



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 2885

Madrid, lunes 25 de octubre de 2010



TS CIVIL

2010/113293

TS Sala 1ª, Sentencia 15 junio 2010. Ponente: D. Román García Varela

Al existir previa cesión contractual por el arrendatario fallecido Exclusión de la obligación de comunicación de subrogación al arrendador

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia de apelación que desestimó la demanda por la que el propietario de la vivienda pretende la resolución del contrato de arrendamiento en base a que la hija del arrendatario no le había comunicado su intención de subrogarse en el lugar de su padre fallecido y continuar con el disfrute de la vivienda. El TS comparte el criterio de la AP que consideró acreditado que existió una cesión del contrato del padre en favor de su hija previo al fallecimiento de aquél, que el mismo fue notificado correctamente al arrendador dado que se puso en conocimiento de su administrador que se encargaba de todos los negocios del actor relacionados con el arrendamiento, y que la reacción de la propiedad fue la de aceptar la cesión en los términos en que se produjo, es decir, manteniéndose la convivencia del arrendatario cedente con su hija en la vivienda litigiosa, por lo que no procede estimar la demanda dado que no le era exigible a la arrendataria la obligación de comunicar el fallecimiento del cedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Alfonso, propietario de la vivienda sita en la calle 000 núm. 001, piso núm. 000 de Barcelona, presentó demanda de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda por falta de notificación al arrendador de la subrogación "mortis causa", contra Dª Adelaida. La demandada era hija de D. Salvador -arrendatario de la vivienda anterior y fallecido el 28 de noviembre de 2003- la cual continuaba en el uso y disfrute de la misma sin haber comunicado al arrendador el fallecimiento de su padre. En la demanda negaba que se hubiera producido una subrogación en la posición del arrendatario por parte de su hija, pese a constarle la existencia de un acta de subrogación de arrendamiento de fecha 8 de septiembre de 1993,

por no cumplir tal negocio jurídico los requisitos necesarios a los efectos del artículo 24 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Terminaba, por tanto, solicitando que se declarase resuelto del contrato de arrendamiento por falta de notificación al arrendador de la subrogación "mortis causa".

La demandada opuso que se había producido una cesión en el contrato de arrendamiento por subrogación de la demandada en el lugar de su padre, inicial arrendatario, mediante contrato suscrito el 9 de septiembre de 1993. Argumentaba que tal cesión cumplía todos los requisitos legales necesarios a los efectos del artículo 24 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprue-

ba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Consideraba que la notificación de la cesión al Administrador era válida, como persona encargada por la propiedad para cualesquiera negocios relacionados con el arrendamiento, máxime cuando, tras el fallecimiento del arrendatario, la Administración continuó girando recibos del cobro de la renta a nombre de "Juli Monfort I Subrogada", lo cual implicaba una aceptación tácita de la subrogación. Por todo lo cual, solicitaba la desestimación de la demanda, al entender que, subrogada en la posición de su padre en el contrato por razón de un negocio jurídico "inter vivos", no era necesaria la notificación del fallecimiento de aquél.

La sentencia de primera instancia partió de la premisa de que la cesión del arrendamiento efectuada en 1993 por el padre a la hija cumplía todos los requisitos de convivencia y notificación al arrendador para su efectividad. No obstante, reputaba característica esencial de la cesión la sustitución del arrendatario por el cesionario en el uso, goce y disfrute de la cosa arrendada, colocándose éste en el lugar del primero mediante una novación subjetiva y pasando a aquél la titularidad de los derechos y obligaciones del contrato frente al arrendador, resumiendo que "el efecto esencial o causa objetiva de la cesión o subrogación intervivos a que se refiere el art. 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es la sustitución del arrendatario por el cesionario subrogado en el uso y disfrute de la vivienda arrendada con transmisión a éste de todos los derechos y obligaciones propios de aquél, consumándose cuando se produce la efectiva sustitución". Por ello, el Juzgador "a quo" entendía que no se había producido una verdadera cesión, "faltando la causa objetiva que ampararía el acto o negocio jurídico comunicado a la arrendadora para encubrir o simular una transmisión de la titularidad arrendaticia meramente nominal incompatible con los fines y razón de ser de la figura establecida en el art. 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y que no merece la protección dispensada por la norma", por lo que, no constando la notificación al arrendador por la hija del arrendatario del fallecimiento de éste, estimó la demanda y acordó el desahucio solicitado.

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Apreciación de prescripción de falta sin ofrecer la tutela reforzada exigible **4**

TS

CIVIL

Exclusión de la obligación de comunicación de subrogación al arrendador **1**

Confusión creada por la forma de presentación de productos competidores **3**

PENAL

Inexistente vulneración del principio "non bis in idem" en condena por delitos de amenazas y maltrato en el ámbito familiar **8**

ADMINISTRATIVO

Imputación temporal de la cantidad devuelta por la AEAT como consecuencia de la inconstitucionalidad de la tasa fiscal sobre el juego **10**

SOCIAL

Prescripción del reintegro de prestaciones indebidamente no afectada por caducidad de expediente administrativo **14**

Cobro de fondo de compensación de trabajadores adheridos a convenio extraestatutario **15**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

La Audiencia, si bien compartía los argumentos del Juzgador de primera instancia en lo relativo a la cesión arrendaticia en general, entendía que "la reacción de la propiedad fue la de aceptar la cesión en los términos en que se produjo, es decir, manteniéndose la convivencia del arrendatario cedente con su hija en la vivienda litigiosa (...) las circunstancias puestas de manifiesto muestran que la propiedad aceptó, tras la cesión notificada de forma clara y concluyente, que el cedente permaneciera en la vivienda arrendada, produciéndose efectivamente la cesión notificada", rechazando la demanda al entender que no le era exigible a la arrendataria la obligación de comunicar el fallecimiento del cedente. Por tanto, revocó la sentencia de primera instancia con desestimación de la demanda.

La parte actora/recurrente presentó escrito de interposición del recurso de casación basado en dos motivos, ambos al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el inciso primero del apartado 3 del mismo precepto: el primero, por infracción del artículo 114.5 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con los artículos 23.1, 24 y 25.2 del mismo cuerpo legal, por existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las SSTs de 6 de mayo de 1964, 5 de diciembre de 1964, 21 de marzo de 1962 y 17 de junio de 1964. Cita también varias sentencias de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona que confirmarían la doctrina jurisprudencial contenida en las de esta Sala anteriormente citadas; y el segundo, por infracción de la doctrina de los actos propios contenida en el artículo 7.1 del Código Civil, por existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 10 de junio de 1994, 10 de julio de 1997, 19 de febrero de 2001, 12 de abril de 1993, 13 de abril de 1993 y 30 de octubre de 1995.

SEGUNDO.- Previamente a resolver el recurso así formulado, debe indicarse que la mención a las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona que se hace en el primer motivo en apoyo de la doctrina de esta Sala que se dice infringida no puede tenerse en cuenta, pues, como tiene reiterado esta Sala en numerosos autos de inadmisión de recursos

de casación y desestimatorios de recursos de queja, el interés casacional sólo puede derivarse de la oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no de la doctrina de las Audiencias Provinciales, o por la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, sin que tampoco sirva, a estos efectos, la cita de diversas sentencias de una única Audiencia (AATS de 12 de enero de 2010, 9 de diciembre de 2009 y 9 de junio de 2009, entre otros muchos).

Sentado lo anterior, la cuestión a la que se contrae el primer motivo del recurso (formulado como motivo segundo en el escrito de interposición) es la relativa a si la convivencia en el inmueble alquilado del cedente, inicial arrendatario, con la cesionaria de un contrato de arrendamiento, excluye la cesión o si, por el contrario, la convivencia en el citado inmueble no es sustancial, debiendo reputarse como perfeccionada la cesión con el mero cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 24 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y entender subsistente el contrato sólo respecto del cesionario. La Audiencia Provincial considera que la convivencia del cedente con el cesionario con conocimiento del arrendador no impide que la cesión se haya efectuado, al tratarse de una aceptación por el arrendador de las condiciones de la cesión impuestas por el arrendatario. Por el contrario, el recurrente sostiene que "la convivencia del arrendatario D. Salvador con su hija excluye totalmente que pueda hablarse de cesión al no darse los requisitos exigidos por la jurisprudencia", sin que aceptara el arrendador en modo alguno la cesión del contrato de arrendamiento.

La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 no prevé como necesario que el inicial arrendatario desaloje la vivienda arrendada en beneficio del cesionario para que la subrogación por negocio "inter vivos" tenga eficacia y la convivencia de cedente y cesionario en la vivienda objeto del contrato no desvirtúa la subrogación efectuada, puesto que el cesionario pasa a ocupar el lugar del cedente en su relación arrendaticia con el arrendador, debiendo asumir tanto el pago de la renta como el resto de obligaciones y derechos. La relación arrendaticia no sufre modificación objetiva, sólo subjetiva, debiendo entenderse que el conjunto de dere-

chos y obligaciones del arrendatario se transfieren al cesionario. Así lo tiene declarado esta Sala, por ejemplo, en su sentencia de 5 de diciembre de 1964, una de las citadas por el recurrente ("el contrato de cesión aplicado a arrendamientos urbanos implica transferencia por el arrendatario a un tercero del uso de la cosa operándose en su consecuencia novación subjetiva en el título del derecho con desaparición del cedente en la relación contractual, y sustitución por el cesionario con enlace directo en el arrendador en todos los derechos y obligaciones que del contrato de arrendamiento se deriven"). En el mismo sentido se pronuncian las de 4 de febrero de 1993, 19 de septiembre de 1998 y 7 de octubre de 2002.

Pudiera pensarse que la cesión así realizada, esto es, con convivencia de ambas partes en la vivienda arrendada, pudiera tener una finalidad fraudulenta para eludir las consecuencias de la Ley. Sin embargo, según lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, las consecuencias jurídicas de la cesión o subrogación "inter vivos" son equivalentes a las de la subrogación "mortis causa", a la que, en este caso, también habría tenido derecho la demandada por razón del artículo 58.1 del mismo texto legal, con lo que no puede hablarse entonces de finalidad defraudatoria al convenir la primera cesión. La diferencia radicaría en el distinto momento en el que se produce la novación subjetiva, puesto que en la subrogación "inter vivos", desde su realización, la posición del arrendatario se ve modificada, debiendo entenderse que los derechos y obligaciones derivados del contrato le corresponden al cesionario, mientras que en el caso de la subrogación "mortis causa" dicha novación se produce posteriormente al fallecimiento y tras la comunicación fehaciente al arrendador de que la misma se produce.

A mayor abundamiento, parece lógico que, en los casos de cesión de contrato de arrendamiento derivados de la aplicación del mencionado artículo 24 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, siendo familiares convivientes del cedente los posibles beneficiarios de tal subrogación "inter vivos", se pueda producir una situación de convivencia temporal más o menos dilatada en el tiempo entre el inicial arrendatario y el cesionario del contrato, como mera continuación de tal situación de convivencia familiar.

En resumen, no exigiéndose por la ley, para que exista cesión del contrato en el caso del arrendamiento de vivienda, el requisito de que el cedente deba abandonar la vivienda alquilada, y no siendo incompatible con la naturaleza jurídica de la cesión de contrato, tal como ha sido esta interpretada por esta Sala, dicha convivencia, no puede entenderse que en este caso exista un verdadero interés casacional. Antes al contrario, la sentencia recurrida no infringe la jurisprudencia alegada por el recurrente puesto que, si bien entiende que se ha producido una cesión de contrato, también considera que la convivencia de cedente y cesionario en la vivienda arrendada constituye una particularidad aceptada por el arrendador que no impide la efectividad de la cesión, sin que esta última apreciación de hecho de la sentencia recurrida haya sido combatida por el recurrente por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal adecuada para ello.

Por tanto, el primer motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- En el motivo segundo (tercero del escrito de interposición), el recurrente considera que el Sr. Salvador "fue realizando actos inequívocos y concluyentes en su condición de arrendatario con posterioridad a la pretendida cesión del contrato de arrendamiento a favor de su hija; contestó los requerimientos efectuados, primero para regularizar la renta a través de su abogado, y luego contestó el requerimiento de negación de prórroga obligatoria del contrato remitido por el Letrado que suscribe, y en ambos casos se opuso como es de ver en dichas contestaciones (documentos núm. 5 y documento núm. 15 de los acompañados junto al escrito de demanda), sin que en momento alguno, manifestara que había dejado de ser el arrendatario a favor de su hija, a pesar de existir oportunidad para ello". Argumenta que existiría interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 10 de junio de 1994, 10 de julio de 1997, 19 de febrero de 2001, 12 de abril de 1993, 13 de abril de 1993, y 30 de octubre de 1995, que consagran la doctrina de los actos propios.

El motivo se desestima porque lo que la parte recurrente pretende en realidad es revisar todo el pleito, interpretando la prueba documental en el sentido que le es más favorable a su tesis, obviando la valoración probatoria efectuada por la Sala de Ape-

lación, que ya se ha indicado que concluye que el arrendador consintió la cesión del contrato a la hija del primitivo arrendatario, y pretendiendo sustituir los argumentos de la sentencia recurrida por los suyos propios, como si el recurso de casación fuera una tercera instancia, lo que en modo alguno es.

CUARTO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en el mismo (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Alfonso contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 25 de septiembre de 2007, en el rollo de apelación 821/2006, procedente del juicio ordinario núm. 186/2006 del Juzgado de primera instancia núm. 29 de Barcelona. Condenamos a la parte recurrente al abono de las costas ocasionadas en este recurso de casación. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

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

2010/140015

TS Sala 1ª, Sentencia 25 junio 2010. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Competencia desleal Confusión creada por la forma de presentación de productos competidores

Acuerda el TS estimar el recurso de casación planteado contra la SAP que desestimó la demanda porque no apreciaba la existencia

de acto de confusión -en materia de competencia desleal-, ni siquiera en la modalidad de riesgo de asociación que contempla el art. 6 LCD, ni aprovechamiento de la reputación ajena. Indica la Sala, entre otras consideraciones, que la argumentación de la resolución recurrida no debe compartirse al no estimarse adecuada a las pautas que la doctrina jurisprudencial aplica en la materia y al criterio de la razonabilidad, en relación con las circunstancias concurrentes, con que debe operarse para emitir el juicio de confundibilidad y apreciar el riesgo de asociación. Añade a este respecto que, la utilización en el mercado del signo de la recurrida para identificar los fonogramas de "música caribeña", constituye una forma de presentación del producto que crea confusión en los consumidores con el signo de la recurrente acerca de la procedencia empresarial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso comprendía inicialmente en el aspecto objetivo varias pretensiones y numerosas cuestiones en sede de competencia desleal, en relación con fonogramas recopilatorios de éxitos de música caribeña, si bien el debate ha quedado reducido en casación prácticamente a si hay un acto de confusión (art. 6 LCD) por la indicación en la carátula, junto al signo identificativo del producto comercializado por una empresa, del año correspondiente a las obras musicales, cuya expresión anual forma parte del signo registrado por una empresa de la competencia, que también comercializa fonogramas del mismo tipo de música.

