



# 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 2798

Madrid, martes 24 de febrero de 2010



2009/299269

TS Sala 1ª, Sentencia 16 noviembre 2009. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Datos privados que afectan a terceras personas

## Prevalencia del derecho a la información frente al derecho a la intimidad

*Acuerda el TS desestimar el recurso de casación interpuesto por los demandantes y estimar el de los codemandados dirigido contra la sentencia que, confirmando en parte la de instancia, condenó a indemnizar a los demandantes con motivo de la vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio. Entendían los demandantes vulnerados sus derechos en tanto que los planos que aparecían en el programa de los demandantes habían sido captados a distancia, de espaldas y siempre sin el consentimiento de los protagonistas, en estancias diferentes del hotel, y en situaciones carentes de interés público.*

*Señala la Sala que la protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción. Añade que el juicio de ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general. Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no sólo al personaje a quien corresponde el ejercicio de funciones oficiales, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a éstas tiene carácter justificado, resultando que en el caso de autos la conclusión a la que se llega es que debe prevalecer la libertad de información sin que pueda apreciarse la existencia de una vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. D. Francisco y Dª María interpusieron una demanda contra D. Javier, D. Boris, Gestevisión Telecinco, S.A. y Gestmusic Endemol S.A. Unipersonal por vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio, que entendían vulnerados por las imágenes

difundidas el día 7 de enero de 2004 en el programa "Crónicas Marcianas" emitido por la cadena Telecinco, pues afirmaban que los planos habían sido captados a distancia, de espaldas y siempre sin el consentimiento de los protagonistas, en estancias diferentes del hotel, y en situaciones carentes de interés público.

2. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, declaró la existencia de una intromisión ilegítima en el dere-

cho a la intimidad y a la propia imagen de los demandantes, ordenó la destrucción del reportaje y condenó a los demandados a que abonasen solidariamente a los actores la cantidad de 600 €

3. La Audiencia Provincial, al conocer de los recursos de apelación interpuestos, confirmó la expresada resolución excepto en dos puntos:

(a) Se desestimó la demanda formulada contra D. Boris.

(b) Se concedió como indemnización a cada uno de los demandantes la cantidad de 18 000 €

4. La sentencia se fundó, en síntesis, en que:

(a) El programa invadió ilegítimamente la esfera de la intimidad personal y familiar, al dar al público conocimiento de las relaciones de intimidad de dos seres adultos.

(b) Las fotografías fueron realizadas sin el consentimiento en lugares semipúblicos (terraza y jardín infantil del hotel); en el decurso de un viaje privado de vacaciones.

(c) Es indiferente que D. Francisco aceptara "cierta" publicidad de acontecimientos relativos a su vida privada.

(d) La información carecía de relevancia pública, pues Dª María no es una personalidad pública.

(e) La divulgación de esas relaciones era innecesaria para la información y crítica relacionada con el desempeño del cargo público por D. Francisco.

(f) Era indiferente que D. Francisco hubiera hecho afirmaciones sobre la institución familiar insuficientes para dotar a la noticia de interés general en un programa que carece de matices políticos.

(g) Las manifestaciones de D. Boris sobre la incoherencia de D. Francisco y la proximidad al proceso electoral no justifican las intromisiones en la intimidad, dado el carácter de entretenimiento que tiene el programa.

(h) No hubo reportaje neutral y, de haberlo, sería indiferente, pues la ve-

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva **5**

### TS

#### CIVIL

Prevalencia del derecho a la información frente al derecho a la intimidad **1**

#### PENAL

Insolvencia punible, apropiación indebida, delito societario y falsedad contable en procedimiento concursal **6**

Delitos de asociación ilícita, robo, falsedad, contra la salud pública y receptación **7**

#### ADMINISTRATIVO

Obligación de practicar retención por rendimientos de capital mobiliario **8**

Inserción de las unidades y dependencias de la Inspección de los Tributos en las dependencias regionales de la inspección **10**

#### SOCIAL

Derecho al abono de intereses procesales sobre prestación vitalicia **14**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

INTERNET  
<http://www.elderecho.com>  
e-mail: [clientes@elderecho.com](mailto:clientes@elderecho.com)

racidad de lo informado resulta intrascendente.

(i) La jurisprudencia del TEDH citada no es aplicable al caso.

(j) D. Boris fue ajeno a la captación y difusión de las imágenes.

(k) No se quebrantó la inviolabilidad del domicilio.

(l) Para fijar la indemnización no pueden tomarse parámetros no establecidos legalmente como la no-falta de recursos económicos.

(m) Ni las ventajas reportadas ni la difusión han sido cuantificadas, pues la indemnización se fija atendiendo a la gravedad de las intromisiones y a la difusión que tiene el medio.

5. Contra esta sentencia han interpuesto sendos recursos de casación la representación procesal de D<sup>a</sup> María y D. Francisco, por una parte, y, por otra, la representación procesal de Gestevisión Telecinco, S.A., Gestmusic Endemol, S.A. Unipersonal; D. Javier y D. Boris. Ambos recursos de casación han sido admitidos al amparo del artículo 477.2.1.º LEC por afectar el proceso a derechos fundamentales.

Recurso de casación interpuesto por D<sup>a</sup> María y D. Francisco.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo primero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula: "Infracción del artículo 18.1 CE, artículo 8.1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y del artículo 4.1, 2 y 3 de la LO 1/1998, de 15 de enero, por no reconocer la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad familiar." El motivo se funda, en síntesis, en que ha habido intromisión en la intimidad familiar de los demandantes al haberse exhibido las imágenes, los nombres y las actividades de los tres hijos del actor, menores de edad perfectamente reconocibles e identificables a pesar de que se intentara, a veces sin lograrlo, tapar las caras, pero no las figuras.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Cuestión no planteada en el recurso de apelación.

A) Esta Sala tiene reiteradamente declarado que no pueden plantearse en casación cuestiones que no hayan sido sometidas a la consideración del tribunal de apelación (SSTS de 9 de

octubre de 2000, 16 de octubre de 2000, 26 de marzo de 2001, 5 de abril de 2001, 14 de mayo de 2001, 18 de julio de 2001, 23 de noviembre de 2001, 5 de diciembre de 2002, 29 de enero de 2004, 25 de febrero de 2004, 14 de abril de 2004, 31 de enero de 2005, 15 de marzo de 2006, 28 de marzo de 2006, 19 de abril de 2006, 30 de junio de 2006, 27 de marzo de 2007).

Esta limitación deriva de la naturaleza del recurso de casación, que constituye un medio de impugnación de la sentencia de apelación y no de la sentencia de primera instancia. Así se infiere de la lógica del sistema de recursos y del principio de jerarquía procesal, que impide la revisión de una *quaestio iuris* (cuestión jurídica) sin que el tribunal de apelación haya tenido previamente la posibilidad de pronunciarse sobre ella (SSTS de 23 de mayo de 2006, 28 de junio de 2006, 20 de julio de 2006, 3 de julio de 2006).

Esta limitación se funda, asimismo, en los principios de garantía y contradicción. Estos principios, dadas las limitaciones de conocimiento que impone el recurso de casación, impiden que en este puedan plantearse cuestiones nuevas, es decir, no planteadas en la instancia, pues habrían de resolverse sin las posibilidades de alegación y prueba sobre los hechos permitidas en el proceso de instancia, pero no en el recurso de casación (SSTS de 21 de abril de 2003, 17 de enero de 2005, 30 de marzo de 2006, 22 de mayo de 2006, 7 de diciembre de 2006, 3 de abril de 2007).

Esta limitación se funda, finalmente, en la aplicación del principio de congruencia, el cual exige sujetarse a las pretensiones de las partes, pero impide, al propio tiempo, modificar los pronunciamientos consentidos por las mismas. De esto se infiere también que, conforme se expresa con el aforismo *tantum devolutum quantum appellatum* (sólo se transfiere al superior lo que se apela), la plena jurisdicción que compete al tribunal de apelación está limitada a los puntos de disconformidad señalados por cada parte (SSTS de 26 de marzo de 2001, 5 de abril de 2001, 18 de julio de 2001, 30 de marzo de 2006, 16 de marzo de 2007, 27 de febrero de 2007).

B) En el caso examinado:

(a) La parte demandante alegó en la primera instancia, entre otras, la existencia de una intromisión en la

intimidad familiar de los demandantes fundada en unos determinados hechos (haberse exhibido las imágenes, los nombres y las actividades de los tres hijos del actor, menores de edad, en circunstancias que permitan que fueran perfectamente reconocibles e identificables) suficientes para identificar esta pretensión como una cuestión autónoma.

(b) La parte demandada se opuso a esta pretensión negando que los menores fueran identificables, pues alegó que las imágenes fueron sometidas a tratamiento técnico para garantizar que resultase materialmente imposible la identificación de los menores.

(c) La sentencia de primera instancia no hizo referencia a la lesión de derechos fundamentales que pudiera resultar de la divulgación de imágenes que permitieran el reconocimiento de los menores. Únicamente aludió en los fundamentos a "las imágenes de la estancia de los demandantes en Lanzarote con algunos de sus descendientes menores" y declaró en el fallo que la información "sobre los actores conforma una intromisión ilegítima del derecho a la intimidad con vulneración también del derecho a la propia imagen". De esto se infiere que implícitamente rechazó que se hubiera producido intromisión alguna en el derecho a la intimidad familiar derivada de los hechos expresados. Según la valoración de la prueba verificada en relación con la información objeto de este proceso en otro proceso similar (como recoge la sentencia de esta Sala de 7 de octubre de 2009, RC núm. 1168/2006) la imagen de los menores quedó desfigurada en el reportaje.

(d) El rechazo implícito por la sentencia de primera instancia es reconocido por la parte recurrente cuando considera que la sentencia de apelación, al confirmar sus pronunciamientos, rechaza dicha intromisión.

(e) En el escrito de interposición del recurso de apelación se solicitó de la Sala que se confirmasen los pronunciamientos sobre la declaración de la información como intromisión ilegítima del derecho a la intimidad con vulneración también del derecho a la propia imagen y sobre la orden de destrucción del reportaje sobre los demandantes y de las imágenes y que se revocasen los demás pronunciamientos sustituyéndolos por la declaración de haber sido quebrantada la inviolabilidad del domi-

cilio ocasional de los demandantes, la condena al pago de 600 000 € para cada uno de los demandantes por indemnización por daños morales y la condena al pago de costas procesales en ambas instancias. No se hizo referencia alguna en la petición formulada en el suplico del escrito a la condena por vulneración del derecho de intimidad familiar de los demandantes derivada del hecho de haberse publicado datos que permitieran el reconocimiento de los menores.

(f) Como consecuencia de ello la sentencia de apelación no hace referencia alguna a este punto, ni tampoco el dictamen del Ministerio Fiscal, cuando solicita la desestimación de las pretensiones del recurso de casación que estamos examinando.

En suma, la cuestión ahora planteada en este motivo de casación sobre la existencia de una vulneración del derecho a la intimidad familiar fundada en unos concretos hechos, no fue objeto de apelación, y, frente a las evidencias existentes, la parte recurrente no justifica ni alega haber cumplido la carga de plantear en segunda instancia la expresada cuestión.

CUARTO.- Enunciación del motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula: "Infracción del artículo 18.1 CE, del artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y de los artículos 15 y 19 de la Ley canaria 7/1995, de 6 de abril, en relación con la inviolabilidad del domicilio".

El motivo se funda, en síntesis, en que de la Ley Canaria sobre ordenación del turismo se desprende que el derecho de intimidad se potencia en las dependencias de los establecimientos hoteleros en los que se produjo la captación de imágenes, por lo que la Sala, llevando a cabo la labor complementaria que compete a la jurisprudencia, cuando las imágenes se toman clandestinamente debe ampliar a ellos la protección de la intimidad estimando vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Inviolabilidad del domicilio.

A) De la jurisprudencia constitucional se infiere que:

(a) El concepto constitucional de domicilio (artículo 18 CE) tiene ca-

rácter instrumental respecto del derecho a la intimidad personal y familiar.

(b) En consecuencia, no coincide con el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo de domicilio (SSTC 22/1984, de 17 febrero, FJ 2; 94/1999, de 31 mayo, FJ 5).

(c) Ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido (ATC 171/1989, FJ 2 y STC 228/1997, de 16 diciembre, FJ 7).

(d) Las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos por sus propias características para que en las mismas se desarrolle la vida privada; pero no lo son cuando se utilizan para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza (STC, Pleno, 10/2002, 17 de enero, FJ 7).

(e) No se consideran domicilio los locales destinados a almacén de mercancías (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7), un bar y un almacén (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), unas oficinas de una empresa (ATC 171/1989, de 3 de abril), los locales abiertos al público o de negocios (ATC 58/1992, de 2 de marzo), o los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares a los que el artículo 87.2 LOPJ extiende la necesidad de autorización judicial para su entrada y registro (STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3 b)).

B) En aplicación de esta doctrina, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, debe considerarse acertada la argumentación de la sentencia recurrida cuando afirma que no se quebrantó la inviolabilidad del domicilio, pues con arreglo a la doctrina constitucional que cita, "no puede llegar a englobarse bajo el concepto de domicilio las instalaciones reservadas a la generalidad de los huéspedes de un establecimiento hotelero".

SEXTO.- Enunciación del motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula: "Infracción del artículo 8.3 de la LO 1/1982, de 7 de mayo, que establece los factores a tener en consideración para cuantificar los daños morales".

El motivo se funda, en síntesis, en que se han valorado para calcular la indemnización los recursos económicos de la víctima y se ha atribuido a aquélla un valor simbólico, cuando debe tenerse en cuenta:

(a) Que los demandantes no tienen ánimo de lucro.

(b) Que la agresión sufrida fue intensa y reiterada en diversos medios

de televisión y de prensa gráfica.

(c) Que se probó, en contra de lo que dice la sentencia, el incremento de beneficios de la empresa demandada.

(d) Que la indemnización debe tener un carácter disuasorio.

(e) Que es procedente la indemnización solicitada por la parte teniendo en cuenta el distinto grado de participación y beneficio de quienes intervinieron.

Este motivo debe ser desestimado, pues queda sin contenido como consecuencia de la estimación del recurso de casación al que seguidamente se hace referencia.

SÉPTIMO.- Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada, de acuerdo con el artículo 487 LEC, y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.4 LEC, en relación con el artículo 398 LEC.

Recurso de casación interpuesto por Gestevisión Telecinco, S.A., Gestmusic Endemol, S.A. Unipersonal; D. Javier y D. Boris.

OCTAVO.- Enunciación del motivo primero.

