tercer motivo se queja de la imposibilidad de interponer previamente recurso de apelación. Entiende que desde el 15 de enero de 2004 está en vigor el artículo 73.3.c) de la LOPJ, modificada por las Ley Orgánica 19/2003, que permitía la interposición de recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales. Afirma que el recurso de casación no cumple

con las exigencias derivadas de la ley española y del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce el derecho a la segunda instancia.

1. A pesar del planteamiento literal del recurrente, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se refiere textualmente a una segunda instancia, sino exactamente al derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley, precisión esta última que permite una cierta flexibilidad en la aplicación de la citada previsión en los distintos sistemas jurídicos, tal como ha sido reconocido por el TEDH en la resolución de 30 de mayo de 2000, al señalar que los Estados parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir su extensión. De otro lado, la práctica de toda la prueba ante otro Tribunal, no supone en realidad una revisión de lo actuado sometiendo el fallo y la pena a un Tribunal superior, sino más bien la celebración de un nuevo juicio.

2. La cuestión planteada ha sido ya resuelta por esta Sala que en el Pleno no jurisdiccional celebrado el 13 de setiembre de 2000 entendió que en la evolución actual de la jurisprudencia en España el recurso de casación previsto en las leyes vigentes en nuestro país, similar al existente en otros Estados miembros de la Unión Europea, ya constituye un recurso efectivo en el sentido del artículo 14.5 del Pacto. Tesis que se ha visto reflejada en varias resoluciones de la Sala, y que ha sido finalmente aceptada en varias Decisiones del Comité, entre ellas las de fecha 25 de julio de 2005, respecto de las Comunicaciones núm. 1389 y 1399 de 2005, en las que afirmó que la denuncia de vulneración del artículo 14.5 del Pacto no estaban debidamente fundamentadas a efectos de su admisibilidad, argumentando previamente, en el primer caso que el Tribunal Supremo "sí examinó en detalle la argumentación de autor y concluyó que en realidad era culpable de estafa porque hubo conducta dolosa y ánimo de lucro personal, lo que condujo a engaño a una tercera persona y la llevó a tomar disposiciones contrarias a su propio interés", y en el segundo caso, que "el Tribunal Supremo consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin de determinar la existencia de pruebas suficientes para el enjuiciamiento de determinados tipos de delitos, como la agresión sexual". Además, en sentido similar, las Decisiones de 28 de octubre de 2005, Comunicación núm. 1059/2002 y la Decisión de 18 de abril de 2006, Comunicación 1156/2003.

3. En este sentido, recuerda la STS núm. 1305/2002, de 13 de julio, reiterando lo ya dicho en el Auto de 14 de diciembre de 2001, que "el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde la STC 60/1985 que el recurso de casación cumple con la exigencia del art. 14.5 Pacto y desde la STC 42/1982 ha establecido que esta norma del Pacto no da derecho a recursos que no se encuentren reconocidos en nuestra legislación (ver también STC 37/1988). Esta jurisprudencia constitucional ha indicado, asimismo, que, de todos modos, el derecho a un recurso de casación se debe entender de la manera más favorable al acusado. Consecuencia de esta exigencia de admitir la interpretación más favorable al justiciable ha sido la transformación de nuestra jurisprudencia a partir de esas decisiones, ampliando extraordinariamente, respecto de las limitaciones tradicionales de la casación que reconocía el Tribunal Supremo antes de la entrada en vigor de la Constitución, el concepto de las cuestiones de derecho que pueden ser objeto del recurso de casación. Correlativamente, nuestra jurisprudencia ha reducido las cuestiones de hecho que quedan fuera del recurso de casación, exclusivamente a aquellas que necesitarían de una repetición de la prueba para permitir una nueva ponderación de la misma. De esta manera, el juicio sobre la prueba puede ser corregido en casación cuando el tribunal de los hechos se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos. Todo ello sin perjuicio de que la aparición de nuevas pruebas, que el acusado no pudo ofrecer en el proceso, pueden, en su caso, dar lugar a un recurso de revisión (art. 954 LECrim), que indudablemente completa el conjunto de garantías del debido proceso".

De otro lado, la previsión del artículo 73 de la LOPJ queda subordinada de forma implícita al desarrollo procesal, pues la normativa deberá ajustarse a esta previsión general de la ley, aunque bien es cierto que tal desarrollo debería haberse iniciado en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003, según dispone su Disposición Final Segunda.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

Recurso de Humberto

UNDÉCIMO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud a pena de nueve años de prisión y multa de 38.606 euros. En el garaje que ocupaba fueron hallados dos bolsos conteniendo sulfato de anfetamina con un peso de 2.087,02 gramos y un porcentaje de sustancia pura del 21,70%, así como una plancha empaquetadora de droga y otros objetos. En el primer motivo

del recurso, al amparo del artículo 849.2 de la LECrim, denuncia violación de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión, y señala como documentos los informes médicos de los Servicios del Centro Penitenciario de Zaragoza que reflejan la patología toxicológica que padece. La sentencia, añade, niega que se haya producido alteración de la capacidad culpabilística, a pesar de que de los informes se desprende que ha presentado varios cuadros de sobredosis a peligrosísimas drogas (sic). En el motivo segundo, por la misma vía, reproduce su impugnación, insistiendo en la pertinencia de apreciar al menos la atenuante, como muy cualificada, pues el garaje donde fue ocupada la droga era el lugar donde residía y no aparecen vehículos a su nombre.

1. La adicción al consumo de drogas puede dar lugar a situaciones en las que la capacidad de culpabilidad del sujeto se encuentre disminuida o incluso abolida. De un lado, a causa de los efectos que el consumo inmediatamente anterior o la ausencia de consumo a través del síndrome de abstinencia hayan podido causar en sus facultades. De otro, como consecuencia del deterioro que causa la adicción a drogas, especialmente cuando se trata de las que causan efectos gravemente dañinos a la salud mental, cuando es muy dilatada en el tiempo y de una intensidad profunda o cuando aun siendo de menor duración presenta una especialísima intensidad.

2. Ninguno de estos supuestos es apreciable en el hecho probado, ni resulta del documento designado por el recurrente. El hecho de haber sufrido con anterioridad varios episodios de sobredosis no acredita que la decisión de adquirir y poseer con finalidad de tráfico una importante cantidad de anfetamina haya sido adoptada bajo los efectos de uno de ellos, ni tampoco que exista una adicción de tal naturaleza que necesariamente haya causado un deterioro apreciable en las facultades del autor en el momento de realizar la mencionada conducta.

Finalmente, desde la perspectiva de la tutela judicial, este derecho fundamental obliga a permitir el acceso a la jurisdicción en los casos previstos en la ley y a proporcionar una respuesta razonada sobre las cuestiones planteadas al órgano jurisdiccional, pero no garantiza que la decisión satisfaga las pretensiones del titular, en muchas ocasiones contradictorias con las de las otras partes presentes en la causa.

En consecuencia, ambos motivos se desestiman.

DUODÉCIMO.- En el tercer motivo, invocando los mismos derechos fundamentales, tutela judicial sin indefensión, se apoya en el artículo 849.1 de la LECrim por vulneración

del principio general de inocuidad en la aplicación del Derecho Penal. Señala que el Auto del Juzgado de instrucción de 4 de noviembre de 2005, que autoriza el registro del núm. 007, de la avenida 000, de San Ginés (Murcia), se dictó sobre la base de una petición policial que hacía referencia a varios delitos, pero en relación concreta al recurrente, solamente al delito de secuestro. Es el Juzgado el que amplía el registro, por su propia decisión, a un delito contra la salud pública. El hallazgo de la droga, dice, fue casual. Sostiene que, según el principio general de inocuidad, cuando se traspasan los límites de lo estrictamente necesario se cae en los límites de la injusticia.

1. Plantea el recurrente, en realidad, la cuestión relativa a la validez del hallazgo casual de un efecto o instrumento del delito, o de elementos probatorios, relativos a un delito distinto del que legítimamente se está investigando.

2. Tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional se han ocupado de esta cuestión, que han resuelto reconociendo validez al hallazgo en función de la nota de flagrancia y de la obligación de los agentes de la autoridad de poner en conocimiento del Juez los delitos cuya existencia conocieren, siempre que se hayan respetado las exigencias constitucionales y legales para la entrada y registro domiciliario, y entre ellas, especialmente la relativa a la necesidad de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el fin legítimo perseguido. En este sentido, la STC núm. 41/1998, de 24 de febrero, afirmaba que "... el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención...". Y la STS núm. 981/2003, de 3 de julio, recoge otras anteriores en las que se declara la validez del mencionado hallazgo casual en las condiciones antes expuestas.

En el caso, el hallazgo tiene lugar en el curso de una diligencia legítima de entrada y registro, ordenada por el Juez de instrucción, y, aunque se entendiera que no se extendía a delitos de tráfico de drogas en el concreto domicilio del recurrente, el hallazgo se refiere a un delito grave, por lo que se respetan las exigencias de proporcionalidad. Nada se opone, pues, a reconocer validez a la incautación de la droga.

El motivo, por lo tanto, se desestima.

DÉCIMO TERCERO.- En el cuarto motivo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia la infracción de los artículos 550 y 558

de la misma Ley procesal y del artículo 215 de la LEC. Viene a sostener que el mandamiento judicial de entrada y registro se refería al núm. 007, pero que al proceder al registro y darse cuenta de que el titular no es el que se decía en la resolución judicial, se amplía para el núm. 008 por diligencia, tras conversación telefónica de la Secretaría Judicial con la titular del Juzgado.

1. El artículo 849.1 de la LECrim, se refiere a la infracción de precepto

■

*"...en orden a la presunción de inocencia, la existencia y contenido del referido parte, suscita serias dudas acerca de que las lesiones que se describen en el hecho probado existieran en dicha fecha, cuando nada se dice en aquel acerca de su existencia. Dudas que no son resueltas adecuadamente en la sentencia, cuando debió examinar la discordancia entre dicho parte y las apreciaciones del médico que suscribe el parte posterior en el que constan las que se describen en el relato fáctico como causadas durante el tiempo de privación de libertad."*

■

penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal. Nada dice, pues, de normas procesales como las invocadas por el recurrente. No obstante, puede entenderse que su queja se orienta, más bien, a negar que la entrada y registro en su domicilio viniera amparada por el mandamiento de entrada y registro, emitido para un domicilio, el del núm. 007 de la calle, que, como tal vivienda correspondía a moradores distintos de los mencionados en el mandamiento ju-

dicial, de manera que lo que viene a alegar es la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

2. La sentencia se refiere a la cuestión de forma expresa. El mandamiento se emite para la entrada y registro del núm. 007 de la calle, a efectuar en la vivienda utilizada por el recurrente. En realidad, éste ocupaba y utilizaba como vivienda un garaje correspondiente a la vivienda del núm. 007 de la calle, en la cual moraban otras personas, y que, como tal garaje no tenía otro número de orden, aunque en algún momento pudo suponerse que le correspondía el núm. 008. En el acta de la diligencia se hace constar expresamente que no consta ningún otro número de policía más que el núm. 007. Aun cuando, en principio, un garaje no está diseñado para constituir el domicilio de una persona, en el caso, el recurrente lo utilizaba como tal, por lo que es acreedor de la protección que al domicilio reconoce la Constitución. Sin embargo, no cabe ninguna duda de que ese era el lugar al que se refería el mandamiento judicial, es decir, el núm. 007 en el que vive el recurrente, y ese fue el que se registró con el resultado positivo que consta en la causa y en la sentencia. Por lo tanto, nada se opone a la validez del registro y a la utilización de su resultado como prueba de cargo.

Podría plantearse, al hilo de las argumentaciones del recurrente, la validez del registro efectuado en el domicilio del núm. 007 ocupado por personas distintas, a cuya identidad no se refería el auto del Juez, pero es una cuestión que resulta irrelevante, pues nada decisivo para la causa aportó su realización.

En consecuencia, el motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- En el quinto motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración de sus derechos a la tutela judicial, efectiva y a la presunción de inocencia, y, citando también el artículo 849.2 de la LECrim, designa como particulares las actas del plenario. Sostiene que se declara probado que la droga fue encontrada en el núm. 007, aunque según el acta de registro el domicilio del recurrente es el núm. 008. Nadie aclaró en el juicio si la droga apareció en uno u otro lugar.

1. Las actas del plenario no constituyen documento a los efectos de demostrar lo que en ellas se afirma, sino, en todo caso, solamente en cuanto a las actuaciones que tuvieron lugar en el juicio oral. Por lo tanto, no puede ampararse un motivo por error en la apreciación de la prueba en el contenido de las manifestaciones recogidas en dichas actas.

2. En cuanto al lugar donde aparece la droga cuya posesión se atribuye al recurrente, del acta de entrada y registro resulta con claridad que se

trata del garaje que aquel utiliza como vivienda, con independencia del número de orden que se le pueda asignar. De ello se desprende, sin duda alguna, su vinculación con la droga.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Fermín, Obdulio, Aníbal y Rómulo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Segunda), con fecha 20 de noviembre de 2008, en causa seguida contra los mismos y otros tres más, por delitos de secuestro, lesiones y contra la salud pública. Con declaración de oficio de las costas correspondientes a estos recursos.