La demanda se dedujo por Vale Music Spain, S.L., que es titular del signo (registrado como marca) Caribe 2001. La demandada Blanco y Negro Music, S.A. que actúa como licenciataria del signo (también registrado como marca) Caribe Mix formuló reconvención.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Barcelona el 23 de mayo de 2005, en los autos de procedimiento ordinario número 317 de 2001, desestima la demanda deducida por Vale Music Spain, S.L. contra Blanco y Negro Music, S.A., y en lo que hace referencia a la reconvención formulada por Blanco y Negro Music, S.A. contra Vale Music Spain, S.L. acuerda decidirla aplicando los criterios contenidos en la Sentencia de 7 de febrero de 2005 dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

La Sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 21 de febrero de 2007, en el Rollo número 854 de 2005, desestima los recursos de apelación planteados respectivamente por Vale Music Spain, S.L. y Blanco y Negro

Music, S.A., sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

Por la entidad mercantil Universal Music Spain, Sociedad Limitada (antes Vale Music Spain, S.L.) se interpuso recurso de casación articulado en tres motivos en los que denuncia infracción por inaplicación del art. 6 de la Ley 3/91, de Competencia Desleal; aplicación indebida (aunque no expresamente) del art. 33.1, b) de la Ley 32/1988 de Marcas; y aplicación indebida del art. 12 de la Ley 3/91, de Competencia Desleal, que fue admitido por Auto de esta Sala de 2 de junio de 2009.

SEGUNDO.- Con carácter previo deben hacerse diversas apreciaciones para centrar el tema a decidir, toda vez que la configuración original del mismo suscitaba numerosas consideraciones, que, en la actual perspectiva procesal carecen de relevancia. Al respecto procede señalar:

A.- La demandante Vale Music Spain, S.L. (actualmente Universas Music Spain, S.L.) demanda, ejercitando acciones de la Ley de Competencia Desleal, como titular del signo (registrado como marca) "Caribe 2001", concedido el 20 de octubre de 2000, en cuanto identifica en el mercado unos fonogramas de música caribeña de temporada.

B.- La demandada Blanco y Negro Music, S.A. actúa en concepto de licenciataria del signo (también registrado como marca) "Caribe Mix", en cuanto a la identificación del producto, similar (tipo de música caribeña de temporada) al de la actora, que comercializa en el mercado, para el mismo sector de consumidores.

C.- La conducta concurrencial que la actora reprocha de ilícita es la utilización por la demandada del signo "Caribe Mix 2001", mediante el que identifica el producto introducido en el mercado a finales de abril o primeros de mayo de 2001 consistente en un fonograma recopilatorio de música caribeña, con lo que se anticipa al proyecto de la actora de lanzar para el año 2001 un fonograma recopilatorio de música pop latina, denominado "Caribe 2001", que es continuación de una serie iniciada en el verano de 2000, en que produjo el fonograma "Caribe 2000"; D.- No forman parte, o quedan excluidas del debate:

a) La legitimación para utilizar los signos "Caribe 2001", por la actora, y "Caribe Mix" por la demandada-reconviniente.

b) La inclusión en el reverso de los fonogramas de Caribe Mix de las expresiones "Las Bombas del Pop Latino" y "Las Bombas del Merengue", que se pretendía por la actora que causaban confusión con la expresión "La Bomba del Verano" del fonograma de la demandante "Caribe 2000".

c) El lanzamiento (al mercado) por la demandada del producto

dos meses antes de lo que es habitual; y,

d) El examen de los ilícitos concurrenciales de los artículos 5, 7, y 11 LCD, quedando reducido el debate a los arts. 6 (actos de confusión) y 12 (explotación de reputación ajena).

E.- El "thema decidendi" básico se centra en determinar si el hecho de que el signo denominativo Caribe Mix incorpore la expresión del año - en el caso 2001- produce confusión con el signo Caribe 2001.

La Sentencia de la Audiencia Provincial, que es la aquí recurrida, desestima la demanda porque no aprecia la existencia de acto de confusión, ni siquiera en la modalidad de riesgo de asociación que contempla el art. 6 LCD, ni aprovechamiento de la reputación ajena. Se apoya básicamente, según dice (fto. tercero "in fine"), en los criterios adoptados en la Sentencia de la propia Sala de 16 de febrero de 2006, Rollo 605 de 2005, (la que precisamente se halla recurrida en casación Rollo de esta Sala número 871 de 2006), que resuelve un conflicto similar entre las mismas partes referido a los fonogramas Caribe 2002 y Caribe Mix 2002, y resalta: las diferencias que en cuanto a los actos de confusión se plantean en sede de derecho de la competencia desleal respecto del derecho marcario; la relatividad en aquél del principio de especialidad; la trascendencia en el caso de elementos externos de la presentación del producto (gráficos, figurativos y cromáticos) suficientemente diferenciadores, a pesar del denominativo Caribe Mix 2001; el hecho de que Caribe 2001 no esté en el mercado cuando se inicia la comercialización del Caribe Mix 2001, sin que obste la previsibilidad del lanzamiento de aquél; que la continuidad anual en la introducción en el mercado de uno y otro producto fomenta, asimismo, que los consumidores se hayan habituado a la coexistencia de ambas prestaciones; y, finalmente, que es usual en el sector la adición, al signo distintivo del fonograma, del año en que el mismo se produce e introduce en el mercado proporcionando así al consumidor, con esta referencia a la anualidad, la información precisa sobre la actualidad o bien la temporalidad de los temas musicales que recopila, lo que determina la conclusión de que su incorporación no lo es con la finalidad distintiva del producto, sino más bien descriptiva del contenido de la prestación.

La argumentación de la resolución recurrida no se comparte porque no se estima adecuada a las pautas que la doctrina jurisprudencial aplica en la materia y al criterio de la razonabilidad, en relación con las circunstancias concurrentes, con que debe operarse para emitir el juicio de confundibilidad y apreciar el riesgo de asociación, en cuyo ámbito cabe una revisión o control mediante el recurso de casación, al valorarse la existencia de situaciones que integran conceptos jurídicos indeterminados.

Examinadas las razones expuestas por ambas partes en los respectivos escritos de recurso de casación y de oposición al mismo se estima que la utilización en el mercado del signo Caribe Mix 2001 para identificar los fonogramas de música caribeña constituye una forma de presentación del producto que crea confusión en los consumidores con el signo Caribe 2001 acerca de la procedencia empresarial -riesgo de asociación de ambas prestaciones-. La adición de la fecha 2001 entrando a formar parte del elemento denominativo de modo unitario -signo compuesto- acentúa notablemente la similitud de unos signos ya de por sí próximos dado el vocablo común -sugestivo- "Caribe", y tanto más si se tiene en cuenta que la palabra Mix, aunque sólo figure en una de las denominaciones, sin embargo como significante -en lengua inglesa- de mezcla concurre en ambos productos, por lo que no particulariza ninguno. En el caso, el elemento denominativo del signo es absolutamente predominante en la forma de presentación y en la perspectiva del origen empresarial ex art. 6, párrafo segundo, LCD, relegando a un papel secundario los elementos cromáticos o figurativos de la carátula. La adición acentúa los aspectos fonético, de impresión visual y conceptual. No obstan las objeciones acerca del carácter descriptivo de la referencia anual, el que sea usual la inclusión en los productos de que se trata y que no quepa monopolizar la utilización dada la finalidad de la indicación, porque no se trata de que la carátula o el soporte del producto no pueda llevar la indicación del año, sino que lo relevante es que no se produzca un riesgo de asociación, por lo que cabe la posibilidad de que se haga constar en forma y lugar que no aproxime el signo al denominativo Caribe 2001. De ahí que la adición del año a otra denominación podría no tener la trascendencia que tiene aquí, y sin que quepa relativizar la similitud, práctica identidad, de productos, pues si durante las temporadas anteriores, los fonogramas venían designados unos con la fecha y otros sin ella, la adición a estos últimos de la fecha es idónea para crear el riesgo de confusión en el consumidor que puede creer que está comprando el producto de la otra empresa. Y ello es tanto más sospechoso si se advierte la anticipación del lanzamiento al mercado (abril-mayo de 2001) del producto Caribe Mix 2001, pues la comercializadora de éste conocía perfectamente la existencia del signo registrado Caribe 2001, y la previsibilidad de salida al mercado del fonograma en el verano, dado que la actora venía comercializando en las anualidades sucesivas desde hacía varias temporadas el signo Caribe registrado con dicho elemento denominativo unido en forma compuesta (y sugestiva) al año correspondiente. Finalmente debe señalarse que si bien la expresión del año no tiene carácter distintivo "por sí mismo", sin embargo su utilización en la forma que se hizo, antes expresada, crea evidente

riesgo de asociación en el sector de consumidores de la música de que se trata, lo que, por lo demás, resulta difícilmente discutible por la parte demandada si se advierte que formuló reconvencción sosteniendo la confusión, y que el signo que defiende no pudo por dicha razón acceder al Registro al ser denegada la registración a título de marca por la OEPM.

Por todo ello se estima el motivo primero del recurso de casación.

TERCERO.- La estimación del motivo primero del recurso -infracción por no aplicación del art. 6 LCD -, hace innecesario el examen del motivo segundo porque la sentencia recurrida no aplica ni es aplicable el art. 33.1.b) de la Ley 32/1988. Y por lo que respecta al motivo tercero, en que se denuncia aplicación indebida del art. 12 de la LCD 3/1991 sobre explotación de reputación ajena, se desestima porque falta la base fáctica adecuada, sin que se haya intentado integrar por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal.

La estimación del motivo implica que debe casarse la sentencia recurrida y revocarse la del Juzgado, y que se haya de asumir la instancia a fin de resolver lo que corresponda en derecho.

Examinadas las pretensiones acumuladas en la demanda resulta procedente acceder a la declaración de que los actos de promoción, comercialización y distribución del producto discográfico Caribe Mix 2001 por parte de Blanco y Negro Music, S.A. son constitutivos de práctica desleal, por lo que procede, asimismo, acordar que la demandada cese de forma inmediata en la práctica de dichos actos de competencia desleal, prohibiéndose su realización en el futuro. Se desestima la indemnización de daños y perjuicios solicitada por falta de prueba adecuada sobre la hipotética ventaja económica obtenida por la demandada o perjuicio sufrido por la actora, sin que quepa diferir el tema para ejecución de sentencia. Se estima en cambio la petición relativa a la publicación de esta Sentencia, que se limitará al resumen suficiente en un diario de ámbito nacional. Es cierto que del texto literal del artículo 18.5 LCD parece deducirse que la condena al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto es un presupuesto insoslayable de la condena a la publicación de la sentencia -dice al efecto el inciso segundo que "el resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia"-, sin embargo no es razonable establecer tal dependencia porque ambos conceptos responden a justificaciones diferentes, y en el caso la estimación de la pretensión de publicidad viene aconsejada por la información a los consumidores de la realidad empresarial y por el derecho de la actora a que esa información tenga lugar en protección de su producto. En tal sentido de justificación S. de 12 de junio de 2007 y sobre la innecesidad

de la condena indemnizatoria SS. de 4 de julio y 1 de diciembre de 2005. Y aunque es criterio dominante que debe concurrir dolo o culpa, en el caso no se suscita problema sobre la existencia de, al menos, la segunda en la demandada, sobre todo si se tiene en cuenta la denegación del registro como marca del signo identificativo del producto objeto de litigio. Por último, la solicitud de comunicación de la Sentencia condenatoria a los distribuidores de fonogramas de Blanco y Negro se desestima por la dificultad y falta de utilidad de la diligencia pedida, sin que se produzca afectación alguna para la actora porque dada la finalidad pretendida de que "queden rectificadas las informaciones engañosas", la misma resulta satisfecha suficientemente con la publicación en el diario.

CUARTO.- Por lo que respecta a las costas no se hace especial imposición de las de primera instancia por aplicación del art. 394.2, párrafo primero, LEC, y de las de apelación y casación, por aplicación del art. 398.2 LEC.

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

FALLO

Primero.- Que estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Universal Music Spain, Sociedad Limitada (antes Vale Music Spain, S.L.) contra la Sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 21 de febrero de 2007, en el Rollo número 854 de 2005, la cual casamos en el sentido de estimar la demanda de dicha entidad en los términos que se dirán.

Segundo.- Revocamos en la misma medida anterior la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Barcelona el 23 de mayo de 2005, en los autos de procedimiento ordinario número 317 de 2001.

Tercero.- Estimamos parcialmente la demanda de Vale Music Spain, S.L. (actualmente Universal Music Spain, S.L.), y acordamos:

A. Declarar que los actos de promoción, comercialización y distribución del producto discográfico Caribe Mix 2001 por parte de Blanco y Negro Music, S.A. son constitutivos de práctica desleal;

B. Ordenar a la demandada que cese de forma inmediata en la práctica de dichos actos de competencia desleal;

C. Prohibir la realización de dichos actos en el futuro; y

D. La publicación de resumen suficientemente informativo de esta Sentencia en un periódico de ámbito nacional a costa de la demandada.

Cuarto.- Se desestima en el resto la demanda, y se mantiene en todo lo demás la sentencia recurrida.

Quinto.- No se hace especial imposición de costas ni por la instancia ni en este recurso de casación.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

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

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, 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.