El motivo primero y único se introduce con la siguiente fórmula: "Vulneración del derecho a la información consagrado por el artículo 20 CE al desconocerse su primacía sobre el derecho a la intimidad y sobre el derecho a la propia imagen cuando concurren los presupuestos establecidos a tal efecto por la jurisprudencia." El motivo se funda, en síntesis, en que, de acuerdo con la jurisprudencia, debe tenerse en cuenta el carácter político del personaje demandado, el especial interés en la noticia dada la contradicción de los actos del ministro con los postulados mantenidos por él públicamente respecto de la unidad familiar, y el carácter accesorio de la persona que estaba con él para reconocer la prevalencia del derecho a la información frente al derecho de intimidad.

El motivo debe ser estimado.

NOVENO.- Colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y derecho a la propia imagen.

A) El artículo 20.1.a) y d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio

de difusión, y el artículo 18.1 CE garantiza con igual grado de protección el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (artículo 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de di-

■

*"La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción..."*

■

ciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El TC (entre otras, en SSTC 231/1988; 99/1994; 117/1994; 81/2001; 139/2001; 156/2001; 83/2002; 14/2003) caracteriza el derecho a la propia imagen como "un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública" y a "impedir la obtención, reproducción o publicación

de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde". El derecho a la propia imagen se halla protegido en el artículo 18.1 CE y desarrollado en la LPDH, cuyo artículo 7.5 considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 LPDH.

Los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, según reiterada jurisprudencia, se encuentran limitados por las libertades de expresión e información.

La limitación de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por la libertad de expresión o de información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre uno y otro derecho, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, SSTS 16 de enero de 2009, Pleno, RC núm. 1171/2002, 15 de enero de 2009, RC núm. 773/2003, 6 de noviembre de 2003, RC núm. 157/1998; respecto del derecho a la imagen, STC 99/1994, de 11 de abril, SSTS 22 de febrero de 2007, RC núm. 512/2003, 17 de febrero de 2009, RC núm. 1541/2004, 6 de julio de 2009, RC núm. 1801/2005).

Cuando se trata de la libertad de información, la técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (SSTC 134/1999, 154/1999, 52/2002).

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, 29/2009, de 26 de enero, FJ 4).

B) La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde esta perspectiva:

(i) La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales, lo cual es sustancialmente distinto de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, aunque se trate de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (SSTEDH 1991/51, Observer y Guardian, 2004/36, Plon, Von Hannover y Alemania, SSTC 115/2000 y 143/1999 y SSTS de 5 de abril de 1994, 7 de diciembre de 1995, 29 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004, 21 de abril de 2005).

(ii) La libertad de información, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, por la que se entiende el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales (STC 139/2007), pero este requisito resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la intimidad personal y a la propia imagen.

(iii) Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no sólo al personaje a quien corresponde el ejercicio de funciones oficiales, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a éstas tiene carácter justificado por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje político al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje político.

(iv) La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de ésta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión (STS 19 de marzo de 1990).

(v) La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003, RC núm. 157/1998).

DÉCIMO.- Prevalencia del derecho la información en el caso examinado.

La aplicación de la anterior doctrina al caso examinado conduce a la conclusión de que debe prevalecer la libertad de información y, en consecuencia, no puede apreciarse la existencia de una vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen. Esta conclusión es similar a la sentada por esta Sala en la STS de 7 de octubre de 2009, dictada en el RC núm. 1168/2006, que guarda relación con el presente, y conforme con el dictamen del Ministerio Fiscal, y se funda en los siguientes razonamientos:

A) En el terreno abstracto, existiendo una colisión entre la libertad de información y el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la libre información (en su máxima expresión, por ejercitarse por profesionales de la información en el cauce institucionalizado de los medios de comunicación) y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho a la intimidad y a la propia imagen de la parte demandante.

La parte recurrida argumenta sobre el carácter de entretenimiento del programa en que se difundieron las informaciones objeto de este proceso. Esta argumentación no es adecuada para descartar la posición prevalente de la libertad de información ejercida en medios de difusión pública, por cuanto la valoración acerca de la naturaleza y del contenido de los programas o de su calidad televisiva no puede excluir a priori su trascendencia para la formación de la opinión pública libre, que no sólo depende de programas en los que se aborde directamente información sobre temas políticos o se promueva la expresión de opiniones sobre éstos, sino de todos aquellos que, cualquiera que sea su objeto o su formato, sean susceptibles de influir sobre la opinión pública.

B) El examen del peso relativo de los derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

(i) El demandante-recurrente, como declaramos en la STS de 7 de octubre de 2009, ha de calificarse como una persona con gran proyección pública y política, pues cuando fue emitido el programa televisivo era ministro del Gobierno de España, y su imagen se transmitió junto a la presencia de quien aparecía como su compañera. La sentencia recurrida admite la afirmación de la sentencia de primera instancia en el sentido de que "es persona pública, por ostentar durante un período de tiempo cargo político".

(ii) No se pone en cuestión la veracidad de la información transmitida.

(iii) La difusión de la presencia de una persona que aparecía con el personaje político afectado tenía carácter accesorio y resultaba necesaria para transmitir la información acerca de la relación existente del ministro con otra persona, y no podía pasar inadvertido a ésta el interés que para los medios de comunicación constituía la publicación del encuentro vacacional de ambos en Lanzarote, desde la óptica del conocimiento público de su relación con el ministro, y los riesgos de difusión mediante su reflejo en imágenes que tal reunión comportaba.

(iv) La captación de las imágenes tuvo lugar, al menos en su mayoría, en sitios públicos, pues este carácter lo tiene la terraza y la playa en la que se tomaron la mayor parte de las imágenes, aunque se hiciesen a distancia y con teleobjetivo, de tal suerte que no pueden considerarse fotografías obtenidas clandestinamente o de manera furtiva.

(v) Finalmente, la sentencia de apelación no desmiente que con anterioridad el afectado adoptó pautas de comportamiento favorables a dar a conocer su nueva relación personal.

UNDÉCIMO.- Estimación del recurso.

La estimación del recurso de casación conduce a casar la sentencia recurrida y a estimar el recurso de apelación, desestimando la demanda.

Sobre las costas de la apelación y las de este recurso de casación debe decidirse aplicando el régimen establecido en los artículos 394.4, en relación con el 398 LEC.

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

## FALLO

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Gestevisión Telecinco, S.A., Gestmusic Endemol, S.A. Unipersonal, D. Javier y D. Boris contra la sentencia de 8 de septiembre de 2006 dictada por Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación núm. 756/2005, cuyo fallo dice: "Fallamos.

1) Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en representación de D. Javier D. Boris, Gestmusic Endemol, S.A., Unipersonal y Gestevisión Telecinco, frente a la sentencia dictada el día 27 de abril de 2005 por la Ilma. Sra. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid en los autos a que el presente Rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la referida resolución en el sentido de desestimar la demanda formulada contra D. Boris Izaguirre Lobo por intromisión ilegítima del derecho a la imagen de los actores, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a

las costas procesales causadas en este grado jurisdiccional.

2) Que, con acogimiento parcial del recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D.ª Margarita López Jiménez, en representación de D. Francisco y D.ª María, frente a la sentencia preindicada, revocamos la indicada resolución en el único sentido de conceder como indemnización a cada uno de los demandantes la cantidad de dieciocho mil euros (18 000 euros), desestimando el recurso en todo lo demás, y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales producidas en esta instancia".

2. Casamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, estimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en representación de D. Javier, D. Boris, Gestmusic Endemol, S.A., Unipersonal y Gestevisión Telecinco, contra la sentencia dictada el día 27 de abril de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid y no hacemos declaración en cuanto a las costas de esta apelación. Desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra la misma sentencia por la procuradora D.ª Margarita López Jiménez, en representación de D. Francisco y D.ª María e imponemos las costas de esta apelación a los recurrentes. Revocamos la sentencia recurrida y, en su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por la Procuradora D.ª Margarita López Jiménez en nombre y representación de D. Francisco y D.ª María frente a D. Javier, D. Boris, Gestevisión Telecinco, S.A. y Gestmusic Endemol Unipersonal S.A., siendo parte el Ministerio Fiscal. Se imponen las costas de la primera instancia a la parte demandante.

4. No ha lugar a imponer las costas de este recurso de casación.

5. Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal D.ª María y D. Francisco.

6. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas originadas por este último recurso.

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.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trías. Rubricado.

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.



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/275631

TC, Sección: 3, Sentencia 23 noviembre 2009. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo

En juicio de desahucio

## Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva

*La demanda de amparo se dirige contra el Auto por el que se estimaba el incidente de nulidad de actuaciones planteado en los autos de juicio verbal de desahucio. La parte recurrente aduce la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que se habría incurrido en incongruencia omisiva al dejar sin respuesta la alegación principal formulada en el escrito de oposición a la nulidad de actuaciones. Según esta alegación la nulidad de actuaciones se había planteado fuera del plazo de veinte días previsto en el art. 240.3 LOPJ. El posterior Auto no reparó en dicha vulneración. Este silencio causó al demandante de amparo una situación de indefensión material, pues, de haberse apreciado su alegación, la nulidad de actuaciones planteada por la otra parte procesal hubiera sido desestimada. El derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva 'no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes. La aplicación de la anterior doctrina al presente asunto lleva a apreciar la lesión denunciada.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demanda de amparo se dirige contra el Auto de fecha 13 de junio de 2005 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de La Laguna, por el que se estimaba el incidente de nulidad de actuaciones planteado por D. José Manuel en los autos de juicio verbal de desahucio núm. 45-2001, así como contra el Auto de 6 de septiembre de 2005 por el que se declaraba no haber lugar a la aclaración solicitada.

La parte recurrente aduce la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en cuanto el Auto de 13 de junio de 2005 habría incurrido en incongruencia omisiva al dejar sin respuesta la alegación principal formulada en el escrito de oposición a la nulidad de actuaciones.

Según esta alegación la nulidad de actuaciones se había planteado fuera del plazo de veinte días previsto en el art. 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). El posterior Auto de 6 de septiembre de 2005 no reparó dicha vulneración. En sus alegaciones el Ministerio Fiscal interesa la estimación del amparo por considerar que, en efecto, el Juzgado omitió toda respuesta a la referida alegación.

**SEGUNDO.-** Antes de proceder a analizar la vulneración del art. 24.1 CE alegada en la demanda de amparo, y siendo prioritario el examen de las cuestiones de admisibilidad sobre las de fondo, nos corresponde analizar la posible extemporaneidad de la demanda de amparo por haberse alargado artificialmente el plazo para impugnar en amparo mediante la interposición de un recurso de apelación manifiestamente improcedente.

En numerosas ocasiones hemos señalado que "la utilización de recursos o remedios procesales manifiestamente improcedentes contra una resolución judicial firme no suspende el plazo de veinte días para recurrir en amparo (art. 44.2 LOTC), que es un plazo de caducidad, improrrogable, y, por consiguiente, de inexorable cumplimiento, que no consiente prolongación artificial ni puede quedar al arbitrio de las partes" (por todas, SSTC 72/1991, de 8 de abril, FJ 2).

Es claro, sin duda, que conforme al art. 240.4 LOPJ contra la resolución final del incidente de nulidad de actuaciones no cabe recurso alguno.

Sin embargo debemos concluir que en el presente caso no se ha producido la extemporaneidad señalada, pues, de acuerdo con una consolidada doctrina de este Tribunal, recor-

da entre otras por la STC 20/2004, de 23 de febrero, FJ 3:

"la armonización de las exigencias del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) conducen a una aplicación restrictiva del concepto de recurso manifiestamente improcedente, limitándolo a los casos en que tal improcedencia derive de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad.

Y por ello ha declarado este Tribunal que los recursos, aun cuando sean improcedentes, suspenden el plazo de veinte días para recurrir en amparo cuando 'de las circunstancias del caso se colija que el recurrente obra en la creencia de que hace lo correcto y, por consiguiente, actúa sin ánimo dilatorio, como puede suceder si es la propia resolución judicial recurrida la que induzca, mediante su expresa mención, a la interposición del recurso' (SSTC 201/1998, de 14 de octubre, FJ 3; 210/1998, de 27 de octubre, FJ 2; 84/1999, de 10 de mayo FJ 2; 197/1999, de 25 de octubre, FJ 2; 123/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; y 159/2002, de 16 de septiembre, FJ 2, por todas)".

**TERCERO.-** Despejado el óbice procesal a la admisibilidad del recurso de amparo procede abordar el enjuiciamiento de la cuestión de fondo, relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) como resultado de la llamada incongruencia omisiva. Este Tribunal ha tenido ocasión de desarrollar una amplia y consolidada doctrina la cuestión.

En lo que ahora interesa la reciente STC 73/2009, de 23 de marzo, resume esta doctrina señalando que "el vicio de incongruencia omisiva existe cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales (por todas, STC 218/2003, de 15 de noviembre, FJ 4 b)).

La exposición de esta conocida doctrina exige reiterar la precisión de

que la congruencia exige dar respuesta, no sólo a las pretensiones propiamente dichas, sino también a las alegaciones sustanciales, pues, tal como recordábamos en la STC 85/2006, de 27 de marzo: 'el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva 'no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes.

Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Hiro Balani c. España* y *Ruiz Torija c. España* de 9 de diciembre de 1994, y lo han reconocido nuestras SSTC 85/2000, de 27 de marzo; 1/2001, de 15 de enero; 5/2001, de 15 de enero; 148/2003, de 14 de julio, y 8/2004, de 9 de febrero, entre otras' (FJ 3). Finalmente, la circunstancia de que la pretendida incongruencia omisiva se considere producida en una Sentencia que resuelve un recurso de apelación, hace necesario recordar que la relevancia constitucional de la omisión de respuesta judicial a una pretensión o alegación fundamental exigirá que la concreta alegación forme parte del debate procesal que imperativamente ha de resolver el órgano judicial, bien porque haya sido expresamente reiterada o planteada ex novo por alguna de las partes en la fase de apelación, bien porque, pese a aquella falta de reiteración de la petición subsidiaria en los sucesivos grados jurisdiccionales, la configuración legal del recurso de que se trate obligue a dar respuesta a todas las cuestiones controvertidas que hayan sido objeto del litigio, lo que implicará entonces, en defecto de una respuesta judicial completa, un vicio de incongruencia (STC 218/2003, de 15 de diciembre, FJ 4.b, que recuerda que así ocurría en el supuesto resuelto por nuestra STC 53/1991, de 11 de marzo, en relación con la casación por infracción de Ley)".

**CUARTO.-** La aplicación de la anterior doctrina al presente asunto lleva a apreciar la lesión denunciada.

Como se expuso con detalle en los antecedentes el demandante de amparo se opuso en su escrito de 1 de junio de 2005 a la solicitud de nulidad de actuaciones presentada por D. Jesús Manuel. El razonamiento principal que sustentaba esta oposición consistía en señalar que la nulidad de actuaciones fue formulada fuera del plazo de veinte días contemplado en el art. 240.3 LOPJ -en su redacción vigente en aquel momento- desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión.

