



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 2846

Madrid, lunes 21 de junio de 2010



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/21718

TS Sala 3ª, Sección 2, Sentencia 1 marzo 2010. Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

Notificación al sujeto pasivo de la iniciación del procedimiento sancionador

El TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina formulado por la entidad Parques Urbanos, anula la sentencia de la Audiencia Nacional, y estimando el recurso contencioso-administrativo, ordena la anulación del acto administrativo sancionador dictado por la Oficina Nacional de Inspección, derivado de una liquidación por el concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido por la comisión de dos infracciones tributarias. La Sala rechaza la tesis seguida por el tribunal "a quo" de que el plazo perentorio del art. 49, 2, j) RGIT sólo resultara aplicable cuando el actuario hubiera hecho constar en el acta la improcedencia de incoar el procedimiento sancionador, pero no cuando prosiguiera su inicio o guardara silencio sobre el particular, supuestos en los que la decisión de abrir el expediente sancionador podría dilatarse cuatro años más, esto es, hasta el plazo de prescripción. Asimismo, afirma que el artículo en cuestión exige que se notifique al sujeto pasivo la iniciación del procedimiento sancionador, dentro del plazo señalado, constituyendo la notificación dentro de dicho plazo un requisito inexcusable para la eficacia del correspondiente acto administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna, mediante este recurso de casación en unificación de doctrina, la sentencia de fecha 23 de mayo de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo 559/02, interpuesto contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 22 de mayo de 2002, parcialmente estimatoria -anula la sanción correspondiente al ejercicio 1991- de la reclamación deducida contra el Acuerdo de la Oficina Nacional de Inspección de 24 de marzo del 2000, de imposición de sanciones derivadas de una liquidación por el concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido por la comisión de dos infracciones tributarias tipifica-

das en el artículo 79 de la Ley General Tributaria y por cuantía de 141.430,17 euros.

SEGUNDO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina, regulado en la Sección Cuarta, Capítulo III, Título IV (arts. 96 a 99) de la Ley procesal de esta Jurisdicción, se configura como un recurso excepcional y subsidiario respecto del de casación propiamente dicho, que tiene por finalidad corregir interpretaciones jurídicas contrarias al ordenamiento jurídico, pero sólo en cuanto constituyan pronunciamientos contradictorios con los efectuados previamente en otras sentencias específicamente invocadas como de contraste, respecto de los mismos litigantes u otros en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente igua-

les. "Se trata, con este medio de impugnación, de potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación -siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia-, sino "sólo" cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido las resoluciones judiciales específicamente enfrentadas... No es, pues, esta modalidad casacional una forma de eludir la inimpugnabilidad de sentencias que, aun pudiéndose estimar contrarias a Derecho, no alcanzan los límites legalmente establecidos para el acceso al recurso de casación general u ordinario, ni, por ende, una última oportunidad de revisar jurisdiccionalmente sentencias eventualmente no ajustadas al ordenamiento para hacer posible una nueva consideración del caso por ellas decidido. Es, simplemente, un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular, sí, sentencias ilegales, pero sólo si estuvieran en contradicción con otras de Tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo específicamente traídas al proceso como opuestas a la que se trate de recurrir" (S.15-7-2003).

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

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

SUMARIO

TS

CIVIL

Reclamación de Mutu-
alidad Notarial en atención
a derechos arancelarios
adeudados 8

Crónica deportiva en
relación a personaje públi-
co dentro del ámbito de
la libertad de expresión 10

PENAL

Apropiación indebida de
dinero obtenido por ven-
ta de vivienda habitual 11

ADMINISTRATIVO

Notificación al sujeto pasi-
vo de la iniciación del pro-
cedimiento sancionador 1

SOCIAL

Improcedente despido de
conductor de buque con
contrato eventual fraudu-
lento 13

Personal laboral del SER-
MAS sin derecho a gratifi-
cación a cuenta del siste-
ma de carrera profesional 14

RS RESEÑA DE
SENTENCIAS 16

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

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

Sobre el alcance de la exigencia o carga procesal impuesta al recurrente de reflejar en el escrito de interposición la relación precisa y circunstanciada de las referidas identidades, se pronuncia la sentencia de 3 de marzo de 2005, señalando que “Como decían muy expresivamente las sentencias de 29 de septiembre de 2003 (recurso núm. 312/2002) y 10 de febrero de 2004 (recurso núm. 25/2003), no es la primera vez que nuestra Sala ha tenido ocasión de comprobar que quienes hacen uso de este recurso de casación excepcional centran su discurso casi exclusivamente en la demostración de que la doctrina de la sentencia impugnada está en contradicción con las sentencias de contraste y prestan, en cambio, muy escasa e incluso ninguna atención a los requisitos de identidad sustancial entre hechos, fundamentos y pretensiones de una y otra sentencia (art. 96.1 de la L.J.C.A.).

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

Queremos decir con esto que, al conocer de este tipo de recursos, nuestra Sala tiene que empezar por determinar si existe igualdad sustancial entre

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

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

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

TERCERO.- El análisis de la Sentencia de 23 de mayo de 2005 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, objeto de recurso, y de las sentencias de 23 de julio de 2003 y 29 de abril de 2005 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, pone claramente de manifiesto que tanto los hechos como los razonamientos jurídicos que fundamentan el fallo en las citadas Sentencias son análogos y, por tanto, sería posible apreciar la contradicción de doctrinas denunciada, siempre y cuando se acredite que la doctrina de la sentencia combatida no es la correcta.

Así, como hemos señalado, la Sentencia de 23 de mayo de 2005 de

la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, asumiendo íntegramente la tesis mantenida por Inspección de los Tributos, fundamenta el fallo desestimatorio en la interpretación que hace del artículo 49.2.j) del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, en los siguientes términos:

“En el presente caso la autorización de iniciación del expediente sancionador es anterior a la conclusión del expediente de inspección y por tanto al acta de disconformidad por lo que no era necesario someter al superior jerárquico la necesidad de inicio del expediente sancionador, ya que dicho órgano al autorizar el inicio deja al actuario la posibilidad de acordar dicho inicio sin necesidad de una orden ulterior, así es indiferente que la autorización se haya notificado al interesado, porque lo relevante es que de entre las formas previstas en el artículo 29 antes citado de iniciar el procedimiento sancionador la que se ha seguido es la iniciación de oficio por el actuario, previa autorización del superior, y no mediante orden del superior jerárquico, que es la que se encuentra sometida al plazo del artículo 60.4 también citado. No existe orden de inicio del expediente sancionador por el superior y por tanto no rige el plazo para dicha orden.

Por ello no se da el presupuesto fáctico para la aplicación del artículo 49.2 del Real decreto 939/1986 ya que no era necesario obtener una autorización para el inicio del expediente sancionador de la que ya se disponía.

Y esta interpretación encuentra apoyo en la doctrina declarada por el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de septiembre de 2002, dictada en recurso de casación en interés de Ley número 3433/2001, que distingue entre actas de conformidad y disconformidad (...). Pues bien, la idea central, como se recoge en la sentencia citada, lo es el supuesto del Inspector Jefe en desacuerdo con el actuario, que hace necesaria su intervención para ordenar el inicio del expediente sancionador. Pero el presente caso, y encontrándonos ante un acta de disconformidad, no existe el presupuesto por el cual el Inspector Jefe discrepe del actuario, ya que ante la autorización para iniciar las actuaciones inspectoras, nada se incluye ni en el acta de Inspección ni en el informe ampliatorio -ambos constan en el expediente administrativo-, de lo que deducir que el actuario considere inadecuado iniciarlas, y

se limita a seguir la autorización que se le ha concedido. Por ello no existe orden del superior jerárquico para el inicio del expediente sancionador. Es correcta por tanto la interpretación de la Administración en este punto.”

Ahora bien, del examen de las sentencias invocadas de contraste, se evidencia la concurrencia de pronunciamientos contradictorios entre éstas y la ahora recurrida, reforzando además esa triple identidad con la circunstancia de que en la sentencia de contraste de fecha 29 de abril de 2005, el recurrente es también la entidad Parques Urbanos, S.A. Los fundamentos nucleares que las referidas sentencias articulan para estimar el recurso son los siguientes:

“Cuarto.- Se encuentra en el origen del presente recurso el acta de liquidación de conformidad formalizada al obligado tributario el 15 de julio de 1999, por IVA de los ejercicios 1991 a 1994. En dicha acta explica la inspección que procedía a modificar las cuotas declaradas en su día por el sujeto pasivo como deducibles por falta de acreditación, así como consideró improcedente una deducción por anomalías en las facturas del año 1992.

Pero en ningún momento alude el acta a la ausencia de motivos para proceder a la apertura de procedimiento sancionador.

Estimamos que, en este caso, es aplicable el plazo del artículo 49 del RD 939/86 que acabamos de citar, siguiendo la doctrina establecido para un caso similar en la sentencia del Tribunal Supremo en interés de ley, de 21 de septiembre de 2002, que entendemos aplicable al caso.

En dicha sentencia, el TS confirma la sentencia del TSJ de La Rioja, de 16 de abril de 2001 (recurso 365/1999), que afirmaba que el artículo 49.2.j) RGIT exige que se notifique al sujeto pasivo la iniciación del procedimiento sancionador, dentro del plazo señalado, constituyendo la notificación dentro de dicho plazo un requisito inexcusable para la eficacia del correspondiente acto administrativo, por lo que habiendo transcurrido en el caso examinado por el TSJ de La Rioja más de 1 mes desde la incoación del acta, sin que se notificase a la entidad mercantil interesada la incoación del procedimiento sancionador, la Administración no podía ya iniciarlo.

EL T.S. señala en la sentencia que hemos citado que “si el acta se ha

extendido de conformidad...sin que se expongan los motivos por los que el actuario no estima justificada la iniciación del procedimiento sancionador..." -que es exactamente el caso al que se refiere también el presente recurso- "...no hay ninguna modificación en el plazo de 1 mes concedido por el precepto reglamentario para que el Inspector Jefe pudiera ordenar el inicio del procedimiento sancionador..."

QUINTO.- Como en este caso el acta de conformidad, extendida sin que se expongan los motivos por los que el actuario no estima justificada la iniciación del procedimiento sancionador, es de fecha 15 de julio de 1999, mientras que el Acuerdo de inicio del expediente sancionador es de 27/9/99, notificado a la sociedad actora el mismo día, es claro que entre dicha acta y la iniciación del procedimiento sancionador ha transcurrido un plazo superior a 1 mes, por lo que dicho procedimiento no podía ya iniciarse.

El Abogado del Estado alega que existe una autorización para iniciar el procedimiento sancionador de fecha 24 de junio de 1999, por tanto anterior incluso al acta de conformidad, pero la Sala entiende que el artículo 49.2.j) RGIT no se está refiriendo a tal autorización para iniciar el expediente sancionador, sino a la propia orden de su inicio, que es la que contiene el Acuerdo de 27/9/99. Por otro lado, no se notifica la autorización para iniciar el expediente, sino únicamente el Acuerdo de inicio del expediente sancionador, por lo que únicamente este documento puede surtir efectos frente a terceros.

Por lo anterior, procede la estimación del recurso contencioso administrativo, con anulación de las Resoluciones impugnadas."

Lo que evidentemente refleja una contradicción con el pronunciamiento de la Audiencia Nacional que se combate, en cuanto a la aplicabilidad del plazo contemplado en el artículo 49.2.j del Real Decreto 939/1986 con independencia de que sea necesaria la orden del superior jerárquico para iniciar los expedientes e indistintamente también de que sea sometida o no a ese superior la posibilidad del inicio de los mismos.

No obstante, y como también se avanzaba anteriormente, la concurrencia de la contradicción resulta necesaria pero no suficiente para estimar la pretensión casacional de la recurrente, pues debe asimismo acreditarse que la doctrina de la sentencia impugnada es incorrecta. Y en este sentido, impuesto el examen de la más reciente doctrina de esta Sala sobre el particular, se advierte que la doctrina de la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional en su sentencia de 23 de mayo de 2005 no es la correcta. Y ello porque en la Sentencia de esta Sala y Sección de 23 de marzo de 2009

(rec. 1455/2006) recogiendo una consolidada doctrina jurisprudencial, se analiza y resuelve esta cuestión de manera inequívoca:

"Cuarto.- La cuestión que plantea la representación pública ha sido resuelta por esta Sección en su Sentencia de 16 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 8525/2004), a cuyos fundamentos de derecho debemos necesariamente remitirnos en su integridad. En dicha Sentencia, afirmamos que el art. 49.2.j) del R.G.I.T. resultaba aplicable con independencia de que el actuario hubiera o no hecho constar en el acta la procedencia de la apertura de un procedimiento sancionador, declaramos la compatibilidad de dicho precepto con el instituto de la prescripción y con la previsión del art. 105.2 L.G.T., y, en fin, en la línea de lo que mantiene la Audiencia Nacional en la Sentencia impugnada, sostuvimos que, en la medida en que la orden a que se remite el referido art. 49.2.j) tiene una clara incidencia negativa en la posición jurídica del obligado tributario, debe ir seguida de la notificación a los sujetos afectados de la iniciación en plazo del expediente sancionador. Los argumentos que nos llevaron a tales conclusiones se encuentran en los fundamentos de derecho Cuarto a Décimo de la citada Sentencia, que a continuación reproducimos:

"Cuarto.- Entrando ya en el examen de la interpretación que debe darse al último párrafo del art. 49.2 R.G.I.T., y cuál debe ser su aplicación al caso que examinamos, debemos recordar que, conforme a la Sentencia de 15 de julio de 2004 de la Audiencia Nacional, una interpretación del art. 49.2.j) R.G.I.T. "acorde con su propio tenor literal" conduce a la conclusión de que "el plazo previsto en el referido precepto no resulta aplicable con carácter general", "esto es, con independencia de que el actuario haya hecho o no figurar en el acta la ausencia de motivos para, a su juicio, proceder a la apertura del procedimiento sancionador, sino sólo en aquellos casos en que tal circunstancia se haya hecho constar de forma expresa" (FD Cuarto). A la dicción literal del precepto acude asimismo el Abogado del Estado cuando subraya que el citado art. 49.2.j) R.G.I.T., después de señalar que "en su caso" el actuario hará constar en el acta la ausencia de motivos para proceder a la apertura de procedimiento sancionador, dispone a continuación que "a estos efectos" si transcurren los plazos fijados y no se hubiera ordenado el inicio de procedimiento sancionador, éste ya no podrá iniciarse, "conclusión -afirma- que es lógica y es congruente siempre que, en efecto, el actuario haya hecho constar en el (a)cta la ausencia de motivos para proceder a la apertura de procedimiento sancionador" (...).

Ciertamente, hay que reconocer que la redacción de la norma que examinamos no es clara, ya que no

resulta fácil precisar cuáles son esos "efectos" a los que se refiere el reglamento. Pero también es verdad que la interpretación de la literalidad del art. 49.2.j) R.G.I.T. efectuada por el Abogado del Estado ni es la única posible, ni resulta la más acertada si, como es preceptivo, se aplican el resto de los criterios hermenéuticos que establece el art. 3.1 del Código Civil. En particular, como en seguida expondremos, una interpretación de la norma que examinamos, desde una perspectiva lógica, a la luz del sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto y, sobre todo, que tenga en cuenta su espíritu y finalidad, lleva a la conclusión de que

■
*"...aunque tanto el
 instituto de la
 prescripción como el
 plazo perentorio para
 iniciar el procedimiento
 sancionador tienen
 como última ratio la
 protección de la
 seguridad jurídica, en la
 medida en que parten de
 presupuestos diversos,
 tienen un régimen
 jurídico diferente, y, en
 suma, se mueven en
 planos distintos y
 pueden operar de
 manera independiente,
 no es posible apreciar
 incompatibilidad alguna
 entre el art. 49.2.j)
 R.G.I.T. y los arts. 24 de
 la Ley 1/1998, y 64 y 65,
 ambos de la L.G.T."*

el plazo preclusivo para iniciar el expediente sancionador que establece resulta aplicable en cualquier caso, esto es, con independencia de que se haya hecho constar o no en el acta la pertinencia de iniciar un expediente sancionador contra el obligado tributario objeto de inspección.