TC Sala 2ª, Sentencia 19 julio 2010. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas

Apreciación de prescripción de falta sin ofrecer la tutela reforzada exigible

Se impugna la sentencia que condenó al recurrente en amparo como autor de una falta de imprudencia médica de carácter leve con el resultado de lesiones y secuelas constitutivas de delito. El TC estima lesionado el derecho a la legalidad penal y a la tutela judicial efectiva, al haber desestimado el órgano judicial la prescripción de la falta por la que ha-

bía sido condenado en función de una interpretación del art. 132,2 CP que no resulta coherente con el canon constitucional exigible en toda decisión judicial acerca de si los hechos denunciados están prescritos o no, al oponerse al fundamento material de dicho instituto, ignorar la ratio que lo inspira y no resultar, por ello, coherente con el logro de los fines que con él se persiguen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de la Sentencia de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de junio de 2006, que confirmó en apelación la Sentencia núm. 1409/2005, de 18 de octubre, del Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid, por la que se condenó al recurrente en amparo como autor de una falta de imprudencia médica de carácter leve con el resultado de lesiones y secuelas constitutivas de delito (art. 621.3 del Código penal, en adelante CP). El demandante sostiene, en primer término, que la Sentencia recurrida infringe los arts. 24 y 25 CE, al no haber apreciado la prescripción de la falta por la que ha sido condenado, pues cuando se presentó la querrela por los hechos enjuiciados ya había transcurrido con creces el plazo de seis meses que para la prescripción de las faltas establece el art. 131.2 CP, cuyo cómputo ha de iniciarse desde el día en que se ha cometido la infracción punible (art. 132 CP). También considera que ha sido vulnerado su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), ya que no se ha valorado de una forma correcta la prueba practicada y se ha errado en la tipificación de los hechos, fijándose una indemnización a favor de la víctima que considera excesiva.

El Ministerio Fiscal se pronuncia a favor de la estimación del recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al no haber apreciado la Audiencia Provincial la prescripción de la falta por la que ha sido condenado el demandante. Argumenta al respecto, en síntesis, que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, cuando el hecho delictivo es constitutivo de una falta el procedimiento ha de iniciarse dentro de plazo de seis meses que para la prescripción de las faltas establece el art. 131.2 CP, con independencia del título de imputación durante el procedimiento. Por el contrario, descarta la denunciada lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al haber existido suficiente prueba de cargo valorada de forma razonada, así como las quejas relativas a la supuesta irrazonabilidad de la indemnización fijada y a la incorrecta subsunción jurídica de los hechos. La representación procesal de D^a Rosa se opone a la estimación de la de-

manda de amparo. Rechaza la prescripción de la falta por la que ha sido condenado el recurrente, ya que los hechos fueron investigados y enjuiciados como delito y no como falta, por lo que el plazo de prescripción aplicable es el de los delitos menos graves y no el de las faltas. Asimismo, considera que no ha resultado vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), puesto que la condena se ha fundado en una racional, motivada y coherente valoración de la prueba practicada.

SEGUNDO.- Delimitadas en los términos expuestos las cuestiones planteadas en el presente proceso de amparo, nuestro enjuiciamiento ha de comenzar, en virtud del diferente efecto y alcance que tendría la eventual estimación de las vulneraciones constitucionales aducidas, por la denunciada infracción de los arts. 24 y 25 CE, por no haber apreciado la Audiencia Provincial la prescripción de la falta por la que ha sido condenado el demandante de amparo, dado que, como consecuencia de su supuesta estimación, resultaría en principio innecesario un pronunciamiento de este Tribunal sobre las otras lesiones alegadas (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2). Procede, pues, recordar, siquiera brevemente, la doctrina constitucional sentada por este Tribunal acerca del alcance del control externo que podemos ejercer sobre las resoluciones judiciales dictadas en materia de prescripción penal.

a) De acuerdo la mencionada doctrina constitucional, la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional, lo que no significa, sin embargo, que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en el proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo, sino que, por el contrario, la aplicación de dicho instituto en el caso concreto puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo.

Y ello porque la "prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadimos que dicho instituto 'en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica', si bien, por tratarse de una situación de libre configuración

legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores..., ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar -delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo- afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados" (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2, y resoluciones en ellas citadas).

b) Por lo que se refiere a la determinación del canon aplicable para proceder, en su caso, a la revisión de una decisión judicial apreciando o negando la existencia de prescripción, hemos declarado que es el propio del art. 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución que sea razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurra en error patente.

Ahora bien, dada la trascendencia de los valores constitucionales en juego en la aplicación del Derecho penal, hemos señalado que el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, por tratarse de supuestos en los que están en juego otros derechos fundamentales, ya que, en efecto, no puede desconocerse que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una Sentencia condenatoria que, por su propio contenido, supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, pues descarta que concorra uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo. La trascendencia de aquellos valores en juego exige, en este ámbito, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución.

Por lo tanto, la decisión, por la que se desestima una pretensión de prescripción de una infracción penal no puede, pues, limitarse a una simple verificación o cómputo del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en cuestión, ni a un mero cotejo de ese lapso temporal con el plazo de prescripción legalmente establecido, sino que, al afectar a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca la causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener

un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a la institución -que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanas-, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas. De manera que no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica que sea respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 8; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2; 129/2008, de 27 de octubre, FJ 8).

c) En relación con los fines de la institución, este Tribunal tiene declarado que lo que el establecimiento de un plazo temporal para que el Estado pueda proceder a perseguir las infracciones penales persigue a su vez es que no se produzca una latencia sine die de la amenaza penal que genere inseguridad en los ciudadanos respecto del calendario de exigencia de responsabilidad por hechos cometidos en un pasado más o menos remoto; o, dicho con otras palabras, el plazo de prescripción toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal.

De manera que lo que la existencia de la prescripción penal supone es que la infracción penal tiene un plazo de vida, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión. Pero también obedece a la esencia de la propia amenaza penal, que requiere ser actuada de forma seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención general y de prevención especial que se le atribuyen.

Para lograr esa inmediatez no basta con la prohibición de dilaciones indebidas en el procedimiento sino que el legislador penal ha acudido a un instrumento más conminatorio, por el que se construye a los órganos judiciales a iniciar el procedimiento dentro del término previa y legalmente acotado o a olvidarlo para siempre. Los plazos de prescripción responden pues, esencialmente, a un deseo de aproximación del momento de la comisión de la infracción penal al momento de imposición de la pena legalmente prevista, dado que sólo así pueden satisfacerse adecuadamente y eficazmente las finalidades antes mencionadas. Ni que decir tiene que ese deseo conlleva una incitación a los órganos judiciales y a los acusadores públicos y privados a actuar diligentemente a fin de no demorar el inicio de la persecución penal. La diligencia del Juez y de la parte acusadora también es, por con-

siguiente, una de las finalidades que con carácter inmediato persigue la prescripción penal, en el entendimiento de que toda negligencia de uno y otra conduce a favorecer al supuesto delincuente con la eventual impunidad de su conducta (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 4; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2).

TERCERO.- A la luz de la doctrina constitucional expuesta ha de ser examinada la queja del recurrente en amparo. Según resulta del examen de las actuaciones, la representación procesal de D^a Rosa, quien comparece como demanda en este proceso de amparo, interpuso en fecha 1 de marzo de 2002 querrela contra el recurrente en amparo por presunto delito de lesiones por imprudencia grave profesional (art. 152.1.2 o, alternativamente, art. 125.1.3, CP). En el escrito de querrela se especificaba que los hechos causantes de las lesiones sufridas, producto de una intervención quirúrgica realizada por el acusado a la víctima, se produjeron el día 3 de julio de 2000.

El Juzgado de Instrucción núm. 11 de Madrid por Auto de 5 de marzo de 2002, al poder constituir los hechos objeto de la querrela una infracción penal, acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 789.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), instruir diligencias previas y practicar las necesarias a fin de determinar la naturaleza y las circunstancias de tales hechos, así como las personas que en ellos habían intervenido.

Por posterior Auto de 15 de abril de 2002, el Juzgado, al poder ser los hechos denunciados constitutivos de un delito de imprudencia médica, admitió a trámite la querrela. Practicadas las diligencias estimadas necesarias, el Juzgado, por Auto de 22 de julio de 2003, al poder ser los hechos denunciados constitutivos de un delito de lesiones por imprudencia, comprendido en los arts. 14 y 779.1.4 LECrim, acordó continuar la tramitación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado, dando traslado al Ministerio Fiscal y a la acusación particular, a fin de que, en el plazo de diez días, pudieran formular escrito de acusación solicitando la apertura de juicio oral o instar el sobreseimiento de la causa.

La acusación particular presentó escrito de acusación calificando los hechos como constitutivos de un concurso ideal de delitos entre un delito de menoscabo en la integridad corporal y en la salud física (art. 147.1, en relación con el art. 152.1.1, CP), un delito de lesiones con resultado de deformidad (art. 150, en relación con el art. 152.1.3, CP) y un delito de intrusismo (art. 403.1 CP), solicitando las penas de dos años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión por cuatro años, así como la condena en costas y una indemnización de 120.202 Eur.

En el acto del juicio elevó estas conclusiones a definitivas. Por su parte el Ministerio Fiscal presentó escrito de acusación considerando los hechos constitutivos de una falta de lesiones y no de un delito.

En el acto del juicio los calificó como constitutivos de una falta de imprudencia del art. 621.3 CP, interesando la pena de multa de veinte días a razón de 12 Eur. de cuota diaria y una indemnización para la querrelante de 12000 Eur.

El Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid dictó la Sentencia núm. 409/2005, de 18 de octubre, en la que calificó los hechos imputados al recurrente en amparo como constitutivos de una falta de imprudencia leve causante de lesión constitutiva de delito (art. 621.3 CP), condenándole a la pena de treinta días de multa a razón de 12 Eur. de cuota diaria con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas, así como a indemnizar a D^a Rosa en 24.000 Eur. por daño moral, en 3000 Eur. por secuelas y en la cantidad que se fije en ejecución de Sentencia por los gastos que originen las futuras intervenciones quirúrgicas y demás gastos o perjuicios.

El demandante de amparo interpuso recurso de apelación contra la anterior Sentencia, en el que, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, alegó, entre otros motivos, la infracción del art. 131.2 CP por prescripción manifiesta de la falta a la que había sido condenado. La Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia en fecha 29 de junio de 2006, en la que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente en amparo y confirmó la Sentencia de instancia.

La Sala rechazó la denunciada prescripción de la falta por el transcurso de casi dos años desde la comisión de los hechos -3 de julio de 2000- hasta la presentación de la querrela -15 de marzo de 2002-, porque "el procedimiento se ha seguido por delito, enjuiciándose conforme a la petición que por delito realizaban tanto la Acusación Particular como el Ministerio Fiscal, siendo posteriormente en el acto del plenario, en el momento de elevar las conclusiones a definitivas, cuando las mismas son modificadas con la calificación de falta de imprudencia del artículo 621.3 por parte del Ministerio Público, siendo incuestionable que el cómputo de los plazos para estimar la concurrencia de la prescripción ha de realizarse en relación con el delito inicialmente imputado, ya que dicho delito es el que da lugar al proceso ha sido considerado desde el comienzo como supuesto hecho delictivo y no una simple falta (STS de 17 de octubre de 1997)" (fundamento de Derecho primero).

CUARTO.- Dos elementos fácticos han de destacarse del precedente relato de las actuaciones judiciales. De una parte, como se afirma expresamente en la Sentencia de apelación, que entre la fecha de comisión de los hechos constitutivos de infracción penal -3 de julio de 2000- y la presentación de la querrela por la acusación particular -1 de marzo de 2002- y su admisión a trámite -15 de abril de 2002- habían transcurrido casi dos años, o, con otras palabras, se había sobrepasado con creces el plazo de seis meses que para la prescripción de las faltas establece el art. 131.2 CP.

De otra parte, que la causa se tramitó por el procedimiento abreviado para delitos (libro IV, título II LECrim), aunque el demandante de amparo fuese finalmente condenado como autor de una falta prevista y tipificada en el art. 621.3 CP.

La Audiencia Provincial incurre en el razonamiento que dedica a la prescripción alegada por el demandante de amparo en un error material, al considerar que el Ministerio Fiscal había calificado inicialmente los hechos como constitutivos de delito y que fue en el acto del plenario, al elevar sus conclusiones a definitivas, cuando los calificó como constitutivos de una falta de imprudencia del art. 621.3 CP, pues consta en las actuaciones, y así se recoge en la Sentencia del Juzgado de lo Penal, que el Ministerio Fiscal ya en el escrito de acusación calificó los hechos imputados al recurrente como constitutivos de una falta.

Sin embargo, a este error no puede conferírsele trascendencia constitucional alguna, ya que no constituye la ratio decidendi de la desestimación de la prescripción de la falta por la que ha sido condenado el recurrente. La decisión de la Audiencia Provincial se funda en la consideración de que al haberse imputado al demandante de amparo un delito y seguirse la causa por el procedimiento para los delitos el plazo de prescripción es el correspondiente al delito inicialmente imputado, aunque los hechos hayan sido finalmente considerados y penado por los órganos judiciales como constitutivos de una falta.

En apoyo de este razonamiento cita la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1997. Ahora bien, no sólo son distintos los supuestos objeto de la Sentencia recurrida en amparo y de la Sentencia del Tribunal Supremo que se cita en ésta, como permite apreciar su lectura, pues en aquélla el motivo de casación basado en la prescripción de la falta devino superfluo, sino que además y principalmente ha de señalarse que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo viene manteniendo sobre la prescripción de las faltas cuando se persiguen en un procedimiento por delito una doctrina consolidada, radicalmente dis-

tinta a la reflejada en la Sentencia impugnada en amparo.

En efecto, en supuestos como el que nos ocupa -plazo de prescripción desde la fecha de comisión de la infracción hasta que se dirige el procedimiento contra el culpable-, el Tribunal Supremo viene manteniendo que las faltas prescriben a los seis meses, plazo que establece el art. 131.2 CP, sin que a ello sea óbice la presentación posterior de una querrela por supuesto delito o la deducción de posterior testimonio, pues si la falta prescribió por el transcurso de seis meses desde su comisión sin que se hubiese iniciado procedimiento alguno contra sus autores, la formulación ulterior de una querrela o la deducción de un testimonio calificándolo como delito no puede revivir una responsabilidad penal que ya se ha extinguido por imperativo legal, de modo que si la Sentencia definitiva declara el hecho falta habrá que considerarlo prescrito por estarlo ya cuando el procedimiento se inició (STS 1444/2003, de 6 de noviembre, con cita de las SSTS 1181/1987, de 3 de octubre, y 879/2002, de 17 de mayo).

En el mismo sentido, SSTS 1384/1999, de 8 de octubre; 505/2005, de 14 de abril; 592/2006, de 28 de abril; 311/2007, de 20 de abril, por todas).