Además en dicho escrito se daba cuenta de las razones que avalaban la postura del demandante de amparo de que había vencido dicho plazo.

Delimitado en estos términos el debate procesal resultaba necesaria

una respuesta expresa por parte del órgano judicial acerca del vencimiento o no del plazo de los veinte días, máxime porque en el presente caso esta respuesta actuaba como un prius lógico-jurídico para poder abordar la cuestión de fondo planteada por el promotor del incidente de nulidad.

El Auto de 13 de junio de 2005 no responde a la señalada alegación. De su lectura no puede desprenderse la razón por la que el Juez desestimó la alegación del Sr. Antonio. El silencio de la resolución judicial sobre la cuestión planteada es absoluto y contrasta con la exposición de los antecedentes de hecho en los que se hace constar que la cuestión del vencimiento del plazo de veinte días para promover el incidente de nulidad de actuaciones fue el motivo principal de oposición esgrimido por el Sr. Antonio.

De acuerdo con la propia resolución judicial, por consiguiente, la alegación formulada poseía un carácter relevante y una sustantividad propia; su estimación, en otras palabras, hubiera llevado a la pretensión de nulidad.

En definitiva, tratándose de una alegación principal y autónoma, requería de una respuesta específica y previa. En la medida en que el Auto del Juzgado obvia esta respuesta incurre en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En el presente caso, además, este silencio causó al demandante de amparo una situación de indefensión material, pues, de haberse apreciado su alegación, la nulidad de actuaciones planteada por la otra parte procesal hubiera sido desestimada.

Este vicio no fue subsanado por el posterior Auto de 6 de septiembre de 2005, dictado con ocasión de la aclaración solicitada por el Sr. Antonio.

En el escrito de solicitud de aclaración el demandante puso de manifiesto la falta de respuesta judicial a su pretensión sobre el vencimiento del plazo de presentación de la solicitud de nulidad. El Auto de aclaración se limitó a declarar "que se considera que se han resuelto las pretensiones deducidas", perpetuando con este pronunciamiento el vicio de incongruencia omisiva en que el que incurrió la anterior resolución de 13 de junio de 2005.

## FALLO

Estimar el recurso de amparo presentado por D. Antonio y, en consecuencia:

1º Declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente.

2º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los Autos de 13 de junio y de 6 de septiembre de 2005 dictados por el Juzgado

de Primera Instancia núm. 2 de La Laguna en el procedimiento de desahucio núm. 45-2001, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado el primero de los Autos señalados para que se pronuncie uno nuevo respetuoso con el derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid, a veintitrés de noviembre de dos mil nueve. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente.- Eugeni Gay Montalvo.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.



2009/259078

TS Sala 2ª, Sentencia 22 octubre 2009. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

## Insolvencia punible, apropiación indebida, delito societario y falsedad contable en procedimiento concursal

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delitos de insolvencia punible, apropiación indebida, delito societario y falsedad contable. El TS comprueba que en el soporte fáctico, en el que se relatan tanto las operaciones descapitalizadoras de la empresa llevadas a cabo por el recurrente hasta provocar consciente y voluntariamente su estado de insolvencia, como las de apoderamiento ilícito de bienes de la mercantil, es suficiente para justificar la conclusión condenatoria alcanzada por la Audiencia en relación con ambos delitos.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de los delitos de insolvencia punible, falsedad contable en procedimiento concursal, delito societario y apropiación indebida, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas respectivas de un año de prisión y multa, seis meses de prisión y multa, multa y tres meses de prisión, formaliza su Recurso de Casación con apoyo en tres diferentes motivos, de los que el Primero de ellos, denuncia, con cita del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la vulneración del derecho a un proceso con garantías (art. 24.2 CE) y al principio de legalidad (art. 25.1 CE), al concurrir la existencia de "cosa juzgada", respecto del delito de insolvencia punible, puesto que acerca del mismo ya se produjo, en otras actuaciones, un Auto de sobreseimiento libre que alcanzó firmeza.

Pero lo cierto es que, como con todo acierto dice el Tribunal de instancia en el Fundamento Jurídico Primero de su Resolución, para que se produzca el efecto de "cosa juzgada" la Jurisprudencia viene exigiendo la existencia previa de una Resolución firme, Sentencia, condenatoria o absolutoria, o Auto

de Sobreseimiento libre, que no permita un nuevo pronunciamiento penal sobre el mismo hecho y contra la misma persona, es decir, que resulta imprescindible esa identidad, tanto objetiva como subjetiva, entre los hechos ya enjuiciados y los pendientes de enjuiciamiento.

Y en el presente caso, por mucho que el recurrente se esfuerce, lo cierto es que el Auto de Sobreseimiento libre que se cita, de 18 de mayo de 2004, no sólo no coincide en cuanto a la necesidad de la identidad personal con la de Roque, ya que no hace referencia expresa en su parte dispositiva a persona alguna y el único que debidamente consta que fue inicialmente investigado en aquella ocasión era un administrador de la empresa quebrada posterior al recurrente, sino que incluso tampoco puede predicarse con certeza una identidad acerca de los aspectos fácticos u objetivos de las actuaciones, habida cuenta de que tampoco consta que allí se valorasen los actos de descapitalización de la mercantil llevados a cabo por quien ahora sí que es sometido a enjuiciamiento.

Y contra lo que en el Recurso se afirma, no nos hallamos ante un supuesto en el que las posibles dudas, caso de que se entienda que existen,

deban solventarse con una interpretación "pro reo" sino que, antes al contrario, al sostenerse la concurrencia de una causa extintiva o impeditiva del procedimiento actual, es a quien afirma su concurrencia al que incumbe la prueba suficiente de esa afirmación.

El motivo, por consiguiente, se desestima.

SEGUNDO.- El Segundo motivo, de fundamento mixto, se apoya tanto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el 24.2 de la Constitución como en el 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 252 del Código Penal, para afirmar la infracción del derecho fundamental a un proceso con garantías y la indebida aplicación del precepto que tipifica el delito de apropiación indebida.

Es lo cierto que el Fundamento Jurídico Cuarto, al que se refiere el Recurso, se encabeza como "Apropiación de Bienes de HTF S.A.", mientras que en su interior alude al delito de insolvencia punible, lo que puede haber llevado a confusión a quien recurre.

Pero los pronunciamientos condenatorios de la recurrida son consecuentes con el relato de hechos probados, cuya literalidad en este momento no puede cuestionarse, y no suponen en el presente caso violación de derecho fundamental alguno, toda vez que el delito de apropiación indebida por el que se condena encuentra su apoyo fáctico no en las apropiaciones de bienes de HTF S.A., descritas en el apartado A) y tendentes a descapitalizar a esta empresa y conducirla al estado de insolvencia que es también objeto de condena, sino a los hechos del apartado B) del relato de la recurrida, consistentes en el apoderamiento de bienes y maquinaria de esta mercantil valorados en más de cuatro millones de pesetas, hechos que son correctamente analizados y calificados en el Fundamento Jurídico Quinto, que lleva por título "Los hechos constituyen un delito de apropiación indebida de bienes de Hydreutes S.A." (sic).

Por lo que también este motivo ha de desestimarse.

TERCERO.- Y, finalmente, el motivo Tercero sostiene el error de Derecho (art. 849.1 LECr), por indebida aplicación de los artículos 74, 252 y 260 del Código Penal, que describen la continuidad delictiva y los delitos de apropiación indebida e insolvencia punible, objeto de condena.

Es sobradamente conocido que este cauce casacional ha de partir del más absoluto respeto por la narración de Hechos Probados recogida en la Sentencia recurrida, que resultan, por ende, intangibles.

Y, en tal sentido, se advierte que dicho soporte fáctico, en el que se relatan, como ya se ha dicho, tanto las operaciones descapitalizadoras de la empresa HTF S.A. llevadas a cabo por el recurrente hasta provocar consciente y voluntariamente su estado de su insolvencia, como las de apoderamiento ilícito de bienes de la mercantil Hydrautes S.A., es suficiente para justificar la conclusión condenatoria alcanzada por la Audiencia en relación con ambos delitos.

En tanto que sorprende la mención del artículo 74 del Código Penal como indebidamente aplicado, habida cuenta de que esa aplicación, aunque interesada por una de las Acusaciones, finalmente no se ha producido.

Razones por las que el motivo y, en definitiva, la totalidad del Recurso, ha de desestimarse.

CUARTO.- A la vista de la conclusión desestimatoria del presente Recurso y de acuerdo con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deben serle impuestas al recurrente las costas ocasionadas por el mismo.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por la Representación de Roque contra la Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, el 11 de junio de 2008, por delitos de Insolvencia punible, falsedad contable en procedimiento concursal, delito societario de denegación injustificada de información a socio y apropiación indebida.

Se imponen al recurrente las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Manuel Maza Martín.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pallin.

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

2009/259083

TS Sala 2ª, Sentencia 30 octubre 2009. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

## Negativa a entrar a valorar transcripciones de intervenciones telefónicas Delitos de asociación ilícita, robo, falsedad, contra la salud pública y receptación

*Se desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos de asociación ilícita, robos, falsedades, contra la salud pública y receptación. Afirma el TS que fue el propio Ministerio Público quien desatendió su obligación de agotar todas las posibilidades y requisitos exigidos para aportar el material probatorio de cargo en sustento de su pretensión condenatoria, por lo que no se puede ordenar el dictado de nueva sentencia en la que se valore unas grabaciones que no fueron adecuadamente introducidas en el debate probatorio, ni tampoco la repetición de un juicio, con audición de dichas grabaciones, que ni se solicita ni podría solicitarse por no haberse dado cumplimiento a los requisitos previos para denunciar la denegación de la diligencia.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de instancia plantea, en un único motivo con apoyo en los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 24.1 de nuestra Constitución y el 579 de la Ley procesal, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al no haberse tomado en consideración por el Tribunal de instancia las transcripciones de las intervenciones telefónicas llevadas a cabo en su día por la Policía, lo que condujo a la absolución de los acusados respecto de varios de los delitos por los que fueron acusados.

El Ministerio Público, en definitiva, lo que solicita es que se anule la Sentencia de la Audiencia y que sea sustituida por otra, en la que se tengan en cuenta como prueba las referidas transcripciones, a fin de que, con base en ellas, pueda producirse la condena de los acusados en los términos en los que la misma fue solicitada por el Fiscal ante la Audiencia.

El Tribunal de instancia, tras rechazar los argumentos de los acusa-

dos, que denunciaban la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18 CE) por defectos en la autorización judicial y ulterior control de las intervenciones acordadas, proclama, no obstante, la ineficacia probatoria de las transcripciones llevadas a cabo por la Policía respecto de las conversaciones que fueron intervenidas, toda vez que no se realizó una previa transcripción en árabe, recogiendo la literalidad de lo hablado entre los interlocutores para, seguidamente, efectuar la traducción a nuestro idioma, y la fedataria judicial se limitó a dar fe de ciertos fragmentos "aleatoriamente" elegidos de dichas transcripciones directamente traducidas al español.

El Fiscal en este Recurso afirma, con indudable acierto, que los obstáculos enumerados por la Audiencia para negar ese valor probatorio a las transcripciones no son razonables, toda vez que las cintas con las grabaciones se encontraban a disposición de las partes para cualquier comprobación que hubieren precisado acerca de su real contenido.

Pero, a partir de ahí, la falta de fundamento en apoyo de la pretensión del Fiscal es evidente, puesto que no resulta explicable el que, habiéndose solicitado inicialmente por el acusador público la audición en Juicio de las grabaciones obtenidas, ante la negativa del Tribunal a hacerlo, por considerarlo improcedente, el Fiscal se aquietó, sin hacer constar protesta alguna.

Ni siquiera posteriormente, cuando en trámite de prueba documental la Defensa insiste en su ya antes anunciada impugnación de las transcripciones, el Fiscal reacciona, insistiendo, a su vez, en la necesidad de audición de las grabaciones.

El argumento ofrecido por los Jueces "a quibus" para no llevar a cabo ese trámite carecía totalmente de apoyo, pues el hecho de que las conversaciones grabadas se desarrollasen en lengua árabe y, por tanto, desconocida para los miembros del Tribunal y las partes, no era obstáculo alguno para su audición, íntegra o parcial, que debería haberse llevado a cabo, en todo caso y como tantas veces acontece, con la intervención añadida de intérprete que fuera realizando la traducción simultánea correspondiente.

Y a pesar de todo ello, como queda dicho, el Fiscal, sobre quien recaía realmente la obligación de aportar la necesaria prueba de cargo, máximo cuando expresamente los acusados habían negado en Juicio su participación en la referidas conversaciones telefónicas, no insiste en su solicitud ni formula, al no haber sido ésta atendida, la preceptiva protesta, imprescindible para abrir la vía a una ulterior impugnación por denegación de práctica de prueba pertinente, que pudiera conducir, de ser acogida por este Tribunal de Ca-

sación, a la consiguiente repetición del acto del Juicio en el que se procediera a dicha audición.

Ese habría sido el discurso procesal lógico ante lo acontecido, pero como ni la insistencia en la solicitud de audición de las grabaciones, ante la expresa impugnación por la Defensa del valor de las transcripciones, se produjo, ni la formal protesta por la denegación de la misma se hizo constar, ello fuerza ahora al Ministerio Público, en este Recurso, a interesar algo tan inaceptable, como que se proceda a la anulación de la Sentencia de instancia para posibilitar el dictado de una nueva, en la que se entre a valorar por los mismos Magistrados que dictaron la anterior unas pruebas que, en realidad, no llegaron a introducirse adecuadamente en el acervo probatorio.

Evidentemente, aunque había indudables razones para haber dado lugar a la audición de las conversaciones grabadas, procedimiento hábil para despejar todas las reservas incluidas en la formal impugnación realizada por la Defensa, puesto que para eso precisamente ha de cumplirse como se cumplía con la exigencia de hallarse las cintas a disposición del Tribunal, lo cierto es que fue el propio Ministerio Público quien desatendió su obligación de agotar todas las posibilidades y requisitos exigidos para aportar el material probatorio de cargo en sustento de su pretensión condenatoria, por lo que, de acuerdo con todo lo dicho, ni podemos, desde nuestra posición, ordenar el dictado de nueva Sentencia en la que se valore unas grabaciones que no fueron adecuadamente introducidas en el debate probatorio ni tampoco la repetición de un Juicio, con audición de dichas grabaciones, que ni se nos solicita ni podría solicitarse por no haberse dado cumplimiento a los requisitos previos para denunciar la denegación de la diligencia.

Y menos aún entrar a valorar si con la prueba disponible, excluidas las repetidas transcripciones y puesto que no estamos ante la universal ineficacia probatoria derivada de la vulneración de un derecho fundamental, subsistían aún elementos suficientes para motivar la condena.

Razones por las que procede la desestimación del motivo y, con él, la del Recurso en su integridad.