Quinto.- Así es, en primer lugar, como hemos adelantado, desde un punto de vista gramatical, la propia dicción del precepto permite interpretar, sin forzar los términos que emplea, que "a estos efectos" significa que la introducción de este nuevo plazo lo es a los efectos de proceder a la apertura de procedimiento sancio-

nador. La conclusión de que no resulta correcto interpretar, como hacen el Abogado del Estado y la Sentencia impugnada en esta sede, el párrafo donde se fija el plazo preclusivo conectándolo con el que establece la posibilidad de hacer constar en el acta la ausencia de motivos para imponer sanciones, se ve reforzada por el hecho de que aquél se halla claramente separado de éste por un punto y aparte, que, conforme al Diccionario Panhispánico de Dudas de la Real Academia Española, es "el que separa dos párrafos distintos, que suelen desarrollar, dentro de la unidad del texto, ideas o contenidos diferentes", circunstancia que ha determinado que, por ejemplo, en algunas ocasiones, al mantener una interpretación idéntica a la que aquí sostenemos, el propio T.E.A.C. haya hecho referencia, no al art. 49.2.j) R.G.I.T., sino al último párrafo del art. 49.2 R.G.I.T. (en este sentido, Resoluciones de 26 de abril de 2002, FD 3; de 15 de junio de 2005, FD 17; y de 15 de marzo de 2007, FD 7).

A la misma conclusión de la necesidad de aplicar el plazo preclusivo establecido en el art. 49.2.j) R.G.I.T. se llega si se hace una interpretación del precepto atendiendo al espíritu y finalidad de la norma. A este respecto, es preciso recordar, en primer lugar, que el origen del art. 49.2.j) R.G.I.T., redactado por la disposición final primera del Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, se encuentra en la reforma operada por la Ley 1/1998, de 26 de febrero, que, como es sabido, en su art. 34 estableció la separación entre los procedimientos destinados a liquidar y a sancionar al disponer que "(l)a imposición de sanciones tributarias se realizar(ía) mediante un expediente distinto o independiente del instruido para la comprobación e investigación de la situación tributaria del sujeto infractor".

Y conviene asimismo señalar que, antes de la vigencia de la Ley 1/1998, los procedimientos destinados a liquidar la deuda tributaria (de comprobación e investigación) y a sancionar estaban confundidos en uno solo. De este modo, en la propuesta de regularización de la "situación tributaria" que debían contener las actas de inspección (salvo las de comprobado y conforme), de acuerdo con el Real Decreto 1930/1998, en su redacción originaria, el actuario debía incluir, entre otros extremos, amén de la oportuna referencia a la cuota tributaria y los intereses de demora, en su caso, "las infracciones que apreci(ara)", y "las sanciones pecuniarias aplicables, con especificación de los criterios para su graduación" (art. 49.2.e) R.G.I.T.), o, lo que es igual, una propuesta de resolución sancionadora; y, como lógico corolario, en el acto administrativo de liquidación tributaria (art. 60.1, párrafo primero, R.G.I.T.), el Inspector Jefe no sólo debía acordar -confirmando o no la propuesta del actuario- la liquidación de la cuota y

los intereses, sino también imponer -motivadamente- las sanciones que pudieran corresponder por las conductas infractoras, de manera que, en principio, puede afirmarse que la ausencia de referencia expresa a las mismas equivalía a la declaración implícita de su no procedencia. En definitiva, antes de la entrada en vigor de la Ley 1/1998, la Inspección de los Tributos sólo podía sancionar en el momento de dictar la liquidación tributaria (que, en esta medida, podía tener naturaleza tributaria y punitiva) -un mes desde la fecha del acta, en las actas de conformidad (art. 60.2 R.G.I.T.), y dentro del mes siguiente al término del plazo para formular alegaciones, en las de disconformidad (art. 60.4 R.G.I.T.)-, de manera que la práctica de una liquidación que no incluía sanciones suponía un acto declarativo de derechos que impedía su imposición posterior, salvo que se procediera a anularlo a través de los procedimientos especiales de revisión.

Como hemos dicho, esta situación cambia con la aprobación de la Ley 1/1998, que establece la separación de procedimientos, y con el Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla el régimen sancionador tributario y se introducen las adecuaciones necesarias en el Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos.

En este sentido, es preciso advertir que la Ley 1/1998, en su Exposición de Motivos, ponía de manifiesto que las modificaciones que incorporaba iban dirigidas, “por una parte, a reforzar los derechos del contribuyente y su participación en los procedimientos tributarios y, por otra, y con esta misma finalidad, a reforzar las obligaciones de la Administración tributaria, tanto en pos de conseguir una mayor celeridad en sus resoluciones, como de completar las garantías existentes en los diferentes procedimientos”, y destacaba entre las medidas que perseguían dichos objetivos la separación de los procedimientos destinados a liquidar y sancionar; y también conviene subrayar que, en la misma línea, el Preámbulo del Real Decreto 1930/1998 recalca que la Ley 1/1998 “ha(bía) introducido modificaciones esenciales en el ordenamiento jurídico vigente con la finalidad de reforzar la seguridad jurídica en el marco tributario, así como los derechos y garantías del contribuyente en los procedimientos tributarios”, y que “en materia sancionadora estas orientaciones se ha(bían) considerado prioritarias”, razón por la cual “la citada Ley ha(bía) establecido, con vistas al mejor cumplimiento de los objetivos propuestos, que la imposición de sanciones tributarias se reali(zara) mediante un expediente distinto o independiente del instruido para la comprobación e investigación de la situación tributaria del sujeto infractor”.

Como es sabido, esta separación de procedimientos ordenada por la Ley 1/1998 determinó que, aunque no existiera obstáculo alguno para que se procediera a la apertura del procedimiento sancionador en cualquier momento del procedimiento de comprobación e investigación, el Real Decreto 939/1986 (arts. 63.bis.1, párrafo segundo; y 49.2.j)) y el Real Decreto 1930/1998 (art. 29.2) partieran de la premisa de que -al menos en la mayoría de los casos- el expediente sancionador debía comenzar una vez concluidas las actuaciones de comprobación y -en el procedimiento inspector- se hubiera incoado el acta (en este sentido, art. 14.2.1.a) de la Instrucción 9/1998, del Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria). Además de las citadas normas reglamentarias, la existencia de un plazo de caducidad de 6 meses del procedimiento sancionador (arts. 34.3 de la Ley 1/1998 y 36.1 del Real Decreto 1930/1998) -con la posibilidad de que prescribiera algún ejercicio de la acción de la Administración dirigida a imponer sanciones- no recomendaba su iniciación antes de que, tras las actuaciones de comprobación, la Administración contara con los datos precisos para cuantificar la sanción, lo cual, normalmente, sucedía una vez concluido el procedimiento de inspección.

Pues bien, habiéndose producido la separación de procedimientos, como hemos dicho, con la finalidad de fortalecer los derechos y garantías de los obligados tributarios en el procedimiento sancionador -especialmente, la seguridad jurídica-, y reforzar las obligaciones de la Administración tributaria “en pos de conseguir una mayor celeridad en sus resoluciones”, parece lógico interpretar que con el art. 49.2.j) R.G.I.T. se pretendió establecer un plazo máximo para que, en cualquier caso, la Inspección tributaria iniciara el expediente sancionador; plazo preclusivo que, por otro lado, no tendría otro objetivo que el de asegurar al obligado tributario objeto de comprobación e investigación que, tal y como acontecía cuando el acto administrativo de liquidación contenía también -en su caso- la resolución sancionadora, una vez transcurrido el plazo para dictar la liquidación la Administración tributaria ya no pudiera acordar la imposición de medidas punitivas, salvo que resultara procedente la revisión de oficio del acto administrativo.

Es evidente que ese objetivo de potenciar la seguridad jurídica de los contribuyentes y reforzar las obligaciones de la Administración tributaria se vería defraudado si, como mantienen la Sentencia de la Audiencia Nacional impugnada y el Abogado del Estado, el plazo perentorio del art. 49.2.j) R.G.I.T. sólo resultara aplicable cuando el actuario hubiera hecho constar en el acta la improcedencia de incoar el procedimiento sancionador, pero no cuando

propusiera su inicio o guardara silencio sobre el particular, supuestos en los que la decisión de abrir el expediente sancionador podría dilatarse cuatro años más, esto es, hasta el plazo de prescripción establecido entonces en los arts. 64.c) L.G.T., redactado por la Ley 1/1998, y 24.c) de esta última Ley (teniendo en cuenta que, conforme al art. 66.1.a) L.G.T., redactado por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, la prescripción de la acción para sancionar se interrumpía por cualquier actuación administrativa dirigida a regularizar y liquidar el tributo).

Resulta palmario que esta última interpretación dejaría en manos del actuario la efectividad de la medida establecida para reforzar los derechos de los obligados tributarios objeto de comprobación e investigación, dado que aquel podría fácilmente eludir el plazo preclusivo fijado en el art. 49.2.j) R.G.I.T. mediante el simple expediente de omitir en el acta cualquier referencia acerca de la existencia o no de motivos para la iniciación del procedimiento sancionador, resultado que, en la medida en que prolonga la incertidumbre del contribuyente y refuerza la autonomía del poder público para actuar en un campo en el que están comprometidos los derechos y garantías del art. 24.2 CE, no puede -no debe- haber sido querido por la norma.

En fin, atendiendo siempre a la voluntad expresada en las Exposiciones de Motivos de la Ley 1/1998 y del Real Decreto 1930/1998 de fortalecer los derechos de los obligados tributarios y las obligaciones de la Administración tributaria, desde una perspectiva lógica, carecería de sentido que la Administración tributaria viniera sujeta al plazo preclusivo establecido en el art. 49.2.j) R.G.I.T. cuando el actuario hiciera constar expresamente en el acta la improcedencia de incoar un procedimiento sancionador y no cuando guardara silencio sobre el particular, supuesto este último en el que la inseguridad o incertidumbre del obligado tributario respecto de cuál es el criterio de la Inspección sobre el particular y la conducta que cabe razonablemente esperar del poder público es aún mayor.

La misma conclusión se obtiene si realizamos una interpretación sistemática del precepto. A este respecto, conviene subrayar que, también con la finalidad de fortalecer la seguridad jurídica de los obligados tributarios y conseguir una mayor celeridad en las resoluciones de la Administración tributaria, la Ley 1/1998 estableció en su art. 34.3 un plazo máximo de resolución del expediente sancionador de seis meses; y que, en desarrollo de dicho precepto, el art. 36.1 del Real Decreto 1930/1998 -la misma norma, insistimos, que introdujo el art. 49.2.j) R.G.I.T. que ahora examinamos- señaló que “el plazo máximo para resolver el procedimiento ser(ía) de seis meses, a contar desde

la fecha de notificación al contribuyente de la iniciación del expediente sancionador”, transcurrido el cual “se entender(ía) caducado el procedimiento y se proceder(ía) al archivo de las actuaciones”. En este contexto, no parece muy coherente que la misma norma -el Real Decreto 1930/1998 -, guiada por idéntico objetivo -no prolongar la incertidumbre de quien pudiera resultar inculpada-, estableciera un plazo máximo de caducidad para concluir el procedimiento sancionador y no fijara con carácter general un plazo mínimo para iniciarlo, salvo el de cuatro años de prescripción, generando, de este modo, una mayor inseguridad que la motivada por la falta de resolución en plazo.

En la misma línea, tampoco resulta ocioso recordar que, siempre con el mismo propósito de reforzar la seguridad jurídica, la Ley 1/1998 incorporó el plazo máximo de interrupción injustificada de las actuaciones inspectoras de seis meses fijado hasta entonces únicamente en el art. 31.3 R.G.I.T., otorgándole rango legal (art. 29.3), y, asimismo, estableció como novedad que las “actuaciones de comprobación e investigación y las de liquidación llevadas a cabo por la Inspección de los Tributos deber(ían) concluir en el plazo máximo de doce meses a contar desde la fecha de notificación al contribuyente del inicio de las mismas”, ampliable, en determinados casos, por otros doce meses (art. 29.1). Y no parece lógico y consecuente que el ordenamiento no permitiera que el procedimiento inspector se detuviera injustificadamente más de seis meses y que durara -con carácter general- más de un año provocando, en ambos casos, la inobservancia de los citados plazos, que “no se consider(ara) interrumpida la prescripción como consecuencia de tales actuaciones” (art. 29.3)- y, sin embargo, autorizara, como mantiene la Sentencia de la Audiencia Nacional aquí impugnada y el Abogado del Estado, que, una vez concluido aquel, salvo cuando el actuario hubiera hecho constar en el acta la ausencia de motivos para imponer sanciones, la Administración dispusiera de un plazo completo de prescripción para iniciar el procedimiento sancionador, cuando es, precisamente, el procedimiento en el que se ejerce el ius puniendi del Estado, el que debe estar rodeado de mayores garantías.

SEXTO.- Las conclusiones que hemos alcanzado vienen reforzadas por la evolución legislativa de la materia, a la que, como hemos puesto de manifiesto en el fundamento de derecho Tercero, aludí expresamente la Sentencia de esta Sección de 4 de julio de 2005. En particular, como señalamos en dicha Sentencia, es evidente que la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, al añadir un nuevo apartado 6 al art. 81 de la L.G.T., en virtud del cual “los procedimientos sancionadores que se incoen como

consecuencia de un procedimiento de comprobación e investigación no podrán iniciarse una vez transcurridos tres meses desde que se hubiese notificado o se entendiese notificada la correspondiente liquidación”, estaba mostrando la preocupación del legislador por resolver los problemas derivados de la interpretación del art. 49.2.j) R.G.I.T. Problemas que resolvió mediante un precepto, de redacción mucho más clara, que amplía el plazo preclusivo, de uno a tres meses, y retrasa su inicio al momento de la notificación de la liquidación. No otra cosa puede deducirse de la Exposición de Motivos de dicha Ley 53/2002 cuando -hay que reconocer que con una dicción menos inteligible- señalaba que “la experiencia acumulada desde la introducción de un procedimiento sancionador separado por la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, determina(ba) la conveniencia de fijar con carácter general un plazo, hasta ahora inexistente, para el inicio de los expedientes sancionadores derivados de las actuaciones de comprobación e investigación”.