Es evidente, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto, la falta de acomodación de la Sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el plazo de prescripción de las faltas cuya prosecución se lleva a cabo por el procedimiento para los delitos, pues en este caso la prescripción se denunciaba por haber transcurrido el plazo de prescripción legalmente establecido desde la comisión de la infracción hasta que el procedimiento se dirigió contra el demandante de amparo, esto es, por no haberse iniciado el procedimiento antes de que hubiese transcurrido el plazo legalmente establecido de prescripción de la falta, de modo que, de conformidad con referida jurisprudencia, la falta habría de considerarse prescrita por el transcurso del plazo de prescripción de seis meses que establece el art. 131.2 CP. La Audiencia Provincial incurre en el error de aplicar al caso enjuiciado la doctrina del Tribunal Supremo para el supuesto del cómputo de la prescripción por paralización del procedimiento cuando éste se ha iniciado antes de que hubiera transcurrido el plazo de prescripción de la falta, en el que, a tenor de dicha doctrina, ha de estarse al título de imputación.

No obstante, la evidente falta de adecuación de la Sentencia de la Audiencia Provincial a la doctrina del Tribunal Supremo no es por sí misma motivo suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo, de acuerdo con el canon de constitucionalidad aplicable a las

decisiones judiciales sobre prescripción penal anteriormente determinado.

QUINTO.- La Audiencia Provincial desestima la denunciada prescripción de la falta a la que ha sido condenado el recurrente en amparo, que ésta fundó en el transcurso del plazo de prescripción de seis meses que para faltas establece el art. 131.2 CP desde la comisión de la infracción penal hasta que el procedimiento se dirigió contra él (art. 132 CP), al considerar que al haberse seguido la falta por el procedimiento previsto para los delitos debía de estarse al plazo de prescripción del delito inicialmente imputado.

Desde la perspectiva que nos es propia, ciñendo nuestras consideraciones exclusivamente al concreto caso suscitado en la vía judicial previa, esto es, la posible prescripción de una falta cuando su persecución se realiza en un procedimiento por delito por el transcurso del plazo de prescripción legalmente establecido desde la fecha de comisión de la infracción penal hasta que el procedimiento se dirige contra el culpable, esto es, por la no iniciación del procedimiento penal antes de que hubiera transcurrido el plazo legalmente establecido para la prescripción de la falta, ha de señalarse que el criterio interpretativo mantenido por la Audiencia Provincial no se compadece, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 2, con la esencia y fundamento de la prescripción, ni satisface la exigencia constitucional de que toda decisión judicial adoptada en esta materia manifieste un nexo de coherencia con la norma que le sirve de fundamento y con los fines que justifican la existencia de esa causa extintiva de la responsabilidad penal.

El referido criterio interpretativo convierte en ilusorias las previsiones del art. 131.2 CP, que dispone que “las faltas prescriben a los seis meses”, y del art. 132 CP que establece, a los efectos que ahora interesan, que dicho término se computará “desde que se haya comedido la infracción punible”, y que “la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”.

Aunque no puede ser calificado como arbitrario, dicho criterio excede del propio tenor literal de aquellos preceptos, que en modo alguno condicionan el plazo de prescripción de las faltas y su cómputo al procedimiento que se hubiera seguido para su enjuiciamiento.

La interpretación judicial plasmada en la Sentencia recurrida excede del más directo significado gramatical del tenor de los preceptos legales en este caso concernidos. Se trata además de un criterio interpretativo que no resulta coherente con los fi-

nes que justifican la existencia de la prescripción. Hemos declarado en resoluciones anteriores que el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece a la voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la acción penal de denunciantes y querrelados (configuración procesal de la prescripción), sino a la voluntad inequívocamente expresada por el legislador penal de limitar temporalmente el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado en atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (configuración material de la prescripción) (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 6; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12).

Si el fin o fundamento de la prescripción en materia punitiva reside en la “autolimitación del Estado en la persecución de los delitos o faltas”, o, en otras palabras, si constituye “una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi”, que tiene como efecto no la prescripción de la acción penal para perseguir la infracción punitiva, sino la de esta misma, lógicamente, en supuestos como el que ahora nos ocupa, la determinación de las previsiones legales aplicables sobre la prescripción han de ser las correspondientes no al título de imputación, esto es, a la infracción penal que se imputa al acusado, inicialmente o a lo largo del procedimiento, sino a la infracción de la que resulta penalmente responsable, es decir, la infracción penal que hubiera cometido y por la que habría de ser condenado de no concurrir la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal.

De lo contrario, se haría recaer y soportar sobre la persona sometida a un proceso penal los plazos de prescripción correspondientes a una infracción penal que no habría cometido y de la que, por lo tanto, tampoco habría de ser responsable.

La interpretación de la normativa reguladora de la prescripción efectuada por la Audiencia Provincial no resulta por tanto coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena. Tampoco puede considerarse razonable una interpretación como la mantenida en la Sentencia de apelación que viene a dejar en última instancia la determinación de los plazos de prescripción en manos de los denunciantes o querrelantes.

En efecto, como señala el Ministerio Fiscal, la argumentación en la que la Audiencia Provincial funda la desestimación de la prescripción en este caso permite que por la mera circunstancia de que los denunciantes o querrelantes califican los hechos objeto de denuncia o

querrela como constitutivos de una infracción penal de mayor gravedad que la que realmente constituyen son de aplicación unos plazos de prescripción que permiten la iniciación y prosecución del proceso cuando los hechos ya están prescritos, otorgando de este modo a los denunciantes y querrelantes la virtualidad de formular de forma extemporánea sus pretensiones punitivas, obviando, en contra del inculpaado, los plazos de prescripción legalmente establecidos.

La falta de coherencia de la situación a la que conduce el razonamiento de la Sentencia de apelación con los fines o fundamentos de la prescripción penal resulta en este extremo evidente a la vista de nuestra doctrina, según la cual los “plazos de prescripción de los delitos y de las penas son -como en forma unánime y constante admite la jurisprudencia- una cuestión de orden público, no estando por consiguiente a disposición de las partes acusadoras para que sean éstas quienes los modulen” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 10), resultando, por lo tanto, indisponibles para las partes actuantes en el procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe, como ya hemos tenido ocasión de señalar, no es la acción penal para perseguir la infracción, sino esta misma. Además no resulta una interpretación constitucionalmente admisible en cuanto es una interpretación restrictiva contra reo carente del necesario rigor en relación con el tenor literal de la norma que le sirve de fundamento y con los fines de la prescripción.

En este sentido, en modo alguno resulta ocioso recordar que este Tribunal tiene declarado que por estar en juego el principio de legalidad por imposición de la propia Constitución (art. 25.1 CE), “resulta patente que los términos en que el instituto de la prescripción... venga regulado han de ser interpretados con particular rigor en tanto que perjudiquen al reo”, “sin posibilidad de interpretaciones in malam parte” de la normativa reguladora de la prescripción (art. 25.1 CE), “que está al servicio de la seguridad jurídica de los imputados y que implica... una limitación al ejercicio del ius puniendi del Estado como consecuencia de la renuncia del mismo” (STC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12).

Con base en las precedentes consideraciones hemos de concluir que la interpretación realizada por la Audiencia Provincial de la norma contenida en el art. 132.2 CP no satisface el canon de motivación reforzada exigible en toda decisión judicial acerca de si los hechos denunciados están prescritos o no, al oponerse al fundamento material de dicho instituto, ignorar la ratio que lo inspira y no resultar, por ello, coherente con el logro de los fines que con él se persiguen.

La Sentencia recurrida, por lo tanto, ha vulnerado el derecho del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al haber desestimado su pretensión de que la falta por la que fue condenado se encontraba ya prescrita en función de una interpretación del mencionado precepto legal que no resulta coherente con el canon constitucional aplicable.

SEXTO.- La estimación de la denunciada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), nos ha de llevar necesariamente en este caso a considerar también vulnerado el art. 25.1 CE, al no haber apreciado los órganos judiciales la prescripción de la falta por la que el demandante de amparo ha sido condenado, por lo que el restablecimiento en la integridad de sus derechos requiere la declaración de nulidad no sólo de la Sentencia de la Audiencia Provincial, sino también la del Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid, que le condenó como autor de una falta de imprudencia médica de carácter leve (art. 621.3 CP), sin que para ello sea óbice que la demanda de amparo no se haya dirigido formalmente contra esta Sentencia, pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, ha de entenderse impugnada esta última resolución judicial en cuanto ha sido lógica y cronológicamente presupuesto de la Sentencia de apelación (por todas, STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 1) y a ella es imputable en su origen la lesión del derecho fundamental invocado en la demanda por haber sido condenado el recurrente como autor de una falta prescrita.

FALLO

Otorgar el amparo solicitado por D. Javier y, en consecuencia:

1º Declarar vulnerados los derechos del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva, sin indefensión (art. 24.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

2º Restablecerle en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de junio de 2006, recaída en el recurso de apelación núm. 77-2006, así como la de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid núm. 409/2005, de 18 de octubre, dictada en autos de procedimiento abreviado núm. 48-2005 por delito de imprudencia profesional. Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Así por este nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.



2010/84226

TS Sala 2ª, Sentencia 17 mayo 2010. Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

Inexistente vulneración del principio "non bis in idem" en condena por delitos de amenazas y maltrato en el ámbito familiar

Se desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de maltrato familiar, maltrato habitual, amenazas y falta de vejaciones injustas. Subraya el Alto Tribunal que los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. El bien jurídico protegido no es propiamente la integridad física de los agredidos, pues si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y, además, la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio "non bis in idem".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo se articula al amparo del art. 852 de la LECr. y 5.º LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

1. El recurrente entiende que la declaración de la denunciante y el parte médico-forense no reúne los requisitos jurisprudencialmente exigidos para vencer la presunción de inocencia. Para él la declaración de la víctima es imprecisa, ilógica e inverosímil, por lo que, en aplicación del principio in dubio pro reo, debe dictarse una sentencia absolutoria.

2. El motivo esgrimido viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen (STS de 12-2-92); o como ha declarado el TC (Sª 44/89, de 20 de febrero) "por faltar una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales". De modo que una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador (SSTS de 21-6-98 y de 9-4-03), conforme al art. 741 de la LECr., no correspondiendo al Tribunal de Casación revisar la valoración efectua-

da en la instancia en conciencia (STC 126/86, de 22 de octubre). Como señala la STS núm. 987/2003, de siete de julio, "la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

- Una prueba de cargo suficiente.
- Constitucionalmente obtenida.
- Legalmente practicada.
- Racionalmente valorada.

Pero ello no supone suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas con intermediación, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los propios imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración ponderada y directa del Tribunal sentenciador".

Por lo que se refiere a la declaración de la víctima, debe recordarse, como hace la STS núm. 409/2004, de 24 de marzo, la oportuna reflexión de esta Sala (SSTS de 24 de noviembre de 1987, núm. 104/02, de 29 de enero y 2035/02, de 4 de diciembre) de que nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpa-do, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad. Por ello es doctrina reiterada

la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia (SSTS 434/99, 486/99, 862/2000, 104/2002, 470/2003, entre otras; así como del Tribunal Constitucional, SSTC 201/89, 160/90, 229/91, 64/94, 16/2000, entre otras muchas), siempre que se den una serie de requisitos apuntados, sin ánimo exhaustivo, por la jurisprudencia, tales como: La ausencia de incredulidad subjetiva; la verosimilitud; la persistencia y firmeza del testimonio; y las corroboraciones objetivas. 3. El Tribunal de instancia, en su fundamento jurídico primero, destaca que para lograr tal convicción contó con fuentes de prueba, directas y ajustadas a Derecho, de las que se sigue la realidad de los hechos que sustentan la condena del acusado. Así recoge que declaró en el acto del juicio la víctima, cuya declaración se ha venido manteniendo en el tiempo de manera persistente y coherente; a ello se debe de unir el parte médico y el informe del médico forense (folio 118), que corroboran la versión de la víctima, y los que claramente reflejan menoscabos físicos absolutamente compatibles con la dinámica comisiva relatada por la víctima en su día -"hematoma en cara interna del antebrazo izquierdo (mordisco)", y "tumefacción hemifacial izquierda (presión de la cabeza contra el cristal del vehículo)"-, lo que permite concluir, sin esfuerzo, que el acusado causó esos menoscabos físicos de forma deliberada a su ex pareja; por último, también se debe de mencionar la ausencia de un móvil de odio o resentimiento en la víctima que le lleve a denunciar algo que no ocurrió, pues aunque el acusado aluda a que actúa por represalias, nada al respecto ha quedado probado. Y en cuanto a los hechos constitutivos del maltrato habitual, sigue señalando el Tribunal a quo que la existencia y habitualidad de esos actos de violencia física y psíquica han quedado suficientemente acreditados, "ante todo, por la declaración en juicio de la propia víctima del maltrato; cuyo testimonio merece a esta Sala crédito por encima de cualquier duda razonable, en virtud de las consideraciones de crítica probatoria que detalladamente exponemos a continuación:

1.- La credibilidad subjetiva de la Sra. Debora, en el sentido de ausencia de motivaciones espurias o de propósito vindicativo de exagerar la gravedad de los hechos, a la que ya se ha hecho alusión. Por el contrario el acusado, según los informes sociales y psicológicos elaborados por el Instituto de Medicina Legal, es una persona manipuladora y que recurre al engaño.

2.- En cuanto a las corroboraciones objetivas del testimonio inculpatario de la víctima, debe tenerse en cuenta que existen cuando menos tres episodios concretos de agresión física constatados: el ya enunciado, constituido por la condena en senten-

cia de fecha 26 de mayo de 2008, y los que son origen de la presente causa, ocurridos el 10 de septiembre de 2008. La existencia indubitada de esos tres actos de violencia corporal en un periodo relativamente tan corto no puede sino arrojar una luz desfavorable sobre el carácter de la relación y sobre el comportamiento en ella del acusado, contribuyendo así a dotar de credibilidad objetiva el relato de la víctima.

3.- La persistencia en su testimonio, el que ha venido manteniendo invariable a lo largo del tiempo. El resultado del juicio comparativo de credibilidad que hemos expuesto pormenorizadamente, entre las declaraciones de la víctima y el acusado, debe ser concluir que no existe el menor fundamento objetivo y razonable para poner en duda la fuerza de convicción del testimonio de cargo de la víctima; por lo que su contenido ha de integrar la resultancia fáctica como expresión de la convicción racional de este Tribunal, determinando la procedencia de un pronunciamiento condenatorio también por el delito de maltrato habitual objeto de acusación.

4.- Y por último, los informes sociales y psicológicos elaborados por el Instituto de Medicina Legal, que ponen de manifiesto que la víctima presenta indicadores sociales compatibles con la llamada violencia de género".