SEGUNDO.- A pesar del contenido desestimatorio de la presente Sentencia, al ser el recurrente el Fiscal, deben ser declaradas de oficio las costas ocasionadas en este Procedimiento.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

### FALLO

No haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio

Fiscal contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, en fecha 30 de enero de 2009, que absolvió a los acusados de los delitos de Asociación ilícita, Robos, Falsedades, contra la Salud pública y Receptación.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Luciano Varela Castro.- Diego Ramos Gancedo.

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

una entidad que tenga la condición del sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades...".

También el art. 1.1 de la Ley 14/1985, de 29 de mayo, de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros -Rendimientos de capital mobiliario en contraprestaciones de la captación o utilización de capitales ajenos- determina que:

"1. A los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre Sociedades tendrán la consideración de rendimientos del capital mobiliario las contraprestaciones de todo tipo, dinerarias o en especie, satisfechas por la captación o utilización de capitales ajenos.

El Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, en su art. 258, establece las excepciones a la obligación de retener, a cuyo efecto señala:

"No existirá obligación de practicar la retención a cuenta del impuesto sobre Sociedades, respecto de los siguientes rendimientos:

a) Los intereses y comisiones de préstamos que constituyan ingreso de Bancos, Cajas de Ahorro, Caja Postal de Ahorros, Cajas Rurales, Cooperativas de Crédito y Sociedades mediadoras en el mercado de dinero, así como las Empresas inscritas en los Registros Especiales de Entidades de Financiación, residentes en territorio español y sujetas al Impuesto sobre Sociedades".

Del propio tenor del apartado a) de la norma reglamentaria referida se desprende, sin dificultad, que el fundamento de la excepción a la obligación de retener sobre los intereses acreedores de las Instituciones Financieras se encuentra en que para éstas los intereses de los préstamos concedidos no son, en realidad, rendimientos del capital mobiliario, sino de su actividad empresarial, por lo que, siendo el objeto de la obligación de retener el rendimiento del capital mobiliario, es lógico que se exceptúe en el caso de intereses acreedores percibidos por instituciones de financiación. Es, pues, la naturaleza del receptor el elemento determinante de la excepción a la obligación de retener, siendo el fundamento último de la excepción el que los intereses acreedores son fruto de una actividad empresarial, de tal forma que cabría concluir que en el apartado a) del precepto de referencia tienen cabida todas aquellas entidades que integran el sistema financiero para las que la concesión de préstamos y el percibo de intereses es consecuencia de su actividad típica y regular, esto es, el objeto de su tráfico mercantil.

En el supuesto que nos ocupa, la entidad perceptora de los intereses derivados del préstamo con garantía hipotecaria por ella concedido es Bankpyme Seguros de Vida S.A. entidad aseguradora que, en cuanto tal,

tiene como objeto social, conforme al art. 8 de la Ley 3/1984, de Ordenación del Seguro Privado, "la práctica de operaciones de seguro, reaseguro y capitalización", por lo que, tal y como se expresa en la resolución combatida, los intereses obtenidos de operaciones financieras ajenas al seguro no pueden reputarse producto de su actividad, quedando, en consecuencia, sometidos a retención, por lo que no esta incluida en la excepción prevista en el art. 258.a) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

Es cierto que la concesión de préstamos con garantía hipotecaria encaja propiamente en el ámbito de afectación de una provisión técnica de una entidad aseguradora, sin embargo, no es menos cierto, que el hecho de que la entidad aseguradora conceda préstamos para invertir dicha provisión no implica que tal concesión constituya su actividad habitual, que no es otra que la que se deriva del contrato de seguro. En efecto, los recursos obtenidos como consecuencia de las primas satisfechas por los tomadores de los seguros no pueden ser libremente invertidos por las compañías, que deben sujetarse a las especificaciones determinadas por la normativa que resulta aplicable, siendo así que dicha normativa no establece que, necesariamente, una parte de la provisión técnica tenga que ser materializada en préstamos con garantía hipotecaria, sino que lo que señala el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, en su art. 62, es una serie de activos, seguros y rentables, idóneos para invertir la provisión, pero no obliga a que, en concreto, deba ser tal tipo de préstamo.

La conclusión alcanzada no queda desvirtuada por el tenor de la Orden de 27 de octubre de 1995 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, -a cuyo tenor se establece que "no obstante los préstamos hipotecarios concedidos por otras entidades financieras, en especial las entidades aseguradoras, suponen idéntica actividad económica y responden a la misma naturaleza jurídica que los préstamos hipotecarios otorgados por las entidades de crédito"- ya que dicha Orden se centra y refiere a la operación de préstamo hipotecario en sí misma considerada, a su naturaleza, equiparándolos a los concedidos por otras entidades financieras, pero sin que implique que la concesión de los mismos pase a formar parte del objeto social de las entidades aseguradoras.

4. Aduce la recurrente la improcedencia de la elevación al íntegro de los intereses pagados a Bankpyme Seguros de Vida S.A. llevada a cabo por la Administración para calcular la contraprestación íntegra y la retención correspondiente, improcedencia que deriva de hallarse debidamente acreditado el importe de dicha contraprestación.

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/300056

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 12 noviembre 2009. Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó

En préstamo concedido por entidad aseguradora

### Obligación de practicar retención por rendimientos de capital mobiliario

*El TS desestima el recurso de casación ordinario interpuesto por la entidad mercantil contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que anuló la resolución del TEAC, solo en cuanto aplicó el sistema de elevación al íntegro, relativa a una regularización practicada a la actora por no realizar la retención de capital mobiliario, respecto de los intereses del préstamo hipotecario concedido por la entidad aseguradora. La Sala considera que al ser la entidad perceptora de los intereses derivados del préstamo hipotecario por ella concedido una entidad aseguradora, los intereses obtenidos de operaciones financieras ajenas al seguro no pueden reputarse producto de su actividad, quedando así sometidos a retención.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Dice la sentencia recurrida que dos fueron los motivos de impugnación alegados por la recurrente:

-Procedencia de efectuar retención, por rendimientos del capital mobiliario, por los intereses satisfechos a la entidad Bankpyme Seguros de Vida S.A. por la concesión de un préstamo hipotecario.

-Procedencia de la elevación al íntegro de los intereses pagados sin practicar retención.

2. Con carácter previo, la recurrente alegó que la exclusión del Grupo Consolidable en 1989 no debió producirse hasta un ejercicio posterior. La Sala de instancia rechazó dicha pretensión, partiendo de que la recurrente no interpuso recurso alguno contra la Orden Ministerial de 9 de

octubre de 1990 por la que se le excluía del régimen de Declaración Consolidada con efectos desde el 1 de enero de 1989, tal y como manifestó el representante de la entidad en diligencia de 12 de marzo de 1993, por lo que durante el periodo ahora examinado la entidad no formaba parte de ningún grupo consolidado.

3. Respecto de la procedencia de practicar retención, el art. 32 de la Ley 61/78 preveía las retenciones en la fuente en los rendimientos procedentes del trabajo personal y del capital mobiliario, señalándose en su párrafo segundo que "los sujetos pasivos por este Impuesto, residentes en España o en el extranjero con establecimiento permanente en España, vendrán obligados a practicar sobre los antedichos rendimientos la retención en concepto de pago a cuenta del Impuesto sobre Sociedades cuando el receptor sea también

La Sala de instancia reitera aquí su pronunciamiento de 3 de mayo de 2002, en la línea interpretativa expuesta en sus sentencias de 23 de junio de 1995, 7 de noviembre de 1997 y 29 de junio de 1999.

SEGUNDO.- Dice la entidad recurrente que la sentencia cuya casación postula incurre en dos infracciones del Ordenamiento Jurídico o de la jurisprudencia aplicables (art. 88.1.d) de la LJCA):

1º) Vulneración por inaplicación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 28 de enero de 1993.

El hecho de no presentar recurso ante la Orden de exclusión no impide tener en cuenta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que fue posterior a la Orden de exclusión de 1990, concluyendo que la mencionada Orden, de haber interpretado la norma en el sentido que lo hizo posteriormente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, no habría excluido del Régimen de Tributación Consolidada de Multinmueble S.A. para el ejercicio de 1989.

2º) Vulneración, por inaplicación, de la Orden de 27 de octubre de 1995 sobre Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

En virtud de la aplicación de dicha normativa la recurrente entiende que los préstamos hipotecarios concedidos por entidades aseguradoras suponen idéntica actividad económica que los concedidos por otras entidades financieras; y ello a los efectos de considerar los ingresos procedentes de las mencionadas hipotecas como ingresos típicos de su actividad empresarial; ya que los ingresos típicos y habituales de una compañía de seguros están constituidos por las primas así como por los rendimientos de sus provisiones técnicas y así lo disponen y reconocen las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad de las entidad de Seguros, Reaseguros y Capitalización.

La sentencia recurrida, en su apartado cuarto, señala que “la aplicación de la Orden de 27 de octubre de 1995 no implica que la concesión de un préstamo hipotecario pase a formar parte del objeto social de las entidades Aseguradoras”;... a juicio de la recurrente, por el contrario, y con independencia de la mencionada normativa, la concesión de un préstamo hipotecario sí forma parte del objeto social de las Entidades Aseguradoras ya que en definitiva se conceden para dar cumplimiento a la normativa de cobertura de provisiones técnicas que afecta precisamente a la Entidad Aseguradora debido al tipo de actividad que desarrolla.

TERCERO.- En su primer motivo de casación la entidad recurrente alega infracción de la jurisprudencia que fuera aplicable para resolver las

cuestiones objeto de debate (art. 88.1.d) LJCA). Y ello porque la sentencia recurrida no aplicó, ante la exclusión de la entidad recurrente del régimen de declaración consolidada, en el ejercicio 1989, la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 1993, que, en síntesis, mantuvo que el desequilibrio patrimonial del art. 150.3 de la Ley de Sociedades Anónimas (pérdidas que dejen reducido el patrimonio de una sociedad a una cantidad inferior a una tercera parte del capital social, a no ser que éste se reintegre o se reduzca) no opera como causa excluyente del Grupo consolidable hasta que haya transcurrido un ejercicio desde que se produce.

Tal como se formula el motivo de casación en este primer motivo, no puede ser admitido, pues la jurisprudencia admisible a efectos del recurso de casación es únicamente la emanada del Tribunal Supremo, no de otros órganos jurisdiccionales; se invoca, además, un solo pronunciamiento.

El planteamiento que hace la recurrente es, además, objetable porque lo cierto es que la recurrente no interpuso recurso alguno contra la Orden Ministerial de 9 de octubre de 1990 por la que se le excluía del régimen de Declaración Consolidada con efectos de 1 de enero de 1989, como sí lo hizo la sociedad a la que se le denegó la prórroga del régimen de declaración consolidada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 1993 invocada como precedente. No recurrida en el caso de autos la orden de exclusión de 9 de octubre de 1990 resultaba inoperante la alegación que sobre este punto hizo la recurrente primero ante el TEAC, luego ante la Audiencia Nacional, en donde ni siquiera solicitó la anulación de la Orden que declaró la exclusión, y finalmente ante este Tribunal Supremo.

Piénsese que la sentencia anulatoria de un acto administrativo no se extiende a terceros. Y si se tratase de una sentencia anulatoria de una disposición de carácter general, no afectará a los actos -ni a las situaciones jurídicas de ellos derivadas- que sean firmes, es decir, a los actos respecto de los que no se interpuso recurso administrativo dentro de plazo, como en el caso que nos ocupa, o, interpuesto recurso administrativo, fue desestimado y contra esta desestimación no se interpuso recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- En el segundo motivo de casación se alega vulneración por inaplicación de la Orden de 27 de octubre de 1995 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Para la entidad recurrente el fundamento técnico de la exención de retención se cumple en las entidades aseguradoras, ya que los rendimien-

tos de las provisiones técnicas constituyen ingreso propio de su actividad típica, y ello por estar constituidos los ingresos habituales de una Compañía de Seguros no sólo por las primas, sino también por los citados rendimientos, y por derivarse ello, asimismo, de la Orden de 27 de octubre de 1995 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que establece: “No obstante, los préstamos hipotecarios concedidos por otras entidades financieras, en especial las entidades aseguradoras, suponen idéntica actividad económica y responden a la misma naturaleza jurídica que los préstamos hipotecarios otorgados por las entidades de crédito”.

El motivo no puede prosperar porque, como ponen de manifiesto tanto la resolución del TEAC de 19 de enero de 2001 como la sentencia recurrida, cuya argumentación comparte plenamente esta Sala, para una institución financiera, los intereses de los préstamos concedidos no son, en realidad, rendimientos del capital mobiliario, sino de su actividad empresarial. El fundamento de la excepción a la obligación de retener es puramente técnico: se limita a reconocer que los intereses acreedores no son rendimientos del capital mobiliario. Siendo el objeto de la obligación de retener el rendimiento del capital mobiliario, es lógico que se exceptúe en el caso de intereses acreedores percibidos por instituciones financieras (art. 258, letra a) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre). Dos son, pues, los requisitos de la excepción a la obligación de retener:

1) Que los perceptores sean Bancos, Cajas de Ahorro, Caja Postal de Ahorros, Cajas Rurales, Cooperativas de Crédito, Sociedades Mediadoras en el Mercado de Dinero y Empresas inscritas en los Registros Especiales de Entidades de Financiación.

2) Que los perceptores sean entidades residentes en territorio español y sujetos al Impuesto sobre Sociedades. La naturaleza del perceptor es, pues, el elemento determinante de la excepción a la obligación de retener, y como quiera que el fundamento último de la excepción reside en que los intereses acreedores son fruto de una actividad empresarial, se podría concluir que en el citado art. 258.a) del RIS caben todas aquellas entidades que integran el sistema financiero para las que la concesión de préstamos y el percibo de intereses es consecuencia de su actividad típica y regular, esto es, el objeto de su tráfico mercantil. Pero en el presente caso, al ser la entidad perceptora de los intereses derivados del préstamo hipotecario por ella concedido una entidad aseguradora, Bankpyme, Seguros de Vida S.A., y dado que de acuerdo con el art. 8 de la Ley 33/1984, sobre Ordenación del Segu-

ro Privado, dichas entidades tienen por objeto social “la práctica de operaciones de seguro, reaseguro y capitalización”, los intereses obtenidos de operaciones financieras ajenas al seguro no pueden reputarse producto de su actividad, quedando así sometidos a retención, y no estando, pues, incluida en el art. 258.a) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

La argumentación que se deja expuesta no puede quedar desvirtuada por la invocada Orden de 27 de octubre de 1995 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, ya que dicha Orden se centra y se refiere a la operación de préstamo hipotecario en sí, a su naturaleza, equiparándolos a los concedidos por otras entidades financieras, pero sin que dicha Orden implique que la concesión de los mismos pase a formar parte del objeto social de las entidades aseguradoras.