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Leoncio y Humberto, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Segunda), con fecha 20 de noviembre de 2008, en causa seguida contra los mismos y otros cuatro más, por delitos de secuestro, lesiones y contra la salud pública.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

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. Carlos Granados Pérez.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Jorge Barreiro.- Siro Francisco García Pérez.

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de septiembre de dos mil nueve

El Juzgado de Instrucción número 5 de los de Murcia, instruyó Sumario con el número 6/2006, por delito de secuestro, lesiones y contra la salud pública, contra Fermín, con DNI núm. 009, nacido el 11/8/1983, hijo de Andrés y de Zourha, natural de Casablanca y vecino de Murcia, con domicilio en Aljucer, calle000 núm. 000, núm. 001; Obdulio, con DNI núm. 010, nacido el 6/4/1964, hijo de Antonio y Remedios, natural de Fortuna Murcia y vecino de Fortuna (Murcia), con domicilio en direccion000 núm. 011; Humberto, con DNI núm. 012, nacido el 3/9/1970, hijo de Sacramento y Carmen, natural de Petrel (Alicante) y vecino de

Murcia, con domicilio en avenida001 núm. 013 bloque núm. 014, núm. 013 D; Leoncio, nacido el 18/12/1983, hijo de Janine, natural de Casablanca (Marruecos), de nacionalidad francesa, con documento núm. 015 (así consta en sus antecedentes penales) y vecino de El Palmar (Murcia), con domicilio en calle000 núm. 000, núm. 001; Rómulo, con NIE núm. 016, nacido el 15/3/1973, hijo de Abdesel y de Habiba, natural de Marruecos y vecino de Aljucer (Murcia), con domicilio en calle000 núm. 000, núm. 001; Aníbal, con NIE núm. 017, nacido el 7/3/1968, hijo de Mohamed y de Kaltun, natural de Marruecos y vecino de Murcia, con domicilio en calle002 núm. 006, letra núm. 018, y Dámaso, con DNI núm. 019, nacido el 11/12/1979, hijo de José Antonio y de María, natural de Murcia y vecino de Murcia, con domicilio en avenida000 núm. 007. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por los acusados, y que ha sido casada y anulada parcialmente, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

### ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia. Se suprime el párrafo undécimo de los hechos probados ("Como consecuencia.....") y se sustituye por el siguiente: "Como consecuencia de tales hechos Ángel Daniel sufrió lesiones consistentes en erosiones en cuello, antepierna y antebrazo, para cuya curación no consta que precisara tratamiento médico o quirúrgico."

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede absolver a los acusados Fermín, Obdulio, Aníbal y Rómulo del delito de lesiones del que venían acusados, condenándolos como autores de una falta de lesiones del artículo 617 del Código Penal.

### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Debemos absolver y absolvemos a los acusados Fermín, Obdulio, Aníbal y Rómulo del delito de lesiones del que venían acusados, y debemos condenar y condenamos a los citados como autores de una falta de lesiones del artículo 617 del Código Penal a la pena de multa de un mes con cuota diaria de 6 euros y a indemnizar al lesionado en la cantidad de 25,46 euros diarios por día de curación, lo que deberá ser precisado en ejecución de sentencia.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Jorge Barreiro.- Siro Francisco García Pérez.

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



2009/245656

TS Sala 1ª, Sentencia 16 octubre 2009. Ponente: D. Francisco Marín Castán

## Con motivo del fallecimiento de trabajador de la construcción Calculo del incremento por recargo anual de aseguradora en la indemnización

*El TS estima parcialmente los recursos de casación en relación a la reclamación de la indemnización de los daños y perjuicios causados a las demandantes por la muerte de un trabajador que se electrocutó mientras desempeñaba sus tareas laborales en la construcción de una vivienda. Anula en parte la sentencia impugnada en el sentido de que sólo se aplique el incremento por recargo anual a cargo de la aseguradora del arquitecto desde la fecha de la sentencia de primera instancia y no desde la fecha correspondiente a la demanda, y en el de fijar la fecha de la propia sentencia impugnada el inicio tanto de ese mismo incremento a cargo de la aseguradora del aparejador como del devengo de intereses moratorios a cargo del arquitecto, confirmando la sentencia impugnada en todos sus demás pronunciamientos.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante de los dos recursos de casación a examinar ahora por esta Sala versa sobre la indemnización de los daños y perjuicios causados a las demandantes por la muerte de un trabajador, hijo de una de ellas y hermano de la otra, que se electrocutó mientras desempeñaba sus tareas laborales en la construcción de una vivienda, siendo la causa una derivación de corriente en el cable alargador de una máquina radial portátil conectada mediante una manguera a una toma, en el suelo de la obra, conectada a su vez a la toma de corriente de una vivienda próxima mediante una alargadera que atravesaba la calle.

La demanda se dirigió contra la empresa empleadora, su administrador único, el arquitecto autor del proyecto y director de obra, el aparejador o arquitecto técnico, las respectivas compañías aseguradoras de la responsabilidad civil de estos dos últimos y el dueño de la casa en construcción.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda respecto de la empresa, su administrador único, el aparejador y su aseguradora, conde-

nándoles solidariamente a pagar las cantidades de 44.361'76 euros a la madre del trabajador fallecido y 8.465'77 euros a su hermana, más el recargo del 20 por ciento anual respecto de dicha aseguradora desde la interposición de la demanda y el interés legal desde esta máxima fecha respecto de los demás condenados. Se absolvía de la demandada, por tanto, al dueño de la casa en construcción, al arquitecto y a su aseguradora, razonando, en cuanto a este último, que no era competencia suya supervisar ni comprobar el cumplimiento de la normativa en materia de seguridad e higiene en el trabajo y que no cabía considerar probado que tuviera conocimiento de la peculiar instalación eléctrica utilizada en la obra, ya que era fácilmente desmontable y de hecho se desmontaba al finalizar cada jornada de trabajo. Sobre el recargo del 20 por 100 anual se razonaba que, siendo aplicable el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro en su redacción original por haber ocurrido los hechos el 21 de diciembre de 1993, no debía sin embargo tomarse esta fecha como inicio del devengo de intereses porque las actuaciones penales que habían precedido a este litigio se sobrepusieron libremente para el arquitecto y el aparejador en febrero

de 1999, continuando contra otros imputados respecto de los cuales la acusación particular se reservó la acción civil el 21 de noviembre de 2001 para ejercitarla tras finalizar el proceso penal, a lo que se unía que la suma indemnizatoria solicitada en este litigio civil era superior a la pretendida en el proceso penal hasta la mencionada reserva.

Interpuesto recurso de apelación por la parte actora y formulada impugnación subsiguiente por el aparejador y su aseguradora codemandados, el tribunal de segunda instancia, estimando aquél y desestimando ésta, elevó las sumas indemnizatorias a 120.202'4 euros para la madre del trabajador fallecido y 30.050'6 euros para su hermana, condenó también solidariamente a su pago al arquitecto superior y su aseguradora y adelantó el devengo de los intereses del 20 por 100 anual a la fecha del siniestro, aclarando mediante auto posterior que las aseguradoras codemandadas sólo responderían del principal hasta el límite establecido en las pólizas respectivas. Los fundamentos de este fallo, en lo que aquí interesa, son, en esencia, los siguientes:

(a) conforme a la normativa aplicable era obligatorio haber instalado en la obra, para el funcionamiento de las herramientas eléctricas, un cuadro eléctrico, diferencial y toma de tierra, es decir, haber efectuado una instalación temporal de obra, en lugar de haberse conectado a una casa al otro lado de la calle;

(b) "teniendo en cuenta que el Sr. Arquitecto, además de redactar el Proyecto de obra, estaba contratado expresamente como director de obra y cobraba por las visitas realizadas, es evidente que si se estaban utilizando herramientas eléctricas, cuyo uso no figuraba en el Proyecto, debería haber consignado en el correspondiente Libro de Órdenes y Asistencias tal hecho, así como haber instalado a la preceptiva instalación temporal";

(c) si el arquitecto, según lo declarado por él mismo, acudía a la obra cada diez días, "es difícil pensar que en dichas visitas giradas no se diera cuenta de la presencia de la hormigonera y del maquinillo eléctricos, herramientas visibles y que no se recogían de un día para otro, quedando acreditada la utilización de electricidad", de modo que el tribunal no comparte la apreciación del juzgador del primer grado sobre el desconocimiento por el arquitecto del uso de maquinaria eléctrica;

(d) el incremento del 20 por 100 a cargo de las dos aseguradoras codemandadas debía aplicarse "desde la fecha del accidente", y no desde la de la interposición de la demanda, porque "tanto el Arquitecto como el Arquitecto Técnico se encuentran imputados en unos autos penales durante más de seis años, sin que las

entidades aseguradoras, durante ese tiempo, consignaran cantidad alguna en el procedimiento, ni se hiciera ofrecimiento de pago a los perjudicados".

Contra la sentencia de apelación han recurrido en casación, de un lado, el arquitecto superior y su aseguradora, y, de otro, la aseguradora del aparejador. El recurso de aquéllos se articula en tres motivos: el primero por "error patente" en la condena del arquitecto, presentando interés casacional por contradecir la jurisprudencia de esta Sala, y por aplicación indebida e infracción del art. 1902 CC; el segundo por aplicación indebida del art. 20 de la ley de Contrato de Seguro en su redacción vigente a la fecha del siniestro, 21 de diciembre de 1993, y falta de aplicación del párrafo octavo de ese mismo artículo en su redacción posterior y de la doctrina de esta Sala al respecto; y el tercero por infracción del art. 1108 en relación con el 1100, ambos del CC, y vulneración de la misma doctrina referida en el motivo anterior. Y el recurso de la aseguradora del aparejador se articula en dos motivos: el primero por aplicación indebida del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro en su redacción vigente a la fecha del siniestro y falta de aplicación del párrafo octavo de dicho artículo en su redacción posterior a la Ley 30/1995 y de la doctrina jurisprudencial al respecto; y el segundo por infracción de ese mismo art. 20 en concordancia con el art. 1108 CC y de la doctrina de esta Sala sobre los mismos.

SEGUNDO.- Antes de analizar los motivos de ambos recursos conviene puntualizar que en el presente caso, indemnización de daños y perjuicios por la muerte de un trabajador mientras desempeñaba sus tareas laborales para la empresa empleadora, ninguna de las partes ha cuestionado la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer del asunto ni tampoco cabe que esta Sala se la cuestión de oficio, pues la demanda se dirigió no sólo contra dicha empresa y su administrador sino también contra el dueño de la casa en construcción y contra los técnicos de la obra, no vinculados contractualmente con el trabajador fallecido, por lo que ha de estarse a la doctrina sentada por la sentencia del Pleno de los magistrados de esta Sala de 15 de enero de 2008 (rec. 2374/00) y seguida por la de 19 de mayo de 2008 (rec. 872/01) y otras posteriores.

TERCERO.- La parte recurrida en casación, es decir la demandante en el litigio, denuncia la inadmisibilidad de ambos recursos en su totalidad y, además, la del motivo primero del recurso del arquitecto superior y su aseguradora y la de los dos motivos del recurso de la aseguradora del aparejador. En su opinión, los recursos se prepararon e interpusieron al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC de 2000, esto es por interés casacional, y siendo así que del asunto

se había conocido en juicio ordinario por razón de la cuantía, por más que ésta fuera superior a 150.000 euros ya que las indemnizaciones reclamadas en la demanda sumaban 150.254 euros, el error de las dos partes demandadas-recurrentes en la vía casacional escogida por ellas determinaría la inadmisión de sus respectivos recursos conforme al reiteradísimo criterio de esta Sala de que los ordinales 2º y 3º de dicho art. 477.2 se excluyen entre sí de un modo tal que el ordinal 3º sólo es adecuado para los procesos sustanciados por razón de la materia en tanto el 2º lo es para los sustanciados por razón de la cuantía. Además, en los motivos particularmente señalados tampoco se habría cumplido el requisito, constantemente exigido por esta Sala para el recurso de casación por interés casacional, de exponer detalladamente, al preparar el recurso, la doctrina de la sentencia recurrida que se opondría a la doctrina de esta Sala, tampoco debidamente indentificada al haberse limitado la partes recurrentes a citar varias sentencias por su fecha.

Este planteamiento debe ser rechazado, con la consiguiente desestimación de las causas de inadmisibilidad alegadas, porque si bien la parte recurrida tiene razón al exponer los criterios de esta Sala sobre la vía casacional adecuada en cada caso, sobre el carácter excluyente de los ordinales 2º y 3º del art. 477.2 LEC y sobre los requisitos exigibles para preparar un recurso de casación por interés casacional, lo cierto es que, como en muchas ocasiones ha resuelto esta Sala, no hay inconveniente alguno en admitir un recurso de casación adecuado al ordinal 2º de dicho art. 477.2 aunque la parte recurrente invoque interés casacional, siempre que, como en los dos recursos examinados y en sus respectivos motivos cuestionados por la parte recurrida, se cumpla el requisito de citar la norma o normas infringidas, ya que en tal caso la jurisprudencia de esta Sala citada por el recurrente deberá entenderse como complementaria de dichas normas.