Y, ciertamente, el examen de las actuaciones revela la existencia del parte médico y del informe médico forense y de los informes sociales y psicológicos que fueron tenidos por reproducidos en el plenario, sin impugnación alguna de parte. El recurrente pretende sustituir toda la valoración conjunta de la prueba, con una pequeña contradicción puntual que ha encontrado entre todas las declaraciones de la Sra. Debora, que no afecta al núcleo de la litis, y que la Sala de instancia, en el ejercicio de las facultades valorativas que legalmente le corresponden, nula importancia ha concedido. Por ello, por lo que a estos elementos probatorios respecta, la sentencia impugnada se fundamenta en una prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada, sin que corresponda a este Tribunal en casación revisar la credibilidad de testimonios que no ha presenciado.

4. Sobre el principio pro reo también invocado, simplemente hay que decir, como ha repetido esta Sala (Cfr. STS de 23-2-2005, núm. 231/2005), que se trata simplemente de un principio jurisprudencial directamente relacionado con la valoración de las pruebas, que únicamente puede ser introducido en el trámite casacional cuando el Tribunal sentenciador haya expresado sus dudas sobre lo realmente acaecido, dentro del ámbito del hecho enjuiciado y sobre extremos jurídicamente rele-

vantes del mismo, y, ello no obstante, haya pronunciado una sentencia de condena; supuesto no contemplado en el presente caso, en el que el Tribunal de instancia no ha expresado duda alguna sobre ninguno de los extremos fácticos que configuran el hecho de autos. Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El segundo motivo se configura, por infracción de ley, al amparo del art. 849,1º LECr. por aplicación indebida del art. 153.1 y 3 CP.

1. El recurrente renunciando al desarrollo del motivo, reproduce cuantas manifestaciones efectuó con relación al motivo anterior.

2. Dados los hechos declarados probados, que permanecen inalterados por la desestimación del motivo primero, resulta evidente la correcta aplicación del art. 153.1 y 3 CP. El acusado es marido de la víctima. Fue condenado a no aproximarse a su esposa a menos de 1.000 metros. La pena estaba en vigor. El 9-9-2008 le golpeó en la cara y le presionó la cabeza contra el cristal del automóvil, y a consecuencia de ello la esposa sufrió las lesiones probadas que se describen en la narración fáctica. Se dan, por tanto, el acometimiento, la relación de pareja y el quebrantamiento de pena, que integran el tipo penal en el que se han subsumido los hechos. El motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El tercer motivo se articula por infracción de ley, al amparo del art. 849,1º LECr. por aplicación indebida del art. 171.4 y 5 CP.

1. El recurrente insiste en que no se ha desvirtuado el principio de presunción de inocencia en relación las amenazas por las que ha sido condenado; y subsidiariamente considera que las amenazas (constituídas por la expresión *te voy a matar*), estarían integradas en la situación de clima de dominación o terror que constituye elemento del tipo descrito en el art. 173 CP, por el que también ha sido condenado, por lo que con ello se vulnera el principio *“non bis in idem”*.

2. Pues bien, por lo que se refiere al primer aspecto del motivo, no puede ser acogido porque, como ya vimos, el Tribunal de instancia valoró las declaraciones de la esposa del acusado, concluyendo que no existía ningún elemento que le permitiera dudar de la veracidad de cuanto expuso. En lo que atañe al segundo aspecto, el art. 173.2, inciso último, precisa que las penas previstas son *“sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”*. Y en consonancia con ello, la jurisprudencia de esta Sala ha venido a considerar que las distintas agresiones puntuales han de ser castigadas de forma independiente (SSTS

núm.927/2000, de 24 de junio; y núm. 1161/2000, de 26 de junio de 2000). La STS núm. 414/2003, de 24-3-2003 (y en el mismo sentido la STS 701/2003, de 16 de mayo), precisó que *“el delito de maltrato familiar o violencia doméstica tipificado en el art. 153 del CP (la referencia está hecha al antiguo art. 153, antes de la reforma operada por el LO 11/2003) constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan, según el acertado criterio del nuevo CP de 1995.*

Precisamente por ello es dudoso que también fuera acertada su ubicación sistemática en el Título III del Libro II, que tiene por rúbrica *“De las lesiones”*, porque el bien jurídico protegido por el art. 153 CP, trasciende y se extiende, como ha destacado esta Sala en varias ocasiones, más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad -art. 10-, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -art. 15 -, y en el derecho a la seguridad -art. 17-, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39 (en este sentido STS 927/2000, de 24 de junio y 662/2002, de 18 de abril”).

Y la misma sentencia recordó que *“los concretos actos de violencia sólo tiene el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. El bien jurídico protegido, como se ha dicho, no es propiamente la integridad física de los agredidos. Si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y, además, la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio *“non bis in idem”*”*.

El bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática (STS 20/2001, de 22 de enero). Por su parte, la STS 14-5-2004, núm. 645/2004 reiteró que *“no cabe hablar de ninguna vulneración del principio *“non bis in idem”*, por la posible duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, por la sencilla razón de que el propio precepto legal, cuya infracción se denuncia, prevé expresamente que la sanción correspondiente a la conducta descrita en el mismo se impondrá, *“sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”* (v. la redacción originaria del art. 153 C.*

Penal), *“sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”* (v. la redacción del citado artículo según la reforma operada en el mismo por la LO 14/1999, de 9 de junio, *“con independencia de que (...) los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”* (v. art. 173.3 del C. Penal, según el texto reformado por la LO 11/2003). Existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio *“non bis in idem”* (v. STS de 9 de julio de 2001). Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El cuarto motivo se configura por infracción de ley, al amparo del art. 849,1º LECr. por aplicación indebida del art. 173.2 CP.

1. Se considera que no concurren los elementos del tipo descrito, requiriéndose una habitualidad, entendida, con un criterio naturalístico, como repetición de actos de idéntico contenido, como una agresión permanente de la que no se puede hablar en el presente caso.

2. La STS de 24-3-2003, núm. 414/2003, ha advertido que *“el adverbio habitualmente fue introducido por la LO 3/1989, de 21 de junio, con el nuevo tipo penal del art. 42.5 del CP de 1973, antecedente del art. 153 del CP vigente de 1995 (antes de la reforma de la LO de 15-11-2003). Esta Sala interpretó, a partir de entonces, que el comportamiento habitual era uno de los elementos vertebradores del tipo penal, y estimó, en la sentencia de 17 de abril de 1997, que la repetición de actos constitutivos de faltas, individualmente considerados, constituían delito al producirse de modo habitual. La LO 14/1999, de 9 de junio, modificó el art. 153 del CP para robustecer la protección a las víctimas, incorporando la violencia psíquica y añadió un nuevo párrafo que proporciona una definición de la habitualidad en el que se establece que:*

“Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”. La habitualidad se vertebra así alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar,

y, finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior. La habitualidad, término de clara raíz criminológica, viene a constituirse en el elemento configurador del tipo y aparece definida por la concurrencia de los elementos citados, que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza, en cada caso, sobre su concurrencia o no; por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada. Reiteradamente ha precisado esta Sala que al concepto de habitualidad, considerado como elemento valorativo en el art. 153 no le afecta la definición legal del art. 94 CP que desvuelve su eficacia exclusiva respecto a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad (entre otras STS 662/02, de 18 de abril).

Y aunque esta misma Sala haya señalado (Cfr. SSTS núm. 1208/2000, de 7 de julio; y núm. 907/2002, de 16 de mayo) *“que lo relevante para apreciar la habitualidad es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”*, los hechos declarados probados en nuestro caso describen una situación plenamente incardinable en el art. 173.2 CP, ya que el recurrente es marido de la víctima. Fue condenado por un delito de maltrato el 26-5-2008, como conocimiento de la vigencia de la pena de prohibición de aproximarse a ella, se instaló en el domicilio de la misma a mediados de agosto, contra su voluntad, amenazándola con matarla si le denunciaba.

Durante ese periodo de tiempo hizo a su mujer objeto de continuas amenazas, agresiones e insultos. La encerró en su domicilio el 9-9-2008 para que no saliera. Sólo la dejó salir el 10-9-08 para acudir a un juicio en Málaga: la acompañó a ese juicio, impidiéndola salir del automóvil tanto en el trayecto de ida (donde le produjo una mordedura en un brazo), como en el de vuelta (activando el cierre centralizado y golpeándola en la cara, presionándola la cabeza con el cristal de la ventanilla). Tal situación de dominación y terror que va más allá de los actos considerados separadamente, sólo cesó cuando el automóvil fue parado por la Guardia Civil por haber saltado su conductor una señal de Stop. A la luz de la anterior doctrina es fácil constatar que en la narración de los hechos probados se dan los elementos que integran la tipicidad del tipo aplicado, correctamente razonados en los fundamentos de la sentencia impugnada.

La pretensión de que ha sido indebidamente aplicado el art. 173.2 del CP actualmente vigente está irremisiblemente condenada al fracaso. No se observa que la Sala de instancia hubiere cometido error iuris en la

subsunción efectuada en el tipo de referencia de los hechos declarados probados. El motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- El quinto motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECr. por aplicación indebida del art. 620.2 CP.

1. El recurrente manifiesta no compartir los argumentos que mantiene la Sala sentenciadora, y entiende que no ha quedado desvirtuada la presunción de inocencia del acusado por insuficiencia de actividad probatoria válida en el acto del juicio oral. Y subsidiariamente -como ya expuso en el motivo tercero- las expresiones que se describen en los hechos probados (puta, guarra), quedarían absorbidas por el delito de malos tratos habituales, so pena de conculcar el principio "non bis in idem".

2. Ambos aspectos del motivo que, no hay que olvidar, se formula por error iuris, y supone el respeto total a los hechos declarados probados, en realidad han quedado contestados con lo dicho en relación a los motivos primero y tercero. Hubo prueba de cargo según lo dicho, y las expresiones vejatorias son independientes del clima de terror a que fue sometida la denunciante, mereciendo unas y otro su punición con independencia. El motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- Los motivos sexto y séptimo, se articulan al amparo del art. 849.2 LECr., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. Reclama el recurrente la exclusión de su responsabilidad penal, ex arts. 20.2 y 21.1 CP, o bien su atenuación por la vía del art. 21.2º CP o por analogía conforme a la circunstancia 6ª del art. 21 CP, partiendo de la acreditación de las circunstancias de consumo de drogas y trastornos epilépticos en él mismo. Y cita a los efectos de demostrar el error cometido por el Tribunal de instancia, que no apreció tales circunstancias, la certificación del Instituto Nacional de la Seguridad Social que acreditaba la percepción de una pensión por incapacidad permanente total por epilepsia, y los documentos obrantes a los folios 18, 19, 20, 78 y 178 de las actuaciones que recogen el padecimiento de crisis generalizadas de epilepsia y ansiedad, así como la declaración en el juicio oral de la víctima reconociendo que el excusado consumía hachís a diario y cocaína esporádicamente.

2. El motivo que autoriza el núm. 2 del art. 849 de la LECr. supone la existencia de un error facti, cometido a través de la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos y que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contrarios por otros elementos probatorios. Como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia de esta Sala (Cfr. SSTS. núm. 1571/99; núm.

642/03, ó núm. 335/2004, de 18-3-2004 el error sólo puede prosperar cuando, a través de documentos denominados "litosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros medios probatorios "de al menos análoga consistencia, credibilidad y fiabilidad, pues que no existen en el proceso penal pruebas reinas o excluyentes, todas son aptas. para propiciar la íntima convicción del artículo 741 procesal". Dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error porque acrediten de manera fehaciente un determinado hecho para la posteridad, sin necesidad de acudir a otras pruebas.

Esta Sala (Cfr. SSTS de 27-9-2004; núm. 1050/2004; y, de 20-9-2007, núm. 757/2007), condiciona su apreciación al cumplimiento de los siguientes requisitos:

1º) Equivocación evidente del juzgador al establecer dentro del relato fáctico algo que no ha ocurrido.

2º) Que el error se desprenda de un escrito con virtualidad documental a efectos casacionales que obre en los autos y haya sido aducido por el recurrente. Careciendo de tal virtualidad las pruebas personales documentadas, como son las declaraciones de acusados o peritos.

3º) Que tal equivocación documentalmente demostrada no aparezca desvirtuada por otra u otras pruebas.

4º) Tratándose de prueba pericial, no teniendo como regala general aptitud casacional dado su carácter de prueba personal evaluable directamente por el Tribunal de instancia, sólo, excepcionalmente, se le reconoce al dictamen el valor litosuficiente, cuando, existiendo un solo dictamen, el Tribunal se hubiere desviado de su contenido y conclusiones, sin dar las explicaciones oportunas sobre ello.

3. En nuestro caso, es evidente que las manifestaciones de la víctima, en cuanto prueba personal carece de las condiciones exigidas para ser considerada documento a los efectos casacionales. Por lo que se refiere a los informes de asistencia médica del acusado el día de su detención y el día siguiente a ella, realmente únicamente ponen de manifiesto la detección de una crisis de ansiedad, y estar en tratamiento para la epilepsia, según la anamnesis, es decir, según las manifestaciones del propio paciente, descartándose cualquier patología urgente. Y la certificación de la Seguridad Social incorporada al Rollo de la Audiencia, tan sólo indica que el Sr. Desiderio percibe 4.707,92 euros como prestación por pensión de incapacidad permanente total sin precisar, sin embargo, causa alguna de tal incapacidad. Es compatible, por tanto, la percepción de la Sala de instan-

cia que, en su fundamento de derecho tercero, rechazó la reclamación, indicando que "la pretensión del Letrado del acusado de que se aprecie una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en el acusado, en concreto una eximente incompleta con base en un trastorno epiléptico y en un consumo de drogas, ha de correr una suerte desestimatoria, pues ni lo uno ni lo otro ha quedado acreditado (la certificación del INSS aportada no tiene ninguna virtualidad a estos efectos, pues tan sólo acredita la percepción de una pensión por incapacidad permanente total), y lo que es más importante, se desconoce qué influencia tienen en las capacidades volitivas e intelectivas del acusado dicha enfermedad o dicha adicción".

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- En virtud de lo expuesto procede desestimar el recurso de casación interpuesto, por e infracción de ley y de precepto constitucional, por el procesado D. Desiderio, haciéndole imposición de las costas de su recurso, de acuerdo con las previsiones del art. 901 de la LECr.