La entidad aseguradora Bankpyme Seguros de Vida S.A. no puede ser incluida en el concepto de entidad financiera a los efectos de no practicar retención sobre los rendimientos por intereses obtenidos por dicha entidad.

Sólo las entidades financieras desarrollan la intermediación financiera en el mercado monetario con carácter habitual; los préstamos hipotecarios no pueden ser equiparados a actividades de intermediación en el mercado monetario; la habitualidad a que se refiere el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (actividad típica y regular de la empresa) no tiene nada que ver con la frecuencia con que una empresa aseguradora acuda a los préstamos hipotecarios para invertir las provisiones técnicas.

Como indica el Abogado del Estado, la Orden de 27 de octubre de 1995 del Ministerio de la Presidencia, cuya vulneración denuncia la entidad recurrente, lo que hace es, al amparo de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Créditos, aplicar a las entidades aseguradoras determinados requisitos de transparencia que se aplican a las entidades de crédito. Pero lo hace no a efectos tributarios, sino de intervención y disciplina crediticia; y además lo hace siempre que concurren los requisitos que se establecen en el apartado 1º de la propia Orden de 27 de octubre de 1995, según los cuales el prestatario debe ser una persona física y el importe del préstamo debe ser igual o inferior a 25 millones de pesetas, requisitos que en ningún caso concurren en el presente supuesto.

Por ello es correcto el criterio de la sentencia recurrida cuando entiende que los intereses obtenidos por operaciones financieras ajenas al seguro no pueden reputarse producto de la actividad de la entidad, quedando sometidos a retención.

QUINTO.- Todo lo razonado comporta la desestimación del recurso de casación que decidimos, con expresa condena en costas a la entidad recurrente, que no podrá exceder de 2000 euros, en virtud de lo dispuesto en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción.

Por lo expuesto,

### FALLO

Que debemos desestimar, y desestimamos, el recurso de casación ordinario interpuesto por la entidad Multinmueble S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 3 de julio de 2003, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, de la Audiencia Nacional en el recurso num. 340/2001, con expresa condena en costas a la parte recurrente, con el límite señalado en el último de los Fundamentos de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Emilio Frias 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. Juan Gonzalo Martínez Mico, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

2009/300233

TS Sala 3ª, Sección: 7, Sentencia 4 noviembre 2009. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

## Inserción de las unidades y dependencias de la Inspección de los Tributos en las dependencias regionales de la inspección

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por Unión Nacional de Funcionarios de Gestión de Hacienda contra la sentencia de la Audiencia Nacional que declaró conforme a derecho la resolución de la AEAT, por la que se modifica otra anterior sobre organización y atribución de funciones a la Inspección de los Tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria. La Sala rechaza que la norma impugnada vulnere los principios de descentralización, desconcentración y jerarquía normativa, asimismo, indica que el cambio de encau-*

*dramiento jerárquico no significa una alteración del puesto de trabajo desempeñado por el funcionario; y que los equipos y unidades no son órganos administrativos sino formas de acometer el trabajo dentro de esos órganos, por lo que la integración en uno u otros equipos no puede ser equiparado a un cambio o remoción del puesto de trabajo desempeñado, sin que por tanto deban ser objeto de negociación al no repercutir en las condiciones de trabajo.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La debida comprensión de las cuestiones suscitadas en la actual casación aconseja destacar inicialmente los siguientes aspectos del proceso de instancia:

1.- Fue iniciado por la Unión Nacional de Funcionarios de Gestión de Hacienda, mediante un recurso contencioso administrativo dirigido contra la Resolución de 20 de marzo de 2003, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se modifica la de 24 de marzo de 1992 sobre organización y atribución de funciones a la Inspección de los Tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.

La demanda dedujo como pretensión principal la total anulación de la resolución impugnada.

Como primera pretensión subsidiaria reclamó la anulación de la nueva redacción dada por la recurrida Resolución de 20 de marzo de 2003 a los siguientes apartados de la resolución de 24 de marzo de 1992:

Cinco 3.1 (párrafo tercero); Cinco 4.3.3 (párrafo tercero); Siete 1 (párrafos segundo y undécimo); Nueve 2.e); Nueve 3.1 (en cuanto a la indebida asignación de firma por aplicación directa del art. 32 RGIT, y el inciso siempre que desempeñen un puesto de trabajo de nivel de complemento de destino 20 o superior); Nueve 3.2 y Nueve 3.3.

Y como segunda pretensión subsidiaria la nulidad del apartado Cinco 4.3.2.c).

2.- Esa demanda incluyó un inicial apartado de hechos que en realidad lo que exponía eran los supuestos normativos que en el criterio de la parte actora habían de tomarse en consideración para entender esas pretensiones anulatorias que se ejercitaban.

El primero de esos hechos contenía una referencia a los artículos 4 y 17 y a la Disposición Final del Reglamento General de la Inspección de Tributos, aprobado por Real Decreto 939/1986 (RGIT), así como a la Orden de 26 de mayo de 1986 por la que se desarrolló ese Reglamento

en el ámbito de la Inspección Financiera y Tributaria.

Esa cita se hacía para defender que de tales normas se desprendía la existencia de servicios de inspección en las Delegaciones y Administraciones de Hacienda.

Los hechos segundo, tercero y cuarto invocaban lo establecido, en cuanto a las competencias organizativas del Ministerio de Economía de Hacienda sobre la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), en el apartado once 5 del artículo 103 de la Ley 31/1990 de 27 de diciembre; también, las sucesivas Ordenes de 27 de diciembre de 1991 y 2 de junio de 1994 que, dictadas al amparo de ese precepto legal, habían desarrollado la estructura de la AEAT; y, así mismo, la inicial Resolución de 24 de marzo de 1992 de la Presidencia de la AEAT sobre organización y atribución de funciones a la Inspección de los Tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.

Este segundo bloque normativo se traía a colación para demostrar que, en la esfera de la Administración periférica de la Hacienda, las funciones de la Inspección de los tributos eran ejercitadas por la Dependencia Regional de Inspección (en el territorio de cada Delegación Especial de la Agencia) y por la Dependencia de Inspección y los servicios de inspección de las distintas Administraciones de la Agencia (en el territorio de cada Delegación de la Agencia).

El hecho quinto se refería ya a la impugnada Resolución de 20 de marzo de 2003 (que, como ya se ha dicho, modificó la anterior Resolución de 24 de marzo de 1994), y se le imputaba haber modificado la estructura de la inspección en la Administración periférica, por haberla limitado a las Dependencias Regionales de Inspección de las Delegaciones especiales y haber omitido toda referencia a ella en las Delegaciones y en las Administraciones de la Agencia.

El hecho sexto se refería a los nuevos apartados Cinco 3.1, Cinco 4.2 y Cinco 4.2.3.A) de la Resolución de 20 de marzo de 2003, diciéndose de ellos que contenían un peculiar sistema de asignación de funcionarios a unidades que no era sino un sistema paralelo de provisión de puestos de trabajo.

El hecho séptimo defendía que la combatida resolución de 20 de marzo de 2003 había introducido unos nuevos procedimientos "ex novo" que no aparecían recogidos en el RGIT.

3.- El apartado de "Fundamentos de Derecho" de la demanda, en su parte dedicada a las argumentaciones "de fondo", desarrollaba cinco causas de nulidad, enunciadas bajo las letras A), B), C), D) y E), invocadas

en virtud de lo establecido en los artículos 51 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y que pretendían derivarse de las concretas vulneraciones normativas que en cada una de ellas se denunciaban.

Lo que en las dos primeras causas de nulidad se denunciaba era lo siguiente:

A) La vulneración de los principios de descentralización y desconcentración consagrados en los artículos 103 de la Constitución y 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

Se intentaba derivar de esa supresión de los servicios de inspección propios de las Delegaciones y Administraciones de la Agencia que la demanda decía se había producido.

B) La vulneración del principio de jerarquía normativa proclamado en el artículo 9.3 CE que, según la demanda, sería una consecuencia también de esa supresión que acaba de mencionarse por estas razones: ser contraria a la estructura de Delegaciones y Administraciones que aparecía en las Ordenes de 26 de mayo de 1986 y 2 de junio de 1994; y no respetar el alcance de la habilitación al Presidente de la Agencia que se regula en el apartado once 5 el artículo 103 de la Ley 31/1990.

4.- En la letra C) se combatían estos apartados de la Resolución controvertida.

"Cinco. Dependencias Regionales de Inspección.

3. Estructura y competencia territorial.

3.1 Estructura funcional.

Las Dependencias Regionales de Inspección podrán estar integradas por las siguientes unidades:

Área de Inspección.

Oficina Técnica.

Unidad de Planificación y Selección.

Unidad de Gestión de Grandes Empresas.

La asignación de funcionarios a cada una de estas unidades se realizará por el Jefe de la Dependencia.

A su vez, el Área de Inspección podrá estar integrada por los Equipos y Unidades señalados en el apartado Cinco.4.2 siguiente.

4. Área de Inspección.

4.2 Estructura y distribución de competencias.

El Área de Inspección podrá estar integrada por Equipos y Unidades que se configurarán de acuerdo con alguna de las siguientes modalidades:

Equipos Regionales de Inspección.

Unidades Regionales de Inspección.

Equipos de Inspección.

Unidades de Inspección.

4.2.3 Equipos y Unidades de Inspección.

A. El ámbito de actuación de los Equipos y Unidades de Inspección está constituido preferentemente por las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación distintas de las contempladas en los apartados 4.2.1 y 4.2.2 anteriores, sin perjuicio de que puedan desarrollar otras actuaciones que se les encomienden.

Los Equipos de Inspección actuarán prioritariamente sobre contribuyentes personas físicas que desarrollen actividades empresariales o personas jurídicas cuyo volumen anual de operaciones en los ejercicios comprobados exceda de 1.803.036,31 euros y, tratándose de profesionales, 180.303,63 euros.

Los Equipos y Unidades de Inspección podrán estar integrados por el Jefe de Equipo o Unidad, Subinspectores, Agentes de la Hacienda Pública y demás personal que en cada momento se determine por el Jefe de la Dependencia o sus Adjuntos. De forma temporal, en estos Equipos o Unidades podrán integrarse Inspectores adjuntos”.

Se argüía que esa atribución otorgada al Jefe de la Dependencia de determinar los funcionarios que integrarían los Equipos y las Unidades de Inspección significaba un sistema paralelo de provisión de puestos que vulneraba lo establecido en los artículos 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas de Reforma para la Función Pública y 36 y 50 del Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo.

Y las razones esgrimidas para ello eran que no se observaban los procedimientos de concurso y libre designación regulados en esos preceptos, ni tampoco se respetaba lo dispuesto en ellos sobre las convocatorias.

5.- En la letra D) se suscitaban cuatro cuestiones de invalidez, referidas cada una de ellas a concretos apartados de la Resolución.

Esas cuestiones, que son las que a continuación se señalan de manera

separada, venían precedidas de una invocación de lo que sobre las formas de actuación de la Inspección de los tributos se regulaba en el artículo 16 del RGIT y sobre la firma de las actas en el artículo 63 de ese mismo RGIT y en el artículo 14.2 de la Orden de 26 de mayo de 1986 (que desarrolló el RGIT).

Y también de una imputación a la resolución recurrida de utilizar términos equívocos y conceptos no definidos reglamentariamente como son los de “encomienda”, “asignación de tareas” y “asignar firma” que, en el criterio de la demanda, propicia el nacimiento “ex novo” de un procedimiento no contemplado en el RGIT ni en la Orden que lo desarrolla.

6.- La primera cuestión de esa letra D) se plantea sobre los párrafos subrayados en negrita del siguiente apartado de la resolución recurrida:

“Siete. Criterios de actuación de los Equipos y Unidades de Inspección.

1. Criterios generales de actuación de los Equipos y Unidades de Inspección.

De acuerdo con el artículo 16 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, las actuaciones inspectoras se desarrollarán por los Equipos y Unidades en que se estructuran los Órganos a que se refieren los apartados anteriores.

Las actuaciones de la Inspección de los Tributos deberán ser ordenadas y dirigidas en todo caso por los Jefes de cada Equipo o Unidad y serán practicadas bien directamente por aquéllos o bien por los Inspectores y Subinspectores de tales Equipos o Unidades.

Los Jefes de los Equipos y Unidades, sin perjuicio de realizar directamente actuaciones inspectoras en su totalidad o en parte, asumirán la responsabilidad del cumplimiento de los objetivos encomendados a los Equipos o Unidades, distribuirán entre los miembros de éstos las actividades a desarrollar y dirigirán o controlarán la correcta ejecución de las mismas.

En caso de vacante, ausencia o enfermedad de los Jefes de Equipo o Unidad, su sustitución será ejercida:

a) En la Oficina Nacional de Inspección y en la Oficina Nacional de Investigación del Fraude, por el Jefe Adjunto de Equipo. (...).

b) En las Dependencias Regionales de Inspección, por el Jefe de Equipo o Unidad que a tal efecto designe, bien el Jefe de la Dependencia, bien el Inspector Regional Adjunto o Inspector Coordinador que el Inspector Regional determine. Del mismo modo se designará al Jefe de Unidad o Subjefe que ejercerá la

sustitución en caso de vacante, ausencia o enfermedad de un Subjefe de Unidad.

Los Inspectores adjuntos que formen parte de los Equipos o Unidades de las Dependencias Regionales de Inspección desarrollarán las actuaciones que les sean encomendadas por el Jefe de Equipo o Unidad, atendiendo a la importancia de las mismas.

En el marco de cada Equipo y Unidad de Inspección los Subinspectores integrados en las mismas desarrollarán las actuaciones que disponga el Jefe de los mismos, o Subjefe de Unidad en su caso, incluyendo todas aquellas previas a la firma de las actas y de la propuesta de resolución del expediente sancionador que, en su caso, se inicie. En ningún caso, la asignación de tareas podrá suponer la realización por el Subinspector de la totalidad de las actuaciones comprendidas en los capítulos V y VI del Título Primero del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, tratándose de actuaciones de comprobación e investigación de alcance general, sobre obligados tributarios que reúnan las condiciones siguientes: si los obligados tributarios son personas físicas que desarrollen actividades empresariales, o personas jurídicas, cuando el volumen anual de operaciones en los ejercicios comprobados exceda de 1.803.036,31 euros, y tratándose de profesionales, de 180.303,63 euros.

En los Órganos a que se refiere el apartado Uno de esta Resolución podrán encomendarse actuaciones meramente preparatorias y de comprobación o prueba de hechos o circunstancias con trascendencia tributaria a funcionarios del Cuerpo General Administrativo de la Administración del Estado, con la especialidad de Agentes de la Hacienda Pública”.

La censura que se hace al texto anterior es que esa encomienda al Subinspector de la completa comprobación e investigación que se permite al Jefe de Unidad significa una usurpación, por parte del Jefe de Unidad, de las funciones propias del Inspector Jefe (y se cita el artículo 19.4 del RGIT).