En suma, el mero error en la cita del ordinal adecuado del art. 477.2 LEC de 2000 no constituye causa de inadmisión siempre que el recurso cumpla los requisitos exigibles en el cauce casacional legalmente procedente.

CUARTO.- Entrando por tanto a conocer de los recursos, debe comenzarse por el primer motivo del recurso interpuesto por el arquitecto superior y su aseguradora, ya que pretende la total exoneración de responsabilidad de dicho profesional. Debiendo entenderse fundado, por las razones expresadas en el fundamento jurídico precedente, en infracción del art. 1902 CC y de la jurisprudencia de esta Sala sobre los deberes del arquitecto en relación con las medidas de seguridad de los trabajadores de una obra, su desarro-

llo argumental cita el art. 1º A), apdos. 1, 2, 3 y 4, del Decreto 265/1971, de 19 de febrero, y la Ley de 12 de abril de 1986 sobre atribuciones profesionales de Ingenieros y Arquitectos Técnicos, luego clarificada por la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999, para negar que los arquitectos superiores tengan los mismos cometidos que los aparejadores o arquitectos técnicos. A continuación considera que la sentencia recurrida condena al arquitecto recurrente sin cita alguna de los preceptos que regulan sus deberes profesionales ni examen de la relación de causalidad entre su conducta y el hecho dañoso, de suerte que se habría limitado a una mera "declaración voluntarista" de la responsabilidad del arquitecto sustituyendo la valoración probatoria del juzgador del primer grado por la del propio tribunal de apelación desconociendo el principio de inmediación. Luego razona sobre la infracción del art. 1902 CC, que a su vez habría comportado una arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 de la Constitución, e incluso contraria al Estado de Derecho que ésta proclama en su art. 1.1, y, finalmente, cita en su apoyo la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 2005, 16 de junio y 27 de mayo de 2003 y 1 de febrero de 2001 que eximen a los arquitectos superiores de la falta o inadecuado cumplimiento de las medidas de seguridad y protección en el trabajo.

Así planteado, el motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1ª) La sentencia recurrida no atribuye al arquitecto superior las funciones del aparejador o arquitecto técnico sino que, partiendo de una valoración probatoria diferente de la plasmada en la sentencia de primera instancia, considera que en el caso enjuiciado, en el que el arquitecto superior demandado era director de obra y la visitaba periódicamente, necesariamente tuvo que advertir el uso de herramientas o maquinaria eléctrica no previsto en su proyecto y, entonces, ordenar las medidas oportunas que habrían podido evitar el peligro y la muerte del trabajador.

2ª) No es en absoluto cierto, por tanto, que el tribunal sentenciador se limite a una pura declaración voluntarista ni que prescinda de la relación de causalidad entre la conducta del arquitecto recurrente y el hecho dañoso.

3ª) La valoración de la prueba por el tribunal de apelación de un modo diferente a como la valoró el juzgador del primer grado no infringe el principio de inmediación. Muy al contrario, la jurisprudencia de esta Sala y la doctrina del Tribunal Constitucional vienen declarando constantemente que la apelación constituye un nuevo juicio en el que el tribunal goza de plena jurisdicción para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del de-

bate, con los únicos límites representados por la prohibición de la reforma peyorativa en contra del apelante y la sujeción a los términos de la impugnación o respeto al principio *tantum devolutum "quantum" appellatum*, ya que la apelación, a diferencia de la casación, sí es una instancia (SSTS 28-10-08, 21-3-02, 15-3-02, 11-3-00, 6-11-99 y 28-5-98 y SSTC 272/94, 37/95, 125/97, 101/98, 206/99 y 21/03 entre otras muchas).

4ª) En consecuencia no hay el menor asomo de arbitrariedad en la sentencia recurrida, y el reproche de la parte recurrente de que vulneraría el Estado de Derecho proclamado por nuestra Constitución sólo puede tomarse como una exageración propiciada por un cierto ardor en la redacción del recurso.

5ª) Por la que se refiere a la jurisprudencia de esta Sala, es cierto que la representada por las sentencias citadas en el motivo exime en general al arquitecto superior de velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo o de las normas sobre prevención de riesgos laborales. Pero no lo es menos que excluir de sus deberes profesionales esa vigilancia no equivale a exonerarle de responsabilidad cuando, como en el caso enjuiciado, el arquitecto, además de autor del proyecto, sea director de la obra y el incumplimiento en ésta de las más elementales medidas de seguridad resulte tan patente que necesariamente hubiera tenido que advertirlo en sus visitas periódicas a la obra y, en consecuencia, dar las órdenes oportunas para evitarlo en lo sucesivo. Esto, y no otra cosa, es lo que la sentencia recurrida imputa al arquitecto recurrente: una omisión negligente causalmente enlazada con el resultado dañoso, pues de haberse conducido con la diligencia que le era exigible habría dado las órdenes oportunas para que, comprobada la existencia en la obra de herramientas o maquinaria eléctrica no previstas en su proyecto, o bien dejaran de utilizarse o bien su uso por los trabajadores no comportara el peligro evidente generado por una indebida toma de corriente de una casa próxima mediante un cable que atravesaba la calle.

6ª) Se está, por tanto, ante un caso equiparable al examinado por la sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 2008 (rec. 1394/01) que, sin desconocer en absoluto la jurisprudencia que exime al arquitecto autor del proyecto de velar por el cumplimiento de las concretas medidas de seguridad, declara no obstante que "corresponde a los arquitectos, entre otras funciones, la superior dirección de la obra, de tal suerte que incurrir en responsabilidad cuando se aprecia en su conducta una negligencia en el deber de vigilancia inherente a las funciones de dirección sin la cual no podría explicarse el incumplimiento grave o generalizado de las medidas de seguridad"

QUINTO.- Procede analizar ahora el segundo motivo del recurso del arquitecto superior y su aseguradora y el primer motivo del recurso de la aseguradora del arquitecto técnico o aparejador, dado su idéntico fundamento y similar desarrollo argumental.

Denunciando aplicación indebida del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro en su redacción original y falta de aplicación del párrafo octavo del mismo artículo en su redacción según la Ley 30/1995 y de la doctrina de esta Sala al respecto, la esencia del alegato de ambos motivos consiste en que las aseguradoras recurrentes tenían una causa justificada para no haber indemnizado en principio a los perjudicados, ya que, contra lo afirmado en la sentencia recurrida, el arquitecto superior y el arquitecto técnico demandados no estuvieron imputados en la causa penal precedente durante más de seis años sino que, lejos de ello, su citación como imputados no se produjo hasta mucho después de los hechos, pues éstos tuvieron lugar el 21 de diciembre de 1993, el arquitecto superior fue citado el 7 de septiembre de 1995 y el aparejador el 6 de agosto de 1996; además, el 12 de diciembre de 1997 se acordó el sobreseimiento provisional respecto de ambos técnicos, que tras ser anulado por la Audiencia Provincial pasó a ser sobreseimiento libre en 3 de febrero de 1999, confirmado por la Audiencia Provincial en 22 de febrero de 2000; y en fin, la demanda civil contra ambas aseguradoras no se interpuso hasta el 15 de enero de 2003.

La respuesta casacional a los motivos así planteados pasa, en primer lugar, por dejar sentada la inaplicabilidad al caso de la regla 8ª, que no párrafo octavo, del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro en su redacción según la D. Ad. 6ª.2 de la Ley 30/1995, pues los hechos sucedieron en 1993 (SSTS 17-10-07, 13-12-05 y 14-11-02 entre otras); en segundo lugar, por señalar que si bien el escrito de demanda aparece fechado en 15 de enero de 2003, sin embargo no se presentó hasta el 3 de febrero siguiente; y en tercer lugar, que de las actuaciones resultan efectivamente acreditados los datos alegados por las recurrentes sobre el curso e incidencias de la causa penal que precedió al presente litigio.

Pues bien, debiendo tenerse los motivos por fundados en infracción del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro en su redacción original y de la jurisprudencia sobre el mismo, ya que casi todas las sentencias citadas por las recurrentes versan sobre dicho precepto antes de su reforma, los dos deben ser estimados, pues si bien cabe advertir un creciente rigor de la doctrina de esta Sala para con las compañías de seguros al interpretar el artículo de que se trata (p. ej. SSTS 24-7-08 y 14-11-02), no es menos cierto que en un importante número de casos la pendencia de un

proceso penal se ha considerado por esta Sala como causa justificada para que la aseguradora no indemnice a su asegurado o al perjudicado (así, SSTS 28-11-03 en rec. 215/98, 31-3-04 en rec. 774/98 o 20-5-04 en rec. 1479/98), del mismo modo que también la pendencia de un arbitraje o un proceso civil para dilucidar la cobertura del siniestro (p. ej. SSTS 28-1-05 en rec. 3521/98 y 29-11-05 en rec. 671/99).

En el caso examinado, por ende, resulta que en la causa penal precedente la citación como imputados del arquitecto superior y del arquitecto técnico, ya de por sí tardía en relación con la fecha del siniestro, fue seguida de un sobreseimiento provisional respecto de ambos luego elevado a libre, equivalente por tanto a una sentencia penal absolutoria, de suerte que no fue hasta más de nueve años después del siniestro cuando se formuló una reclamación contra las aseguradoras posterior a la total exculpación penal de sus respectivos asegurados.

Así las cosas, lo procedente es, siguiendo la línea marcada por algunas de las sentencias citadas, y también por las de 4-10-06 (rec. 5061/99), 15-3-06 (rec. 4972/99), 15-7-05 (rec. 612/99), 10-12-04 (rec. 3233/98) y 10-12-04 (rec. 3500/98), que el incremento del 20 por 100 anual sólo se aplique a cargo de la aseguradora del arquitecto superior desde la fecha de la propia sentencia recurrida, pues hasta entonces no se declaró judicialmente la responsabilidad de su asegurado, y a cargo de la aseguradora del aparejador desde la sentencia de primera instancia, que ya declaró la responsabilidad de su asegurado con fundamentos difícilmente rebatibles por más que el importe de la indemnización fuera inferior al que luego fijó la sentencia de apelación.

SEXTO.- El segundo y último motivo del recurso de la aseguradora del aparejador, fundado en infracción del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro en concordancia con el art. 1108 CC, así como de la jurisprudencia sobre los mismos, ha de ser desestimado por su falta de consistencia, ya que su desarrollo argumental parece impugnar una doble condena de intereses, los moratorios del art. 1108 y los especiales del art. 20, señalando que la aseguradora recurrente también responde de los moratorios impuestos a su asegurado, cuando en realidad no hay en la sentencia recurrida el menor indicio de la acumulación denunciada sino que se condena solidariamente al pago de dos sumas indemnizatorias que dejarán de devengar intereses en cuanto sean satisfechas, pudiendo darse el caso de que la aseguradora recurrente indemnice a las perjudicadas hasta el límite de cobertura pactado en la póliza y quede pendiente de pago una cantidad restante que devengue intereses moratorios a cargo de su asegurado.

SÉPTIMO.- Finalmente, el tercer y último motivo del recurso del arquitecto y su aseguradora, único pendiente aún de examinar y fundado en infracción del art. 1108 en relación con el 1100, ambos del CC, así como de la jurisprudencia invocada en el motivo segundo relativa al art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, debe ser estimado por razones que guardan una estrecha relación con aquellas por las que se ha estimado dicho motivo segundo, ya que si bien es cierto que esta Sala dio por definitivamente abandonada la prevalencia de la regla *in illiquidis non fit mora* en su sentencia de 13 de octubre de 1997 (rec. 2854/93), no lo es menos que en casos muy particulares como el aquí examinado, de fundada incertidumbre sobre si se debe y cuánto se debe hasta el momento mismo de la sentencia de apelación, sigue aplicándose la citada regla para aplazar hasta tal momento la fecha inicial de devengo de los intereses moratorios (SSTS 27-3-08 en rec. 420/01, 11-12-07 en rec. 3795/00, 31-3-05 en rec. 4045/98, 5-5-04 en rec. 927/98 y 10-12-03 en rec. 426/98 entre otras).

OCTAVO.- De todo lo razonado hasta ahora se desprende que, conforme al art. 487.2 LEC de 2000, procede casar en parte la sentencia impugnada para modificar la fecha inicial del devengo del incremento del 20 por 100 a cargo de las dos aseguradoras recurrentes y los intereses moratorios a cargo del arquitecto superior en el sentido ya reseñado en los fundamentos jurídicos quinto y séptimo, respetando el pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias al subsistir la estimación de la demanda sólo parcial, resultar parcialmente estimable la impugnación subsiguiente y haberse aquietado la parte actora con tal pronunciamiento.

NOVENO.- Conforme al art. 398.2 LEC de 2000 no procede condenar en las costas de los recursos a ninguno de los litigantes.