FALLO

Debemos declarar y declaramos no haber lugar a estimar el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación de D. Desiderio, contra la sentencia dictada el 24 de julio de 2009 por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga, en el Rollo de Sala 16/09, haciéndole imposición de las costas de su recurso. Póngase esta resolución, en conocimiento de dicha Sección, a la que se remitirán cuantos antecedentes elevó en su día a esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Francisco Monterde Ferrer.- Joaquín Delgado García.- José Ramón Soriano Soriano.- Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre.

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



TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 25 mayo 2010. Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó

Imputación temporal de la cantidad devuelta por la AEAT como consecuencia de la inconstitucionalidad de la tasa fiscal sobre el juego

El TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina formulado contra la STSJ de Cataluña que denegó la solicitud de rectificación y devolución de ingresos indebidos derivado de la inclusión en el impuesto sobre sociedades, ejercicio 1997, de la cantidad devuelta por la AEAT ese mismo año, como ingreso indebido, al haber sido declarado inconstitucional la tasa fiscal sobre el juego, y en su lugar se estima el recurso contencioso-administrativo, ordenando la devolución de las cantidades que resulten procedentes, con los intereses que legalmente correspondan. La Sala considera que el importe de las devoluciones obtenidas por el "gravamen complementario" de la tasa fiscal sobre el juego declarado inconstitucional debe imputarse fiscalmente al ejercicio en el que se produjo la deducción como gasto fiscal de dicho gravamen, puesto que la aplicación del art. 19, 3 LIS 1995, exige, en este caso la imputación fiscal al ejercicio 1990, que es el ejercicio en el que deben entenderse devengados fiscalmente los ingresos obtenidos por la devolución con independencia de la contabilización que se haya realizado de los mismos. Se formula voto particular por D. Emilio Frias Ponce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida reproduce las declaraciones que

ha hecho la Sala de instancia, a propósito de la misma cuestión aquí suscitada, en otros recursos de los que ha conocido a partir de la sen-

tencia 966/2007, de 2 de octubre de 2007.

Después de haber pagado en 1990 el contribuyente, empresa operadora del juego en máquinas recreativas del grupo B, el tributo establecido como tasa fiscal sobre el juego en el artículo 38.Dos.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre Medidas en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria, y contabilizado el importe devengado como gasto de explotación en dicho ejercicio, tras haber sido declarado inconstitucional este precepto por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/1996, de 31 de octubre de 1996, la Administración procedió a la devolución del gravamen ingresado en el año 1997, como ingreso indebido. La sociedad recurrente contabilizó el principal e intereses recibidos en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 1997 y, considerándolos ingresos imputables en la base imponible del Impuesto de Sociedades, los incluyó en su autoliquidación correspondiente a ese impuesto y ejercicio. Posteriormente, la parte recurrente entendió que era improcedente e interés de la Administración tributaria la rectificación de dicha autoliquidación y la devolución de los ingresos indebidos con más sus intereses, solicitud que fue denegada por la Unidad Regional de Gestión de Grandes Empresas de la Delegación Especial de Cataluña que, al desestimar la reclamación económica-administrativa interpuesta, fue confirmada por la resolución del TEARC aquí impugnada.

Alega la recurrente que tales ingresos indebidos devueltos en el indicado ejercicio del 97 no son imputables en el mismo sino en el período de 90 en que se efectuó el pago del gravamen del impuesto, por haber quedado sin efecto, con nulidad radical, la norma que determinó el pago de la llamada tasa, al ser declarada su inconstitucionalidad por la sentencia del Tribunal Constitucional ya reseñada, con efectos *ex tunc*, que comportan la retroacción al día anterior a la publicación de la norma expulsada.

El nudo gordiano de este procedimiento no es otro que el de determinar la imputación temporal del devengo de la operación de devolución, ya que el recurrente pretende hacer valer que se produce en el ejercicio 1990, en tanto que el TEARC y su defensa, el Abogado del Estado, entienden que, según dispone el art. 19.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, el devengo ha de venir referido al momento en que una resolución o sentencia firme lo ha establecido, sin que sea de aplicación el apartado 3 de dicho precepto al no diferir la imputación contable de la que resultaría de las normas del Impuesto de Sociedades.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1997, aunque dictada a propósito del

I.R.P.F., acerca del tiempo o ejercicio económico en que procede hacer la imputación del ingreso, señala cuándo se entiende que se produce el devengo, que es en el momento en que se adquiere el derecho a percibirlo, lo que se precisa aun más si cabe al matizar la ley que “se imputarán...” con independencia del momento en que se realicen los correspondientes cobros.

La Sala de instancia se inclina por identificar el momento del devengo con el de la resolución administrativa o sentencia u otra resolución judicial que reconozca el derecho a la devolución del ingreso indebido.

SEGUNDO.- Basa la parte recurrente su recurso en la contradicción detectada en la sentencia que se impugna frente a otras, en relación con la determinación del alcance que tiene el principio de devengo en el concreto supuesto de ingresos que traen causa de devoluciones tributarias reconocidas a la sociedad dominada por una resolución o sentencia firme, y más concretamente, en dilucidar si dichos ingresos deben imputarse en la declaración del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio en que dicha sentencia o resolución se dictan, o bien deben imputarse en la declaración del ejercicio en que dicha resolución o sentencia adquiere firmeza, y ello por el carácter declarativo de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/1996 de 31 de octubre, que declaró la nulidad del gravamen complementario, por la regulación prevista en la Ley General Tributaria y en el Real Decreto 1163/1990 en relación con los ingresos indebidos y por la fecha de inicio del cómputo de los intereses derivados de tal devolución.

La recurrente aporta como sentencias de contraste, la Sentencia de 1 de julio de 2005 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en recurso núm. 144/2004, y la de fecha 22 de septiembre de 2005, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso núm. 146/2003.

La entidad recurrente concluye que, como afirman las sentencias de contraste, la imputación de los ingresos provenientes de la devolución del gravamen debe realizarse en el ejercicio del año 1990 como consecuencia directa del art. 19 de la LIS, por aplicación estricta y conjunta del principio de devengo y correlación de ingresos y gastos.

TERCERO.- 1. Antes de entrar en el fondo, procede examinar si, como sostiene el Abogado del Estado, el presente recurso debe ser desestimado por infringir el art. 97.1 de la LJCA, porque el recurrente no acredita la necesaria identidad sustancial entre la sentencia impugnada y las de contraste.

El Letrado del Estado reconoce que las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que la parte recurrente utiliza de contraste versan sobre la devolución de las cantidades ingresadas en concepto de “gravamen complementario” de la Tasa Fiscal sobre el Juego, pero cuestiona que partan de los mismos presupuestos de hecho que la recurrida: primero, porque están dictadas en el marco del IRPF y no en el marco del Impuesto sobre Sociedades; y segundo, porque en la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 1 de julio de 2005, «la devolución de la Tasa Fiscal sobre el Juego se produjo aplicando doctrina establecida en la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de fecha 14 de marzo de 1998, (y no en base a la sentencia del TC 173/1996) que vino a denegar la actualización contenida en el artículo 83.1 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1992, para las tasas de la Hacienda Estatal de cuota fija al estimar que la citada tasa sobre el juego, a pesar de su denominación no tenía la naturaleza de tasa sino de impuesto, por lo que concluía la sentencia que, mal puede aplicarse un recargo establecido para las tasas fijas estatales a una figura que no es tasa, sino impuesto».

El Abogado del Estado sostiene, además, que no existe contradicción entre la sentencia recurrida y las que se aportan como de contraste, pues en realidad estas últimas corroboran la conformidad a Derecho de la resolución judicial impugnada.

Conviene comenzar recordando que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sección, la procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina se condiciona, en primer lugar, a que respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos (art. 96.1 LJCA), por lo que debe producirse la contradicción entre sentencias determinadas en las que concurra la llamada triple identidad: subjetiva porque las sentencias que se oponen como contrarias afectan a los mismos litigantes o a otros diferentes en idéntica situación; fáctica o relativa a los hechos fijados en la sentencia impugnada y la invocada como contraste; y jurídica referente a las pretensiones ejercitadas en uno y otro proceso, de manera que, dada su analogía, desde el punto de vista de la aplicación del ordenamiento jurídico, reclamen una solución de idéntico sentido.

En segundo lugar, es necesario que exista la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida y que tal infracción constituya el objeto de la contradicción entre sentencias. En virtud de ello, es preciso establecer cuál de los criterios opuestos que han mantenido los tribunales es el

correcto, porque en función de esta decisión se habrá de estimar o desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que no basta con apreciar la contradicción para llegar a dar lugar al recurso (STS 24 de octubre de 1996).

Sólo cuando se concluya que el criterio acertado es el de la sentencia antecedente se dará lugar al recurso, no en cambio si la tesis correcta es la contenida en la sentencia que se impugna» (entre las últimas, Sentencias de 4 de marzo de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 62/2004), FD Quinto, y de 20 de mayo de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 72/2003), FD Tercero).

A la luz de la doctrina expuesta debe concluirse que se dan los requisitos que establece el art. 96.1 LJCA, pues existe la contradicción alegada por la mercantil recurrente entre la Sentencia impugnada y las que cita de contraste. En efecto, basta la mera lectura de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, núm. 481/2005, de 1 de julio de 2005, y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, núm. 1002, de 22 de septiembre de 2005, para confirmar que, pronunciándose sobre la misma cuestión de fondo que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de octubre de 2007 aquí cuestionada y aunque se trataba de otros litigantes, pero en idéntica situación, llegan a la conclusión de que las cantidades percibidas por la devolución del “gravamen complementario” de la Tasa Fiscal sobre el Juego declarado inconstitucional no son fiscalmente imputables al ejercicio en el que se reconoció el derecho a su devolución, sino al ejercicio en el que se produjo la imputación fiscal como gasto del importe satisfecho por el “gravamen complementario”.

En lo que respecta a la objeción del Abogado del Estado de que se trata de pronunciamientos referidos a un impuesto diferente, IRPF en vez del Impuesto sobre Sociedades, resulta irrelevante porque es algo consustancial a la diferente naturaleza jurídica de las personas que ejercen la actividad económica cuyas rentas son sometidas a gravamen, personas físicas en las sentencias de contraste (IRPF) y persona jurídica en la sentencia recurrida (Impuesto sobre Sociedades), sin que esa diferencia suponga una distinta situación jurídica respecto de la cuestión de fondo suscitada.

El argumento del Abogado del Estado de que en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón la devolución de la Tasa Fiscal sobre el Juego se produjo aplicando la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1998, en vez de la doctrina de la Sentencia del

Tribunal Constitucional 173/1996, no puede prosperar tampoco porque, si bien se lee, el contenido del Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 1 de julio de 2005, dice justo lo contrario: «nos encontramos ante una liquidación por el IRPF, en el que gravando la renta obtenida por las personas físicas, en este caso las referidas devoluciones obtenidas en el marco de la actividad empresarial desarrollada por la recurrente, la supedita al régimen de imputación temporal previsto en la ley del Impuesto sobre Sociedades, según deriva de lo dispuesto en el artículo 14.1.b) de la Ley reguladora del IRPF, 40/1998, de 9 de diciembre, de aplicación en el período en que se practicaron las devoluciones, procede estimar íntegramente el recurso, sin que haya lugar a hacer distinción alguna respecto de las cantidades devueltas, por cuanto, si bien es cierto que el grueso de la argumentación de la actora se refiere a la devolución de 4.665.000 ptas. por el concepto de gravamen complementario de la Tasa de Juego anulado por la sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, la reclamación hace referencia también a la segunda cantidad, relativa al incremento de la Tasa en cuestión, anulado por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1998, y en ambos casos el problema es el mismo, de imputación temporal de los referidos ingresos».

Comprobado que la sentencia cuestionada y las citadas de contraste llegan a pronunciamientos distintos respecto de litigantes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, debe concluirse que la mercantil recurrente pone de manifiesto, en términos que satisfacen las exigencias del art. 97.1 de la LJCA, la contradicción entre la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y Madrid que sirven de contraste, por lo que procede resolver el fondo del asunto.

CUARTO.- Para resolver sobre el fondo del asunto debe examinarse si la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de octubre de 2007, objeto de este recurso de casación para la unificación de doctrina, incurre en las infracciones legales que le imputa la mercantil recurrente en casación, y confirmar, si así fuera, que tales infracciones constituyen el objeto de la contradicción entre sentencias, para establecer cuál de los criterios confrontados es el correcto.

Sobre la cuestión de fondo se aprecian dos posiciones contradictorias:

La primera posición, defendida por la parte recurrente y las sentencias de contraste, consiste en inter-

pretar que la imputación fiscal de la devolución del “gravamen complementario” de la Tasa Fiscal sobre el Juego debe hacerse al ejercicio 1990, por ser el ejercicio en que se produjo el ingreso del “gravamen complementario” declarado inconstitucional. Lo que supone otorgar efectos ex tunc a la declaración de inconstitucionalidad de la Sentencia 173/1996, de 31 de octubre, y, por ende, entender que, como el “gravamen complementario” constituyó un gasto fiscalmente deducible en el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 1990, la devolución de dicho gravamen debe considerarse como un ingreso fiscalmente imputable a ese mismo ejercicio.

Esta primera posición aplicada al caso de autos lleva a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, puesto que, si la devolución del “gravamen complementario” declarado inconstitucional se imputa fiscalmente al ejercicio 1990, EXPLOTADORA DE RECREATIVOS S.A. tendría derecho a rectificar su autoliquidación por el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 1997, para disminuir los ingresos de este último ejercicio en el importe de la devolución obtenida por el “gravamen complementario” declarado inconstitucional. Y, al hallarse prescrito el derecho de la Administración tributaria a liquidar el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 1990, RECREATIVOS tendría derecho a la devolución de lo indebidamente ingresado en el ejercicio 1997.

La segunda posición, defendida por el Abogado del Estado y la sentencia recurrida, consiste en interpretar que la imputación fiscal debe hacerse al ejercicio en el que se produjo la declaración de inconstitucionalidad del “gravamen complementario”. Lo que supone otorgar efectos “ex nunc” a la declaración de inconstitucionalidad de la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre, y, por ende, entender que, si bien el “gravamen complementario” constituyó un gasto fiscalmente deducible en el ejercicio 1990, la devolución de dicho gravamen se produjo como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad y debe considerarse como un ingreso fiscalmente imputable al ejercicio en el que se obtuvo la devolución.

Esta segunda posición aplicada al caso de autos lleva a desestimar el recurso de casación interpuesto, puesto que si la devolución del “gravamen complementario” declarado inconstitucional se imputa fiscalmente al Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 1997, EXPLOTADORA DE RECREATIVOS no tendría derecho a rectificar su autoliquidación por el Impuesto sobre Sociedades del año 1997, para disminuir los ingresos de ese ejercicio en el importe de la devolución obtenida por el

“gravamen complementario” declarado inconstitucional.