En efecto, pese a la ambigua redacción del párrafo transcrito, por un lado, cuando afirmaba que el art. 81.6 L.G.T. establecía un plazo para el inicio de los expedientes sancionadores “hasta ahora inexistente”, dado que no es posible que el legislador desconociera la existencia del plazo perentorio regulado en el art. 49.2.j) R.G.I.T., aplicable, al menos, y sin discusión, para los casos en que en las actas se expresaba la inexistencia de motivos para abrir un procedimiento sancionador, es evidente que la Exposición de Motivos sólo podía estar pretendiendo afirmar que el referido plazo, regulado hasta ese momento en una norma reglamentaria, se incorporaba por primera vez a la propia L.G.T., texto básico en la materia. Y, por otro lado, es evidente que cuando aludía al “carácter general” de la regulación dicha Exposición de Motivos estaba haciendo mención a la unificación del término máximo de iniciación de los procedimientos sancionadores para los supuestos de actas de conformidad y de disconformidad, y a la circunstancia de que el mismo se computaba, en ambos casos, desde la notificación de la liquidación. Y todo ello se hacía aprovechando “la experiencia acumulada” desde la entrada en vigor de la Ley 1/1998, esto es, la experiencia derivada de los problemas interpretativos a que dio lugar el último párrafo del art. 49.2 y de la brevedad de los plazos allí dispuestos, que, como es sobradamente conocido (y se desprende de los numerosos pronunciamientos de Tribunales de instancia, entre ellos la propia Audiencia Nacional, que anularon procedimientos sancionadores en aplicación de dicho precepto), condujo a su incumplimiento en un buen número de casos.

En fin, indudablemente, en la misma línea de la interpretación que

propugnamos del art. 49.2.j) R.G.I.T. y del art. 81.6 L.G.T., redactado por la Ley 53/2002, se inserta el vigente art. 209.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, cuando dispone que “(l)os procedimientos sancionadores que se incoen como consecuencia de un procedimiento iniciado mediante declaración o de un procedimiento de verificación de datos, comprobación o inspección no podrán iniciarse respecto a la persona o entidad que hubiera sido objeto del procedimiento una vez transcurrido el plazo de tres meses desde que se hubiese notificado o se entendiese notificada la correspondiente liquidación o resolución”.

En definitiva, y para concluir, puede sostenerse que la evolución posterior de la normativa pone claramente de manifiesto que existía previamente un plazo preclusivo para iniciar el procedimiento sancionador regulado en el último párrafo del art. 49.2 R.G.I.T., precepto cuya aplicación en la práctica, por su confusa redacción, así como por la brevedad del plazo que establecía y la dificultad en su cómputo, resultó de muy difícil cumplimiento para la Administración tributaria. Para atajar estos problemas se procedió a introducir normas más claras y que llevan a cabo una nueva ponderación entre las garantías de los contribuyentes en el procedimiento punitivo (fundamentalmente, la seguridad jurídica) y el objetivo de la eficacia administrativa en el ejercicio del ius puniendi del Estado (mediante un alargamiento de los plazos).

SÉPTIMO.- Sentado lo anterior, conviene seguidamente precisar que la interpretación del art. 49.2.j) R.G.I.T. que acabamos de establecer no contradice la regulación que de la prescripción establecían los arts. 24 de la Ley 1/1998, y 64 y 65, ambos de la L.G.T., ni, como plantea expresamente el Abogado del Estado, el mandato del art. 105 L.G.T.

En este sentido, conviene comenzar poniendo de relieve que, como es sabido, la prescripción (de derechos o acciones, como señala el art. 1930 del Código Civil) no es el único instituto previsto por el legislador al servicio de la seguridad jurídica. Partiendo de esta premisa -y centrándonos en el objeto del debate-, es evidente que el establecimiento como plazo máximo para iniciar el procedimiento sancionador el de un mes desde la fecha del acta (si esta es de conformidad) o el del mes siguiente al término del plazo para formular alegaciones (si se trata de actas de disconformidad), no contradice el plazo de cuatro años de prescripción de la “acción para imponer sanciones tributarias” que prevén los citados arts. 24 de la Ley 1/1998 y 64 L.G.T. Así, es pacífico que la prescripción en el ámbito punitivo encuentra su justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado en el art.

9.3 CE (en relación con el ámbito penal, véanse, entre otras, las SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3; y 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2) y supone una autolimitación o renuncia del Estado al ejercicio del ius puniendi (también en relación con la prescripción penal, véanse, además de las citadas anteriormente, las SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 3 a); 65/2001, de 17 de marzo, FJ 3 a); 62/2001, de 1 de marzo, FJ 3 a);

■

“...para llegar a la conclusión de que el plazo preclusivo establecido en el precepto que examinamos sólo se aplica cuando el actuario ha hecho constar expresamente en el acta que no resulta oportuna la incoación de un procedimiento sancionador, la Sentencia de la Audiencia Nacional aquí impugnada parte de la premisa de que el art. 49.2.j) R.G.I.T. regula “un nuevo tipo de acto tácito o presunto” que sólo puede tener lugar en dichos supuestos, pero no cuando el funcionario ha propuesto la imposición de sanciones o ha guardado silencio sobre el particular...”

■

68/2001, de 17 de marzo, FJ 6 a); 69/2001, de 17 de marzo, FJ 34 a); 70/2001, de 17 de marzo, FJ 3; 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5; y 29/2008, de 20 de febrero, FJ 11), renuncia que, en el ámbito que examinamos, se entiende producida cuando la Administración tributaria no realiza las actuaciones de comprobación e investigación dirigidas a la averiguación y sanción de la infracción tributaria durante el período de cuatro años establecido en la Ley.

La previsión del art. 46.2.j) R.G.I.T., sin embargo, estando también indudablemente al servicio de la seguridad jurídica de los obligados tributarios, presupone la existencia de previas actuaciones inquisitivas -inspectoras- de la Administración, y persigue que, una vez que la Inspección tributaria ha concluido la comprobación e investigación de la situación tributaria del contribuyente, reflejando el resultado en el acta, y, por tanto, tiene ya -o debiera tener- elementos de juicio suficientes para decidir si resulta procedente o no la apertura de un procedimiento sancionador, no dilate indebidamente la situación que supone para el administrado la virtual amenaza de una sanción administrativa.

Por otro lado, resulta evidente que el régimen jurídico de las dos instituciones que estamos examinando son completamente diferentes. En particular, mientras que el plazo de prescripción de la acción para imponer sanciones se computa, ex art. 65 L.G.T., “desde el momento en que se cometieron las respectivas infracciones”, el que establece el art. 49.2.j) R.G.I.T. empieza a correr, según los casos, desde la suscripción del acta, cuando esta es de conformidad, o desde la finalización del plazo para formular alegaciones, cuando se trata de actas de disconformidad. Asimismo, el plazo de prescripción es susceptible de ser interrumpido, tal y como dispone el art. 66.1 L.G.T., mientras que el plazo del último párrafo del art. 49.2 del R.G.I.T. es terminante y no susceptible de interrupción, suspensión o prórroga.

En suma, aunque tanto el instituto de la prescripción como el plazo perentorio para iniciar el procedimiento sancionador tienen como última ratio la protección de la seguridad jurídica, en la medida en que parten de presupuestos diversos, tienen un régimen jurídico diferente, y, en suma, se mueven en planos distintos y pueden operar de manera independiente, no es posible apreciar incompatibilidad alguna entre el art. 49.2.j) R.G.I.T. y los arts. 24 de la Ley 1/1998, y 64 y 65, ambos de la L.G.T.

OCTAVO.- Como hemos apuntado en el fundamento de derecho anterior, la medida establecida en el art. 49.2.j) R.G.I.T. tampoco resulta incompatible con el art. 105 L.G.T., cuyo apartado 2 establecía que “(l)a inobservancia de plazos por la Administración no implica(ba) la caducidad de la acción administrativa”, sino que únicamente autorizaba a los sujetos pasivos para reclamar en queja. Y es que, sin necesidad de calificar la naturaleza del plazo previsto en el precepto reglamentario, resulta evidente que, tras la entrada en vigor de la Ley 1/1998, el art. 105 L.G.T. no resultaba aplicable en los procedimientos sancionadores.

Ciertamente, como ha señalado este Tribunal en reiteradas ocasio-

nes, antes de la Ley 1/1998, el ámbito de aplicación del apartado 2 del citado precepto venía determinado por su apartado 1, en virtud del cual, "(e)n la reglamentación de la gestión tributaria se señalarán los plazos a los que habrá de ajustarse la realización de los respectivos trámites".

Es "incuestionable que dentro del genérico concepto de gestión tributaria que menciona(ba) este art. 105 se halla(ba) el procedimiento de inspección de los tributos, como se deduc(ía) del art. 101 de dicha Ley, que inclu(ía) los procedimientos iniciados de oficio y por actuaciones investigadoras de los órganos administrativos" (entre las últimas, que recogen los pronunciamientos anteriores, véanse Sentencias de 27 de febrero de 2008 (rec. cas. núm. 4314/2002), FD Tercero; de 16 de abril de 2008 (rec. cas. núm. 5355/2002); y de 14 de junio de 2008 (rec. cas. núm. 3366/2002), FD Tercero); y, en la medida en que en el curso de dicho procedimiento de inspección podía liquidarse la cuota tributaria (y los intereses) e imponerse las sanciones por las eventuales conductas infractoras que se hubieran podido cometer, también podía mantenerse con fundamento que dentro de la "gestión tributaria" se hallaba el procedimiento sancionador y que, por tanto, al mismo le resultaba aplicable el art. 105.2 L.G.T. Y es que, en realidad, antes de la separación de procedimientos operada por la Ley 1/1998, cuando el obligado tributario había cometido infracciones tributarias, más que una tramitación conjunta del procedimiento de comprobación e investigación y el sancionador, podía afirmarse que existía un solo procedimiento -el inspector, regulado en la L.G.T. (arts. 140 a 146) y en el Real Decreto 939/1986 -, que, en la medida en que tenía la doble finalidad de liquidar la cuota y castigar las infracciones tributarias cometidas, constituía, materialmente, esto es, constitucionalmente (arts. 24 y 25 CE) un procedimiento punitivo, o, atendiendo al significado propio ("concepto autónomo") que a esta expresión, contenida en el art. 6.1 C.E.D.H., le ha otorgado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "acusación en materia penal" (en este sentido, Sentencia de 3 de mayo de 2001, asunto J.B. c. Suiza, §§ 44-49).

La situación descrita, sin embargo, cambia radicalmente con la aprobación de la Ley 1/1998, que, como venimos señalando, estableció por primera vez la separación de los procedimientos de comprobación e investigación, de un lado, y el sancionador, de otro. En efecto, dicha separación determinó que este último adquiriera sustantividad propia y fuera objeto de una regulación autónoma. En este sentido, como es sabido, la tantas veces citada Ley 1/1998, en sus arts. 33 a 35 (ambos inclusive) declaró los principales derechos y garantías aplicables en materia sancionadora, y en su disposi-

ción final quinta facultó al Gobierno para que, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, dictara las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de dicha norma; y, en fin, al amparo de dicha autorización se dictó el también citado Real Decreto 1930/1998, por el que se desarrolló el régimen sancionador tributario, que introdujo la nueva redacción del art. 49 del R.G.I.T. que ahora examinamos. Esta separación normativa ha culminado, en su evolución, con la aprobación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, cuyo art. 207 señala que el procedimiento sancionador en materia tributaria se rige por las normas especiales establecidas en el Título IV de la misma Ley ("La potestad sancionadora") -es el Título III el que regula "La aplicación de los tributos"-, por la normativa reglamentaria dictada en su desarrollo y, supletoriamente, por las disposiciones reguladoras del procedimiento sancionador en materia administrativa.

El corolario lógico de lo que acabamos de señalar es que tras la entrada en vigor de la Ley 1/1998, el procedimiento sancionador ya no estaba confundido con el destinado a comprobar e investigar (o, si se prefiere, el procedimiento de inspección no podía tener nunca naturaleza punitiva), sino que, por el contrario constituía siempre un procedimiento distinto, autónomo, que se regía por el bloque normativo compuesto por los preceptos antes citados de la Ley 1/1998, por el Real Decreto 1930/1998 y por las normas del R.G.I.T. aplicables en materia sancionadora, como es el caso del art. 49.2.j).

Y esta separación de procedimientos ha determinado la necesidad de reinterpretar algunas de las normas establecidas en la L.G.T., concebida en un primer momento como una norma única que disciplinaba todos los procedimientos que podían ponerse en marcha con ocasión de la gestión de los tributos, incluyendo el sancionador. Así, por ejemplo, como señalamos en la Sentencia de 15 de junio de 2005, en la que desestimamos un recurso de casación en interés de ley promovido por el Abogado del Estado (núm. 86/2003), antes de la aprobación de la Ley 1/1998, "porque se pod(ía) investigar y comprobar en un mismo expediente se producía la consecuencia lógica de que la prescripción, tanto de las acciones para determinar las cuotas tributarias y sus recargos como de las sanciones que pudieran derivarse, se interrumpían por aquéllas actuaciones investigadoras o comprobadoras que se dirigieran a depurar el hecho imponible, en cualquiera de sus circunstancias"; sin embargo, tras la entrada en vigor de dicha norma (y hasta la aprobación de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre), era razonable interpretar que, pese a la dicción del art. 66.1.a) L.G.T., los plazos de prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias

no se interrumpían por las actuaciones de comprobación e investigación.

En efecto, desde entonces -afirmamos- "(e)l procedimiento de regularización es un procedimiento que no tiene carácter sancionador", "a través del mismo la Administración no puede imponer al contribuyente sanción alguna", razón por la cual, "no resulta admisible que unas actuaciones ajenas al expediente sancionador puedan interrumpir la prescripción de unas posteriores sanciones". Y, citando el art. 3.1 del Código Civil, concluimos: "la norma imperante al tiempo de resolver era la dispuesta en el art. 34.1 de la Ley 1/1998 que estableció la separación del expediente de regularización del sancionador con todas las consecuencias y, consecuentemente, la no incidencia de la interrupción del procedimiento de comprobación de la situación tributaria del sujeto infractor en el expediente sancionador. Un cambio legislativo evidencia una realidad social nueva, que debe marcar la pauta interpretativa de la normativa modificada y del nuevo régimen jurídico" (FD Tercero).

Pues bien, otra de las normas que era preciso reinterpretar como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 1/1998 era, claramente, el art. 105 L.G.T., dado que tras la separación de los procedimientos de inspección y sancionador que establecía en su art. 34 era evidente que este último ya no podía formar parte de la "gestión tributaria" a que aludía el art. 105 L.G.T. en su apartado 1, razón por la cual la regulación de la caducidad que contenía dicho precepto en su apartado 2 no le resultaba aplicable.

NOVENO.- Como hemos señalado en el fundamento de derecho Tercero, para llegar a la conclusión de que el plazo preclusivo establecido en el precepto que examinamos sólo se aplica cuando el actuario ha hecho constar expresamente en el acta que no resulta oportuna la incoación de un procedimiento sancionador, la Sentencia de la Audiencia Nacional aquí impugnada parte de la premisa de que el art. 49.2.j) R.G.I.T. regula "un nuevo tipo de acto tácito o presunto" que sólo puede tener lugar en dichos supuestos, pero no cuando el funcionario ha propuesto la imposición de sanciones o ha guardado silencio sobre el particular, que es, precisamente, lo que sucede en el caso de autos; y la misma tesis mantiene el Abogado del Estado cuando afirma que dicho precepto sólo prohíbe abrir el procedimiento sancionador cuando, habiendo propuesto expresamente el actuario no incoarlo, "el Inspector Jefe lo ha confirmado tácitamente" (pág. 5 de su escrito de oposición). A juicio del órgano judicial y de la representación pública, pues, el art. 49.2.j) R.G.I.T. regularía un acto tácito que podría entenderse dictado únicamente cuando concurrieran dos circunstancias: de

un lado, que el actuario hubiera hecho mención expresa en las actas de la ausencia de motivos para incoar un procedimiento sancionador; y, de otro lado, que el Inspector Jefe hubiera guardado silencio durante el plazo establecido en el art. 49.2.j) R.G.I.T.