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

#### FALLO

1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos, de un lado, por los codemandados D. Simón y su aseguradora ASEMAS MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA, representados ante esta Sala por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, y, de otro, por la aseguradora asimismo demandada MUSAAT MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA, representada ante esta Sala por la Procuradora Dª María Luisa Puigcerver Portillo, contra la sentencia dictada con fecha 25 de febrero de 2005 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Toledo en las actuaciones de apelación núm. 134/04.

2º.- CASAR EN PARTE LA SENTENCIA RECURRIDA para, en su lugar, fijar en la fecha de la sentencia de primera instancia el comienzo del incremento del 20 por 100 anual a cargo de la aseguradora MUSAAT y fijar en la fecha de la propia sentencia recurrida el inicio tanto de ese mismo incremento a cargo de la aseguradora ASEMÁS como del devengo de intereses moratorios a cargo de D. Simón.

3º.- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus demás pronunciamientos.

4º.- Y no condenar a ninguno de los litigantes en las costas de los recursos de casación

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con

devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos.-Roman García Varela.-Francisco Marin Castan.-José Antonio Seijas Quintana.-Encarnación Roca Trias.-FIRMADO Y RUBRICADO. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, 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.

1. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria fue creada por el art. 103 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 (modificado por las disposiciones adicionales 17ª y 23 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; preceptos desarrollados por el Real Decreto 1848/1991, de 30 de diciembre, de modificación parcial de la estructura orgánica del Ministerio de Economía y Hacienda). Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en sentencia, entre otras, de 27 de diciembre de 2005 sobre la supuesta falta de cobertura constitucional de la Ley 31/1990, rechazando el reproche al haberse dictado con posterioridad la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuyas disposiciones adicionales 17 y 23 modifican el art. 103 de la Ley 31/90, dando soporte material a la Agencia Tributaria, aunque se remita a una norma presupuestaria.

A este Ente de Derecho Público, entre otras funciones, le corresponde desarrollar las actuaciones administrativas relativas a los procedimientos de gestión, inspección y recaudación, antes encomendada a la Secretaría General de Hacienda, a la Administración Territorial de la Hacienda Pública y a los Organismos Autónomos dependientes de aquella. La reciente Ley de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos (BOE 19 de julio 2006, núm. 171/2006) ha venido a reconocer la necesidad de incorporar a la Administración General del Estado una fórmula organizativa general - las Agencias Estatales-, dotada de un mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión, pero que, al mismo tiempo, refuerce los mecanismos de control de eficacia y promueva una cultura de responsabilización por resultados. A esa misma idea respondió la creación de la AEAT en 1990.

Desde esta perspectiva, la legitimación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en el procedimiento de gestión está legalmente amparada.

En relación con la financiación de la Agencia, la propia Ley expresa los medios de financiación: el de las transferencias presupuestarias y "un porcentaje de la recaudación que resulte de los actos de liquidación realizados por la Agencia respecto de los tributos cuya gestión realice" (art. 103.5, de la citada Ley 31/1990). La afectación de una parte de la recaudación obtenida a la financiación de la Agencia se justifica por el nuevo esquema organizativo que se crea y el modelo de gestión que se le asigna. Deducir de ello una falta de imparcialidad en la fijación de objetivos es una afirmación ajena a la defensa objetiva de los intereses generales, por lo que no existe vul-

neración del art. 103 de la Constitución.

La percepción por los funcionarios de un complemento relacionado con el resultado del trabajo no puede hacer presumir que por ello tienen un interés personal en los asuntos en que intervienen. La existencia de un complemento de productividad que retribuye la eficacia en el trabajo era una posibilidad que se regulaba en la Ley 30/84, de 2 de agosto, sobre la reforma de la función pública, debiendo significarse que en este caso en ningún momento se objetó la concurrencia de causa de abstención en los Inspectores, por la existencia de intereses particulares.

De otra parte, la argumentación de la recurrente, si bien comparte la opinión de parte de la doctrina científica sobre la "privatización" de funciones esenciales del Estado, encarnada en las facultades atribuidas a la Agencia, con la posibilidad de ponerse en peligro el principio consagrado en el art. 103.1 de la Constitución según el cual "la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales", queda enervada por el derecho de todo contribuyente a impugnar los actos dictados por la Agencia Estatal, ya que su actuación "se regirá en el desarrollo de las funciones de gestión, inspección, recaudación y demás funciones públicas que se le atribuyen por lo dispuesto en la Ley General Tributaria, en la Ley de Procedimiento Administrativo y en las demás normas que resulten de aplicación al desempeño de tales funciones" (citado art. 103.2); y, entre tales Leyes, no se debe olvidar la Ley 1/1998 de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.

2. Pasando a las objeciones sobre la inconstitucionalidad formal del precepto controvertido, es menester comenzar trayendo a colación la doctrina que el Tribunal Constitucional ha venido elaborando acerca de los límites constitucionales de las Leyes de Presupuestos, sintetizada en las SSTC 174/1998, de 23 de julio, y 203/1998, de 15 de octubre. Concretamente, el Tribunal ha declarado que las Leyes de Presupuestos tienen una función específica y constitucionalmente definida en el art. 134.2 CE: son las Leyes que cada año aprueban los Presupuestos Generales del Estado incluyendo la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y la consignación del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado. No obstante, estas Leyes no contienen sólo previsiones contables (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, 76/1992, de 14 de mayo), sino que también constituyen un vehículo de dirección y orientación de la política económica (SSTC 27/1981, de 20 de julio, 65/1987, de 21 de mayo y 76/1992, de 14 de mayo) y por ello, como ha señalado la STC 76/1992, no sólo pueden -y deben- contener la previsión de ingresos y las autorizaciones de gastos, sino que también

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/259119

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 10 septiembre 2009. Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó

### Inadecuada deducción fiscal de los fondos de pensiones constituidos como fondos internos de la sociedad

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional por la que se confirmó la resolución del TEC, que consideró adecuada a derecho la regularización del impuesto sobre sociedades practicado a la actora, y por la que se incrementó la base del impuesto por haberse deducido indebidamente las primas correspondientes a un seguro de vida y de pensiones de sus empleados, las cantidades cargadas al plan de pensiones, así como sus intereses y por último, el gasto por amortización de la planta industrial.*

*Reconocida la constitucionalidad de la normativa que regula la creación y actuación de la AEAT, la Sala considera aplicable al supuesto examinado la Ley 8/1987 y no la Ley 61/1978, por lo que al no imputar la empresa individualizadamente a sus trabajadores las primas de seguro, no tenía derecho a la deducibilidad de tales aportaciones. Respecto de la dotación al fondo de pensiones, la Sala concluye que no se constituye en gasto deducible, al incumplir los requisitos de que la administración y las facultades de disposición de los fondos constituidos se encontraran apartados del ámbito de decisión de la empresa que los hubiere constituido, y, claramente ya, después de la Ley 8/1987, transferidos, incluso en su titularidad, a entidad diferente. Por último, señala el Tribunal que los gastos cargados por la entidad recurrente para acondicionamiento del terrenos donde se asienta la planta industrial deben incluirse en el valor de los terrenos, que no son amortizables, dado que sus efectos perduran e incrementan este valor, con independencia de que más tarde se construya o no.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo de casación articulado por la entidad recurrente es por vulneración, por parte de la sentencia recurrida, de lo dispuesto en los arts. 66, 103 y 134 de la Constitución y la correlativa doctrina

del Tribunal Constitucional. Se apoya en el art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción y se invoca la ausencia de legitimación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (A.E.A.T.), dada la inconstitucionalidad de sus competencias y de la propia existencia de dicho organismo.

pueden establecer disposiciones de carácter general en materias propias de la Ley ordinaria (con excepción de lo dispuesto en el apartado 7 del art. 134 CE) que guarden directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los Presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustenta.

Esta doctrina distingue en las Leyes de Presupuestos, por un lado, un contenido mínimo, necesario e indispensable constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos y, por otro, un contenido posible, no necesario o eventual. Con todo, conviene precisar que el hecho de admitir que las Leyes de Presupuestos puedan tener un contenido que afecte a materias distintas de las que integran ese núcleo esencial (esto es, que no constituyan una previsión de ingresos o una habilitación de gastos), no significa que, dentro de este contenido eventual o no necesario, pueda tener cabida indistinta la regulación de cualquier materia. Para que la regulación por Ley de Presupuestos de una materia que no forma parte de su contenido necesario o indispensable sea constitucionalmente legítima, es preciso que la materia guarde relación directa con los ingresos y gastos que integran el Presupuesto o que su inclusión esté justificada por tratarse de un complemento o anexo de los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento o, finalmente, que sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno.

La limitación del contenido constitucionalmente posible de las Leyes de Presupuestos, derivada del art. 134 CE, se encuentra justificada no solo por la función específica que le atribuye la Constitución, sino también porque se trata de una Ley que, por las peculiaridades y especificidades que presenta su tramitación parlamentaria, conlleva restricciones a las facultades de los órganos legislativos en relación con la tramitación de otros proyectos o proposiciones de Ley. Tal limitación es, además, una exigencia del principio de seguridad jurídica constitucionalmente garantizado, esto es, de la certeza del Derecho, que exige que una Ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de Presupuestos Generales del Estado, no contenga más disposiciones que las que guardan correspondencia con su función constitucional debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo indudablemente origina.

El art. 103 de la Ley 31/90 no es incardinal en el contenido mínimo, necesario e indispensable constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos. Por el contrario, sí parece tener cómodo encaje en ese contenido posible, no necesario o eventual, por

tratarse de una materia en la que concurren los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional:

a) Guarda relación directa con los ingresos y gastos que integran el Presupuesto, pues se trata lisa y llanamente de regular la organización administrativa responsable de gestionar la principal fuente de ingresos del Presupuesto, el sistema tributario.

b) Es un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno, puesto que el cometido de la Agencia Tributaria es obtener los recursos económicos necesarios para poder ejecutar el Presupuesto, estableciendo el art. 103 de la Ley 31/90 una pluralidad de normas encaminadas a lograr la máxima eficacia y eficiencia en ello, al tiempo que se busca, como manifestación particular de una política económica, una disminución del coste indirecto de los ciudadanos.

En cualquier caso, es de recordar que una parte importante del art. 103 de la Ley 31/90 fue redactada de nuevo por la Ley 18/91, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la cual no adolece de la limitación material que la Constitución impone a la Ley de Presupuestos.

Por otra parte, habiendo entrado en vigor la Disposición Adicional 17ª de la Ley 18/91 el día 8 de junio de 1991 (cfr. Disposición Final segunda. Tres), antes de la constitución efectiva de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, -que tuvo lugar el 1 de enero de 1992 conforme a la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 25 de septiembre de 1991-, la eventual inconstitucionalidad originaria no llegó a contaminar su actuación.

SEGUNDO.- 1. El segundo motivo de casación se articula por la vía del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción y en él se denuncia la vulneración por la sentencia recurrida del art. 9.3 de la Constitución, Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y art. 109 de la Ley General Tributaria.

Argumenta la recurrente que el hecho de que determinados procedimientos no tengan plazo prefijado para su terminación no equivale a que puedan ser indefinidos, eternos o "estar abiertos toda la vida"; el plazo para su conclusión es tan extenso como el de prescripción del derecho a que se refieren, con lo que se sustituye la perención o caducidad del expediente por la extinción del derecho. Entiende la recurrente que existe un plazo de caducidad de cinco años, que no admite interrupciones y que dicho plazo se computa desde que vence el plazo de declaración en periodo voluntario. En el caso que nos ocupa, venciendo el 20 de junio

de 1993 el plazo de presentación de la declaración correspondiente al Impuesto sobre Sociedades del año 1992, el 20 de junio de 1998 habrían caducado las correspondientes actuaciones de comprobación que concluyeron el 11 de diciembre de 1998, sobrepasado el plazo de cinco años.

2. Consta en las actuaciones que el inicio de actuaciones inspectoras se produjo mediante Diligencia de 9 de mayo de 1995, por lo que en ningún caso había transcurrido el plazo de cinco años aquí aplicable previsto en el art. 64.a) de la Ley General Tributaria 230/1963 para entender prescrito el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria, si se parte de que el "dies a quo" para el cómputo de dicho plazo se inició el 25 de julio de 1993 (no el 20 de junio de 1993 como dice la entidad recurrente) en que finalizó el plazo reglamentario para presentar la liquidación correspondiente al ejercicio 1992, que es el que aquí se examina.

Desde el 25 de julio de 1993 hasta el 9 de mayo de 1995 no había transcurrido el plazo de prescripción, aplicable al supuesto de hecho, de cinco años.

Aún admitiendo, en la mejor de las hipótesis para la recurrente, que el plazo para la conclusión del procedimiento fuera tan extenso como el de prescripción, desde el 25 de julio de 1993 hasta el 9 de mayo de 1995 (inicio de actuaciones inspectoras) o incluso el 12 de junio de 1998 (incoación del acta de Inspección), no había transcurrido el plazo de prescripción ni, consiguientemente, producido la caducidad del expediente.