QUINTO.- La resolución de la controversia viene determinada por los efectos jurídicos que se anuden a la declaración de inconstitucionalidad del “gravamen complementario” de la Tasa Fiscal sobre el Juego.

En el fallo de la Sentencia 173/1996, de 31 de octubre, el Tribunal Constitucional se limita a «declarar inconstitucional y nulo el art. 38.Dos, 2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio», sin realizar ninguna aclaración sobre los efectos jurídicos de esta declaración, a diferencia de lo hecho en otras declaraciones de inconstitucionalidad como, por ejemplo, en la Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, pudiéndose destacar de esta última, en lo que aquí importa, lo siguiente: «En lo que toca a los efectos, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39.1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 38.1 LOTC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad. Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento».

La ausencia de restricción de efectos por el propio Tribunal Constitucional, en su declaración de inconstitucionalidad del “gravamen complementario” de la Tasa Fiscal sobre el Juego, determina la nulidad de pleno derecho del precepto que regulaba este gravamen, y, si bien es efectiva desde la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre, en el Boletín Oficial del Estado, comporta la expulsión del precepto del ordenamiento jurídico desde la misma fecha en que se produjo su entrada en vigor. Porque, como dice la Sentencia de esta misma Sala del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2002 (rec. cas. núm. 8036/1997): «Cuando se determina que una ley debe ser declarada inconstitucional como resultado de un juicio de inconstitucionalidad, se comprueba la existencia de un vicio “ab origine” en la formación de la misma que constituye, sin duda, un fenómeno jurídico patológico para el sistema de fuentes. Una

ley inconstitucional no se ha formado válidamente y por ello, aunque haya pasado a integrar el sistema de fuentes del Derecho, lo ha hecho en forma claudicante, hasta que el Tribunal Constitucional comprueba su invalidez y depura el sistema al declarar su inconstitucionalidad con fuerza irresistible y eficacia “erga omnes”. La sentencia constitucional pone fin, así, a una situación anterior de incertidumbre que es la que, por ejemplo, venía a justificar la obligación de plantear cuestiones de inconstitucionalidad respecto de esa misma Ley, cuando se intuyese su inadecuación a la Constitución (artículo 163 CE).

El artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) desarrolla el artículo 164.1 CE - única norma que se nos invoca para fundamentar la eficacia “ex nunc” en el motivo - cuando declara que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad vinculan a todos los Poderes públicos y producen efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. La publicación es constitutiva, ya que determina la eliminación del sistema de fuentes de la Ley inconstitucional con una eficacia irresistible y fuerza “erga omnes”, pero no hay que olvidar que la causa de tal eliminación es una declaración fehaciente de la existencia de un vicio en el momento mismo de la formación de la Ley inconstitucional.

Por todo ello la publicación de las sentencias tiene, indudablemente, efectos para el futuro en el sentido de que todos los Poderes Públicos y, en especial, los jueces y Tribunales quedan vinculados, desde la fecha de publicación de la sentencia, a resolver cualquier proceso futuro sin aplicar o ejecutar una Ley que se ha declarado inconstitucional. Pero la causa que provoca la declaración de nulidad determina que exista también lo que se denomina eficacia “ex tunc” de la sentencia.

Mediante este término se trata de explicar, con variadas construcciones dogmáticas, la obligación ineludible que, también, y a partir de la fecha de publicación de la sentencia, recae sobre los Jueces y Tribunales en el sentido de resolver todos los juicios pendientes en los que puedan tener conocimiento de la Ley inconstitucional considerando que la misma ha carecido de eficacia jurídica en forma originaria, desde el mismo momento de su formación o entrada en vigor hasta la fecha de la sentencia del Tribunal Constitucional o, dicho en otros términos, juzgando “tamquam non esset”; es decir, como si la Ley no hubiese existido nunca, con el matiz obligado de aquellos casos en los que las normas procesales que sean de aplicación impidan discutir una aplicación de la Ley inconstitucional que ya no pueda ser revisada. La decisión de inconstitucionalidad tiene, por ello, indudables efectos retrospectivos o para el pasa-

do, en cuanto invalida la Ley anulada desde su mismo origen. La sentencia de inconstitucionalidad debe recibir aplicación incluso para actos y situaciones jurídicas anteriores en el tiempo a la publicación de la sentencia constitucional, siempre que existan impugnaciones en los que los que se discuta sobre ellos y la resolución o sentencia deba aplicarse conforme a las normas procesales ordinarias que rigen dichos procesos, con los límites que explicita el artículo 40.1 de la LOTC. Y todo ello porque un acto administrativo dictado al amparo de una Ley inconstitucional no habría tenido cobertura en ningún momento, porque la que presuntamente le proporcionaba la Ley anulada era una cobertura aparente, y no una cobertura real. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado recientemente como efecto "pro futuro" y "ex nunc" de una declaración de nulidad únicamente el de la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas (artículo 9.3 CE), entendiéndose por tales las decididas con fuerza de cosa juzgada y las situaciones administrativas firmes (STC 54/2002, de 27 de febrero, fdo. jco. 9), en el sentido que acabamos de indicar» (FD Cuarto).

La eficacia "ex tunc" de la declaración de inconstitucionalidad del "gravamen complementario" de la Tasa Fiscal sobre el Juego implica que la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre, no tiene efectos constitutivos del derecho a la devolución de lo indebidamente ingresado por el "gravamen complementario" declarado inconstitucional, sino meramente declarativos, por lo que el derecho a la devolución de lo ingresado por el "gravamen complementario" declarado inconstitucional se tiene desde la fecha en que se produjo su ingreso, tal y como se desprende de la Sentencia de esta misma Sección y Sala del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2005 (rec. cas. interés de ley núm. 26/2003), cuyo fallo fija la siguiente doctrina legal: «El derecho a la devolución de ingresos indebidos ejercitado a través del procedimiento que regulaba el artículo 155 de la Ley General Tributaria de 1963 (Ley 230/1963, de 28 de diciembre) y el RD 1163/1990, prescribía por el transcurso del plazo establecido por dicha Ley, y se computaba, de acuerdo con el artículo 65 de la misma, desde el momento en que se realizó el ingreso, aunque con posterioridad se hubiera declarado inconstitucional la norma en virtud de la cual se realizó el ingreso tributario, sin que quepa considerar otro plazo y cómputo distinto de los aplicables al procedimiento de devolución, cuando indubitadamente éste había sido el único instado por los interesados».

Esta misma Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2005, considera errónea la doctrina de la "actio nata" aplicada a la determinación del "dies a quo" para el cómputo del plazo de prescripción del dere-

cho a la devolución de ingresos indebidos, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del "gravamen complementario", es decir, no considera correcto entender que «el plazo prescriptorio debe comenzar a contarse en el momento en que la declaración de inconstitucionalidad es conocida y tiene efectos frente a todos (artículo 28 LOTC), cesando la vigencia y eficacia de la norma cuyo valor normativo superior impedía hasta entonces la solicitud de devolución de ingresos» (FD Segundo), por cuanto, si bien «es cierto que esta Sala ha reconocido la posibilidad de exigir la responsabilidad patrimonial al Estado legislador en supuestos de declaración de inconstitucionalidad de una norma legal (...) la responsabilidad patrimonial que pueda reclamarse no puede servir, sin embargo, para rehabilitar el plazo de devolución de ingresos indebidos ya prescrito.

La exigencia de dicha responsabilidad tiene un régimen jurídico propio y diferente, con una solicitud que ha de dirigirse a la Administración responsable y al órgano competente, en ningún caso a la oficina gestora que no podría pronunciarse ni reconocer la existencia de tal responsabilidad, un procedimiento específico y sujeta a un plazo concreto, el de un año, éste sí computable desde la "actio nata", esto es desde la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma legal. Pero no asimilable, por tanto, al plazo de prescripción, entonces de cinco años que correspondía a la devolución de ingresos indebidos. Y la misma especificidad ha de predicarse de una acción de nulidad que tiene sus propias exigencias y está sujeta a requisitos propios, cuya asimilación a la solicitud de una devolución de ingresos indebidos, establecida para determinados supuestos que la norma concreta, no puede basarse en una genérica apelación al principio antiformalista del procedimiento administrativo» (FD Tercero).

Esta Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo consideró, en la antedicha sentencia, que el ingreso por el "gravamen complementario" declarado inconstitucional era indebido desde que se produjo, porque entendió que los efectos de la mencionada declaración de inconstitucionalidad no eran constitutivos del derecho a la devolución de lo indebidamente ingresado sino meramente declarativos del mismo, pues no se trata de un supuesto de devolución de ingresos indebidos "ordinario", ocasionado por una revisión en vía administrativa o judicial, sino de un supuesto de devolución de ingresos indebidos fruto de una declaración de inconstitucionalidad con eficacia "ex tunc", que aboca a considerar inexistente en el ordenamiento jurídico el precepto legal declarado inconstitucional desde su entrada en vigor, "tamquam non esset", como si no hubiese existido nunca.

Por consiguiente, el importe de las devoluciones obtenidas por el "gravamen complementario" de la Tasa Fiscal sobre el Juego declarado inconstitucional debe imputarse fiscalmente al ejercicio en el que se produjo la deducción como gasto fiscal de dicho gravamen, puesto que la aplicación del art. 19.3 de la LIS 1995, —conforme al cual «los ingresos y los gastos imputados contablemente en la cuenta de Pérdidas y Ganancias en un período impositivo distinto de aquel en el que proceda su imputación temporal, según lo previsto en los apartados anteriores, se imputarán en el período impositivo que corresponda de acuerdo con lo establecido en dichos apartados»—, exige, en este caso, y por mor de lo establecido en el propio art. 19.1 de la LIS 1995, la imputación fiscal al ejercicio 1990, que es el ejercicio en el que deben entenderse devengados fiscalmente los ingresos obtenidos por la devolución del "gravamen complementario" declarado inconstitucional, con independencia de la contabilización que se haya realizado de los mismos. En efecto, el art. 19.1 de la LIS 1995 señala que «(l)os ingresos y los gastos se imputarán en el período impositivo en que se devenguen (...) con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera, respetando la debida correlación entre unos y otros», de donde se desprende que los elementos a tener en cuenta a la hora de fijar el criterio fiscal de imputación temporal son tres: el devengo, el momento de la efectiva corriente monetaria y la correlación entre ingresos y gastos. Y, en este caso, las cantidades objeto de discusión son ingresos indebidos devengados fiscalmente en el momento en el que se produjeron, con independencia del ejercicio en que se realice la devolución efectiva de los mismos, respetando así su correlación con los gastos.

Los intereses satisfechos por la Administración tributaria, como consecuencia de la devolución de lo indebidamente ingresado por el "gravamen complementario" declarado inconstitucional, cuyo cómputo se hará, como es lógico y ratificando la conclusión alcanzada, desde que se produjo el ingreso indebido del "gravamen complementario" de la Tasa Fiscal sobre el Juego, deberán imputarse fiscalmente respetando asimismo los precitados arts. 19.1 y 19.3 de la LIS 1995, es decir, al ejercicio en que se devengaron, con independencia del ejercicio en que se contabilizaron. De ahí que los intereses devengados en ejercicios prescritos también habrán de ser devueltos por la Administración tributaria, si fueron considerados como ingresos fiscales del ejercicio en que se percibieron, tal y como sucede en el caso de autos, en el que fueron considerados ingresos fiscales en el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 1997.

SEXTO.- En atención a los razonamientos expuestos, en los que se

ha seguido la línea argumental marcada por nuestra anterior sentencia de 25 de marzo de 2010 al existir identidad de razón, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina y casar la sentencia recurrida, lo que exige resolver el debate planteado, en aplicación del art. 98.2 de la LJCA, que en este caso ha de hacerse estimando el recurso contencioso-administrativo 1880/2003, lo que comporta anular la Resolución del TEAR de Cataluña, de fecha 9 de octubre de 2003, y ordenar la devolución de las cantidades que resulten legalmente procedentes, aceptando la solicitud de rectificación de la autoliquidación por el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 1997, presentada por EXPLOTADORA DE RECREATIVOS S.A., con fecha 27 de julio de 1998.

La estimación del recurso se hace sin imposición de las costas causadas, ni en la casación ni en la instancia.

Por lo expuesto,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCION

FALLO

1º) Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina formulado por EXPLOTADORA DE RECREATIVOS S.A.

2º) Que debemos anular y anulamos la sentencia impugnada, núm. 990/2007, de 9 de octubre de 2007, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

3º) Que estimamos el recurso contencioso-administrativo núm. 1880/2003, seguido ante la mencionada Sala y Sección del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ordenando la devolución de las cantidades que resulten procedentes, con los intereses que legalmente correspondan.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Rafael Fernandez Montalvo.- Juan Gonzalo Martinez Mico.- Emilio Frias Ponce.- Angel Aguillo Aviles.- José Antonio Montero Fernandez.- Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Juan Gonzalo Martinez Mico, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.



2010/122415

TS Sala 4ª, Sentencia 11 mayo 2010. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

Prescripción del reintegro de prestaciones indebidas no afectada por caducidad de expediente administrativo

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el beneficiario demandante contra sentencia que declaró la existencia de percepción indebida de prestación de desempleo en la modalidad de pago único.

Señala el Tribunal que cabe la reapertura del expediente administrativo caducado y archivado y que tal reapertura o reanudación se produce por el simple dictado de la resolución reclamando el reintegro de las prestaciones cobradas indebidamente, pues el transcurso del plazo establecido para resolver no exime a la Entidad Gestora de su obligación de resolver, no afectando el archivo del expediente a la prescripción de las acciones que correspondan a la administración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión a resolver en el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar los efectos de la caducidad de un expediente administrativo, incoado para el reintegro de prestaciones por desempleo percibidas indebidamente, por el transcurso de más de tres meses desde el día de su incoación. Más concretamente se plantea si la caducidad del expediente por tal motivo afecta al derecho de la entidad gestora a pedir el reintegro de lo pagado indebidamente o si cabe que, posteriormente, la misma abra un nuevo expediente o reabra el anterior para reclamar ese reintegro, mientras no prescriba el deber de reintegrar por el transcurso del plazo que establece el artículo 45-3 de la Ley General de la Seguridad Social.