7.- La segunda cuestión de esa letra D) se plantea sobre los párrafos subrayados en negrita de los siguientes apartados de la resolución recurrida:

“Nueve. Firma de documentos. Asignación de firma.

2. Firma de actas.

Las actas de la Inspección de los Tributos serán firmadas:

e) Cuando se haya encomendado a un Subinspector la realización de la totalidad de las actuaciones comprendidas en los capítulos V y VI del

Título Primero del Reglamento General de la Inspección de los Tributos sobre un determinado obligado tributario, y no se trate de los supuestos susceptibles de asignación de firma, firmará las actas, además del Jefe de Equipo, Jefe o Subjefe de la Unidad, el Subinspector citado.

Con carácter excepcional, por vacante o ausencia del Jefe de Unidad o Subjefe a cargo de la misma, el Delegado Especial de la Agencia Tributaria podrá autorizar la firma de las actas por otros Subinspectores en puestos de trabajo de nivel inferior.

3. Asignación de firma de las propuestas de regularización.

3.1 Los Jefes de Equipo o Unidad de Inspección de las Dependencias Regionales de Inspección asignarán la firma de las propuestas de regularización resultantes de las actuaciones de comprobación e investigación a los Inspectores adjuntos que hubieren realizado de manera efectiva la totalidad de las actuaciones comprendidas en los capítulos V y VI del Título Primero del Reglamento General de la Inspección de los Tributos.

Asimismo, los Jefes de Equipo o Unidad de Inspección y Subjefes de Unidad de las Dependencias Regionales de Inspección asignarán la firma de las propuestas de regularización resultantes de las actuaciones de comprobación e investigación al Subinspector o Subinspectores que hubieren realizado de manera efectiva la totalidad de las actuaciones comprendidas en los capítulos V y VI del Título Primero del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, siempre que desempeñen un puesto de trabajo de nivel de complemento de destino 20 o superior, y salvo que las citadas actuaciones se refieran a contribuyentes personas físicas que desarrollen actividades empresariales, o personas jurídicas, cuyo volumen anual de operaciones en los ejercicios comprobados exceda 1.803.036,31 euros y, tratándose de profesionales, de 180.303,63 euros”.

Esta segunda cuestión se inicia con una crítica dirigida al apartado nueve 3, consistente en sostener que la limitación para la asignación de firma que se establece respecto de los Subinspectores (desempeñar un puesto de trabajo de nivel de complemento de destino de 20 o superior) vulnera el artículo 63.2 del RGIT y la Orden que lo desarrolla por no figurar tal limitación en ninguna de estas dos normas.

A continuación se imputa también al apartado nueve 2.e) que lo que en él se establece vulnera el artículo 63.2 RGIT.

8.- La tercera cuestión de esa letra D) se plantea sobre los siguientes apartados de la resolución recurrida:

“Nueve. Firma de documentos. Asignación de firma.

3. Asignación de firma de las propuestas de regularización.

3.1 Los Jefes de Equipo o Unidad de Inspección de las Dependencias Regionales de Inspección asignarán la firma de las propuestas de regularización resultantes de las actuaciones de comprobación e investigación a los Inspectores adjuntos que hubieren realizado de manera efectiva la totalidad de las actuaciones comprendidas en los capítulos V y VI del Título Primero del Reglamento General de la Inspección de los Tributos.

Asimismo, los Jefes de Equipo o Unidad de Inspección y Subjefes de Unidad de las Dependencias Regionales de Inspección asignarán la firma de las propuestas de regularización resultantes de las actuaciones de comprobación e investigación al Subinspector o Subinspectores que hubieren realizado de manera efectiva la totalidad de las actuaciones comprendidas en los capítulos V y VI del Título Primero del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, siempre que desempeñen un puesto de trabajo de nivel de complemento de destino 20 o superior, y salvo que las citadas actuaciones se refieran a contribuyentes personas físicas que desarrollen actividades empresariales, o personas jurídicas, cuyo volumen anual de operaciones en los ejercicios comprobados exceda 1.803.036,31 euros y, tratándose de profesionales, de 180.303,63 euros.

3.2 En los supuestos de asignación de la firma a que se refiere el apartado Nueve.3.1 anterior, además del desarrollo de las funciones de dirección que corresponden al Jefe de Equipo o Unidad o Subjefe de Unidad, éstos se reservarán el visto bueno a la formulación de la propuesta de regularización contenida en el acta. Dicho visto bueno se consignará en diligencia, en la que se hará constar la fecha en que se otorga, así como el nombre, apellidos, número de registro personal y firma del Jefe de Equipo o Unidad o Subjefe de Unidad que lo otorga.

3.3 Cuando en aplicación del apartado Nueve.3.1 anterior sea asignada la firma, no podrá presentarse la propuesta de regularización contenida en las actas a la firma del contribuyente en tanto no conste en diligencia el visto bueno del Jefe de Equipo o Unidad o Subjefe de Unidad. Si éste denegase el visto bueno a una propuesta de regularización sometida a su consideración, por entender que no es correcta, asumirá él la firma de las actas en que se documente la propuesta de regularización que estime procedente, que serán redactadas por el funcionario de la Unidad que aquél determine y de acuerdo con sus instrucciones”.

Lo que se censura a los textos anteriores es que, a través de ese “visto bueno” atribuido al Jefe de Equipo, se confiere a este la posibilidad de modificar la propuesta de regularización recogida en el acta extendida por el Subinspector, cuando ésta es una responsabilidad que está reservada en exclusiva al Inspector-Jefe del órgano o dependencia.

Y se añade que no se trata de negar al Jefe de Unidad sus funciones de dirección sino de limitar su responsabilidad a la supervisión que regula el artículo 5.10 de la Orden de 26 de mayo de 1986.

Se aduce también que lo que aparece en esos textos (3.2 y 3.3 del apartado nueve) no puede ser entendido como un supuesto de avocación, porque de ser así vulneraría el artículo 14 de la Ley 30/1992.

Se defiende, así mismo, que esa actuación que aquí es objeto de censura viene a ser un procedimiento no previsto en el RGIT por lo siguiente: si la actuación es referible al Equipo sobra desde el principio la firma del Subinspector y las actas extendidas por este; y si la actuación es referible individualmente al Subinspector sobran las tareas que realiza el Jefe de Unidad, por corresponder estas al Inspector-Jefe.

Y se termina aduciendo que el elemento clave que ha de dilucidarse es lo que ha de entenderse por “dirección efectiva de la unidad” por parte del Jefe de Unidad, planteándose esta alternativa: Intervención en el procedimiento de inspección; o mera ordenación de recursos humanos y materiales, sin intervención en el procedimiento de inspección.

9.- La cuarta cuestión de la letra D) se plantea sobre estos otros apartados de la resolución recurrida:

“Cinco. Dependencias Regionales de Inspección.

4.2.3 Equipos y Unidades de Inspección.

C. En las Dependencias Regionales de Inspección podrán constituirse, por acuerdo del Director General de la Agencia Tributaria, a propuesta conjunta del Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria y del Delegado Especial respectivo, Unidades de Inspección formadas por el número de Subinspectores que en cada caso se determine, cuya dirección efectiva corresponderá a un Inspector quien, por delegación de un Inspector Jefe, podrá dictar los actos de liquidación e imponer las sanciones que procedan como consecuencia de las actuaciones realizadas por los miembros de la Unidad.

Los Subinspectores adscritos a dichas Unidades podrán desarrollar la totalidad de las actuaciones comprendidas en los capítulos V, VI y

VII del Título Primero del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, siempre que se refieran a actuaciones de comprobación e investigación de carácter general cerca de personas físicas que desarrollen actividades empresariales, o personas jurídicas, cuyo volumen anual de operaciones en los ejercicios comprobados no exceda de 1.803.036,31 euros, y tratándose de profesionales, de 180.303,63 euros”.

El reproche que se hace al texto anterior es que se configuran unas unidades “macro” en las se establece un procedimiento que vulnera el principio, recogido en el artículo 60.1 RGIT, de que la resolución del expediente ha de corresponder a uno distinto del que lo instruyó.

Para completar lo anterior se dice que si la dirección del Jefe de esas Unidades supone intervenir en el procedimiento de comprobación e investigación, ese mismo funcionario no podría dictar el acto de liquidación; así como que esto último sólo será posible si la dirección efectiva de la unidad se limita a la ordenación de recursos humanos y materiales y no supone intervención en el procedimiento de inspección.

10.- En la letra E) se denuncia la vulneración de los artículos 34 y 34.2 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Se argumenta que la Resolución recurrida, además de exteriorizar el ejercicio de potestades de organización, tiene repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios afectados en virtud de lo establecido en su siguiente disposición transitoria 2: “Las Unidades de Inspección, definidas en el apartado Cinco.4.2.3, dentro de los límites establecidos en dicho apartado, desarrollarán sus actuaciones sobre obligados tributarios con domicilio fiscal en la provincia en la que esté ubicada la sede de aquéllas, hasta tanto no se publique, a los efectos de lo previsto en esta Resolución, la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo de las mismas”.

Y como condiciones de trabajo afectadas se señalan estas dos: la determinación y aplicación de las retribuciones derivadas del nuevo contenido de los puestos de trabajo; y la clasificación de puestos de trabajo derivada del contenido de las funciones técnicas superiores a desarrollar.

11.- La sentencia recurrida en la actual casación desestimó el recurso contencioso-administrativo de Unión Nacional de Funcionarios de Gestión de Hacienda, tras rechazar en sus fundamentos jurídicos todos esos motivos de impugnación que fueron esgrimidos en la demanda y han sido

reseñados en los anteriores apartados de este primer fundamento de derecho (FJ) de la actual sentencia.

SEGUNDO.- El actual recurso de casación, interpuesto también por Unión Nacional de Funcionarios de Gestión de Hacienda, viene a ser una reiteración de la demanda formalizada en el proceso de instancia tanto en el “suplico” como en los motivos de casación.

Dicho “suplico” reproduce las pretensiones (principal y subsidiarias) que fueron deducidas en dicha demanda; y los cinco motivos de casación, todos ellos amparados en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional (LJCA), reiteran esas mismas causas de nulidad que la demanda reclamó mediante la invocación de los artículos 51 y 62.2 de la Ley 30/1992 (LRJ/PAC), denuncian para ello las mismas vulneraciones normativas y utilizan también los mismos argumentos para intentar defenderlas.

TERCERO.- El primer motivo de casación denuncia la infracción de los principios de descentralización y concentración proclamados en los artículos 103 CE y 3 de la Ley 6/1997 (LOFAGE); mientras que el segundo motivo aduce la vulneración del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9.3 CE.

Los argumentos con que se defienden son los mismos que fueron desarrollados en las causas de nulidad de las letras A) y B) de los fundamentos de la demanda y han sido reseñados en los apartados 3 del FJ primero de esta sentencia.

Debe ya decirse que los argumentos de estos dos primeros motivos fueron eficazmente rebatidos por la Abogacía del Estado en su contestación a la demanda y, por ello, ambos motivos tienen que ser rechazados; bastando para ello con asumir, por ser acertadas, las razones que fueron esgrimidas por dicha representación pública y básicamente consistentes en lo que se expresa a continuación.

En primer lugar, que la impugnada resolución de 20 de marzo de 2003 de la Presidencia de la AEAT es una norma organizativa que se limita a integrar todas la Unidades y Dependencias de la Inspección de Tributos en el ámbito territorial correspondiente a las distintas Dependencias Regionales de Inspección y establecer las modificaciones organizativas derivadas de esa integración, pero no introduce novedades sustantivas ni procedimentales.

En segundo lugar, que no son de apreciar en dicha Resolución de 20 de marzo de 2003 las vulneraciones de la Ley 31/1990 y las Ordenes de 26 de mayo de 1986 y 2 de junio de 1994 de las que se quiere derivar la infracción del principio de jerarquía normativa, por lo siguiente:

(a) El apartado dos.3 del artículo 103 de la mencionada Ley 31/1990 atribuye al Presidente de la AEAT la facultad de aprobar la estructura de la agencia.

(b) Dicha facultad ciertamente no puede ser contradictoria con la organización que fue establecida por el Ministro de Economía y Hacienda en la Orden de 2 de junio de 1994, dictada al amparo de la potestad que le reconoce el apartado once de ese mismo artículo 103.

(c) Pero esa contradicción no existe porque, en el nivel de las Administraciones de la AEAT contempladas en el apartado decimocuarto de esa Orden de 2 de junio de 1994, la existencia de unidades y equipos de la Inspección de Tributos es una simple posibilidad y no una necesidad.

(d) lo establecido en el artículo 17 del RGIT no permite una conclusión distinta, pues este precepto contiene reglas para definir la competencia territorial de la Inspección de los tributos, mas no impone ni establece un determinado esquema organizativo.

Y, en tercer lugar, que no cabe hablar de vulneración de los principios de descentralización y desconcentración porque lo que efectúa la Resolución de 20 de marzo de 2003 es una nueva integración jerárquica de las unidades y dependencias de la Inspección, pero sin que esto comporte necesariamente una alteración de los actuales emplazamientos físicos de esas unidades o dependencias, ni unas nuevas necesidades de desplazamientos de los contribuyentes.

CUARTO.- El tercer motivo de casación sostiene la vulneración lo establecido en los artículos 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas de Reforma para la Función Pública y 36 y 50 del Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo.

Reproduce la causa de nulidad de la letra C) de los fundamentos de la demanda que ha sido reseñada en el apartado 4 del FJ primero de esta sentencia que, como en dicho apartado se expresó, pretende defenderse desde la idea de que la atribución otorgada al Jefe de la dependencia para integrar los equipos y unidades significa un sistema paralelo de provisión de puestos contrario a lo que establecen esos artículos de la LRMFP y del Reglamento de Provisión de 10 de marzo de 1995 que se dicen vulnerados.

También este motivo debe fracasar.

A ello conducen en buena medida alguna de las razones que se expu-

sieron en relación con los dos anteriores motivos, y así mismo deben tomarse en consideración los argumentos que en contra de la vulneración denunciada en este tercer motivo opuso el Abogado del Estado en su escrito de contestación del proceso de instancia.

Razones y argumentos que se sintetizan en lo siguiente: que el cambio de encuadramiento jerárquico no significa una alteración del puesto de trabajo desempeñado por el funcionario; y que los equipos y unidades no son órganos administrativos sino formas de acometer el trabajo dentro de esos órganos, por lo que la integración en uno u otros equipos no puede ser equiparado a un cambio o remoción del puesto de trabajo desempeñado.

QUINTO.- El cuarto motivo de casación reprocha la vulneración de los artículos 16, 19.4 y 63.2 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril (RGIT).