TERCERO.- 1. El tercer motivo de casación se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción y en él se alega la vulneración por la sentencia recurrida de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/87, de 8 de junio, reguladora de los planes y fondos de pensiones, y en el art. 13.d) de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades.

El presente motivo se plantea en relación con el incremento de la base declarada por la recurrente en la cuantía 26.898.708 ptas. (equivalentes a 161.664,49 euros) correspondientes a la primas satisfechas en relación con la póliza núm. 0032 suscrita con la entidad Swis Life (España) S.A. en concepto de seguro colectivo, temporal renovable, de vida y accidentes. Lo que se dilucida es deducibilidad fiscal de los gastos correspondientes al pago de las primas de los seguros de vida y pensiones del personal empleado en la empresa recurrente.

2. Dice la sentencia recurrida que a la hora de desentrañar la naturaleza jurídica de los seguros colectivos de

vida y de pensiones es necesario diferenciarlos del pactado privadamente, que se nutre exclusivamente de las aportaciones del tomador del seguro, que es quien satisface las primas del mismo, de tal modo que la indemnización que en su día pudiera corresponderle deriva únicamente de un contrato privado de seguro, su puesto al que sería de aplicación directa el art. 78.4 de la Ley 18/1991 (deducción del 10% en la cuota del IRPF). En el caso presente es la empresa la que, en su intención de mejora de los sistemas de previsión existentes y como medio de completar las prestaciones con cargo a la Seguridad Social, concierta para sus trabajadores unos seguros colectivos que cubren los riesgos de muerte, invalidez y muerte por accidente, así como viudedad, orfandad e invalidez y cuyas primas son satisfechas en su totalidad por la empresa.

El origen de las aportaciones satisfechas para el pago de las primas del seguro colectivo pone de manifiesto, por un lado, que su naturaleza no es la de un seguro privado, sino que claramente nos encontramos ante un sistema alternativo para la cobertura de prestaciones análogas a las de los Planes de Pensiones, ya que según el art. 8 de la Ley reguladora de los mismos éstos pueden cubrir las contingencias de muerte, supervivencia e invalidez, idénticas a las que garantiza el seguro colectivo de vida, sistema alternativo que aparece contemplado en el art. 70 del Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, el cual establece que "cualquier sistema para la cobertura de prestaciones análogas a las de los planes de pensiones quedará sujeto, en cuanto a su régimen fiscal, a lo dispuesto en este capítulo".

Tal regulación legal no viene sino a confirmar que las aportaciones empresariales a dichos seguros colectivos constituyen una variante de los rendimientos de trabajo en especie, que percibe el trabajador en su condición de tal.

No se puede aceptar que queden fuera de los sistemas alternativos aquellos que no contemplen la jubilación, pues tal y como se desprende del art. 1 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en vigor desde el 29 de junio de 1987, y del art. 16.1 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, se contemplan al mismo nivel las prestaciones por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, de tal forma que no se exige que quede cubierta de forma obligatoria la contingencia de jubilación, por lo que un sistema de previsión social voluntario que cubra las contingencias referidas, contingencias que sí están recogidas en la Ley y en el Reglamento, sí debe ser calificado como sistema alternativo a los Planes de Pensiones, siendo así que tal calificación determinará la aplica-

ción de la fiscalidad establecida para los mismos.

Partiendo, pues, de dicha calificación, la cuestión a resolver queda centrada en determinar si el importe de las primas satisfechas por la interesada por los seguros colectivos de referencia, suscritos en beneficio de sus empleados, es o no deducible en el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio controvertido -1992-.

Para la adecuada solución de dicha cuestión, la Sala considera preciso distinguir el régimen aplicable a la suscripción de contratos de seguro antes de junio de 1987 y esos mismos contratos formalizados con posterioridad a la fecha indicada.

A) El contrato de seguro suscrito antes de junio de 1987 ha de regirse por lo dispuesto en el art. 13 d) de la Ley 61/78 conforme al cual "las asignaciones del sujeto pasivo a las instituciones de previsión del personal, siempre que su administración y disposición no corresponda a aquél" serán deducibles de los rendimientos íntegros obtenidos por el sujeto pasivo de los gastos necesarios para la obtención de aquéllos.

Se trata aquí de la concertación de un contrato de seguro que forma parte de los sistemas de previsión social complementaria de los trabajadores de la empresa que es como debe ser entendida la referencia legal a "Instituciones de previsión del personal" y por otra parte, la administración y disposición se halla efectivamente sustraída a la empresa, correspondiendo a la entidad aseguradora que percibe los fondos en cuestión en forma de prima.

B) Sin embargo, los contratos de seguro suscritos a partir de la fecha indicada, como es el caso de los ahora considerados, caen bajo el ámbito objetivo y temporal de la Ley 8/1987 de Planes y Fondos de Pensiones.

Resulta de aplicación la norma contenida en la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/87, y no el art. 13 d) de la Ley 61/78, por un doble orden de razones: de fondo, porque los seguros colectivos de vida y de pensiones, atienden prestaciones propias de los Planes de Pensiones; y desde el punto de vista formal, porque como ley especial se separa del régimen general de retribuciones en especie, aparte de que como ley posterior a la Ley 61/1978 se ha de anteponer al régimen que estuvo en vigor hasta junio de 1987.

Desde la entrada en vigor de la Ley 8/1987, su art. 27 regulaba precisamente los requisitos para la deducibilidad de las aportaciones a los planes de pensiones y entre ellos, sin ningún género de duda, exigía el de la individualización de las aportaciones, al decir que "es imprescindible que se impute a cada partícipe del plan de pensiones la parte que le corresponda" sobre las contribuciones

de los promotores de los planes de pensiones para que dichas contribuciones sean deducibles en el impuesto personal que grava la renta de dicho promotor.

En definitiva, con carácter general la Ley 8/87 estableció el requisito de la individualización de las aportaciones del empresario para la deducibilidad de dichas aportaciones y ello tanto si lo son a planes de pensiones -art. 27 a)- como si lo son a Mutualidades de Previsión Social -Disposición Adicional Primera 2 - como, también, finalmente, si lo son a cualquier sistema para la cobertura de prestaciones análogas a los planes de pensiones -apartado 1 de la misma Disposición Adicional-, siendo este último el precepto aplicable al caso actualmente controvertido.

Esa generalidad de la individualización, que encuentra su fundamento en la coherencia y coordinación del trato fiscal dispensado a la generación de renta (el empresario sólo puede deducir las cantidades aportadas si se imputa a un determinado trabajador, el cual, a su vez, si reúne los requisitos legales, podrá diferir la correspondiente tributación a la aportación al sistema de previsión que perciba hasta el momento en que efectivamente le sea satisfecha aquella en forma de capital o renta) impide, por una parte, que exista discriminación en el trato fiscal de estas aportaciones y, de otra parte, marca un cambio sobre la previa regulación de la materia, esto es, la contenida sobre el particular en la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978.

Siendo, pues, indiscutido que durante el ejercicio 1992 la actora no imputó individualizadamente a sus trabajadores las primas de seguro y tampoco transmitió la titularidad de los recursos en los que consistían las contribuciones efectuadas, ya que existen a favor del tomador del seguro -empresa- determinados derechos que le constituyen en el verdadero titular de la póliza, siendo, asimismo, indiscutible que dichas exigencias de "imputación fiscal" y de "patrimonio separado" eran requisitos necesarios de acuerdo con la Disposición Adicional Primera 1 de la Ley 8/87 que han resultado incumplidos, habremos de concluir que la actora no tenía derecho a la deducibilidad de tales aportaciones.

3. La Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y el Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, que aprobó su Reglamento, constituyen en este caso el exclusivo marco normativo de referencia para el análisis de la deducibilidad fiscal en 1992, tanto del gasto derivado de las primas de seguro satisfechas como del correspondiente a las dotaciones a los fondos de pensiones del personal, incluyendo en este último concepto los intereses abonados por la Entidad por la utilización de esa fuente transitoria de financiación.

No se plantean aquí las consecuencias de las dotaciones a las instituciones de previsión social del personal de las empresas, realizadas hasta la entrada en vigor de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones, 29 de junio de 1987.

Al abordar las cuestiones relativas al pago de primas de los contratos de seguro de vida y pensiones del personal empleado por exigencia de lo establecido en su Convenio Colectivo es necesario, en primer lugar, determinar si los contratos de seguro suscritos por la recurrente tienen o no la consideración de "sistemas alternativos" para la cobertura de prestaciones análogas a las de los Planes de Pensiones, ya que según sea la respuesta corresponderá aplicar la fiscalidad del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades o bien la de los Planes de Pensiones. En el presente caso los contratos suscritos cubrirían, por una parte, las contingencias de muerte e invalidez absoluta y permanente y muerte por accidente en el primero de ellos (vida) y, por otra, las contingencias de viudedad, orfandad e invalidez el segundo contrato (vida y pensiones).

El problema que se plantea es determinar si unos contratos de seguro que cubran únicamente las contingencias enunciadas, pero no las de jubilación o supervivencia, pueden tener o no la consideración de "sistema alternativo" a un Plan de Pensiones. A este respecto el art. 16.1 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones aprobado por Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, establece que: "Las contingencias susceptibles de cobertura en un Plan de Pensiones podrán ser:

a) La jubilación o situación asimilable del partícipe. De no ser posible el acceso a tal situación, la prestación equivalente sólo podrá ser percibida a partir de que se cumplan los sesenta años.

b) Invalidez laboral total y permanente para la profesión habitual, o absoluta y permanente para todo trabajo.

c) Muerte del partícipe, que pueda generar derecho a prestación de viudedad, orfandad, o a favor de otros herederos.

d) Muerte del beneficiario, que pueda generar derecho a una prestación de viudedad u orfandad". De lo que se deduce que no se exige que quede cubierta de manera obligatoria la contingencia de jubilación, por lo que un sistema de previsión social voluntario que cubra únicamente las contingencias enumeradas anteriormente debe ser calificado como "sistema alternativo" a los Planes de Pensiones y, en consecuencia, debe aplicársele la fiscalidad establecida para los mismos. Por lo que, los contratos de seguro de vida y pensiones suscritos por la entidad recurrente en este caso sí que tienen el carácter de

"sistemas alternativos" a los Planes de Pensiones.

En consecuencia, procede analizar la fiscalidad aplicable a los Planes de Pensiones y a los sistemas alternativos a éstos.

La Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades, en su art. 13.d).3, admite como gasto deducible "Las asignaciones del sujeto pasivo a las instituciones de previsión del personal, siempre que su administración y disposición no corresponda a aquél", precepto desarrollado por el Reglamento de 1982, el cual exige, como requisito imprescindible para que tales dotaciones sean fiscalmente deducibles, que la empresa que las efectúa "no utilice para sí misma ni tenga poder de disposición sobre los fondos asignados a las mencionadas Instituciones".

La Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en vigor desde el 29 de junio de 1987, ha reestructurado por completo los sistemas empresariales de previsión social, pudiendo distinguirse dos modalidades:

1.- Fondos internos, para los que no hay deducción fiscal.

2.- Fondos externos, en los que la titularidad del fondo corresponde a un tercer ajeno a la empresa; pueden revestir dos formas:

a) Fondos de pensiones de la Ley 8/1987, de conformidad con su art. 27.a): las dotaciones son deducibles con el requisito imprescindible de que se impute a cada partícipe del Plan de Pensiones la parte que le corresponda.

b) Compañías de Seguros, Montepíos, Mutualidades y en general, Instituciones ajenas a la empresa: las dotaciones son deducibles con el mismo requisito que en el caso anterior, si bien los partícipes tributarán en su impuesto sobre la renta por las imputaciones que les correspondan.

De lo que antecede se desprende que las dotaciones empresariales para la cobertura de prestaciones sociales complementarias realizadas con posterioridad al 29 de junio de 1987, cuando se integran en un "fondo interno" no son fiscalmente deducibles para el empresario pagador, a no ser que tal fondo interno se encauce hacia el sistema de planes de pensiones.

Existe, además, la posibilidad de que la entidad se acoja a sistemas alternativos de cobertura de prestaciones. En efecto, a partir de 29 de junio de 1987, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/1987, para que las contribuciones empresariales, o de cualquier otra entidad, a los sistemas alternativos de coberturas de prestaciones análogas a los planes de pensiones sean deducibles en el Impuesto sobre Sociedades, tienen que cumplir los requisitos siguientes:

1º.- Imputación fiscal de las contribuciones en la imposición personal del sujeto al que se le vinculan éstas. Dichas contribuciones tienen la consideración de rendimientos íntegros del trabajo satisfechos en especie, integrándose con el resto de los rendimientos del trabajador. A estos efectos las entidades que se rijan por la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/1987 facilitarán a la Administración Tributaria relación individual de las personas por quienes efectuaron contribuciones o dotaciones por cada una de aquellas.

2º.- Que la entidad pagadora transmita la titularidad de los recursos en que consistan las contribuciones, es decir, que se integren en un Fondo Externo a la empresa.

3º.- Que sean obligatorias para el pagador. (art. 71 del Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre).