Sin embargo, aunque admitiéramos que el citado precepto establece un acto tácito o presunto, la construcción que del mismo propugnan la Sentencia impugnada y el Abogado del Estado no puede ser aceptada, en esencia, por dos razones. En primer lugar, porque, como hemos señalado en el fundamento de derecho Quinto, la interpretación en virtud de la cual la existencia de un plazo preclusivo para la iniciación del procedimiento sancionador depende de la simple voluntad del actuario que realizó las actuaciones de comprobación e investigación de pronunciarse o no expresamente en el acta sobre la procedencia de la imposición de sanciones, resulta claramente contradictoria con la voluntad expresada en las Exposición de Motivos de la Ley 1/1998 y el Preámbulo del Real Decreto 1930/1998 de reforzar los derechos de los obligados tributarios (en especial, la seguridad jurídica) y las obligaciones de la Administración tributaria (en aras de "conseguir una mayor celeridad en sus resoluciones").

Pero sobre todo, en segundo lugar, porque dicha tesis no es la que se desprende de una interpretación del art. 49.2.j) R.G.I.T. realizada en conexión con el art. 63.bis.2 de la misma norma. En efecto, debe recordarse, a estos efectos, que, conforme al art. 63.bis.2 R.G.I.T., era "competente para acordar la iniciación del expediente sancionador el funcionario, equipo o unidad que hubiera desarrollado la actuación de comprobación e investigación, o aquél que se designase por el Inspector-Jefe", siempre previa "autorización que éste podr(ía) conceder, en ambos casos, en cualquier momento del procedimiento de comprobación e investigación"; y que el último párrafo del art. 49.2 R.G.I.T. establecía la posibilidad de que se "hubiera ordenado la iniciación del procedimiento sancionador". Pues bien, de la lectura de ambos preceptos puede deducirse que el R.G.I.T. en relación con la iniciación del procedimiento tributario sancionador preveía dos intervenciones ineludibles y una sólo eventual: a) en primer lugar, una previa y necesaria autorización del Inspector Jefe que, como después explicaremos suele ser previa y genérica, para que el actuario abra, si lo cree oportuno, el procedimiento sancionador; b) en segundo lugar, una posterior e ineludible decisión del órgano competente -el actuario- de iniciar dicho procedimiento; c) y, en tercer lugar, una orden de incoar el expediente sancionador en el caso de que, por cualquier razón, el actuario no lo hubiera iniciado y el Inspector Jefe -es evidente que el art. 49.2

RGIT se refiere a éste, porque sólo el superior jerárquico puede ordenar-estimarse la procedencia de hacerlo a la vista de los resultados de las actuaciones documentadas en el acta y, en su caso, del informe ampliatorio.

Pues bien, interpretando los arts. 63.bis.2 y 49.2.j) del R.G.I.T. de forma conjunta y atendiendo a la seguridad jurídica de los obligados tributarios, resulta claro que podían darse tres situaciones en las que cabría sostener, sin dificultad alguna -en el supuesto de que admitiéramos esta calificación-, que la falta de una orden del Inspector Jefe de iniciar el procedimiento sancionador constituía un acto presunto. En primer lugar, cuando el actuario pusiera de manifiesto en el acta la ausencia de motivos para incoar el procedimiento sancionador, en cuyo caso, como sostienen la Sentencia impugnada de la Audiencia Nacional y el Abogado del Estado, era razonable interpretar el silencio del Inspector Jefe como un refrendo de la decisión expresada por el funcionario que desarrolló las actuaciones de comprobación e investigación.

En segundo lugar, también cuando el actuario no hiciera constar nada en el acta acerca de la procedencia o no de imponer sanciones (posibilidad que permitía el art. 49.2.j) R.G.I.T. con la expresión "en su caso"), porque, teniendo el Inspector Jefe la facultad de ordenar, bien que se completaran las actuaciones o el expediente (art. 60, apartados 2 y 4, R.G.I.T.), bien, directamente, que se iniciase el procedimiento sancionador (art. 49.2.j) R.G.I.T.), su inactividad podía ser lógicamente considerada como la expresión de que, examinada el acta (y, en su caso, el informe complementario), no apreciaba la existencia de conductas tipificadas como infracción tributaria. Y, en tercer lugar, cuando, pese a que el actuario mencionara en el acta que estimaba oportuna la incoación de un expediente sancionador, finalmente no lo hiciera -esto es, desistiera-, pese a ser el competente para ello y haber obtenido la previa autorización del Inspector Jefe; en estos casos, en la medida en que, como hemos dicho, este último tenía, como superior jerárquico, la potestad, no sólo de autorizar, sino también de ordenar la apertura del procedimiento sancionador, resultaba también razonable interpretar su pasividad como aquiescencia -a la vista de la documentación- con la decisión última del actuario de no iniciarlo.

Como puede apreciarse, en todos los supuestos enunciados la inactividad del Inspector Jefe en el plazo establecido en último párrafo del art. 49.2 R.G.I.T. podría interpretarse sin esfuerzo como un acto tácito o presunto de confirmación de la decisión última del órgano competente para incoar el procedimiento sancionador -el actuario, equipo o unidad que realizó las actuaciones inspectoras- de no hacerlo, lo que, conforme a dicho

precepto, determinaría la imposibilidad de iniciarlo, esto es, de revocar el acto declarativo de derechos, salvo cuando concurrieran las causas previstas y siguiendo el procedimiento especial establecido en el Título Tercero, Capítulo VIII, de la L.G.T. (arts. 153 y ss.) para la revisión de actos en vía administrativa.

DÉCIMO.- Además del argumento, que acabamos de rechazar, de la inaplicación del plazo preclusivo fijado en el art. 49.2.j) R.G.I.T. para aquellos casos en los que el actuario no hace constar en el acta la ausencia de motivos para proceder a la apertura de un procedimiento sancionador, como señala la representación procesal de la entidad recurrente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2004 parece mantener que dicho plazo se habría cumplido en el supuesto de autos porque el actuario acordó la iniciación del expediente sancionador el 30 de noviembre de 1998, previa autorización concedida por el Inspector Jefe el 28 de octubre de 1998 -esto es, antes de que concluyera el plazo establecido en el art. 49.2.j) R.G.I.T.-, acuerdo que se notificó a Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. el 1 de diciembre de 1998.

De este modo, la resolución impugnada en esta sede -como también la resolución del T.E.A.C. de 30 de noviembre de 2001 (FD Tercero, in fine)- estaría identificando la orden a que alude el art. 49.2.j) R.G.I.T. con la autorización del Inspector Jefe para iniciar el procedimiento sancionador prevista en el art. 63.bis.2 RGIT.

Ciertamente, consta en el expediente administrativo un acuerdo del Inspector Jefe adjunto al Jefe de la Oficina Nacional de Inspección, de 28 de octubre de 1998, en el que, tras poner de manifiesto que el Equipo núm. 2 de dicha Oficina tenía "encomendado el desarrollo de actuaciones de comprobación e investigación cerca del obligado tributario", se limita a señalar que, según dispone el art. 63.bis.2 R.G.I.T. "autoriz(a) al indicado Equipo de inspección a iniciar los procedimientos sancionadores que procedan por los hechos o actuaciones que se pongan de manifiesto en el curso del procedimiento de comprobación e investigación, para el caso de apreciar que pudieran constituir infracciones tributarias graves".

Pero, como puede apreciarse, esta autorización del Inspector Jefe no puede equipararse a la orden a la que se refiere el art. 49.2.j) R.G.I.T. En efecto, de un lado, la autorización para iniciar el procedimiento sancionador fue emitida al amparo del art. 63.bis.2 R.G.I.T. que, como hemos señalado en el fundamento de derecho anterior, regula una decisión del Inspector Jefe distinta a la orden que prevé el art. 49.2.j) R.G.I.T.: mientras que la primera (la autorización) es imprescindible para incoar el ex-

pediente sancionador, la segunda (la orden) sólo es precisa cuando, habilitado el actuario, éste, por cualquier motivo, no hubiera procedido a dicha iniciación y el Inspector Jefe lo considerase oportuno. De otro lado, la autorización fue dictada el 28 de octubre de 1998, esto es, con anterioridad a la incoación de las actas, de fecha 30 de octubre de 1998. Y resulta inequívoco que el art. 49.2.j) R.G.I.T. contempla el supuesto inverso, es decir, la posibilidad de que el superior jerárquico del actuario, equipo o unidad que desarrolló las actuaciones inspectoras ordenara la iniciación del procedimiento sancionador una vez que se hubiera procedido a la firma de las actas de conformidad o disconformidad; lo cual resulta lógico, dado que, sólo tras finalizarse las actuaciones de comprobación e investigación, y recogerse

■

"...resulta inequívoco que el art. 49.2.j) R.G.I.T. contempla el supuesto inverso, es decir, la posibilidad de que el superior jerárquico del actuario, equipo o unidad que desarrolló las actuaciones inspectoras ordenara la iniciación del procedimiento sancionador una vez que se hubiera procedido a la firma de las actas de conformidad o disconformidad;..."

■

en las actas el resultado de las mismas y la propuesta de regularización de la situación tributaria del sujeto pasivo, el Inspector Jefe tendría elementos de juicio suficientes para ordenar -a favor o en contra del criterio del actuario- la apertura de un procedimiento sancionador.

Aún más, y enlazando con lo anterior, en el supuesto de que, obviando que en el acuerdo de 28 de octubre de 1998 el Jefe de Inspección afirmaba ampararse en el art. 63.bis.2 R.G.I.T. (no en el art. 49.2) y que empleaba el término "autorizar" (no ordenar), llegáramos a la conclusión de que en realidad se había pretendido ordenar prematuramente la iniciación de un procedimiento sancionador contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., a renglón seguido deberíamos necesaria-

mente rechazar que dicha orden pudiera tener por sí misma cualquier eficacia, al menos por dos razones.

De un lado, porque, al emitirse pro futuro ("para el caso de apreciar que pudieran constituir infracciones tributarias graves"), de forma abstracta y genérica (no hace referencia a los hechos, conceptos y ejercicios a que se refiere la orden de apertura del expediente), sin haber contemplado las circunstancias del supuesto concreto, no cumpliría con los requisitos que se desprenden del art. 49.2.j) R.G.I.T., que, como hemos señalado, preveía la posibilidad de que el Inspector Jefe, frente a la inactividad del funcionario, equipo o unidad de inspección que desarrolló las actuaciones inspectoras, y a la vista de las pruebas que constaran en la documentación de tales actuaciones, decidiera, como superior jerárquico, que se abriera un procedimiento sancionador. Y, de otro lado, porque la orden de 28 de octubre de 1998 constituyó un acto puramente interno, y una interpretación atenta a la finalidad -que hemos examinado en el fundamento de derecho Quinto- del art. 49.2.j) R.G.I.T., lleva a la inequívoca conclusión de que, en la medida en que la orden a que se remite dicho precepto (a diferencia de la autorización prevista en el art. 63.bis.2 R.G.I.T.) tiene una clara incidencia negativa en la posición jurídica del obligado tributario (como hemos dicho, determina, incluso a veces frente al criterio del actuario, la apertura de un expediente sancionador y, por ende, la posibilidad de que al contribuyente se le impongan medidas de carácter punitivo), debe ir seguida de la efectiva iniciación en plazo del expediente sancionador, acto de iniciación que, como todos los actos administrativos, tiene condicionada su eficacia a su notificación (o, en los casos en que así se permite, a su publicación) a los sujetos afectados.

Admitir lo contrario supondría, una vez más, dejar el plazo fijado en el precepto que examinamos en manos de la Administración tributaria, dado que su cumplimiento dependería de la emisión de un acto meramente interno, sobre el que tanto los contribuyentes como los propios órganos revisores de la Administración y, finalmente, los judiciales, carecerían de la más elemental facultad de control".

Esta doctrina ha sido seguida por la de 15 de enero del presente año,

Pues bien, en atención a la doctrina expuesta, procede rechazar el recurso del Abogado del Estado. "

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

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

FALLO

1º) Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina formulado por la entidad Parques Urbanos, S.A.

2º) Que debemos anular y anulamos la sentencia impugnada de 23 de mayo de 2005 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

3º) Que estimamos el recurso contencioso-administrativo número 559/02, ordenando la anulación del acto administrativo sancionador de 24 de marzo de 2002 dictado por la Oficina Nacional de Inspección, por importe de 122.498,29 euros, con devolución de las cantidades que en virtud de lo razonado resulten proce-

dentos con los intereses legales que correspondan.

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

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

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

Decanos de Colegios Notariales de 1984. Partiendo del informe pericial, establecía la suma de 173 471 836 pesetas, la cual, deducida la ya ingresada por el interesado de 156 385 968 pesetas, arrojaba un saldo a favor de la actora de 17 085 868 pesetas.

4. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y, estimando el recurso de apelación interpuesto por el demandado, desestimó la demanda. Rectificando el criterio seguido por el Juzgado, consideró que no hallaba motivo para discrepar de la limitación del 40% de los derechos arancelarios por cada instrumento autorizado aplicada por la perito. Aceptó que de la cantidad fijada en el informe pericial debían detraerse las sumas correspondientes al Colegio Notarial (10% del timbre y de las cantidades dimanantes de instrumentos y folios) y a la Mutualidad Empleados de Notarías, lo que arrojaba un resultado final inferior a la cantidad satisfecha por el demandado.

5. Contra esta sentencia interpuso la parte demandante recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación, los cuales fueron admitidos al amparo del artículo 477.2.2 LEC, por razón de la cuantía.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Enunciación de los motivos primero y segundo.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

“Por infracción de las normas procesales de la sentencia, núm. 2 del artículo 469.1 de la vigente LEC por haber incurrido la sentencia en arbitrariedad en la interpretación y en la valoración de la prueba pericial efectuada en el proceso”.

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la prueba pericial se ha interpretado arbitrariamente, pues:

a) La sentencia no acepta la rectificación introducida por la perito en el acto de la ratificación del informe, en el sentido de que no procede introducir el tope del 40% de los derechos arancelarios por falta de presentación de las minutas.

b) Por otra parte, acepta la interpretación jurídica de la perito en el sentido de que el acreedor por los gastos de gestión que la Mutualidad abona a los Colegios Notariales es el Colegio, en contra de lo que dispone el artículo 4, segundo, último párrafo, del Estatuto de la Mutualidad Notarial (hoy derogado por RD 12543/2000) al establecer que por los gastos de administración de la Mutualidad que realizan los Colegios Notariales aquella satisfará un 10% de las cantidades obtenidas de la aplicación de los apartados correspondientes.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula: “Por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías por haber incurrido el Juzgador en arbitrariedad en la valoración de la prueba que se dirige a determinar la credibilidad que debe concederse a la prueba pericial efectuada (artículo 469.1 núm. 4 de la LEC)”.

El motivo se funda, en síntesis, en que la Audiencia Provincial en su sentencia ha incurrido en arbitrariedad no solo en la interpretación de la prueba, sino también en su valoración al atribuirle certeza en sus consideraciones jurídicas aceptando la aplicación del tope del 40% en contra de lo dispuesto en la Instrucción de la Junta de Decanos y aceptando la aseveración del perito sobre la falta de legitimación para el cobro del 10% de los gastos que la Mutualidad Notarial debía abonar al Colegio.

Ambos motivos, que por estar relacionados entre sí serán estudiados conjuntamente, deben ser desestimados.

TERCERO.- Valoración de la prueba.

A) Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2 LEC. Este motivo de infracción procesal está reservado, en lo que aquí interesa, al examen del cumplimiento de “las normas procesales reguladoras de la sentencia”. Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado. Únicamente cabe someterlas al examen del tribunal de casación, al amparo del artículo 469.2.4 LEC, cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, ésta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (STS 28 de noviembre de 2008, RC núm. 1789/03, entre otras).

B) Examinando exclusivamente desde esta perspectiva las infracciones imputadas a la sentencia recurrida en los dos motivos de infracción procesal, no se advierte arbitrariedad alguna en la valoración del dictamen pericial por la sentencia recurrida, pues:

a) Un examen de los autos de primera instancia revela que la perito economista no rectificó (como la parte recurrente supone) su criterio sobre la aplicación del tope del 40% de los derechos arancelarios por cada



2010/12427

TS Sala 1ª, Sentencia 4 febrero 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Limitación del 40% según instrumentos autorizados

Reclamación de Mutualidad Notarial en atención a derechos arancelarios adeudados

El TS desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y estima parcialmente el de casación interpuesto por la mutualidad notarial, cuando la sentencia recurrida que determinó que el notario demandado no adeudaba cantidad alguna a la mutualidad al apreciar la AP, tal y como señaló la perito en su informe, que debía aplicarse la limitación del 40% de los derechos arancelarios por cada instrumento autorizado, lo que arrojaba un resultado final inferior a la cantidad ya satisfecha por el demandado. El TS confirma la aplicación de dicha limitación, ya que considera que la misma no puede ser sometida con carácter absoluto al requisito consistente en la aportación de documentos justificativos del real importe del arancel percibido, ya que dicho requisito no se hallaba previsto en la norma sino que fue establecido posteriormente mediante instrucción de la Junta de Decanos. No obstante, el TS estima parcialmente el recurso de casación ya que, partiendo de los cálculos efectuados en la sentencia recurrida, el saldo debido por el demandado debe incrementarse en la cantidad que corresponde a la Mutualidad por gastos de gestión, en relación tanto con el timbre como con instrumentos y folios, lo que arroja una suma total de la que, deducida la cantidad ya entregada por el notario, resulta una diferencia en contra de dicho demandado, cantidad a cuyo pago es condenado por esta Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. La Mutualidad Notarial interpuso demanda contra D. Doroteo en reclamación de las cantidades debidas por el demandado a la Mutualidad en los ejercicios 1987 a 1991.

2. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó al demanda-

do al pago de la suma de 102 688,13 euros.

3. El Juzgado se fundó, entre otras consideraciones, en que no era aplicable el tope del 40% sobre los derechos arancelarios contemplado en el artículo 4 del Estatuto de la Mutualidad por falta de justificación de la cantidad realmente percibida por el notario mediante presentación de la correspondiente minuta, según se exigía en un acuerdo de la Junta de

instrumento en la operación de fijar las aportaciones que correspondían a la Mutualidad por parte del notario demandado, sino que, respondiendo a las aclaraciones solicitadas, se limitó a manifestar que no había tenido en cuenta la Instrucción en la que se exige la presentación de las minutas para la aplicación del citado tope y que, ignorando si se habían presentado aquellas, se había atenido a la legislación vigente (aplicando, según se entiende, el tope discutido).

b) La sentencia recurrida, al igual que la sentencia de primera instancia, considera que la Mutualidad Notarial no está legitimada para reclamar el porcentaje del 10% sobre determinadas cantidades obtenidas de los mutualistas que debe abonar a los colegios notariales en concepto de gastos de administración. El informe pericial refleja que la perito consignó las cantidades que a su juicio pertenecían a la Mutualidad Notarial, dejando implícitamente a la Sala la labor de realizar la calificación sobre la legitimación procesal para reclamar las cantidades que expresamente deducía por este concepto. Por consiguiente, la conclusión de falta de legitimación para reclamar las cantidades correspondientes al Colegio Notarial por parte de la sentencia recurrida no deriva de la valoración del dictamen pericial, sino de la aplicación de un criterio que la Sala justifica con argumentos jurídicos, afirmando que tiene “ presente el artículo 4 de la OM de 23 de abril de 1971 y el artículo 4 apartado 2.º del Estatuto de la Mutualidad actora, en base a los cuales es preciso detraer, por ser ello procedente, de los globales importes (...) las sumas cuya percepción no corresponde a la Mutualidad actora sino al Colegio Notarial (...) y a Mutualidad de empleados de Notarías (...) y también al mismo Colegio Notarial (...)”.

Por consiguiente, la infracción que pueda haberse cometido al realizar esta apreciación jurídica no radica en la valoración de la prueba pericial, sino en la interpretación y aplicación de los preceptos pertinentes.

c) Lo propio sucede con la aplicación del tope del 40% sobre los derechos arancelarios sin tener en cuenta la Instrucción de la Junta de Decanos, que la sentencia recurrida justifica, más allá de la valoración del informe pericial, considerando que el criterio aplicado por la perito es el correcto con arreglo a las razones jurídicas que expone.

CUARTO.- Desestimación del recurso.

No considerándose procedentes los motivos en que se funda el recurso extraordinario por infracción procesal, procede entrar en el examen del recurso de casación, con arreglo a la DF decimosexta, 6.ª, LEC con imposición de costas a la parte recurrente, por imponerle así el artículo 398 LEC.

Recurso de casación

QUINTO.- Enunciación del motivo primero.

El motivo primero y único se introduce con la siguiente fórmula:

“Por infracción por inaplicación del artículo 1090 CC en relación con el artículo 4 del Decreto de 19 de octubre de 1973 que aprueba el Estatuto de la Mutualidad Notarial y con el artículo 6 del Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre “.

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia impugnada no aplica el artículo 1090 CC, en relación con el artículo 4 del Estatuto de la Mutualidad Notarial y con el artículo 6 RD 1643/2000, pues éste, al establecer que la financiación del Consejo General del Notariado y de los Colegios Notariales será independiente de la que corresponda a la Mutualidad Notarial, evidencia que es ésta, hasta la publicación del RD 1643/2000, quien viene obligada a abonar cantidades por la gestión en la liquidación y cobro de los aranceles. La evidencia resulta además, añade, de que, para el cálculo de la cantidad a que se eleva la condena, no se deduce el 10% de la cantidad ya abonada. No se aplica tampoco el artículo 4, segundo, párrafo segundo, del artículo 4 del Estatuto de la Mutualidad Notarial que faculta a la Junta de Decanos para dictar las instrucciones oportunas previo informe de la Junta de Patronato de la Mutualidad Notarial, recogido por el Juzgado, respecto de la cual se dice que no tiene sentido aplicarla a posteriori.

El motivo debe ser estimado, con el alcance limitado que se dirá.

SEXTO.- Normas aplicables a la determinación de las aportaciones a la Mutualidad Notarial.

A) Esta Sala viene declarando que un precepto genérico no puede fundamentar un motivo de casación. Pero esta declaración general, que tiene como finalidad salvaguardar el principio de especialidad del recurso de casación, admite la excepción de que se concrete la infracción cometida mediante la referencia a otros preceptos complementarios (así lo admite implícitamente, entre otras, la STS 13 de julio de 2009, RC núm. 294/05).

Dicha concreción es susceptible de ser realizada mediante la cita de normas administrativas que sean relevantes desde el punto de vista del precepto invocado como infringido, ya que la Sala tiene declarado que la cita de normas administrativas, inadecuada por lo general en la casación civil, es admisible cuando las normas citadas sean complementarias o desarrollen preceptos de Derecho privado (STS 30 de septiembre de 2009, RC núm. 636/05).

En el caso examinado la cita de normas administrativas integra, en relación con los preceptos del CC sobre el deber de cumplimiento de las obligaciones nacidas de la ley, el contenido de las obligaciones concretamente reclamadas al demandado como socio de la Mutualidad Notarial.

En suma, no es de apreciar la inadmisibilidad de este motivo de casación que propugna la parte recurrida.

B) El artículo 4 del Estatuto de la Mutualidad Notarial, en la redacción aplicable al objeto de este proceso, decía que los fondos de la Mutualidad Notarial se constituirán, entre otros conceptos, con determinadas cantidades por folios (apartado primero) y una cantidad variable por número de instrumentos autorizados (apartado segundo). El último párrafo añadía, en lo que aquí interesa, que “(p)or los gastos de administración de la Mutualidad que realicen los Colegios Notariales, aquélla satisfará un diez por ciento de las cantidades obtenidas de la aplicación de este apartado y del anterior.”

La interpretación de este último precepto no ofrece duda alguna en el sentido de que la obligación del mutualista se produce directamente respecto de la Mutualidad Notarial y no respecto de los colegios notariales, a los cuales deben la Mutualidades satisfacer una parte porcentual “ de las cantidades obtenidas”. De esto se sigue, en una interpretación literal del precepto, redactado con toda claridad, que la Mutualidad es la acreedora de la cantidad global fijada como aportación por el mutualista, y que los colegios notariales son acreedores respecto de la Mutualidad por un tanto por ciento de las cantidades percibidas por ésta. En consecuencia, se aprecia que la sentencia recurrida incurre en una infracción del ordenamiento jurídico cuando afirma que la Mutualidad Notarial no está legitimada para reclamar el porcentaje del 10% sobre determinadas cantidades obtenidas de los mutualistas que debe abonar a los colegios notariales en concepto de gastos de administración fundándose en el argumento, válido en el terreno económico pero no en el jurídico, de que “ es preciso detraer por ser ello procedente, de los globales importes (...), las sumas cuya percepción no corresponde a la Mutualidad actora sino al Colegio Notarial”.

C) El mismo artículo 4 del Estatuto de la Mutualidad Notarial establece, en relación con la aportación de los mutualistas por el número de instrumentos autorizados anualmente, que “la aportación por cada instrumento (no puede) exceder del 40% de los derechos arancelarios.”

La posibilidad de que los derechos arancelarios realmente percibidos excedieran de los correspondientes a la cuantía reflejada en los índices reglamentarios en que se recogen los

datos sobre los distintos instrumentos determinó que la Junta de Decanos considerara exigible de cada notario la aportación de minutas o facturas si pretendía hacer efectiva dicha limitación del 40% de los derechos arancelarios.

Esta Sala considera, de acuerdo con el criterio de la sentencia recurrida, que la limitación de las aportaciones por cada instrumento a un 40% de los derechos arancelarios (que dejó de tener sentido a partir de 1990 como consecuencia de la modificación de la escala fijada por OM) no podía ser sometida con carácter absoluto al requisito consistente en la aportación de documentos justificativos del real importe del arancel percibido por las siguientes razones:

a) Este requisito no se hallaba previsto en la norma.

b) El organismo que dictó la Instrucción, la Junta de Decanos, disponía de competencia delegada por el Estatuto de la Mutualidad Notarial únicamente para dictar “las instrucciones oportunas para unificar la práctica y efectuar el cómputo de los instrumentos que contengan negocios jurídicos conexos”, cuestión ajena a la aplicación del tope del 40% de los derechos arancelarios. En consecuencia, el criterio seguido por la Instrucción sólo puede ser considerado como una directriz interpretativa, tal como entiende la sentencia recurrida, de validez subordinada al verdadero sentido del precepto interpretado.

c) La RDGRN de 27 de septiembre de 1984, reiteradamente citada por las partes, en la que se manifestaba una preocupación por el hecho de que los derechos arancelarios realmente percibidos pudieran ser superiores a los que resultan de las cuantías reflejadas en los índices reglamentarios, no justificaba la validez del criterio seguido en la Instrucción, pues se pronunciaba en términos *lege ferenda* (sobre la ley que debe dictarse) admitiendo la necesidad de una modificación normativa.

d) Del artículo 4 del Estatuto de la Mutualidad se desprende que la aplicación del tope fijado en el 40% de los derechos arancelarios debe referirse al importe real de éstos, en el caso de que resulte superior al que corresponda a la cuantía comunicada del asunto y recogida en los índices oficiales. Esto puede justificar que se compruebe la base económica que debe tenerse en cuenta para la fijación del arancel en términos reales, pero no es suficiente, a juicio de esta Sala, para que se condicione la aplicación del tope a un requisito no establecido en la norma. Exigir al interesado la correspondiente justificación puede considerarse adecuado cuando en el momento de llevar a cabo la liquidación existan dudas sobre la cuantía de la base arancelaria en relación con algunos

instrumentos, pero no puede llevar a ignorar de raíz los datos básicos sobre los cuales debe calcularse la cuantía económica del instrumento, que son los contenidos en los índices oficiales (el RN ordena a partir de 1980 incluir en los índices los datos relativos a las aportaciones corporativas), cuya corrección debe presumirse, ni a exigir dicha justificación cuando la liquidación se practica peccionalmente mucho tiempo después y es de suponer que la aportación de aquella justificación documental resulta más difícil (no consta, por otra parte, que se dirigiera a la perito ni al interesado ninguna indicación en ese sentido). Por ello, si se interpreta así la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que la aplicación a posteriori de la Instrucción de la Junta de Decanos carece de sentido, no parece que pueda considerarse inadecuada, como propugna la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Estimación del recurso.

Según el artículo 487.2 LEC, si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1 y 2 del apartado 2 del art. 477, la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida.

Estimándose fundado el recurso, procede, en consecuencia, casar la sentencia recurrida, estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del demandado D. Doroteo contra la sentencia dictada el día 22 de marzo de 2002 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alicante y, revocando esta sentencia, estimar parcialmente la demanda condenando al demandado, de conformidad con lo razonado al resolver el recurso de casación, al pago de la cantidad que seguidamente se dirá.

Partiendo de los cálculos efectuados en la sentencia recurrida, debe incrementarse el saldo debido por el demandado en 643 780 pesetas, por gastos de gestión en relación con el timbre, y en 15 329 421, por gastos de gestión en relación con instrumentos y folios, lo que arroja un total de 160 645 037. De esta suma, deducida la cantidad entregada de 156 385 968, resulta una diferencia en contra del demandado de 4 259 069 pesetas, equivalentes a 25 598 euros, a cuyo pago debe ser condenado. No ha lugar a la condena al abono de intereses de demora por las razones expresadas en la sentencia de primera instancia y se devengarán los intereses procesales que establece el artículo 576 LEC a partir de esta sentencia, por ser la primera que fija la cantidad definitivamente objeto de condena.

De conformidad con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, no ha lugar a imponer las costas de la apelación ni las de este recurso de casación.

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

FALLO

1. Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto y se imponen las costas correspondientes a este recurso a la parte recurrente.

2. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Mutualidad Notarial contra la sentencia de 31 de octubre de 2005 dictada por la Audiencia Provincial de Alicante en el rollo de apelación núm. 546/2002, cuyo fallo dice:

“Fallamos

“Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Mutualidad Notarial y estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del demandado D. Doroteo recursos ambos interpuestos contra la sentencia, dictada el día 22 de marzo de 2002 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alicante, revocando en consecuencia dicha resolución y absolviendo al demandado de los pedimentos de la demanda frente a él formulada.

“Condenamos a la parte actora al pago de costas procesales de primera instancia y asimismo al pago de las costas causadas en esta segunda instancia por su recurso; y no dictamos especial pronunciamiento con relación a las costas causadas en esta segunda instancia por el recurso de apelación promovido por el demandado”.

3. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

4. En su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Mutualidad Notarial y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del demandado D. Doroteo contra la sentencia dictada el día 22 de marzo de 2002 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alicante. Revocamos dicha resolución y estimamos parcialmente la demanda interpuesta por el procurador D. José Antonio Saura Ruiz, en nombre y representación de la Mutualidad Notarial, contra D. Doroteo. Condenamos al demandado a abonar a la actora la suma de 25 598 euros, con los intereses procesales a partir de esta sentencia, y desestimamos la demanda en todo lo demás. Cada parte abonará las costas de la primera instancia causadas a su instancia y las comunes por mitad.