Se reproducen en este motivo las causas de nulidad planteadas en la letra D) de los fundamentos de la demanda que han sido reseñadas en los apartados 5, 6, 7, 8 y 9 del FJ primero de esta sentencia que, como allí se expresó, estaban referidas a estos otros apartados de la impugnada Resolución de 20 de marzo de 2003: Cinco 4.2.3.c); Siete.1 (párrafos segundo y undécimo); Nueve.2.e); y nueve.3.

Este motivo tampoco puede alcanzar éxito, por ser igualmente de compartir las razones que en contra de las vulneraciones denunciadas fueron opuestas por la Abogacía del Estado en el proceso de instancia, que se resumen en lo que continúa:

1.- No hay usurpación de las funciones del Inspector Jefe en esa encomienda de funciones regulada por el apartado siete 1 de la resolución recurrida, consistente en permitir, dentro del marco de cada Equipo y Unidad, que el Jefe de los mismos disponga las actuaciones que han de llevar a cabo los Subinspectores.

Y no la hay porque una cosa es la orden de servicio del Inspector Jefe por la que decide la carga en el Plan de un obligado tributario y la asignación de la instrucción del correspondiente procedimiento de inspección a un determinado funcionario, equipo o unidad, y otra distinta que, efectuada la asignación de un concreto obligado tributario a un equipo, el Jefe de este distribuya entre sus componentes las tareas instructoras a realizar (que es lo que se contempla en el párrafo de ese apartado siete.1 que es objeto de polémica).

2.- La disposición adicional vigésimo octava de la Ley 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, justifica la validez

de la limitación de la asignación de firma a los Subinspectores y el Visto Bueno del Jefe de Equipo o Unidad que aparecen regulados en los puntos 3.1, 3.2 y 3.3 del apartado nueve de la Resolución de 20 de marzo de 2003, porque aquella norma, en su apartado sexto, por un lado, contempla ese Visto Bueno y, por otro, permite que la asignación de la firma de la propuesta de regulación se realice en atención, entre otras, a esta circunstancia: experiencia y nivel de los Actuarios.

También esa misma disposición legal ampara lo establecido en el apartado Cinco 4.2.3.C) de la repetida resolución de 20 de marzo de

"“...no cabe hablar de vulneración de los principios de descentralización y desconcentración porque lo que efectúa la Resolución de 20 de marzo de 2003 es una nueva integración jerárquica de las unidades y dependencias de la Inspección, pero sin que esto comporte necesariamente una alteración de los actuales emplazamientos físicos de esas unidades o dependencias, ni unas nuevas necesidades de desplazamientos de los contribuyentes.”

2003, porque, como señala el Abogado del Estado, el supuesto de dicho apartado tiene encaje en la posibilidad que aquella disposición legal contempla de que la actuación de comprobación se atribuya a uno o mas funcionarios y sea quien efectivamente hubiera realizado esas actuaciones el que firme la propuesta de regulación; y porque no existiendo en tales casos, por parte del Jefe del Equipo, control de esas actividades que directamente desarrollaron alguno de los miembros del equipo asumiendo con su firma su exclusiva responsabilidad, la liquidación que por delegación se permite a ese Jefe del equipo no puede considerarse que genere, como pretende sostener-

se, confusión entre la fase de instrucción y la de resolución.

SEXTO.- El último motivo de casación (denominado sexto en el recurso pero siendo en realidad el quinto) denuncia la vulneración de los artículos 32 y 34.2 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas; y al igual que los anteriores reproduce uno de los motivos de impugnación de la demanda (en este caso el D) que fue reseñado en el punto 10 del FJ primero de esta sentencia).

Debe igualmente fracasar por algunas de las razones que ya fueron expuestas en relación con alguno de los anteriores motivos: que la impugnada Resolución de 20 de marzo de 2003 tiene un alcance meramente organizativo (representado por la inserción de las Unidades y Dependencias de la Inspección de los Tributos en el ámbito territorial de las Dependencias Regionales de la Inspección), pero sin que ello signifique una alteración de sus actuales emplazamientos físicos, ni tampoco un cambio de los puestos de trabajo desempeñados por los funcionarios.

Por tanto, no puede aceptarse la repercusión en las condiciones de trabajo que se viene a invocar para intentar justificar la infracción de esos artículos 32 y 34 de la Ley 9/1987.

A lo anterior debe añadirse que tanto la demanda como el recurso de casación se mueven en términos meramente genéricos, pues, aunque aluden a repercusiones en las condiciones de trabajo, lo hacen en términos abstractos y no las concretan con la precisión necesaria para que puedan ser constatadas.

Por otra parte, la disposición transitoria 2 de la impugnada Resolución que el recurso de casación invoca en favor de su tesis no es útil a dicha finalidad: en ella se dice que las unidades de Inspección definidas en la letra A del apartado Cinco 4.2.3 desarrollarán sus actuaciones con obligados tributarios con domicilio fiscal de la oficina de su sede, y que lo harán hasta que se publique una modificación de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT); esto es, parece mantener las condiciones profesionales existentes y posponer su modificación a lo que resulte de la nueva aprobación de la RPT.

SÉPTIMO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación, y no se aprecian circunstancias que justifiquen la no imposición de las costas correspondientes a esta fase de casación (artículo 139.2 de la LJCA de 1998).

Pero, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA de 1998, se se-

ñala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por honorarios correspondientes al abogado de la parte recurrida la de 2.400 euros. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en atención a las circunstancias del asunto y a que la cuestión planteada no ha exigido una especial dedicación para formular la oposición.

### FALLO

1.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por Unión Nacional de Funcionarios de Gestión de Hacienda contra la sentencia de 18 de noviembre de 2005 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (en el recurso número 358/2003).

2.- Imponer a la parte recurrente las costas correspondientes a esta fase de casación, con el alcance y límite que se establece en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan José González Rivas.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.- José Díaz Delgado.- Enrique Cancer Lalanne.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

Teruel se presentó demanda por los actores en petición de que se declarase su derecho a percibir idénticas prestaciones que el resto de los trabajadores pasivos de la empresa, beneficiarios del sistema de previsión social en los términos fijados en los Acuerdos de 13-12-1999, y 2000 apartado 3, anulando los actos de aplicación de los mismos, por poder suponer una discriminación de los colectivos de trabajadores pasivos, en activo el 1-01-1990 respecto a aquellos trabajadores beneficiarios del sistema de previsión social, y subsidiariamente que de no reconocerse a todos los mineros al servicio de la empresa se reconociese al colectivo enumerado en el suplico de la demandada. La prestación solicitada consistía en una renta vitalicia constante, satisfecha mediante pagos mensuales, con revisión de viudedad del 25% en caso de existir cónyuge a 31-12-1999 y de una cuantía del 15 % del salario considerado para 1999, con la petición de que se condenase a la empresa a hacer efectiva la mencionada prestación.

La sentencia del Juzgado de 24-03-2004, estima en parte la demanda, lo que fue confirmado en suplicación en sentencia de la Sala de lo Social de Aragón de 15-11-2004. La empresa para recurrir consignó por aval el importe de la condena, cuantificada en 2.132.554,81 euros, a requerimiento del Juzgado sin oposición de los demandantes. Igualmente el recurso de casación para la unificación de doctrina fue desestimado por esta Sala en sentencia de 21-11-2006.

Iniciada la ejecución de la sentencia, la empresa, previas las deducciones pertinentes por retenciones fiscales, consignó en el Juzgado la cantidad de 1943.454,88 euros, importe capitabilizado de las prestaciones y que en su día había avalado no oponiéndose los actores a dicha liquidez, solicitando su pago a cada uno de ellos.

Posteriormente, como consta al folio 448 de las actuaciones, los actores solicitaron el abono de los intereses procesales art. 576 L.E. Civil devengados desde la fecha de la sentencia de instancia, que se ejecutaba hasta el pago efectivo de la prestación, teniendo en cuenta que las partes acordaron que en lugar de una prestación periódica se abonase una cantidad a tanto alzado.

Tramitado el incidente de ejecución, al que se opuso la empresa, el Juzgado por auto de 28-07-2008, estimó la oposición declarando no procedía el abono de intereses por la empresa, al no tratarse de una cantidad líquida lo reclamado en la demanda como exige el art. 576 L.E. Civil, siendo lo reconocido en la sentencia solo el derecho a percibir una prestación a satisfacer mediante pagos mensuales que precisaba para su determinación una compensación y una liquidación, añadiendo que a la misma conclusión se llegaba, si se aplicaba analógicamente la doctrina

respecto a intereses referentes a la constitución de capital coste de renta, entendiendo como tal el valor actualizado de las prestaciones que se determinaría atendiendo a las características de cada una de ellas, aplicando los criterios técnicos actualizados apreciados conforme a las tablas y tasas aplicables, citando al efecto la sentencia de esta Sala de 18-03-2004 (R-1406/03), dictada en relación a las Mutuas Patronales; en todo caso se terminaba diciendo que de estimarse la demanda habría enriquecimiento injusto.

Contra dicho auto se interpuso recurso de reposición desestimado por Auto de 24-09-2008. Igualmente fue desestimado el recurso de suplicación contra este último auto apoyándose la Sala para su decisión en nuestra doctrina antes citada en relación a si las Mutuas Patronales en casos similares estaba sujeta a la obligación del pago de intereses procesales, razonando que aunque se haya abonado la prestación periódica vitalicia de forma capitalizada y pago único por acuerdo de las partes, no era de aplicación el art. 576 LEC, porque a lo que se condenó fue al pago de una prestación periódica mensual ó renta vitalicia y no una suma de dinero determinada y líquida, lo que se concretó más tarde.

Contra dicha sentencia se preparó e interpuso el presente recurso en el que los actores insisten en que durante la tramitación de los recursos no se percibió la prestación, porque no se ingresó el capital coste, situación no comparable con la condena a una Mutua pues de haberlo hecho se hubiere percibido la prestación durante la tramitación de los recursos.

CUARTO.- En la sentencia de contrate, el objeto del juicio era en un supuesto en el que el recargo había sido impuesto en resolución administrativa, una reclamación del trabajador frente al INSS en solicitud de ampliación de responsabilidad solidaria a otras empresas en el pago de recargo de prestaciones de la Seguridad Social derivada de accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad; el trabajador no había cobrado durante la tramitación del recurso porque la sentencia no era firme aunque la deudora había consignado el capital coste incluidos los intereses ordenando la T.G.S.S. su pago. La Sala revocando el Auto del Juzgado, que decretó el archivo teniendo por cumplida la sentencia, que había condenado a varias empresas al abono del 50 % en las prestaciones económicas de la Seguridad Social derivada de accidente laboral, estimó el recurso del recurrente, razonando que cuando se acordó el archivo, teniendo por cumplida la sentencia, el actor no había percibido la totalidad de su crédito, pues le restaba por cubrir el recargo por I.P. Total reconocida, lo que tuvo lugar más tarde, por lo que no se podía dar por terminada la ejecución forzosa, existiendo datos suficientes en la senten-



2009/259267

TS Sala 4ª, Sentencia 13 octubre 2009. Ponente: D. Víctor Fuentes López

## Derecho al abono de intereses procesales sobre prestación vitalicia

*El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los trabajadores demandantes frente a sentencia que rechazó el abono de los intereses procesales del art. 576 LEC sobre la cantidad consignada en concepto de prestación vitalicia.*

*La Sala señala que en el momento de constituir el aval, la cantidad adeudada estaba determinada y era líquida, como lo prueba el hecho de que la empresa lo cuantificó, sin oposición de los actores, mediante una simple operación aritmética, aunque lo fuera solo a efectos de poder constituir el aval necesario para recurrir, pese a lo cual los actores no percibieron su importe hasta que la sentencia fue firme; por otro lado, no cabe equiparar el presente caso con el pago, por parte de las mutuas, de prestaciones vitalicias por accidente laboral ya que en estos supuestos, ni la sentencia condena a la mutua a cantidad líquida, ni ésta está obligada al pago directo e inmediato de la pensión, sino a la constitución de un capital que la libera plenamente de sus responsabilidades; por tanto, procede practicar la liquidación de intereses procesales postulada.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las cuestión debatida en el presente recurso promovido por los actores contra la sentencia dictada en 30-12-2008 por la Sala de lo Social de Aragón, es la procedencia o no del pago de los intereses procesales del art. 576 de la L.E. Civil, cuando se ejecuta la sentencia que condena al pago por la empresa de una prestación, sin que durante la tramitación de los correspondientes recursos interpuestos contra la sentencia los demandantes percibieran cantidad alguna; la empresa al recurrir presento aval, una vez cuantificada la prestación a requerimiento

del Juzgado, sin oposición de los actores.

SEGUNDO.- Previamente al examen de la cuestión de fondo debe analizarse, si como exige el art. 217 LPL, existe contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada de contraste de la Sala de lo Social de Valladolid de 14-11-2007, esto es identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones, pese a lo cual los fallos fueron distintos, sin lo cual no procede examinar el fondo litigioso.

TERCERO.- En la recurrida consta que ante el Juzgado de lo Social de

cia para fijar la cantidad a abonar, bastando con una operación aritmética elemental, por lo que era aplicable el art. 576 LEC; por la Sala de lo Social se razonó que si bien la obligación de pagar intereses nace con la sentencia firme, siendo estos fruto de una obligación legal la prestación va generando desde la sentencia de instancia una cantidad líquida adeudada mensualmente que a su vez genera los intereses procesales hasta el pago efectivo cuando la sentencia gana firmeza, sin que tal interés legal procesal pueda dejarse sin efecto por las consignaciones efectuadas por la empresa, ya que esto solo tiene una función garantizadora del pago y no pago en sí mismo, vedado en todo caso por falta de firmeza de la resolución judicial.

QUINTO.- Existe la contradicción alegada, pese a que entre ambas sentencias existan ciertas diferencias, ya que en ambas se condena en la instancia al pago de una prestación, (en la referencial a varias empresas solidariamente, y en la recurrida a la empresa Endesa al pago de una prestación periódica de una mejora voluntaria); también las resoluciones de instancia fueron confirmadas, sin que, ni en un caso ni en el otro, los trabajadores demandantes llegaran a percibir cantidad alguna, durante la tramitación de los recursos, porque en la recurrida la empresa, presentó aval para recurrir, por el importe en que se cuantificó la prestación por Endesa, sin oposición de los actores, aunque no se consignó el capital, adeudado y cuantificado, y en la referencial aunque la empresa consignó el importe del recargo y los intereses procesales, el trabajador no percibió dicha cantidad hasta la firmeza de la sentencia de instancia, sin embargo los fallos son distintos en una y otra, ya que mientras en la recurrida, se desestima la petición de los trabajadores para el percibo de intereses procesales, por sostener con apoyo en nuestra sentencia de 18-03-2004 (R-1406/03), referente a las Mutuas, que las prestaciones periódicas no dan derecho al pago de intereses, no tratándose de una cantidad líquida y determinada en la referencial, se estima el recurso por entender que la prestación va generando una cantidad líquida adeudada cada mes que da derecho a este tipo de intereses, para cuya concreción basta con una simple operación aritmética, siendo irrelevante que en la recurrida las partes acordaran sustituir más tarde la prestación por una cantidad a tanto alzado.