El requisito de la previa y obligada imputación de las contribuciones empresariales en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del sujeto vinculado aparece expresa y claramente regulado en la Disposición Adicional Primera, apartado 1, de la Ley 8/1987, de 8 junio, que textualmente dispone: "...exigirán para su declaración en el impuesto del pagador la imputación fiscal de la totalidad de tales contribuciones o dotaciones para el sujeto al que se vinculen éstas...". La cobertura legal del requisito 1º, establecido en el art. 71, es total. (STS de 6-6-1996, Rec. núm. 49/1995).

Paralelamente, el art. 73 del mentado RD señala que "las contribuciones o dotaciones deducibles conforme al art. 71 de este Reglamento se imputarán individualmente a los sujetos a quienes se vinculen y se integrarán por éstos en la base imponible de su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con la consideración de rendimientos de trabajo dependiente".

Las normas contenidas sobre la materia que nos ocupa en la legislación específica del Impuesto sobre Sociedades han de considerarse sustituidas, desde el 29 de junio de 1987, por las de la Ley 8/1987 y el Reglamento de 30 de septiembre de 1988, y ello no solo por expreso mandato de la Disposición Adicional del Texto Reglamentario, sino por la propia Ley que, al establecer los requisitos que a partir de la indicada fecha han de cumplirse para la deducibilidad de tales contribuciones, deroga tácitamente las normas anteriores que no se ajusten a sus preceptos.

En el caso que nos ocupa, la entidad recurrente no imputó individualmente las primas satisfechas a la compañía aseguradora a los beneficiarios de los contratos suscritos y no transmitió la titularidad de los recursos en los que consistían las contribuciones efectuadas, ya que existen a favor del tomador del seguro

(la empresa) determinados derechos que le constituyen en el verdadero titular de la póliza. La recurrente imputó como gasto fiscalmente deducible en la declaración presentada el importe de las primas pagadas y, aunque dichas contribuciones fueran obligatorias para la entidad, al venir fijadas en Convenio colectivo, se incumplieron dos de los requisitos de carácter necesario para su deducibilidad fiscal.

CUARTO.- En el cuarto motivo de casación, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se denuncia la violación por la sentencia recurrida de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/87, de 8 de junio, Reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones y art. 13.d) de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades.

Este cuarto motivo se plantea en relación con el incremento de la base declarada por la recurrente en la cuantía de 17.090.414 ptas. (equivalentes a 102.715,46 euros) correspondientes a la primas satisfechas en relación con la póliza núm. 2013 suscrita con la entidad Swiss Life (España S.A.) en concepto de seguro de pensiones y cuya deducibilidad rechaza la sentencia recurrida de la Audiencia Nacional.

Íntimamente relacionado con este cuarto motivo de casación está el quinto, apoyado como los anteriores en el art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción; se alega vulneración por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el art. 13.d) y 13.e) de la Ley 61/1978, reguladora del Impuesto sobre sociedades.

La entidad recurrente nos introduce en este motivo diciendo que consta en el expediente que la empresa y sus trabajadores acordaron dejar sin efecto, desde el 31 de diciembre de 1986, el Plan de Pensiones concertado en 1979 sin perjuicio del derecho de los trabajadores, de jubilarse en la empresa, a percibir el importe correspondiente a los servicios prestados durante el periodo comprendido entre la fecha de su incorporación y el 31 de diciembre de 1986. A dichos efectos, los fondos dotados se registran contablemente como pasivo bajo la rúbrica "Fondo Plan de Pensiones". Las partes (trabajadores y empresa) convinieron que de ser utilizados los fondos por la empresa ésta debería retribuirlos con un interés que no podría ser inferior al básico de redescuento del Banco de España.

Consta asimismo en el expediente que la Inspección incrementa la base imponible declarada por la recurrente en la cuantía de 63.639.922 ptas. (equivalentes a 382.483,63 euros) en concepto de actualización de planes de pensiones y 55.942.757 ptas. (equivalentes a 336.222,74 euros) en concepto de intereses por utilización de fondos ajenos.

Se trata, pues, de determinar la deducibilidad fiscal de las dotaciones a fondos de pensiones del personal empleado en la empresa, incluyendo como tales las procedentes de intereses abonados a los mismos.

1. La sentencia recurrida recuerda que la Sala de instancia tiene declarado que a los efectos de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, la "renta del sujeto pasivo" la componen, de conformidad con lo establecido en su art. 3.2:

"a) Los rendimientos de las explotaciones económicas de toda índole y los derivados de actividades profesionales o artísticas.

b) Los rendimientos derivados de cualquier elemento patrimonial que no se encuentre afecto a las actividades referidas en la letra anterior.

c) Los incrementos de patrimonio determinados de acuerdo con lo prevenido en esta Ley".

En su art. 13, se mencionan, como "partidas deducibles" para determinar los rendimientos netos, a los "gastos necesarios", haciendo una enumeración de los específicamente integrados en ese concepto general. Pero como exige el propio precepto, esos "gastos generales" deben cumplir una finalidad: la de que hayan servido "para la obtención de aquéllos", es decir, de los rendimientos que el art. 3.2 expresa.

Las "dotaciones" realizadas para constituir una provisión o un fondo que garantice o complemente el pago de pensiones al personal en activo, constituyen un "gasto general", y, en consecuencia, se trata de una partida deducible.

Si por "rendimientos de las explotaciones económicas" entendemos los obtenidos por el empresario o su titular mediante la ordenación de medios de producción y de los recursos humanos, difícilmente, las dotaciones realizadas por la actora pueden encuadrarse en el concepto de "gastos generales", al suponer que tales dotaciones constituyen un "fondo interno", que se refleja en un asiento contable, quedando sometido al control de la entidad. El gasto supone un desembolso, una salida de la esfera patrimonial de dinero o equivalente, cuyo importe pasa a la administración y disposición de un tercero. En este sentido, las dotaciones de la actora, no pueden calificarse en el concepto general de "gastos necesarios".

En relación con el carácter del Fondo Interno, garantizador del pago de pensiones del personal en activo de la empresa, y su posible conexión con la normativa especial, procede señalar que la Ley 8/1987, de 8 de junio, reguladora de los Planes y Fondo de Pensiones, supuso el primer hito legislativo en nuestro orde-

namiento jurídico sobre la regulación de esta modalidad de ahorro. Como se expresa en su Preámbulo, "Los Planes de Pensiones, se configuran como Instituciones de previsión voluntaria y libre, cuyas prestaciones de carácter privado pueden o no ser complemento del preceptivo sistema de la Seguridad Social obligatoria, al que en ningún caso sustituyen. Armoniza esta caracterización con el art. 41 de nuestro texto constitucional, al proclamar que la asistencia y las prestaciones complementarias al régimen público de la Seguridad Social serán libres.

Por otra parte, la "instrumentalización" del Plan de Pensiones se realiza a través del Fondo de Pensiones; Fondo cuya configuración "se sitúa en su modalidad genuina de fondos externos a las Empresas o Entidades que los promuevan, adoptando la naturaleza de patrimonios separados e independientes de éstas, carentes de personalidad jurídica e integrados por los recursos afectos a las finalidades predeterminadas en los Planes de Pensiones adscritos", (Preámbulo de la Ley 8/87; en relación con sus arts. 10 y 11; y art. 25 de su Reglamento).

Esta es la principal diferencia entre el "fondo interno", dotado por la entidad recurrente, y el "Fondo de Pensiones", propiamente dicho: que los recursos o dotaciones del Fondo de Pensiones constituye un "fondo externo", de naturaleza jurídica de un "patrimonio separado", cuya administración se encarga a una "entidad gestora" (art. 29 de la Ley). Sin embargo, en el presente caso, las dotaciones son realizadas, no por los partícipes del "fondo interno", sino por la entidad actora, y es administrado por ella.

Antes de la publicación de la Ley 8/87, junto a las entidades de previsión social y otras instituciones de previsión del personal, convivían los "fondos" constituidos por las empresas en favor de sus trabajadores. Estos últimos son objeto de especial atención por las Disposiciones Transitorias de la Ley 8/87 que permiten la adaptación de tales instituciones al nuevo sistema".

Es, precisamente, en el marco legal de este nuevo sistema, en donde juegan las normas sobre el régimen fiscal de los Fondos de Pensiones y de las dotaciones o aportaciones a él realizadas; régimen fiscal recogido en los arts. 56 a 75, de la Ley y referido, tanto a los Planes y Fondos de Pensiones, como a promotores, partícipes y beneficiarios de los mismos.

El art. 61 ("Impuesto sobre la renta de las personas físicas e impuesto sobre sociedades", en relación con los promotores), de la Ley, establece:

"Las contribuciones de los promotores de Planes de Pensiones serán deducibles en la base imponible del

impuesto personal que grava su renta, si bien es imprescindible que se impute a cada partícipe del Plan de Pensiones la parte que le corresponda sobre las citadas contribuciones. Cuando las contribuciones de los promotores pudieran calificarse como liberalidades se estará, a efectos de su deducibilidad, a lo dispuesto con carácter general en las leyes del impuesto sobre la renta de las personas físicas y del impuesto sobre sociedades". Y el art. 71, dispone que:

"Las contribuciones empresariales o de cualquier otra entidad realizadas o de cualquier otra entidad realizadas para la cobertura de prestaciones análogas a las de los Planes de Pensiones serán deducibles de la base imponible del impuesto personal del pagador, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

1º. Que tales contribuciones sean imputadas fiscalmente en la imposición personal del sujeto al que se vinculen éstas.

2º Que el pagador transmita la titularidad de los recursos en que consistan dichas contribuciones.

3º Que sean obligatorias para el pagador".

En estos preceptos el legislador fundamenta el tratamiento fiscal especial de los Planes y Fondos de Pensiones sobre la nota característica de la naturaleza de "patrimonio separado" de estas instituciones, así como sobre la "imputación fiscal" de lo contribuido.

La Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, tiene presente la naturaleza jurídica de los Fondos de Pensiones y ese tratamiento fiscal; y así, en su art. 13.d).3, contempla como "partidas deducibles": "Las asignaciones del sujeto pasivo a instituciones de previsión del personal, siempre que su administración y disposición no correspondan a aquél".

El art. 107.3, del Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, es mucho más explícito, al establecer que: "No tendrán carácter de gasto deducible las dotaciones a que se refiere el presente artículo cuando se pruebe que la administración y disposición corresponde a la propia Empresa, así como las realizadas mediante autoseguro. Se entenderá que la administración y disposición no corresponde a la propia Empresa cuando ésta no utilice para sí misma ni tenga poder de suposición sobre los fondos asignados a las mencionadas instituciones".

2. Para la dotación a los planes de pensiones la actora se remitía en la instancia a la resolución que recayese en el recurso de casación núm. 4538/2000. Pues bien, la sentencia fue dictada por esta Sala, con fecha 7

de mayo de 2005, en el citado recurso interpuesto por Praxair España S.L.

Los aspectos fundamentales que planteó Praxair España ante esta Sala fueron los siguientes:

A) Dotaciones al fondo de pensiones.

B) Retribución del fondo.

C) Aplicación de la deducción por inversiones.

A. La primera cuestión a considerar es si las dotaciones efectuadas por la entidad recurrente a lo que denomina "Fondo de pensiones de carácter general y Plan de Pensiones Complementarias" son o no deducibles de la base imponible del I.S.

La solución de la cuestión destacada exige partir del art. 13.d.3) de la Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades, aquí aplicable. Con arreglo a este precepto, tenían la consideración de partida deducible "las asignaciones del sujeto pasivo a las instituciones de previsión del personal, siempre que su administración y disposición no (correspondiera) a aquél". Por su parte, el art. 107 del Reglamento de dicha Ley, de 15 de octubre de 1982, añadía que "1. Se (considerarían) dotaciones a instituciones de previsión del personal las asignaciones que (realizare) la empresa a entidades e instituciones de tal carácter" y que, en particular, lo tendrían:

"a) Los Montepíos y Mutualidades de previsión social en lo relativo a las prestaciones de carácter social, pero no en su actuación en el campo del seguro privado.

b) Otras instituciones de previsión del personal y los fondos de pensiones regulados por legislación especial" y que "2. Las dotaciones a Montepíos, Mutualidades y Fondos de Pensiones creados al amparo de su legislación especial, (tendrán) el carácter de gasto deducible, integrándose dentro de las cargas sociales", así como que no tendrían dicho carácter -el de gasto deducible- "las dotaciones a que se refiere el presente artículo cuando se pruebe que la administración y disposición corresponde a la propia empresa" y "las realizadas mediante autoseguro" y que se entendería que la administración y disposición no correspondía a la propia empresa "cuando esta no (utilizara) para sí misma ni (tuviera) poder de disposición sobre los fondos asignados a las mencionadas instituciones".