5. Se imponen a la Mutualidad recurrente las costas del recurso de apelación por ella interpuesto, y no ha lugar a imponer las costas del re-

curso de apelación interpuesto por D. Doroteo. No ha lugar a imponer las costas de este recurso de casación.

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.- Román García Varela.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.

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

2010/43927

TS Sala 1ª, Sentencia 20 abril 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Crónica deportiva en relación a personaje público dentro del ámbito de la libertad de expresión

El TS acuerda la estimación del recurso de casación dirigido contra la sentencia que, confirmando la de instancia, estimó parcialmente la demanda de protección del derecho al honor, en relación a los comentarios vertidos sobre el demandante, en el programa radiofónico, siendo el actor personaje de proyección pública por su actividad política, periodística y social.

Destaca la Sala el carácter de personaje público del demandante, ya que en estos casos la protección del honor disminuye, la de la intimidad se diluye y la de la imagen se excluye. Si la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, la libertad de expresión es todavía más intensa, siempre que no emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas. Es así que en el presente caso -información publicada se encuadra dentro de la crónica deportiva y los apelativos empleados no se refieren a la persona en sí y por tanto son juicios de valor- por lo que las frases y expresiones empleadas no alcanzan la categoría de intromisiones ilegítimas en el derecho al honor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La base fáctica de la demanda interpuesta por la represen-

tación procesal de D. José Ramón, son los comentarios vertidos en orden a su persona, en el programa radiofónico denominado “La Hora de W.”, en la cadena COPE los días 14 y 15 de febrero de 2005, siendo el actor personaje de proyección pública por su actividad política, periodística y social.

SEGUNDO.- El derecho al honor es la esencia de la demanda y está reconocido como derecho fundamental por el artículo 18 de la Constitución Española y desarrollado por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen cuyo artículo 7.7 lo define (tras la modificación operada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal) como la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

En el caso de autos, debe destacarse además que nos encontramos ante un personaje público, en el que como ha declarado la Sentencia de 28 de octubre de 2009, La protección del honor disminuye (la persona que acepta su carácter público, acepta también los riesgos que ello conlleva), la de la intimidad se diluye (no totalmente, pero su círculo íntimo debe estar en parte al alcance del conocimiento público) y la de la imagen se excluye (en los casos que prevé la ley, cuando se halla en lugar público).

Conviene así mismo recordar que esta Sala ha reiterado en numerosas ocasiones que la distinción que hace el artículo 20.1 de la Constitución Española entre libertad de expresión y derecho a la información veraz. La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 de la Constitución Española, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1986, de 17 de julio y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende la narración de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo, que además junto al derecho de información resultan esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre. La libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (sentencia del Tribunal Constitucional 6/2000, de 17 de enero; 49/2001, de 26 de febrero; y 204/2001, de 15 de octubre), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática” (Sentencia del Tribunal Europeo de derechos humanos de 23 de abril de 1992). Si la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo pú-

blico o una profesión de notoriedad o proyección pública, la libertad de expresión es todavía más intensa, siempre que no emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas.

TERCERO.- En el presente caso, las frases y expresiones empleadas no alcanzan la categoría de intromisiones ilegítimas en el derecho al honor; La inevitable subjetivación de la persona que se siente ofendida debe quedar mitigada por las circunstancias objetivas de la crítica, de tiempo y de lugar. A ello hay que sumar el contexto. La información publicada se encuadra dentro de la crónica deportiva, los apelativos empleados no se refieren a la persona en sí y por tanto son juicios de valor, acerca de los hechos que narra que al tratarse de personaje público en conexión al contexto, expresa un fuerte rechazo que le suscita la actividad que ha desarrollado el actor, sitúa los comentarios en el terreno de la opinión y, consiguientemente, de la libertad de expresión. El alcance de unas expresiones o frases que pueden ser subjetivamente afrentosas ha sido matizado por la doctrina de esta Sala (Sentencias de 31 de enero de 1997 y 6 de junio de 2003, entre otras) que impide que el inevitable subjetivismo del que se siente ofendido quebrante la objetividad que debe presidir la calificación de intromisión ilegítima en el derecho al honor.

CUARTO.- Procede la estimación del motivo segundo del recurso de casación interpuesto, resultando innecesario entrar a conocer sobre el motivo tercero, en el que se denuncia la infracción del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de cinco mayo, en materia de quantum indemnizatorio.

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

FALLO

Primero.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador D. José Miguel Ruiz Canales en nombre y representación de D. Francisco, la entidad "Radio Popular S.A." y "Cadenas de Ondas Populares Españolas", contra la sentencia de Sentencia de Audiencia Provincial de Cantabria (sección cuarta) de fecha 13 de octubre de 2006, que casamos y anulamos.

Segundo.- En su lugar desestimamos la demanda Interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Calvo Gómez en nombre y representación de D. José Ramón en contra D. Francisco, la entidad "Radio Popular S.A." y "Cadenas de Ondas Populares Españolas", absolviendo a los demandados de los pedimentos formulados en su contra.

Tercero.- No procede imponer las costas del presente recurso de casa-

ción. Se imponen las costas de primera instancia a la parte demandante. No se hace imposición de las costas causadas en segunda instancia.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol

Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

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

La oscuridad o falta de claridad en los hechos probados supone que la lectura del relato fáctico resulte incomprensible por su falta de precisión, por el empleo de juicios dubitativos o por omisiones que hagan incompatible el relato.

La contradicción supone que debe ser gramatical y por tanto interna al propio texto del "factum", debe ser esencial, y afectar al recurrente e insubsanable, y finalmente la predeterminación supone que en los hechos probados, se describen delitos, es decir conceptos jurídicos, cuyo espacio propio dentro de la sentencia es la motivación jurídica, aunque ya hay que advertir que debe existir una lógica correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, salvo que se incurra en manifiesta incongruencia, y lo que ocurriría si por ejemplo se describen hechos relativos a unas ventas de droga y luego se calificaron de robo o hurto, por ello esta Sala ya tiene declarado que el vicio de predeterminación debe de relativizarse mucho —SSTS de 14 de octubre de 1997, 429/2003, 249/2004, 1488/2004, 893/2005, 733/2006 ó la más reciente 1290/2009—.

En la medida que el recurrente conecta todos estos vicios con el hecho de que en el contrato de intermediación no se consigna que también debía de adquirir una vivienda para Florinda en la que viviría con sus padres, es claro que alega cuestiones que no tienen cabida en los concretos y precisos márgenes donde opera el motivo.

Procede la desestimación del motivo.

Tercero.- El motivo segundo, por la vía del error facti del art. 849-2º LECriminal, denuncia error en la valoración de las pruebas por parte del Tribunal de instancia, lo que se acreditaría con el contrato de intermediación del folio 12.

En la argumentación, que ocupa desde la pág. 6 a la 18 del recurso, efectúa un estudio de la motivación de la sentencia tan minucioso como innecesario y baldío.

Hay que recordar que la invocación del motivo expresado, queda supeditado a la concurrencia de ciertos requisitos —entre las últimas STS 762/2004 de 14 de Junio, 67/2005 de 26 de enero y 1491/2005 de 1 de Diciembre, 192/2006 de 1 de Febrero, 225/2006 de 2 de marzo y 313/2006 de 17 de Marzo, 835/2006 de 17 de Julio, 530/2008 de 15 de julio y 342/2009 de 2 de Abril, entre otras—.

1.- Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

2.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido



2010/12433

TS Sala 2ª, Sentencia 11 febrero 2010. Ponente: D. Joaquín Giménez García

Aplicación de subtipo agravado de bienes de primera necesidad Apropiación indebida de dinero obtenido por venta de vivienda habitual

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de apropiación indebida. El TS considera clara la procedencia de la aplicación del subtipo agravado al tratarse de bienes de primera necesidad, como es la vivienda, por cuanto la finalidad de la venta de la finca inicial cuya nuda propiedad tenía la querellante y el usufructo sus padres, no era otro que adquirir un piso más grande, más cómodo y más céntrico para los padres de aquella con los que conviviría, por lo que la defraudación recayó sobre una vivienda para uso habitual, no para uso estacional, recreativo o para inversión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 28 de enero de 2009 de la Sección II de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, condenó a Bartolomé como autor de un delito de apropiación indebida del art. 252 en relación con el art. 250-1º y 6º a la pena de cuatro años y seis meses de prisión con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que Dª Florinda, concertó con el recurrente condenado, Bartolomé, administrador único y propietario de "Inmobiliaria Horizonte Azul SLU", un contrato de intermediación, en exclusiva, de una finca cuya nuda propiedad le correspondía a Dª Florinda y el usufructo a sus padres con la finalidad de proceder a la venta de la finca, para ello y con la finalidad de obtener mayor beneficio se procedió a una segregación de la misma en tres fincas, que efectivamente se vendieron, en concreto dos de las tres fincas resultantes en la forma y modo descritos en el "factum", sin que el recurrente que había recibido el importe de las dos ventas y que ingresó en su cuenta bancaria, ni

consiguió la adquisición de nueva vivienda para Florinda y sus padres, ni le entregó el dinero importe de las dos ventas.

Se han formalizado cinco motivos que conforman el recurso instado por el recurrente y a cuyo estudio pasamos seguidamente.

Segundo.- El motivo primero, por la vía del Quebrantamiento de Forma del art. 851-1º LECriminal, denuncia simultáneamente tres vicios procesales: oscuridad en los hechos probados, contradicción en los mismos y predeterminación por contener conceptos jurídicos.

Anuda el recurrente estos tres vicios procesales con el hecho de que en el documento de intermediación firmado con Florinda, para nada se hace referencia en él a que con el producto de la venta debía comprar una vivienda en la que viviría Florinda con sus padres.

Como se observa, el recurrente trata de injertar en el cauce casación del núm. 1 del art. 851 LECriminal cuestiones que son ajenas al concreto ámbito del motivo.

que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma...", quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personas aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, entre otras STS 220/2000 de 17 de Febrero, 1553/2000 de 10 de octubre, y las en ella citadas. De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina de esta Sala —SSTS núm. 1643/98 de 23 de Diciembre, núm. 372/99 de 23 de Febrero, sentencia de 30 de enero de 2004 y núm. 1046/2004 de 5 de Octubre—. La justificación de alterar el "factum" en virtud de prueba documental —y sólo esa— estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento o en su caso, la pericial permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de intermediación y contradicción.

3.- Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

4.- Que el supuesto error patentizado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración —razonada— en conciencia de conformidad con el art. 741 LECriminal. Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes o que siendo uno sólo el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna. —SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de noviembre—.

5.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Au-

diencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

6.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, SSTS 496/99, 765/04 de 11 de junio.

A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo —art. 855 LECriminal— esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la reciente sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de marzo, es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" o buscar tales extremos, como un zahorí —SSTS 465/2004 de 6 de Abril, 1345/2005 de 14 de Octubre, 733/2006 de 30 de Junio, 685/2009 de 3 de Junio, 1121/2009 ó 1236/2009 de 2 de Diciembre—.

De acuerdo con la doctrina expuesta, hay que convenir que el contrato de intermediación citado, es un contrato civil que contiene las declaraciones de los contratantes, firmado por el recurrente y Florinda, y como tal no tiene el carácter de documento casacional a los efectos de poder sostener el cauce casacional empleado, careciendo de toda potencia acreditativa a los efectos pretendidos por el recurrente.

En efecto, en dicho contrato no se contiene referencia alguna a que con el dinero de la venta, el recurrente debía buscar otra vivienda para Florinda, pero ello, fue acreditado por otros medios probatorios, y, lo más relevante, la ausencia en dicho contrato acerca de la proyectada compra de un piso con el dinero obtenido de la previa venta, nada afecta al hecho de que el recurrente, reconocidamente recibiese el dinero de la venta y no lo entregase a su propietario.

Procede la desestimación del motivo.

Cuarto.- Pasamos al motivo cuarto, por razones de lógica y sistemática jurídicas. Por el cauce de la vulneración de derechos fundamentales y con cita del art. 14 y 24-1 C.E., así como del art. 14-5º del Pacto Inter-

nacional de Derechos Civiles y Políticos, denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, denuncia que anuda a la inexistencia de la segunda instancia penal.

Se trata de una cuestión que con reiteración ha sido planteada ya en esta sede casacional y que con igual reiteración ha sido rechazada tanto por la jurisprudencia de esta Sala como por la del Tribunal Constitucional. El art. 14-5º del Pacto Internacional que se cita, reconoce a todo condenado el derecho a un recurso efectivo ante un Tribunal distinto y superior de aquel que le juzgó en primera instancia que revise el fallo condenatorio y la pena que se le impuso.

Pues bien, el actual recurso de casación, liberado ya de planteamientos excesivamente formalistas que tuvo en sus principios, responde completamente a la naturaleza de "recurso efectivo" desde las exigencias del Pacto Internacional citado porque a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, y en concreto de la violación del derecho a la presunción de inocencia, esta Sala de Casación valora si la condena está debidamente fundada en el cuádruple aspecto de haber existido prueba de cargo obtenida de acuerdo con las garantías constitucionales, haber sido introducida en el proceso y sometida a los principios que vertebran el juicio oral, es decir, intermediación, oralidad, contradicción e igualdad, haber sido suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, y finalmente, como colofón, haber sido prueba razonada y razonablemente motivada, con lo que se cumple con el principio de efectividad en cuanto a la interdicción de toda decisión arbitraria desde las exigencias del art. 9-3º de la Constitución.

Como simple referencia jurisprudencial, se pueden citar entre otras muchas, —SSTC 70/2002; 105/2003; 80/2003; 123/2005 ó 116/2006, SSTS 263/2003; 429/2003; 702/2003; 809/2003; 592/2004; 90/2007 ó 609/2008, así como el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 13 de septiembre de 2000, aplicado por primera vez en el Auto de 14 de diciembre de 2001—.

Por ello queda sin contenido la queja que se efectúa y en concreto a la vista de lo manifestado en la propia argumentación de este motivo en la pág. 31, el hecho de haber sido enjuiciado el caso por la Audiencia Provincial, como así ha sido, en modo alguno ha sido obstáculo para que esta Sala Casacional haya efectuado el control casacional correspondiente desde las exigencias derivadas del recurso efectivo.

Procede la desestimación del motivo.

Quinto.- Pasamos al estudio del motivo quinto, por el mismo cauce

del anterior denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. En su argumentación se limita a decir que la misma solamente puede ser destruida en caso de prueba de cargo suficiente, y simplemente se limita a decir que en el presente caso no ha existido tal prueba.

En el motivo anterior ya se ha dicho que el cuádruple examen que integra el ámbito del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia.

Desde esa perspectiva verificamos en este control casacional que la sentencia de instancia en el f.jdco. primero, concretamente en sus págs. 4 y 5, concretó la prueba de cargo existente así como los específicos elementos incriminatorios con que contó para arribar a la conclusión de que el recurrente se quedó con el dinero producto de la venta de la finca de la denunciante.