SEXTO.- En cuanto al fondo del recurso se denuncia infracción del art. 576 LEC. y 228 TRLPL.

El recurso debe estimarse por lo siguiente:

a) El art. 576 LEC regula los intereses procesales de la mora procesal estableciendo, que desde que fuera dictada en primera instancia, sentencia que condenó al pago de una cantidad de dinero líquido determinada,

devengara a favor del acreedor un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la Ley.

b) En el caso de autos es cierto que la sentencia firme después de estimar la petición declarativa de los actores de condena a la empresa al pago de la prestación reclamada, se condena al pago de la misma a Endesa, cuantificándose, su importe por la empresa, a efectos de poder prestar aval y recurrir a requerimiento del Juzgado sin oposición por los actores consignando, solo más tarde, cuando la sentencia es firme, el importe de la condena sin oposición de los actores, siendo a partir de este momento, cuando a su solicitud se ordenó el pago.

c) Por tanto, ya en el momento de constituir el aval la cantidad adeudada estaba determinada y líquida, como lo prueba el hecho de que la empresa lo cuantificó, sin oposición de los actores, mediante una simple operación aritmética, aunque lo fuera solo a efectos de poder constituir el aval necesario para recurrir a cuyo pago Endesa fue condenada en el fallo, pese a lo cual los actores no percibieron su importe hasta que dicha sentencia fue firme, al haber sido recurrida. No estamos por tanto en el caso contemplado en nuestra sentencia de 18-03-2004 (R-1406/03), 11-03-2002 (R-1107/00) y 7-05-2004 (4665/02), en relación a las Mutuas Patronales condenadas al pago de prestaciones vitalicias por accidente laboral, en los que se declaró que aquellos no estaban sujetas, aunque recurran en suplicación al pago de intereses del art. 921 (hoy 576 vigente LEC) ya que como en dichas sentencias se decía, si bien la Mutua, sin duda, es responsable de la pensión causada, su abono no lo puede realizar ella, ya que por imperativo legal su responsabilidad se concreta en "constituir en la Tesorería General de la S. Social, hasta el límite de su responsabilidad, el valor actual del capital coste de la pensión... según previene el art. 65.1 del R.D. 1993/95 de 7 de diciembre por el que se aprueba el reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la Gestación de la S. Social" Precepto que mantiene el mismo sistema consagrado ya en la originaria ley de accidentes de trabajo. Para ello una vez anunciado el recurso, el Juez dictará providencia para que por la Entidad Gestora o Servicio Común fije el importe de la pensión a percibir, preceptos estos de los que se deduce con claridad, que las Mutuas en el supuesto de prestaciones periódicas no son condenadas al pago de la cantidad líquida de la pensión reconocida -pese a formulas defectuosas de los fallos- sino a la constitución del Capital coste, que ni fija la sentencia ni puede fijar por depender de cálculos actuariales a realizar por la Entidad Gestora o Servicio Común.

En segundo lugar que la interposición del recurso de suplicación, no priva a la parte beneficiaria del abono de la prestación durante la tramitación del mismo, abono que no habría que devolver aunque la sentencia de instancia sea revocada -art. 192 y 92 de la ley de Procedimiento Laboral - Y por último que la constitución del Capital Coste, con los intereses si procedieran -libera plenamente de su obligación y responsabilidad a la Mutua que lo constituye-. Por todo ello es claro que ni la sentencia condena a la Mutua a cantidad líquida, ni la Mutua esta obligada al pago directo e inmediato de la pensión, prestación que de llevarse a cabo no la liberaría de su responsabilidad, sino a la constitución de un Capital que la libera plenamente de sus responsabilidades, por lo que nunca le sería aplicable en las prestaciones periódicas vitalicias el art. 921 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil.

Estamos por tanto ante una situación distinta, como hemos expuesto anteriormente, razón por la cual no cabe aplicar analógicamente como hace la sentencia recurrida dicha doctrina.

d) Siendo esto así, y no procediendo equiparar a Endesa con una Mutua, no teniendo obligación por tanto de constituir capital coste, habiéndose limitado a prestar aval para poder recurrir, lo cierto es que desde el momento en que Endesa cuantificó, a requerimiento del Juzgado en 2.132.534,81, el importe de la condena, a efectos de prestar aval para poder recurrir, también pudo consignar su importe, ya que la cantidad adeudada, sin oposición de los actores, ya se había concretado con una simple operación aritmética, es decir siendo determinada y líquida como exige el art. 576 LEC, para el devengo de intereses procesales, dando lugar al no hacerlo, que dicha cantidad no se percibiera por los actores, hasta que fue firme la sentencia y se entregó aquella cantidad capitalizada descontando las deducciones fiscales,

e) En consecuencia el recurso debe estimarse casando y anulando la sentencia recurrida y estimando el de suplicación interpuesto por los actores contra el auto de 16-01-2007 que desestimó el recurso de reposición contra el proveído de 23-11-2006, que tuvo por cumplida la sentencia firme y archivo de las actuaciones; debe dejarse sin efecto dichos autos y el proveído contra el que se recurrió en reposición debiendo procederse por el Juzgado a practicar la liquidación de intereses procesales, desde la sentencia de instancia si bien limitando a las cantidades mensuales devengadas desde la misma, hasta el pago efectivo, pero no respecto a la totalidad de la cantidad capitalizada, en la parte que aun no se había devengado, y que se abonó por un acuerdo posterior de capitalización sobre el modo de pago, procediendo además a tasar las costas.

f) En cuanto a las costas de este recurso no ha lugar a su imposición.

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

## FALLO

Estimamos el recurso interpuesto por la representación de D. Julio, D. Felicísimo, D. Héctor, D<sup>a</sup> Rebeca, D<sup>a</sup> Tomasa, D. Edemiro, D. Alejo, D. Aurelio, D<sup>a</sup> Angelina, D<sup>a</sup> Celestina, D. Vidal, D. Luis Manuel; D<sup>a</sup> Esperanza, D<sup>a</sup> Gregoria, D<sup>a</sup> Loreto, D. María Milagros, como herederas de D. Horacio, y D<sup>a</sup> Sara, D<sup>a</sup> Petra, D<sup>a</sup> Maribel, como herederas de D. León, heredero legal a su vez del trabajador fallecido D. Horacio; D. Florián, D<sup>a</sup> Fermina, D<sup>a</sup> Edurne, D. Braulio, D. Antonio, D. Miguel Ángel, D. Luis Pablo, D. José Antonio, D. Severiano, D. Ramón, D. Modesto, D. Melchor, D. Plácido, D. Ignacio, D. Julián, D. Balbino, D. Cecilio, D<sup>a</sup> Coro, D. Diego, D. Eugenio, D. Fernando, D<sup>a</sup> María Luisa, D<sup>a</sup> Adelina, D. Jesús Carlos, D. Pedro Miguel, D. Rubén, D. Sixto, D. José Carlos, D. Germán, D. Hugo, D. Jon, D. Lorenzo, D<sup>a</sup> Paula, D. Narciso, D. Agapito, D. Arturo, D. Bernardo, D. Cirilo, D. Dionisio, D<sup>a</sup> Jacinta, D. Eusebio, D. Isidoro, D. Justino, D. Patricio, D. Rodolfo, D. Segismundo, D. Valeriano, D. José Pedro, D. Luis Carlos, y D. Juan Carlos, contra la sentencia dictada el 30 de diciembre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en recurso de suplicación núm. 970/08. La casamos y anulamos y resolviendo el debate de suplicación, estimamos el recurso de los ahora recurrentes contra el Auto de 16-01-2007, del Juzgado de lo Social núm. 1 de Teruel, en autos núm. 378/03, que desestimó el de reposición contra el proveído de 23-11-2006 que tuvo por cumplida la sentencia ejecutada y ordeno su archivo, que se deja sin efecto debiendo proceder dicho Juzgado a practicar liquidación de intereses procesales desde la sentencia de instancia de las cantidades mensuales devengadas desde la misma hasta el pago efectivo, pero no de la cantidad total capitalizada en la cantidad que aun no se había devengado, procediendo además a tasar las costas de la ejecución. No ha lugar a imponer las costas de este recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Jesús Souto Prieto.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Víctor Eladio Fuentes López.

(...)



2009/245789

TS Sala 4ª, Sentencia 28 septiembre 2009.  
Ponente: D. Jordi Agustí Juliá

## Rechazo de nulidad parcial de convenio

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el sindicato demandante que en proceso sobre impugnación de convenio vio rechazada su solicitud de nulidad del párr. 7º art. 37 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid 2004-2007 relativo al devengo de trienios.

La Sala señala que la parte pretende la nulidad de un párrafo que no regula la controversia que, al parecer, se ha suscitado entre las partes sobre la forma de computar para los trabajadores temporales, a efectos del percibo del complemento de antigüedad, los periodos de prestación de servicio y, por ello, la petición no se puede acoger; no obstante, el TS viene manteniendo que respecto de la antigüedad lo determinante no es que el contrato que une a las partes sea el mismo, sino la unidad esencial del vínculo contractual.

2009/245794

TS Sala 4ª, Sentencia 7 octubre 2009.  
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

## Naturaleza laboral de la relación de los odontólogos y su empresario

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Inspección de Trabajo demandante frente a sentencia que rechazó la existencia de relación laboral entre la empresa y los trabajadores -licenciados en odontología-, ambos demandados. La Sala señala, conforme a doctrina reiterada, que en el supuesto enjuiciado se dan las notas características de la relación laboral, por un lado ajeneidad -por cuanto los frutos del trabajo se transfieren "ab initio" al empresario, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios-, por otro lado, los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sin que para ello sea preciso el sometimiento a jornada laboral, aunque se obligan a prestar el servicio durante el horario de apertura al público de la clínica; y por último, la retribución que percibe el odontólogo está en función de un porcentaje pactado sobre la facturación efectivamente cobrada por la clínica a los clientes atendidos, deduciendo de la misma, en su caso, el importe de los materiales, sistema retributivo similar al salario a comisión.

# 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.



2009/283150

TS Sala 1ª, Sentencia 2 diciembre 2009.  
Ponente: D. Francisco Marín Castán

## Rendición de cuentas de administrador acorde con la doctrina sobre los actos propios

El TS declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP que se confirma. Entre los distintos motivos sobre los que se pronuncia el Tribunal considera que la sentencia de instancia que declaró que las cuentas de la administración de los bienes comunes de los litigantes se habían venido rindiendo a lo largo de los años a satisfacción de los demandantes, no infringe la jurisprudencia de esta Sala sobre los actos propios ante la falta de objeción de los demandantes respecto de los rendimientos de la finca facilitados por los codemandados a lo largo de los años y en la que los litigantes estaban de acuerdo en que se practicara de una determinada forma.



2009/251505

TS Sala 2ª, Sentencia 22 octubre 2009.  
Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

## Penalidad en delito de violencia doméstica

El TS estima el recurso de casación del Ministerio Fiscal frente a sentencia que condenó al acusado como autor de un delito de violencia en el ámbito familiar, absolviéndole del delito de violación que asimismo se le imputaba. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que el reproche del recurrente debe ser estimado por sus propios fundamentos, puesto que, en efecto, según dispone el art. 153,2 CP 95, la pena correspondiente a dicho tipo penal es la de 3 meses a 1 año de prisión y pri-

vación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años. Por su parte, el art. 153,3 CP 95 establece que dichas penas se impondrán en su mitad superior en el caso de su aplicación, tal y como hace la sentencia de instancia. En consecuencia, atendiendo a lo dispuesto en el art. 70 CP 95, la pena correspondiente al delito por el que resulta condenado es la de 7 meses y 16 días a un año de prisión, y de 2 años y 1 día a 3 años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Bien es cierto que, la AP, razonándolo en la sentencia, podría haber impuesto la pena inferior en grado, que es la pena que realmente ha impuesto, pero dicha motivación de la pena brilla por su ausencia en este caso. Se dicta segunda sentencia modificando la pena impuesta.

2009/251511

TS Sala 2ª, Sentencia 7 octubre 2009.  
Ponente: D. Juan Saavedra Ruiz

## Inadmisión de legítima defensa en tentativa de homicidio

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa. Sostiene el TS que no es posible admitir la legítima defensa en sus dos versiones completa e incompleta, ya que el uso del machete no fue un acto reflejo porque el mismo se encontraba en la repisa de la chimenea y según la propia versión del acusado cayó al suelo producto de la agresión, luego, lógicamente, tuvo necesidad de incorporarse para llegar al lugar donde se encontraba el machete, por lo que en modo alguno puede afirmarse que actuara para defenderse ni que el medio utilizado fuese proporcional con el golpe recibido.

2009/251506

TS Sala 2ª, Sentencia 9 octubre 2009.  
Ponente: D. Luciano Varela Castro

## Disposición de cuenta corriente de titularidad de la comunidad postganancial

Se desestima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por un delito de estafa. El TS conviene con la sentencia de instancia en que concurre un engaño

al ocultar los acusados que ha desaparecido su título de disposición anterior al fallecimiento de su padre. Y el engaño se integra también, continúa la Sala, porque al ocultar el fallecimiento del titular de la cuenta en que se llevan a cabo los reintegros, esa ocultación lo es también de la nueva titularidad y, con ella, el nuevo régimen de disponibilidad de los fondos. La persona que resulta engañada, es entonces la entidad bancaria que es la misma que realiza los actos de desplazamiento patrimonial causante del correlativo perjuicio de los cotitulares del patrimonio dispuesto.



2009/265771

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 15 octubre 2009.  
Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García

## Inscripción de preparado alimenticio para regímenes dietéticos en el registro sanitario de alimentos

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía frente a la STSJ de Andalucía, Sede de Málaga, que estimando el recurso contencioso anuló la resolución de la Viceconsejería de Salud de la Junta de Andalucía, que confirmó la que denegó la inscripción en el registro sanitario de alimentos como preparado alimenticio para regímenes dietéticos y/o especiales, del producto alimento enriquecido ceregumil memoria con fósforo, ceregumil. La Sala considera que el motivo alegado plantea cuestiones nuevas que deben ser rechazadas en este recurso de casación, puesto que cuanto se refiere a ese exceso de la cantidad diaria recomendada y, por tanto, de la existencia en el producto de principios activos de especialidades farmacéuticas que exceden de esas cantidades significativas, se trata de un asunto que fue ajeno al debate en la instancia, pero es que, además, al cuestionar aquella afirmación de la sentencia antes referida, está descalificando la valoración de la prueba, aunque no lo questione expresamente, que llevó a cabo la Sala de instancia y que a estos efectos resulta intangible en casación.