Resulta claro, pues, que, con arreglo a las disposiciones acabadas de transcribir, las dotaciones realizadas a instituciones de previsión del personal necesitaban, para ser consideradas partida deducible en el I.S. y ejercicio en que se produjeran, del requisito fundamental de que la ad-

ministración y disposición de las mismas no correspondiera a la propia empresa que las efectuara. Pero es claro, asimismo, que esta exigencia negativa no podía quedar satisfecha con que la entidad pudiera ver de algún modo controlada o fiscalizada su actividad gestora, o inclusive limitadas, de algún modo también, sus facultades de administración y disposición, sino que, lógicamente, exigía que dichas facultades, principalmente las de disposición, no le estuvieran de ningún modo y en ninguna medida atribuidas.

Resulta curioso, a este respecto, la mayor precisión con que se manifiesta la nueva Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en su art. 13.3, que si bien no puede ser aplicada al supuesto aquí enjuiciado, sí puede revelar

■

*"La cuestión planteada surge como consecuencia de las discrepancias entre las partes sobre si el importe de las "obras de acondicionamiento del terreno" deben incorporarse bien al valor de los terrenos, que no son amortizables ni fiscal ni contablemente, o bien al valor de la planta, que por tratarse de construcciones si son objeto de amortización."*

■

cuál ha sido siempre la tendencia del legislador. Esta Ley exige hoy, claramente, para considerar deducibles las contribuciones a la cobertura de contingencias análogas a la de los planes de pensiones, que cumplan, entre otras condiciones representativas de la transmisión, de forma irrevocable, el derecho a la percepción de las prestaciones futuras y, lo que es más riguroso, "que se transmita la titularidad y la gestión de los recursos en que consistan dichas contribuciones".

Ni más, ni menos, que lo que ya había anticipado la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones, en su Disposición Adicional 1ª.1 ("En todo caso se excluye la deducibilidad, en la imposición personal del empresario, de cualquier dotación de fondo interno o concepto

similar que suponga el mantenimiento de la titularidad de los recursos constituidos") y el Reglamento de ésta, de 30 de septiembre de 1988, en su art. 71, ya previó que, para que las aportaciones empresariales fueran fiscalmente deducibles en la forma y conceptos aquí considerados, era necesario que, entre otros, cumplieran el requisito de que "el pagador (transmitiera) la titularidad de los recursos en que (consistieran) dichas contribuciones".

Refiriéndose el caso de autos al ejercicio 1992, hay que concluir que la deducibilidad fiscal de las aportaciones empresariales a partir de 29 de junio de 1987, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/1987, está condicionada al cumplimiento del requisito, entre otros, de que la Entidad pagadora transmita la titularidad de las mismas, es decir, que se integren en un "fondo externo" a la Empresa. El requisito expuesto se encuentra plenamente ratificado por la Disposición Adicional del Reglamento de 1988 al establecer que: "A partir de 29 de junio de 1987, la deducibilidad de las dotaciones a Instituciones de previsión del personal, a que se refiere el art. 107 del Real decreto 2631/1982, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del I.S., se entiende condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/1987, de 8 de junio. En todo caso se excluye la deducibilidad en la imposición personal del empresario de cualquier dotación de fondo interno o concepto similar que suponga el mantenimiento de la titularidad de los recursos constituidos..."

La circunstancia de que la deducibilidad de las aportaciones al fondo pretenda derivarse no ya solo de la previsión específica del art. 13.d).3) de la Ley 61/1978, del I.S., y del art. 107 de su Reglamento, sino también del hecho de que esas aportaciones o esos pagos no fueron resultado de una decisión libremente tomada por la empresa, sino consecuencia de obligaciones derivadas para ella de convenios colectivos concertados con sus trabajadores, hace conveniente que la Sala entre a considerar este aspecto.

En efecto, frente a los que entienden que el mandato general contenido en el párrafo 1º del art. 13 de la Ley del Impuesto aquí aplicable suponía el reconocimiento del carácter deducible de cualesquiera gastos que resulten necesarios para la consecución de los fines propios de la entidad de que se trate, sean estos los de obtención de beneficios en entidades con ánimo de lucro, sean los de cumplimiento de finalidades benéfico-sociales impuestas por su propia normativa para las que no lo tienen y que podría encajar en el supuesto específico de deducibilidad prevenido en el art. 13, letra 1), de la Ley 61/1978, la Sala, sin embargo, no comparte ese criterio: en primer lu-

gar, porque la normativa del Banco de España la única obligación que establece es la de tener provisionado, con cargo a la cuenta de resultados, el importe de las prestaciones complementarias que hubiera asumido la entidad, lo cual no significa que por el cumplimiento de esa obligación contable y por su mera toma en consideración en el Balance y la referida cuenta de resultados, sin ningún otro requisito, una simple anotación de contabilidad, que no un gasto efectivamente hecho, se transforme, nada menos, que en partida deducible en el cálculo de la base impositiva del I.S.

Y, en segundo término, porque, precisamente por lo acabado de argumentar, para que una dotación o provisión pueda convertirse en gasto deducible, eran exigibles los requisitos de que la administración y las facultades de disposición de los fondos constituidos se encontraran apartados del ámbito de decisión de la empresa que los hubiere constituido, y, claramente ya, después de la Ley 8/1987, transferidos, incluso en su titularidad, a entidad diferente.

Es decir, gasto de personal, necesario para obtener los ingresos o para el cumplimiento de las finalidades típicas de la entidad sin finalidad de lucro o ingreso, sería el efectivamente hecho con motivo del pago de las prestaciones correspondientes cuando se produjera el supuesto que las determinara, no su mera provisión contable si no iba acompañada de la sustracción de administración y disposición para la empresa o entidad autora de las dotaciones.

Por todo lo expuesto las dotaciones efectuadas a un "Fondo de Pensiones de carácter general y Plan de Pensiones Complementarias", al tratarse de un fondo de naturaleza interna, no son fiscalmente deducibles.

B. Por lo que se refiere a la cuestión de si es o no ajustado a Derecho el incremento de base imponible efectuado por la Administración por el concepto de "Gastos Financieros por intereses reconocidos por la utilización del Fondo", es de recordar que el art. 13.e) incluye entre las partidas deducibles "los intereses correspondientes a la cesión al sujeto pasivo de elementos patrimoniales cuando no se transmita la propiedad de los mismos y los rendimientos de dichos elementos patrimoniales se computen o sean susceptibles de ser computados en la base imponible del Impuesto".

Y el art. 100.2.c) del R.I.S. de 1982 considera partida deducible de los ingresos "los gastos financieros por la utilización de capitales ajenos".

Como quiera que en el caso de autos se trata de un fondo de naturaleza interna, los "Gastos Financieros por intereses reconocidos por la utilización del Fondo", al no tener su ori-

gen en la utilización de capitales ajenos, no tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible.

C. La tercera cuestión a considerar es si el límite conjunto de la cuota líquida para practicar la deducción por inversiones se refiere tan sólo a las inversiones del ejercicio considerado o incluye también las provenientes de ejercicios anteriores.

El art. 26 de la Ley 61/1978, en la redacción dada por el art. 97 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, dispone en su núm. 4 que: "Las deducciones por inversiones procedentes de regímenes anteriores se aplicarán respetando el límite sobre cuota líquida preestablecido en sus respectivas normativas.

Practicadas estas deducciones, podrán minorarse las deducciones por las inversiones señaladas en el núm. 1 de este artículo, siempre que no se rebase un límite conjunto del 20% de la cuota líquida del ejercicio. A continuación, en su caso, se practicarán las deducciones que se aplican sin límite sobre la cuota líquida derivadas de regímenes anteriores. Finalmente, se practicará la deducción por creación de empleo regulada en el núm. 3 de este artículo. Esta deducción podrá absorber la totalidad de la cuota líquida restante".

La redacción del precepto, realizada por las sucesivas Leyes de Presupuestos, ha suscitado dudas en lo relativo al alcance del "límite conjunto" en el sentido de si se refiere exclusivamente a las inversiones efectuadas en el ejercicio o alcanza también a las procedentes de ejercicios anteriores, pues si bien ambas deducciones se encuentran recogidas en apartados distintos del art. 26.4, lo que en un principio podría inducir a pensar que están sujetas cada una a su límite, lo cierto es que el apartado 2º del citado precepto señala que:

"Practicadas estas deducciones (las provenientes de ejercicios anteriores) podrán minorarse las deducciones por las inversiones señaladas en el núm. 1 de este artículo, siempre que no se rebase un límite conjunto del 20% de la cuota líquida del ejercicio"; es decir, que la norma transcrita establece una condición para que pueda practicarse la deducción por las inversiones del ejercicio en curso, a saber, que la deducción por las inversiones de ejercicios anteriores no haya absorbido totalmente el límite conjunto; sin embargo, para el caso de que concurren deducciones provenientes de varios ejercicios anteriores no se fija, para las mismas, ningún límite conjunto, lo cual implica que se pueda realizar la acumulación de límites aunque los mismos absorban el 100 por 100 de la cuota líquida.

QUINTO.- En el sexto motivo de casación, con apoyo en el art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se de-

nuncia la violación por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el art. 13.f) de la Ley 61/1978, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, y art. 23 de la Ley General Tributaria.

Consta en el expediente que:

1.- La interesada era propietaria del 50% de una planta industrial situada en Maia-Oporto (Portugal) destinada a la fabricación de gases industriales.

2.- La valoración del 50% de la inversión ascendía a 1.296.510.620 ptas. (7.792.185,76 euros), correspondiendo al terreno donde se asentaba la planta 26.319.895 ptas. (158.185,75 euros).

3.- La sociedad realizó obras de acondicionamiento del terreno (Preparación del terreno, Estudio Geotécnico del terreno y Movimiento de tierras) por un importe de 18.975.111 ptas. (114.042,71 euros) que figuraban incluidas en el valor de la planta.

4.- La entidad cargó como gasto, por el concepto de amortización de la planta industrial correspondiente a las citadas obras de acondicionamiento, por la cantidad de 737.957 ptas. (4.435,21 euros).

5.- La Inspección excluyó el citado importe al considerar que el activo sobre el que se aplicó el coeficiente de amortización tiene la consideración de terreno no sujeto a amortización.

La cuestión planteada surge como consecuencia de las discrepancias entre las partes sobre si el importe de las "obras de acondicionamiento del terreno" deben incorporarse bien al valor de los terrenos, que no son amortizables ni fiscal ni contablemente, o bien al valor de la planta, que por tratarse de construcciones si son objeto de amortización.

Recuerda la sentencia recurrida que el art. 44.2 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 2631/82, establece al respecto que "cuando se trate de edificaciones, la depreciación computable corresponderá solamente al valor de la construcción, con exclusión del valor del suelo, al que se aplicará, en su caso, la regla excepcional de envilecimiento de los valores del mercado".

Es decir, el precitado artículo establece como regla la no amortización de los terrenos pues éstos, en principio, no se deprecian por el uso o por el transcurso del tiempo, aunque ello no impide para que en caso de pérdida del valor, se registre en la cuenta de resultados la correspondiente pérdida.

Además, debe tenerse en cuenta el art. 40 del citado Reglamento, a cuyo tenor "los bienes materiales o inmateriales en tanto no sean trans-

mitidos se valorarán por su precio de adquisición o coste de producción" (párrafo primero), precio que se obtendrá añadiendo al de compra los gastos necesarios para su puesta en funcionamiento y el Plan General de Contabilidad al que se remite el art. 37.2 del citado Reglamento que en su norma de valoración tercera, relativa al inmovilizado material, dispone:

"a) Solares sin edificar... se incluirán en su precio de adquisición los gastos de acondicionamiento como cierres, movimientos de tierra, saneamiento y drenajes, así como los derribos de construcciones cuando sea necesario para poder efectuar obras de nueva planta y también los gastos de inspección y levantamiento de planos, cuando se efectúen con carácter previo a su adquisición.

De los referidos preceptos resulta claro que los gastos cargados por la entidad recurrente deben incluirse en el valor de los terrenos, que no son amortizables, dado que sus efectos perduran e incrementan este valor, con independencia de que más tarde se construya o no.

SEXTO.- Procede, por tanto, la desestimación del presente recurso de casación, imponiéndose las costas causadas en el mismo a la parte recurrente a tenor de lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, sin que, en atención al apartado 3 del propio precepto, los honorarios del Abogado del Estado excedan de los 3.500 euros.

Por lo expuesto,

## FALLO

Que debemos desestimar, y desestimamos, el presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Praxair España S.A. contra la sentencia dictada, en 17 de junio de 2004, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, de la Audiencia Nacional en el recurso núm. 79/2002, con imposición de costas a la parte recurrente, sin que el importe de los honorarios del Abogado del Estado exceda del límite indicado en el último de los Fundamentos de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Emilio Frías Ponce.- Ángel Aguallo Aviles.- José Antonio Montero Fernández.