La sentencia se refiere a la declaración de Florinda y a la propia del recurrente en la que reconoce haber intervenido en el otorgamiento de las dos escrituras de venta, sin embargo frente a la declaración de Florinda de que no ha recibido el importe de la misma, el recurrente manifiesta que, en relación a la primera venta si bien Florinda le endosó el talón recibido del comprador de la finca al recurrente y que éste lo ingresó en su cuenta corriente, manifiesta que seguidamente le entregó el dinero en efectivo a Florinda, y en relación a la segunda venta, también reconoce que el pago se hizo directamente al recurrente pero lo cierto es que en ningún caso aparece acreditado que el dinero producto de la venta de las dos fincas fuera entregado, efectivamente, a Florinda, careciendo de toda probanza las meras alegaciones del recurrente de que le entregó el dinero en efectivo, mera alegación que no fue creída por el Tribunal de instancia estimándose en este control casacional que esta falta de credibilidad por parte del Tribunal de instancia es perfectamente razonable y conforme con las máximas de experiencia.

También en relación a la finalidad que animaba la venta de la finca inicial por parte de Florinda, que era la de con el dinero producto de la venta comprar un piso más céntrico donde viviría con sus padres, extremo que ciertamente no aparece en el documento del folio 12 relativo al contrato de intermediación, el Tribunal estimó la certeza de esta operación en base no ya a las declaraciones de la propia Florinda sino también a las declaraciones de la empleada del acusado Antonieta que manifestó en el Plenario que les enseñó varias casas en Santa Cruz con esa finalidad pero que Florinda no las aceptó porque eran pequeñas o estaban ocupadas, incluso el propio recurrente negó que su empleada Antonieta le acompañara al Notario cuando la venta de los pisos cuando su presen-

cia está acreditada por los propios adquirentes de los pisos, pero es que además como bien razona la sentencia de instancia "...es totalmente absurdo y carece de lógica que él (el recurrente) reciba el dinero, reconozca el endoso de un cheque y la entrega de otro sino fue con tal finalidad....", lo que le llevó a la Sala a estimar la existencia del delito de apropiación indebida en la modalidad agravada en la que ha sido condenado.

En definitiva, del examen efectuado se comprueba en este control casacional que no existió el vacío probatorio de cargo que se denuncia, sino que por el contrario el recurrente fue condenado en virtud de prueba de cargo válidamente obtenida, legalmente introducida en el Plenario, suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, y, prueba que en fin, fue razonada y razonablemente valorada.

Procede la desestimación del motivo.

Sexto.- Pasamos al estudio del motivo tercero que encauzado por la vía del error iuris denuncia la indebida aplicación de los arts. 252 y 250, apartados 1º y 6º, es decir denuncia la aplicación del delito de la apropiación indebida con los subtipos agravados de estar referido a objetos de primera necesidad puesto que se trataba de la compra de una vivienda y asimismo atendiendo al valor de la defraudación.

En la extensa argumentación del motivo que abarca las págs. 18 a 30, el recurrente efectúa unas reflexiones sobre el delito de apropiación indebida y luego reitera nuevamente la tesis ya expuesta en otros fundamentos de que se está en presencia de un contrato de intermediación en el que nada aparece respecto al destino que debía darse al dinero producto de la venta de la finca, efectuándose diversas preguntas retóricas y haciendo unos comentarios respecto de determinados apartados de la motivación de la sentencia recurrida.

Se trata de una argumentación absolutamente baldía e impropia del cauce casacional utilizado ya que este, es preciso recordarlo una vez más, parte del riguroso respeto a los hechos probados, respeto que alguna sentencia de esta Sala califica en tono litúrgico "de reverencial" — SSTS 17 de diciembre de 1996, 30 de noviembre de 1998, recordadas en la más reciente 956/2009 de 9 de Octubre—, y así es en efecto porque el objeto de este cauce se encuentra en que aceptando unos hechos probados se considera que la subsunción jurídica es efectuada por el Tribunal es incorrecta.

El recurrente ignora el ámbito de este motivo porque cuestiona los hechos probados, los rechaza y estima que fueron otros diferentes, y este debate queda extramuros del ámbito

casacional que por ello ya incurre en causa de inadmisión que en este momento opera como causa de desestimación.

No obstante, y con la finalidad de dar respuesta al principio de tutela judicial efectiva, incluso más allá de las exigencias derivadas de tal derecho, simplemente reiteraremos lo dicho en el motivo quinto y es que, se ha verificado que el Tribunal de instancia cumplió con su deber de motivación fáctica de tal suerte que su conclusión condenatoria está sólidamente cimentada en la prueba de cargo a la que se ha hecho referencia en el anterior motivo.

En cuanto a la subsunción jurídica de los hechos declarados probados en el delito por el que ha sido condenado el recurrente, basta con decir que por lo que se refiere al subtipo de haber recaído la estafa en bienes de primera necesidad, como es la vivienda, su procedencia es clara. La finalidad de la venta de la finca inicial cuya nuda propiedad tenía Florinda y el usufructo sus padres, no era otro que adquirir un piso más grande, más cómodo y más céntrico para los padres de Florinda con los que conviviría ésta por lo que la defraudación recayó sobre una vivienda para uso habitual, no para uso estacional, recreativo o para inversión, por lo que la aplicación de este subtipo no puede ser cuestionada, máxime si se tiene en cuenta que la propia Florinda no tenía piso propio sino que vivía en un piso de alquiler —SSTS de 14 de febrero de 1994; 5 de octubre de 1995; 6 de octubre de 1997; 1174/1997 y 658/1998—.

En cuanto a la aplicación del párrafo sexto, desde el recordatorio que esta Sala estima que concurre su aplicación cuando la defraudación en sí misma considerada rebasa los 36.060 euros, equivalentes a la antigua cantidad de 6.000.000 de ptas., es claro que concurre la misma si se tiene en cuenta que el importe total de lo apropiado por el recurrente fue de 90.151,91 euros, importe de las cantidades apropiadas por él, cantidad que obviamente supera el límite fijado por la jurisprudencia de esta Sala —SSTS 356/2005; 2061/2002; 238/2003; 1245/2006; 1298/2009 y las en ella citadas—.

Procede la desestimación del motivo.

Séptimo.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede la imposición al recurrente de las costas del recurso.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de Bartolomé, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección II, de fecha 28 de enero de 2009, con imposición al recurrente

de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección II, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Manuel Marchena Gómez Alberto Jorge Barreiro

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



2010/31752

TS Sala 4ª, Sentencia 9 marzo 2010. Ponente: D. Luis de Castro Fernández.

La relación laboral es indefinida

Improcedente despido de conductor de buque con contrato eventual fraudulento

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el conductor de buque accionante contra sentencia que convalidó la extinción de su contrato eventual.

Señala la Sala que la ampliación del transporte de contenedores por parte de la empresa demandada, pasando de la frecuencia alterna a la diaria, no puede ser calificado como un exceso anormal en las necesidades habituales, ni supone un incremento de trabajo contingente y transitorio, sino que integra una previsión empresarial de actividad permanente, por lo que la contratación del actor se produjo en fraude de ley, con la obligada consecuencia de resultar indefinida la relación laboral contratada y que el cese acordado haya de calificarse como despido improcedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El objeto del presente recurso para la unificación de doctrina es la STSJ Cataluña 03/12/08 (rec. 6060/08), que estimó el recurso interpuesto por la empresa «Transmediterránea Cargo, SA» contra la sentencia que en 07/05/08 había pronunciado el Juzgado de lo Social núm. 21 de Barcelona (autos 165/08), revocando la misma y desestimando la demanda formulada en reclamación por despido.

2.- El relato de los hechos declarados probados refiere que el actor había prestado servicios como Conductor-Mecánico para la demandada en el periodo 16/01/07 a 15/01/08, a virtud de contrato eventual por circunstancias de la producción y para atender el incremento de actividad por ampliación de la línea de contenedores con Baleares.

3.- El recurso denuncia la infracción del art. 15.1.b) ET y señala como contradictoria la STSJ Catalu-

ña 04/07/08 (rec. 3760/08), que contemplado supuesto idéntico de contratación eventual por la misma empresa y por idéntica causa, declara que el cese de los trabajadores integra despido improcedente. Con ello es claro que en el presente caso se cumple la exigencia que impone el art. 217 LPL -como requisito de viabilidad para el RCU- -de que exista contradicción entre la resolución que se impugna y otra decisión judicial, que ha producirse entre la parte dispositiva de sentencias que contengan pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 15/10/09 -rcud 2553/08-; 09/11/09 -rcud 3747/08-; 30/11/09 -rcud 4161/08-; 09/12/09 -rcud 339/09-; y 10/02/10 -rcud 194/09 -).

SEGUNDO.- 1.- La resolución del supuesto debatido impone previamente poner de manifiesto determinadas circunstancias concurrentes en la contratación del trabajador, puesto que son las que en definitiva determinarán la calificación jurídica que

haya de darse. Nos referimos a que la frecuencia de los barcos de carga a Baleares era de un buque en días alternos, pero que en el verano de 2007 se estableció la frecuencia diaria, pero «la iniciativa fracasó, ya que el incremento de la frecuencia no supuso un incremento sustancial del volumen de transporte, por lo que actualmente se ha vuelto a la frecuencia de un barco de carga en días alternos».

2.- La válida suscripción de la modalidad contractual que establece el art. 15.1.b) ET requiere -aparte de otras notas que para nada están comprometidas en el caso de autos- que «se concierten para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa». Y en la configuración de esa eventualidad, se ha dicho que la misma ha de entenderse como un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa, que no puede ser atendido con la plantilla actual y que -por su excepcionalidad- tampoco razonablemente aconseja un aumento de personal fijo (STS 20/03/02 -rcud 1676/01 -); que la «temporalidad de este tipo de contratación es causal y contingente, pues en el proceso productivo o en la prestación de servicios se produce de manera transitoria un desajuste entre los trabajadores vinculados a la empresa y la actividad que deben desarrollar, permitiendo la Ley la posibilidad de acudir a la contratación temporal para superar esa necesidad de una mayor actividad, sin incrementar la plantilla más de lo preciso, evitando el inconveniente de una posterior reducción de la misma si, superada la situación legalmente prevista, se produjera un excedente de mano de obra» (STS 21/04/04 -rcud 1678/03 -); y que el «contrato eventual está caracterizado por la temporalidad de la causa que lo origina,... evitando con ello que por este procedimiento se lleguen a cubrir necesidades permanentes de las empresas acudiendo a contrataciones de tiempo limitado; la causa radica en las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, es decir, se trata de un contrato caracterizado por la temporalidad de la causa que lo legitima; si la causa no es temporal, la relación se convierte en indefinida» (SSTS 17/01/08 -rcud 1176/07-; y 15/01/09 -rcud 2302/07 -).

3.- La anterior doctrina comporta la estimación del recurso, porque la ampliación del transporte de contenedores a las Islas Baleares por parte de «Transmediterránea Cargo, SA», pasando de la frecuencia alterna a la diaria en el transporte de buques contenedores, no puede ser calificado como un exceso anormal en las necesidades habituales, ni supone un incremento de trabajo contingente y transitorio, sino que integra una previsión empresarial de actividad permanente, siquiera el adverso resultado hubiese determinado volver al

transporte en días alternos. Aparte de que esa ampliación se produjo -conforme al relato de hechos- con relevante posterioridad a la contratación del actor (el contrato se suscribe en 16/01/07 y la ampliación de la línea en verano del propio año), con lo que incluso el componente causal -imprescindible en todo tipo de contratación limitada en el tiempo- también estaría ausente. Por ello ha de afirmarse que la referida contratación se había producido en fraude de ley, persiguiendo -como con acierto observa el Ministerio Fiscal- un resultado de temporalidad prohibido por el ordenamiento jurídico, con la obligada consecuencia de resultar indefinida la relación laboral contratada y de que el cese acordado haya de calificarse como despido improcedente, tal como en instancia se había resuelto.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada. Con imposición de costas en trámite de Suplicación (art. 233.1 LPL).

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Héctor y revocamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 03/Diciembre/2008 (recurso de Suplicación núm. 6060/08), que a su vez había revocado la resolución -estimativa de la demanda- que en 07/Mayo/2008 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 21 de los de Barcelona (autos 165/08), y resolviendo el debate en Suplicación rechazamos el de tal clase formulado por «TRANSMEDITERRÁNEA CARGO, SA», confirmando la decisión recurrida.

Se acuerda la imposición de costas a la recurrente en trámite de suplicación y la ausencia de costas en este trámite de casación.

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

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

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

2010/6508

TS Sala 4ª, Sentencia 20 enero 2010. Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

No es discriminatorio

Personal laboral del SERMAS sin derecho a gratificación a cuenta del sistema de carrera profesional

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Madrileño de Salud demandado frente a sentencia que acogió en parte su impugnación sobre reconocimiento del derecho de la actora a acceder al modelo de carrera de promoción profesional regulado por el Acuerdo de 21 noviembre 2005 sobre criterios generales de promoción profesional para el personal estatutario fijo de la Comunidad Autónoma de Madrid.

La Sala señala que la demandante -personal laboral interino, contractualmente regida por previsiones estatutarias- no tiene derecho a la llamada «promoción profesional» que fue pactada en el Acuerdo mencionado pues su ámbito de aplicación se limitó expresamente al personal estatutario fijo y no cabe alegar vulneración del art. 14 CE pues el TC ya ha dicho que la diferencia intrínseca en la proyección temporal justifica que la carrera profesional se limite a quien, en principio, va a prestar servicios para la Administración con vocación de permanencia y la promoción interna parece implicar una variación funcional que es incompatible con el desempeño interino de una determinada vacante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora presta servicios como personal laboral temporal para el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), como Auxiliar administrativo y se rige por el sistema retribuido estatutario en virtud de lo previsto en su contrato de trabajo. La trabajadora solicitaba en su demanda que se reconociera su derecho a acceder al modelo de carrera profesional establecido por Acuerdo de 11-2005 sobre criterios generales de promoción profesional para el personal estatutario fijo Comunidad Autónoma de Madrid, así como el derecho a percibir 1000 € como pago a cuenta del complemento de carrera profesional pendiente de desarrollo. Dicha pretensión fue estimada en la instancia, y la sentencia de suplicación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de marzo de

2009, estimó en parte el recurso interpuesto por el Servicio Madrileño de Salud al que absolvió de la pretensión referida al reconocimiento del derecho confirmando los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Reurre la parte demandada en casación para la unificación de doctrina, proponiendo como sentencia de contraste la del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2009 (R. 955/2008), resolución que ante idéntica reclamación de cantidades a cuenta, en interpretación del Acuerdo de 21 de noviembre de 2005, llega a solución contraria, por lo que hemos de declarar cumplido el presupuesto de la contradicción en los términos establecidos en el art. 217 de la Ley procesal.

SEGUNDO.- La Sala se ha pronunciado en asuntos similares al ahora debatido, en las sentencias de 27 de febrero de 2009, recurso 955/08, 17 de marzo de 2009 (rec. 1507/08) y 27 de abril de 2009 (rec. 940/08), entre otras, a cuya doctrina hemos de atenernos por elementales razones de seguridad jurídica y porque no existen datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial. En dichas sentencias se establece lo siguiente:

“1.- La cuestión que se plantea en las presentes actuaciones es la relativa a si la demandante -personal laboral interino, contractualmente regido por previsiones estatutarias- tiene o no derecho a llamada «promoción profesional» que fue pactada por Acuerdo de 21/Noviembre/05 en el seno de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Marco de Negociación y cuyo ámbito de aplicación se limitó expresamente al personal estatutario fijo (criterio cuarto). Derecho a la citada carrera y a la «paga a cuenta del sistema de carrera profesional pendiente de desarrollo», que se llevó a cabo en marzo de 2006 (600 euros)”.

“2.- A tener en cuenta que el objetivo declarado del Acuerdo de la Comisión a que nos referimos fue el de «promover y desarrollar la formación y capacitación y el perfeccionamiento profesional de los profesionales pertenecientes a las diferentes categorías estatutarias» (criterio primero); y que el mismo se fundamenta expresamente en el art. 17.1.e) del Estatuto Marco (exposición de motivos), en el que se destaca como derecho individual del «personal estatutario» el relativo a «promoción interna y desarrollo profesional, en la forma en que prevean las disposiciones en cada caso aplicables».

“Pero la visión normativa no sería completa si no se dejase constancia de que el art. 40 del Estatuto Marco se refiere a la «carrera profesional», la define como «el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia

y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios»; y que asimismo dispone que las Comunidades Autónomas, «previa negociación en las mesas correspondientes, establecerán, para el personal estatutario de sus servicios de salud, mecanismos de carrera profesional». Siendo de resaltar que, por su parte, el art. 43 se refiere al «complemento de carrera» identificándolo como el «destinado a retribuir el grado alcanzado en la carrera profesional cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado en la correspondiente categoría»; y que el art. 44 dispone que «el personal estatutario temporal percibirá la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias que en el correspondiente servicio de salud, correspondan a su nombramiento, con excepción de los trienios».

TERCERO.- 1.- Tal como hemos recordado en diversas ocasiones (así, STS 21/12/07 -rco 1/07 -), el principio general que rige la materia retributiva es el que representa el aforismo «a igual trabajo, igual salario», al que se refieren -incluso-, la Declaración Universal de Derechos del Hombre (10/12/48), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19/12/66), el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (25/03/57) y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». Y como tal principio, que indudablemente tiene también amparo en el art. 14 CE, ha de inspirar toda interpretación que haya de hacerse respecto de normas o pactos que establezcan diversidad de regímenes en materia salarial.

2.- Pero de todas formas, también con carácter general ha de indicarse que a pesar de que «el art. 14 de la Constitución se proyecta sobre las condiciones de trabajo en general y sobre las económicas en particular, tanto en el ámbito laboral como en el funcional» (STC 57/1990, de 25/Marzo, FJ 2) (STC 110/2004, de 30/Junio, FJ 4), «el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar el status del personal que presta sus servicios en las Administraciones públicas (SSTC 7/1984, 99/1984, 148/1986; 57/1990, de 25/Marzo, FJ 2), gozando «de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio» (SSTC 57/1990; 293/1993, de 18/Octubre, FJ 3), y en el caso de las CCAA «este principio de autoorganización tiene además un respaldo constitucional expreso en los arts. 147.2 c), 148.1.1 CE y los concordantes de los Estatutos de Autonomía» (STC 156/1999, de 13/Julio, FJ 4) (STC 110/2004, de 30/Junio, FJ 4). Por lo que «la existencia de una regulación diferenciada entre funcionarios públicos y trabajadores, de carácter administrativo la de los primeros y de naturaleza laboral la de los segundos» comporta diversidad que

justifica un distinto tratamiento retributivo (SSTC 57/1982, de 27/Julio; y 90/1984, de 05/Octubre).

3.- En esta línea se ha manifestado en pluralidad de ocasiones la Sala, al afirmar que la «distinta composición del régimen retributivo de los funcionarios públicos y de quienes, sin serlo y en virtud de una relación laboral, prestan servicios a la Administración Pública, no constituye, en modo alguno, tipo alguno de discriminación debiendo significarse, en este aspecto, que al ser la fuente reguladora de la relación laboral el Convenio Colectivo o en su caso, el contrato individual, el margen de mayor libertad negocial que permiten estos dos últimos instrumentos jurídicos, hace que resulte más difícil admitir la discriminación entre quienes, siendo funcionarios, prestan servicios a la Administración pública y aquellos otros que sirven a la misma en virtud de un contrato laboral» (SSTS 30/11/05 -rco 218/04-; y 20/10/08 -rcud 894/08-. En línea con precedentes -entre otros- de 23/07/93 -rcud 1561/92-; 28/01/03 -rcud 521/02-; 09/04/03 -rcud 1065/02-; y 11/11/04 -rco 40/04 -).»

CUARTO.- 1.- Volviendo al caso concreto de que tratamos, de reconocimiento del «derecho al modelo de carrera/promoción profesional» y a la «paga a cuenta del sistema de carrera profesional pendiente de desarrollo», la pretendida vulneración del art. 14 CE ya ha sido rechazada por el Pleno del Tribunal Constitucional, al resolver cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del art. 22 de la Ley Aragonesa 18/2006 (29/Diciembre), en relación con el art. 44 de la Ley Estatal 55/2003 (16/Diciembre), habiendo declarado en dos Autos de 03/Julio/2008 (los números 201 y 202) que no se conculca el derecho a la igualdad por negarse el derecho a la carrera profesional por parte de personal estatutario temporal con nombramiento de interino. Y al efecto realiza las siguientes afirmaciones:

a).- «...las cuestiones relacionadas con la carrera profesional y las retribuciones ligadas a ella han de incorporarse en la materia “régimen estatutario de los funcionarios públicos”, puesto que configuran las relaciones entre éstos y la Administración a la que sirven, ordenando su posición propia en el seno de aquélla. Esto último puede afirmarse con independencia de que se trate del personal sanitario, pues este tipo de personal constituye... “una relación funcional especial”... en las retribuciones complementarias se vienen a ponderar circunstancias distintas relacionadas con el también diverso estatuto del personal a su servicio, circunstancias entre las que puede encontrarse la naturaleza temporal o permanente de la relación».

b).- «... como recuerda el ATC 319/1996, de 29 de octubre (FJ 4) “es necesario resaltar que no basta con que las tareas asignadas a dos categorías distintas de funcionarios -

en este caso, funcionarios de carrera, de un lado, y funcionarios interinos o contratados administrativos, de otro sean idénticas o análogas para estimar discriminatoria la diferencia retributiva denunciada, pues no es el único criterio objetivo que el legislador o la Administración pueden ponderar a efectos de las retribuciones de las distintas categorías de funcionarios, sino que también pueden contemplar otros factores de diferenciación objetivos y generales, como son, las exigencias de preparación o el correspondiente sistema de acceso (SSTC 29/1987, 77/1990; AATC 139/1983, 741/1984)” ».

c).- «... se trata de categorías de personal diferenciadas y definidas con características propias, las cuales legítimamente pueden ser tomadas en consideración por el legislador. Por eso de la anterior distinción necesariamente pueden seguirse consecuencias, pues el personal estatutario temporal, por la propia transitoriedad en el desempeño de las funciones a él asignadas, no se encuentra en la misma situación que el fijo en relación con su vinculación al respectivo servicio autonómico de salud y, por extensión, en relación con los mecanismos de carrera profesional que se establezcan en su seno, sin que esta circunstancia, por sí sola, pueda considerarse atentatoria de las bases estatales».

“2.- Por nuestra parte hemos de recordar que el Acuerdo de 21/Noviembre/05, tenía por objetivo -como dijimos más arriba- «promover y desarrollar la formación y capacitación y el perfeccionamiento profesional de los profesionales pertenecientes a las diferentes categorías estatutarias»; que el art. 17.1.e) del Estatuto Marco señala como derecho individual del «personal estatutario» el relativo a «promoción interna y desarrollo profesional»; y que el art. 40 del mismo Estatuto define la «carrera profesional» como «el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios». Pues bien, estos tres datos normativos sitúan la carrera profesional en un contexto de «permanencia indefinida» en el desempeño de las funciones que se compadece mal con la transitoriedad -demasiado a menudo burlada, ciertamente- que por definición es predicable del personal estatutario interino o del personal laboral “indefinido” asimilable (por la obligación que la Administración tiene de cubrir la plaza por los cauces reglamentarios); por lo que esta diferencia intrínseca en la proyección temporal de ambos tipos de colectivos justifica que la carrera profesional se limite a quien en principio va a prestar servicios para la Administración con vocación de permanencia y que expresamente se excluya a quien por propia definición legal tiene con la Administración Pública una vinculación laboral limita-

da en el tiempo. Aparte que esa «promoción interna» parece implicar una variación funcional que es incompatible con el desempeño interino de una determinada vacante, pues es la limitación a ese concreto puesto de trabajo la que justifica precisamente la existencia de la relación de interinidad, de manera que la promoción a otro puesto o categoría priva de objeto al contrato y apunta a su extinción, al menos en su configuración inicial de cobertura interina de una concreta plaza sin cubrir.”

“3.- Y son estas razones las que justifican la diferente solución a que hemos llegado respecto de una materia relacionada aunque diversa, la del derecho de los trabajadores interinos al complemento de antigüedad (así, desde la STS 13/07/06 -rco 101/05 -, han sido innumerables los pronunciamientos en tal sentido), pues este concepto -antigüedad- no requiere la «permanencia» que es propia de la carrera profesional, sino el mero transcurso de determinado tiempo en la prestación de servicios; aparte de que tal derecho al complemento de antigüedad cuenta con claro fundamento normativo en los arts. 3.1.c) y 15.6 ET, tal como detalladamente hemos expuesto en las correspondientes sentencias a las que nos hemos referido y a las que -a tales efectos- nos remitimos”.

Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido procede, de acuerdo con lo propuesto por el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso formulado y, en consecuencia, casar y anular la sentencia recurrida, sin imposición de costas.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD y casamos y anulamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 15 de septiembre de 2008, rec. núm. 1849/08, que había estimado el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 36 de los de Madrid, el 20 de marzo de 2009, y resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase formulado por el Servicio Madrileño de Salud al que absolvemos de las pretensiones ejercitadas en su contra.

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

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

(...)



EL DERECHO

Año XVII. Número 2846

Madrid, 21 de junio de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

RESEÑA

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



2010/16361

TS Sala 1ª, Sentencia 3 marzo 2010.
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Exclusión de responsabilidad de facultativo y centro médico en el agravamiento de lesión ocular de menor

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió a los facultativos y entidades médicas codemandadas considerando que la actuación del primer facultativo que atendió al niño se ajustó a las exigencias de la "lex artis", indicando las pruebas diagnósticas necesarias, y no siéndole imputable el resultado final de enucleación del ojo, por no ser como consecuencia de las pruebas realizadas ni del tiempo transcurrido desde la primera visita y, en relación al segundo facultativo, por no existir un nexo causal entre el diagnóstico erróneo del TAC y dicho resultado, pues en tan breve tiempo no pudo agravarse un situación iniciada con un golpe en un ojo, al ser confirmado el tumor cancerígeno por un tercer facultativo a los pocos días de dicho golpe.

2010/19169

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

Desahucio por impago del IBI por el arrendatario

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, asumiendo las funciones de instancia, acuerda el desahucio del demandado de la vivienda arrendada por la actora por el impago del recibo correspondiente al IBI reclamado, por ser su importe una cantidad asimilada legalmente a la de la renta, y condena al demandado a que desaloje dicha vivienda en plazo legal bajo apercibimiento de lanzamiento. La Sala tiene declarado como doctrina jurisprudencial que el impago por el arrendatario del IBI en arrendamientos de vivienda existentes en el momento de la entrada en vigor de

la nueva LAU 1994, ha de considerarse como causa de resolución comprendida en el art. 114,1 LAU 1964.



2010/8445

TS Sala 2ª, Sentencia 5 febrero 2010.
Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

Reducción de la pena en delito de homicidio

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delito de homicidio. El TS dicta segunda sentencia por la que reduce la pena de prisión opuesta al recurrente, por cuanto no existe motivo alguno objetivo o subjetivo para imponer, sin mayores razonamientos, la pena de trece años de prisión, es decir, situarse en la mitad superior como si concurrese una agravante. Al contrario, la realidad del hecho y los datos sobre la persona del delincuente no proporcionan base alguna para dicha resolución. En consecuencia, la pena aplicable en atención a las circunstancias del caso, habida cuenta de la juventud de los intervinientes y la personalidad del acusado, ha de ser la de diez años de prisión.

2010/9929

TS Sala 2ª, Sentencia 29 enero 2010.
Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

Delito de apropiación indebida por administrador de constructora

Se desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de apropiación indebida. La Sala constata que las cantidades recibidas no fueron consignadas en la cuenta específica en la que tendrían que haberlo sido, ni tampoco garantizadas de manera eficaz para el caso de producirse una situación como la efectivamente acontecida. Además, los ingresos fueron a parar, precisamente, a la cuenta genérica de la sociedad, sobre la que pesaba directa e indiscriminadamente la comprometida situación de la empresa; de forma que

su titular no podía desconocer que, obrando de ese modo, incumplía con el compromiso asumido de afectar esas sumas al fin para el que habían sido entregadas y se colocaba en una situación que lo haría objetivamente imposible.



2009/251585

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 23 octubre 2009.
Ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso

Acreditación de rendimiento agrícola superior

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que declaró ajustada a derecho la resolución en la que se había acordado fijar el justiprecio de varias fincas propiedad de los recurrentes. La Sala considera que fácil tenía la parte recurrente acreditar un rendimiento agrícola superior a la media que ofrecen los datos estadísticos, bien exigiendo concreciones al perito judicial y la aportación de datos objetivos, bien facilitándole los datos económicos de sus rendimientos en los años inmediatamente anteriores y posteriores a la expropiación, prueba esta última idónea para justificar sus pretensiones, pero como nada de lo expresado interesó, la presunción de acierto de la valoración del jurado en el extremo relativo al valor del suelo no ha sido desvirtuada.



2010/19328

TS Sala 4ª, Sentencia 18 febrero 2010.
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

Cómputo de días por parto a efectos de pensión de vejez del SOVI

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que reconoció el derecho de la beneficiaria accionante a percibir la pensión de vejez SOVI, que le había sido

negada por no reunir el periodo mínimo de cotización, al computar ciento doce días por cada parto de un solo hijo.

Explica la Sala que si bien es cierto que las normas de seguridad social no se aplican al SOVI, la disp. adic. 44ª LGSS no excluye expresamente a quienes estuvieron integradas en él, siendo aplicable el beneficio recogido en la misma a todas las mujeres que no hubieran trabajado por haber tenido hijos, sin que implique sólo una mera proyección de futuro, sirviendo al objetivo de paliar los efectos de la situación de discriminación ya producida y la que puede surgir.

2010/12551

TS Sala 4ª, Sentencia 20 enero 2010.
Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

Interrupción de prescripción de reclamación de indemnización por despido

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la mercantil demandada contra sentencia que acogió la pretensión de los trabajadores accionantes sobre cantidad, en concepto de indemnización por despido objetivo. Señala la Sala que la cuestión objeto de debate se refiere a la posibilidad de prescripción de la acción para reclamar las cantidades a las que ascienden las indemnizaciones derivadas de despido objetivo y si aquella se ve afectada por el ejercicio de una acción por despido en la que se impugna la justificación del mismo, y al respecto manifiesta que es voluntad del legislador conceder al trabajador el margen de discusión acerca de la decisión extintiva, sin que ello perjudique su derecho a reclamar las indemnizaciones.

2010/11632

TS Sala 4ª, Sentencia 21 enero 2010.
Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

Cálculo de base reguladora de prestación por IPT de fija discontinua

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que acogió la pretensión del trabajador fijo discontinuo accionante sobre base reguladora de pensión de IPT.

Señala la Sala que el art. 7,2 RD 1131/2002, de 31 octubre, por el que se regula la seguridad social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, establece que en los trabajadores fijos discontinuos, a diferencia de los contratados a tiempo parcial, el tiempo comprendido entre campañas tendrá la consideración de lagunas de cotización, que habrán de integrarse con las bases mínimas correspondientes a la actividad contratada en jornada completa, y en proporción al número de días de trabajo efectuados en la campaña correspondiente.