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



2009/234815

TS Sala 4ª, Sentencia 21 septiembre 2009. Ponente: D. Víctor Fuentes López

## Incumplimiento por AENA de Acuerdo sobre no externalización de servicios

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandada AENA, contra sentencia que, en materia sobre conflicto colectivo, declaró contraria a derecho la práctica empresarial consistente en externalizar servicios incumpliendo así los acuerdos firmados y la disp. trans. 13ª del IV Convenio Colectivo de empresa.*

*La Sala señala, siguiendo doctrina unificada, que el Acuerdo del 2004 no ofrece dudas sobre la voluntad de no mantener proyectos de externalización que afectaran a las ocupaciones contenidas en el catálogo del III Convenio, asumiendo el compromiso futuro de no externalizar, -salvo que concurran motivos organizativos, productivos y económicos o situaciones generadas por las asistencias ya contratadas a la firma del Acuerdo-. Además, con posterioridad, durante el proceso de negociación del IV Convenio, la empresa y los interlocutores de los trabajadores pactaron el principio de que todas las actividades de negocio, control y supervisión se realizarían con personal propio y los posteriores acuerdos alcanzados en el curso de la negociación de este Convenio, no supusieron la derogación del compromiso asumido en 2004, sino, por el contrario, la ratificación del mismo.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En fecha 28 de abril de 2008 el Juzgado de lo Social núm. 2 de Santander dictó sentencia en los autos 822/2007 desestimando la demanda de conflicto colectivo de la Sección Sindical de UGT, en la que se pedía se declarara contraria a derecho la práctica empresarial consistente en externalizar el servicio previsto y detallado en las fichas de ocupación del III Convenio Colectivo, lo que incumplía los acuerdos de 4-03-2004, y el texto de la Disposición Transitoria 13ª del III Convenio Colectivo. Recurrida en suplicación, el recurso de UGT fue estimado en la sentencia de 27-11-2008 (R-1033/08), condenando a Aena.

Contra dicha sentencia se interpuso el presente recurso basado en un único motivo que afecto al fondo litigioso, solicitando la desestimación de la demanda, invocando como contraria, la doctrina sentada en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de julio de 2007 (R-2869/2007).

En ella se confirmaba la sentencia que había desestimado la demanda de conflicto colectivo, planteada por el sindicato UGT frente a la misma empresa, por la que se solicitaba que

se declarara la obligación Aena de realizar las funciones y tareas de las fichas de ocupación del convenio colectivo mediante personal propio dejando sin efecto las contrataciones externas realizadas. Se hacía referencia a cuatro expedientes de externalización de servicios del aeropuerto de La Coruña y era el fundamento de la pretensión el mismo Acuerdo de 4 de marzo de 2004. Para la Sala de suplicación de Galicia el Acuerdo de 2004 ha de considerarse superado por el nuevo convenio colectivo, a tenor de su Disposición Transitoria 13ª. Se da en ambos casos idéntico debate y se llega a soluciones distintas, por lo que concurre también aquí el requisito de contradicción del art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- En el recurso se denuncia infracción del art. 82.4 del Estatuto de los Trabajadores. Argumenta la empresa recurrente que la pretensión constituye un conflicto de intereses ya que la cuestión ha sido objeto de negociación en el IV Convenio colectivo y no debe ser resuelta por la jurisdicción, sino por las partes. Lo que, en suma, se sostiene es que la cuestión de la externalización se halla todavía en proceso de desarrollo a través de la negociación ulterior, siendo -a juicio de la empresa- esta obligación de negociar la

verdaderamente asumida en el Acuerdo de desconvocatoria de huelga.

La cuestión litigiosa ya ha sido resuelta por esta Sala en unificación de doctrina en sentencia de 21-07-2009 (R-3389/08); en dicha sentencia se argumentaba lo siguiente:

“Ha de analizarse, pues, si el Acuerdo de 2004 quedó sometido a pactos ulteriores o si, por el contrario, imponía a la empresa la renuncia a externalizar servicios que pudieran ejecutarse a través de las funciones asignadas a la plantilla, según el sistema de ocupación designado en el propio convenio colectivo. Pues bien, el tenor literal del Acuerdo no ofrece dudas sobre la voluntad de no mantener proyectos de externalización que afectaran a las ocupaciones contenidas en catálogo del III Convenio colectivo, asumiendo el compromiso de futuro de no externalizar, con las dos excepciones antes ya indicadas, relativas a la concurrencia de motivos organizativos, productivos y económicos o el análisis de las situaciones generadas por las asistencias ya contratadas a la firma del Acuerdo.

Con posterioridad, durante el proceso de negociación del IV Convenio Colectivo, la empresa y los interlocutores de los trabajadores pactaron la ulterior celebración de acuerdos por áreas de actividad y por centro de trabajo, sujetos al principio de que todas las actividades de negocio, control y supervisión se realizarían con personal propio.

La primera conclusión a la que se llega es que en el Acuerdo de 2004 no se condiciona la renuncia a la externalización a proceso alguno de negociación, consultas o pactos previos, salvo para el supuesto mencionado, relativo a modificaciones derivadas de los concretos motivos organizativos, productivos o económicos, circunstancias estas últimas que no aparecen ni en el supuesto resuelto por la sentencia recurrida, ni en el de la de contraste.

Los posteriores acuerdos alcanzados en el curso de la negociación del IV Convenio Colectivo, no supusieron la derogación del compromiso asumido en 2004, sino, por el contrario, la ratificación del mismo, mediante el planteamiento de una posterior actividad negociadora para perfilar los modelos de explotación según el área de actividad.

Finalmente, el IV Convenio Colectivo señala en su disposición Transitoria 13ª que los acuerdos que pueden alcanzarse en la Mesa marco de explotación en cumplimiento del pacto de finalización de huelga formarían parte de él por traslación. De ello, no cabe deducir, como pretende de la empresa recurrente, que el IV Convenio alterara lo pactado en el Acuerdo de 2004, sino, por el contrario, se reproduce de nuevo en este

texto normativo una ratificación de la línea de actuación emprendida con aquél, hasta el punto de que el convenio autoriza la elevación a la categoría convencional de los pactos que se alcancen en cumplimiento del Acuerdo inicial.

La sucesión temporal de convenios, que regula el precepto legal invocado en el recurso, se rige por el llamado “principio de modernidad”, cuyos efectos se consagran en del art. 86 del Estatuto de los trabajadores, cuando indica que “el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a éste último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan”. Por tanto, la regulación de un Convenio anterior, como en este caso el III Convenio, es sustituida por la del nuevo y lo mismo cabe decir de aquellos acuerdos que tuvieran la naturaleza de convenio colectivo. Como se afirmaba en nuestras sentencias de 8 de abril de 2005 (rec. 1859/2003) y 7 de diciembre de 2006 (casación -rec.122/2005), “la modificación operada por la Ley 11/1994 implica, sin género de dudas, la adscripción de nuestro sistema negocial al principio de modernidad del convenio colectivo, reconociendo la facultad al posterior de disponer sobre los derechos reconocidos en el precedente”.

Pero, en relación a la materia que nos ocupa, la propia autonomía de la voluntad de los negociadores explicita el respeto al compromiso de no externalización, y reitera y consagra lo pactado, de suerte que el único cambio provocado por la sucesión de convenios pueda estar en la referencia que en el Acuerdo de 2004 se hacía al catálogo de ocupaciones, que se enconaba en el III Convenio, de forma que, de existir nuevo catálogo en el convenio posterior, pueda considerarse que la remisión del Acuerdo de 2004 es ahora a éste último, y, de no existir, habrá de afirmarse que aquel catálogo mantiene su vigencia en virtud de la naturaleza del propio Acuerdo de desconvocatoria de huelga, al ser complemento necesario para su efectividad.”

TERCERO.- La aplicación de dicha doctrina al caso de autos, por elementales razones de seguridad jurídica, lleva de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, a la desestimación del recurso y, de conformidad con el art. 226 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede la pérdida del depósito dado para recurrir. Sin costas.

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

### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Aena, Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2008



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2782

Madrid, 19 de enero de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en recurso de suplicación núm. 1033/08, iniciados en el Juzgado de lo Social núm. 2 de Santander, en autos núm. 822/07, a instancias de Sección Sindical de UGT en Aena de Cantabria; Sección Sindical de CC.OO en Aena de Cantabria; y

Sección Sindical de USO en Aena de Cantabria, contra Aena, sobre conflicto colectivo. Decretamos la pérdida del depósito dado para recurrir al que se dará el destino legal que corresponda. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de proceden-

cia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonte.- Antonio Martín Valverde.- Milagros Calvo Ibarlucea.- María Lourdes

Arastey Sahun.- Víctor Eladio Fuentes López. Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Víctor Fuentes López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario 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

2009/225060

TS Sala 1ª, Sentencia 28 septiembre 2009.  
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

### Rechazo de custodia compartida no atribuida en apelación

Desestima la Sala el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada por la AP, que a su vez revocaba la de primera instancia, fijando un régimen de visitas más limitado de la menor con el recurrente, en la sentencia de separación matrimonial. Considera la Sala el carácter extraordinario del recurso de casación, ya que no es posible pretender en este recurso una valoración distinta de los informes periciales obrantes en autos. Rechaza igualmente la pretensión de una custodia compartida, considerando que al no haber sido utilizada por el tribunal la figura de la guarda y custodia compartida, ya que lo único que realiza la sentencia recurrida es la determinación del régimen de visitas del padre, teniendo en cuenta este interés, no procede que esta Sala se pronuncie en este caso sobre la interpretación del art. 92 CC, una vez reformado en el año 2005.

2009/234620

TS Sala 1ª, Sentencia 2 octubre 2009.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Obligación de entrega de acciones en virtud de contrato de fiducia

El TS desestima el rec. extraordinario por infracción procesal confirmando la sentencia impugnada que condenó al demandado a entregar al demandante las acciones reseñadas en la demanda, por ser el propietario real de las mis-

mas, debiendo pasar por tal declaración la esposa del demandado, dado que realmente las partes lo que pactaron fue un contrato de fiducia para evitar el demandante un embargo, y no una compraventa de acciones.



TS  
PENAL

2009/225086

TS Sala 2ª, Sentencia 10 septiembre 2009.  
Ponente: D. Manuel Marchena Gómez

### Atenuante analógica de cuasiprescripción en delito continuado de abusos sexuales

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito continuado de abusos sexuales. El TS dicta segunda sentencia por la que establece la atenuante analógica de cuasiprescripción del art. 21,6 CP 95, procediendo imponer al acusado la pena en su extensión mínima, ya que no es descartable la posibilidad de extender el ámbito material de la atenuante de dilaciones indebidas a supuestos distintos de los hasta ahora considerados por esta Sala, y el transcurso desmesurado del tiempo, provocado de forma voluntaria por el perjudicado, no debería excluir la posibilidad de un tratamiento específico por la vía de la atenuación analógica invocada.

2009/225085

TS Sala 2ª, Sentencia 29 septiembre 2009.  
Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

### Consumación del delito contra la salud pública

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados

contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. Dice el Alto Tribunal que la cuestión consumativa queda circunscrita al significado que se atribuya al término "posesión", en la que se acoge la tesis de que tanto remitente como destinatario son jurídicamente poseedores en cuanto tienen poder de disposición sobre la droga, ya que la puesta a disposición de la mercancía -según términos mercantilistas- equivale a la entrega. Bastaría con esa posesión mediata aunque no se alcance la posesión material de la droga por la intervención policial en una entrega controlada, siempre que exista un acuerdo con el remitente.



TS  
CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO

2009/234732

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 1 octubre 2009.  
Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí

### Inadmisión del recurso de casación deducido contra sentencias basadas en derecho autonómico

El TS declara la inadmisibilidad del rec. de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra sentencia que anuló el art. 22,8.b) de la Ordenanza de Protección de la Atmósfera por Formas de Energía, pues siendo evidente que la sentencia impugnada utiliza para resolver el recurso normas legales y reglamentarias que son propias de la Comunidad de Madrid y, por tanto, derecho autonómico, cuya aplicación e interpretación corresponde al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, es claro que frente a esta sentencia, que acotó el tema de la controversia y por tanto, su "ratio decidendi", en dirimir,

si el Ayuntamiento de Madrid tenía competencia para acordar la medida establecida en el art. 22,8.b) de la Ordenanza parcialmente impugnada, no cabe recurso de casación, puesto que si bien el art. 86 LJCA permite con carácter general la interposición de recurso de casación contra las sentencias que dicten las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, exceptúa de esa regla aquellas sentencias a las que se refiere el número 2 del precepto, y en el número 4 también exceptiona las sentencias que siendo susceptibles de recurso de casación por aplicación de los apartados precedentes hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los TSJ, que sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o comunitario europeo que sean relevantes y determinantes del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.



TS  
SOCIAL

2009/217627

TS Sala 4ª, Sentencia 13 julio 2009.  
Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

### Inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo frente al INSS

Desestima el TS el recurso de casación interpuesto por la federación accionante contra el auto que declaró la inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo seguido frente al INSS sobre derecho a computar el periodo que excede del servicio obligatorio de los militares en prácticas a efectos de cómputo recíproco de cotizaciones. Explica la Sala que en lo relativo a la cotización, el orden social no tiene jurisdicción para conocer la petición que se formula, que queda fuera del ámbito del proceso de conflicto colectivo, entendiéndose éste como conflicto entre la representación colectiva de los trabajadores y el empresario o sus organizaciones representativas, que no puede extenderse a los organismos gestores de la seguridad social.