2. El problema ha sido resuelto de forma distinta por las sentencias comparadas. La recurrida ha estimado que la caducidad del expediente por el transcurso de tres meses desde su inicio no impide su reapertura, ni afecta al derecho sustantivo, mientras no prescriba por el transcurso del plazo prescriptivo del artículo 45-3 de la L.G.S.S., cual se deriva del artículo 92.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo. La sentencia de contraste, dictada el día 17 de mayo de 2007 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Málaga) en el recurso de suplica-

ción 559/2007, ha entendido, conforme a los artículos 44-2 y 92-3 de la Ley 30/92, que como en el expediente administrativo incoado se ejercitan potestades susceptibles de producir efectos desfavorables, se ha producido la caducidad del expediente, lo que lleva a anular la resolución dictada reclamando el reintegro. Ambas sentencias han recaído en supuestos de hecho y de derecho muy similares. En ambos casos se reclamaba el reintegro de prestaciones por desempleo percibidas indebidamente y se incoó expediente en el que se declaró que había existido un cobro indebido de prestaciones y se acordó oír por diez días al interesado, lo que se notificó al mismo mediante edictos en el caso de la recurrida y personalmente en el de la de contraste, supuesto en el que el interesado presentó alegaciones. Posteriormente, pasados más de dos años desde la incoación del expediente y de darse traslado del mismo al interesado, se dictó resolución declarando la existencia de un cobro indebido de prestaciones y exigiendo el reintegro de lo percibido, resolución contra la que los interesados acudieron a los Tribunales con distinta suerte, cual se dijo antes.

Concurre la identidad sustancial que requiere el artículo 217 de la L.P.L. para la viabilidad del recurso que nos ocupa, pues los hechos son sustancialmente iguales y las partes emplearon los mismos fundamentos jurídicos en defensa de sus preten-

siones que fueron las mismas: la nulidad de la resolución administrativa que pedía el reintegro por la caducidad del expediente en el que había recaído. El hecho de que en un caso se trate de prestaciones por desempleo de pago único y en el otro de prestaciones cobradas periódicamente no desvirtúa lo dicho, porque lo importante es que en ambos casos se trata del reintegro de prestaciones cobradas indebidamente, con independencia de la forma en que se cobraron.

Tampoco es un elemento diferenciador relevante el hecho de que en el caso de la sentencia de contraste el interesado presentara escrito oponiéndose a la comunicación de apertura del expediente, porque lo relevante es que, tras la comunicación de apertura del expediente y de la propuesta de reintegro, la entidad gestora tardó más de tres meses en dictar la resolución reclamando el reintegro. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar las doctrinas contrapuestas que se contienen en las sentencias comparadas.

SEGUNDO.- La cuestión planteada, consistente en determinar si, caducado un expediente de reintegro de prestaciones indebidas por haber transcurrido seis meses desde su inicio, cabe su reapertura, mientras no haya prescrito el deber de reintegrar, para dictar resolución reclamando el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. Una interpretación lógico-sistemática de lo dispuesto en los artículos 42-1, 44 y 92-3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 3 del Real Decreto 148/1996 de 5 de febrero, y 5 de la Orden de 18 de julio de 1997, nos muestra que es más correcta la solución dada por la sentencia recurrida en el sentido de que cabe la reapertura del expediente administrativo caducado y archivado y que tal reapertura o reanudación se produce por el simple dictado de la resolución reclamando el reintegro de las prestaciones cobradas indebidamente.

Tal solución tiene su apoyo en que el transcurso del plazo establecido para resolver no exime a la Entidad Gestora de su obligación de resolver, según el citado artículo 44, precepto que, además, dispone en su número 2 que el archivo del expediente no afectará a la prescripción de las acciones que correspondan a la Administración, lo que equivale a reconocer que cabe la reapertura del expediente o la iniciación de uno nuevo para ejercitar las acciones y derechos que corresponden a la Administración, cual evidencia la remisión al artículo 92-3 de la misma Ley, reapertura que se produce cuando se dicta la resolución expresa a la que viene obligada la Administración.

La Sala Tercera de este Tribunal en sentencias de 5 de diciembre de

2001 (Rec. 4963/97) y 19 de febrero de 2002 (Rec. 716/98) reconoce que, incluso cuando se trata de sanciones, el artículo 93-2 de la Ley 30/92 es tan claro que el archivo de las actuaciones por la caducidad del expediente no impide la reapertura de uno nuevo o que se reinicie el archivado, mientras no hayan prescrito los derechos objeto del mismo. Y es que, como señalamos en nuestra sentencia de 14 de mayo de 2009 (Rec. 2165/08), el plazo de tres meses del artículo 3-1 del R.D. 148/96 es un plazo que “afecta única y exclusivamente a la regulación de ese especial expediente administrativo y su finalidad no es otra sino la de otorgar una garantía de rapidez o celeridad en su tramitación, pero no incide en las respectivas obligaciones de la gestora en torno a la reclamación de reintegro de lo indebidamente percibido ni en la del beneficiario de devolverlo.

Ambas cuestiones, en su contenido material, sí podrían verse afectadas, en su caso, por las previsiones del art. 45.3 de la LGSS “. Por ello, si el plazo no incide en los derechos de la gestora que la misma puede reclamar mientras no prescriban, es claro que la gestora puede reabrir el expediente y dictar la oportuna reclamación, pues la caducidad del expediente comporta solamente que el mismo no ha interrumpido el curso de la prescripción.

Procede, por tanto, confirmar la sentencia recurrida, al ser acorde con nuestra doctrina relativo a que la caducidad del expediente no impide la reapertura del mismo, mientras no prescriba la obligación de reintegro de lo indebidamente cobrado. Sin costas.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Luis Abad Cid en nombre y representación de D. Florencio contra la sentencia dictada el 26 de marzo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación núm. 148/09, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, en autos núm. 347/08, seguidos a instancias de D. Florencio contra Servicio Público de Empleo Estatal sobre prestaciones por desempleo. Sin costas. 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. Fernando Salinas Molina.- José Luis Gilolmo López.- José

Manuel López García de la Serrana.-
Manuel Ramón Alarcón Caracuel.-
Rosa María Viroles Piñol.

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

2010/140225

TS Sala 4ª, Sentencia 23 junio 2010. Ponente:
D. José Manuel López García de la Serrana

En igual cuantía que los del general Cobro de fondo de compensación de trabajadores adheridos a convenio extraestatutario

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la demandada FEVE contra sentencia que acogió la pretensión del oficial de suministros accionante sobre cuantía de fondo de compensación de modificaciones normativas.

Señala la Sala que en el caso enjuiciado, en aras de la homogeneización de las retribuciones, los trabajadores adheridos al convenio extraestatutario no tienen derecho a cobrar una cantidad superior a la que perciben el resto de los trabajadores por el concepto objeto de discusión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión planteada se reduce, solamente, a determinar si el actor, empleado de FEVE, que en su día se adhirió al Convenio Extraestatutario suscrito por esa empresa con el sindicato ELA para los años 2002 a 2005, tiene derecho a percibir el concepto salarial llamado "fondo de compensación de modificaciones normativas" para los años 2004 y 2005 en la cuantía que reclama o en la que le abonó la empresa. Como antecedente, conviene reseñar que el 9 de marzo de 2004 se firmó el XVII Convenio Colectivo de eficacia general en la empresa para los años 2002 a 2005, cuya Comisión Paritaria en febrero de 2005 acordó que el Fondo de Compensación de Modificaciones Normativas 2004 (FCMN), estableciendo en ambos su cuantía para el año 2004, y acordándose que la misma se distribuyese entre los trabajadores en activo a 31/12/2004, conforme al baremo y escala del anexo I; y asimismo con el objeto de liquidar el fondo precedente de 2002 y 2003, se estableció su reparto, de forma que la cantidad a percibir co-

rrespondiente al fondo 2004 y la referida a la liquidación del mismo alcanzase como máximo los 500 € por trabajador en el año 2004, a distribuir proporcionalmente en función de los días trabajados durante ese año. Igualmente, conviene destacar que por sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de abril de 2006, dictada en proceso de conflicto colectivo, y confirmada por la del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2008 (recurso 91/2006), se declaró el derecho de los trabajadores sujetos al pacto extraestatutario:

1º) Al aumento de su salario en el año 2005 en los términos previstos en el convenio de eficacia general, en igualdad de condiciones que los trabajadores sujetos a este último.

2º) El derecho a percibir el FCMN (art. 7 del convenio extraestatutario) en las mismas condiciones que los demás trabajadores.

3º) A percibir el complemento por resultados en cuantía no inferior a la de los demás trabajadores de la empresa. Al actor en cumplimiento del acuerdo de la Comisión Paritaria antes reseñado se le abonaron en la nómina de julio de 2006 499'92 euros en concepto de FCMN-2004 y liquidación del mismo. La sentencia recurrida ha estimado que el controvertido concepto salarial FCMN debía abonarse en la misma cuantía que en el año 2003 y condenado a la empresa a pagar las diferencias entre lo abonado y lo debido pagar durante los años 2004 y 2005. Su decisión la basó en que ese era el criterio seguido por la Sala en anteriores sentencias cuyos argumentos reproducía destacando que del artículo 7 del Convenio Extraestatutario se derivaba que el complemento allí establecido se podría devengar hasta el año 2005, que existía posibilidad de consolidarlo y que la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de abril de 2006 se había reconocido el derecho de los trabajadores adheridos a este convenio a percibir el concepto retributivo controvertido. La sentencia de contraste, dictada el 7 de abril de 2009 por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación 511/09, contempla un supuesto sustancialmente idéntico, se trataba en ella de unos trabajadores al servicio de la misma empresa que se habían adherido al Convenio Extraestatutario y que reclamaban con base en él las diferencias adeudadas por el llamado FCMN de 2004 y la liquidación, pese a que habían cobrado con cargo al mismo 499'92 euros.

La sentencia de suplicación desestimó la pretensión porque los trabajadores no habían sido tratados de forma desigual, sino que se había respetado lo resuelto por la sentencia de la Audiencia Nacional antes citada y se había pagado por ese concepto con carácter general lo acordado por la Comisión Paritaria al respecto para todos los empleados, en acuer-

do que fijaba como máximo a cobrar por ese concepto 500 euros, cantidad que coincidía, prácticamente, con la abonada. Concorre, pues, el requisito de existencia de sentencias contradictorias que viabiliza el recurso, conforme al art. 217 de la L.P.L., lo que obliga a entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar las doctrinas contrapuestas.

SEGUNDO.- El recurso alega la infracción del artículo 7 del Convenio Colectivo Extraestatutario en relación con los artículos 37-1 de la Constitución, 3-3, 26-3 y 82-3 del Estatuto de los Trabajadores y 1254 y 1256 del Código Civil y con la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2006 que dejó resuelta la cuestión relativa a la reclamación del concepto salarial FCMN, disposiciones de las que se derivaría que la recurrente ha pagado el complemento reclamado abonando la cantidad fijada al efecto por la Comisión Paritaria. La cuestión planteada, relativa al importe del concepto salarial "fondo de compensación de modificaciones normativas" en los años 2004 y 2005, ya ha sido unificada por esta Sala en su sentencia de 23 de febrero de 2010 (Rec. 2756/09), dictada en un supuesto idéntico al que nos ocupa, en favor de la tesis mantenida por la sentencia de contraste, criterio que debe mantenerse por no ofrecerse razones que justifiquen un cambio de criterio.

Tal solución la fundó la sentencia citada en que: "Conforme a lo anterior, ante la coexistencia entre una regulación normativa (XVII Convenio), y una regulación contractual (Convenio extraestatutario de 2002) se deben aplicar las condiciones más favorables y la repetida sentencia de la Audiencia Nacional, declara que las decisiones de la Comisión Paritaria del Convenio XVII deben aplicarse a los trabajadores adheridos al extraestatutario para que no se vean privados de un aumento salarial previsto, y se mantengan el resto de los complementos allí reseñados.

La consecuencia consiste en que los extraestatutarios participen del Fondo de Compensación de modificación de condiciones normativas "en las mismas condiciones que los demás trabajadores", que es textualmente lo resuelto por la Audiencia Nacional, en aras de la homogeneización de las retribuciones, lo cual - se insiste-, implica que los trabajadores adheridos al Convenio Extraestatutario no tengan derecho a cobrar una cantidad superior a la que perciben el resto de los trabajadores por el concepto objeto de discusión".

A esos argumentos se le puede añadir el de que no es correcto pretender la aplicación del Convenio Colectivo de afectación general y de las decisiones de su Comisión Paritaria sólo en lo que beneficia y pedir la aplicación del Convenio de afectación especial sólo en lo que lo mejora, pues esta Sala ha mantenido

siempre que no es correcta la técnica del espiguo de normas, sino que se debe aplicar la norma más favorable en su conjunto y cómputo anual, sin que quepa elegir la disposición más ventajosa de cada norma como en caso similar dijo esta Sala en su sentencia de 7 de diciembre de 2006 (RCO 122/05). Igualmente, funda la estimación del recurso el hecho de que el artículo 7 del Convenio Extraestatutario condiciona el reparto y la consolidación del FCMN a que se haya producido "una reducción de la masa salarial homogeneizada", condición que en el presente caso no se ha cumplido, cual ha dictaminado el Ministerio Fiscal y se deriva del contenido del fundamento cuarto de la sentencia recurrida.

TERCERO.- Por cuanto precede, ha de estimarse el recurso, casando y anulando la sentencia recurrida; y resolviendo el debate en suplicación, se estima en parte el recurso formulado, desestimando la demanda en relación al concepto de "Fondo de Compensación de Modificaciones Normativas", del que se absuelve a la recurrente; dejando subsistente el resto de sus pronunciamientos. Sin costas.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora Dª María Dolores Moreno Gómez en nombre y representación de Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE) contra la sentencia dictada el 23 de junio de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación núm. 1220/09, que casamos y anulamos; y estimando en parte el recurso de suplicación formulado, se desestima la demanda en relación al concepto de "Fondo de Compensación de Modificaciones Normativas", del que se absuelve a la recurrente; dejando subsistente el resto de sus pronunciamientos. Sin costas. 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.- Jesús Souto Prieto.- José Luis Gilolmo López.- José Manuel López García de la Serrana.- Rosa María Viroles Piñol.

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

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.



TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010/158803

TC Sala 2ª, Sentencia 19 julio 2010.
Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas

Legitimación activa de Colegio Oficial para impugnar resoluciones reglamentarias

El TC estima el recurso de amparo promovido por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid frente a sentencias que inadmitieron su recurso frente a la adjudicación de un contrato en materia urbanística por falta de legitimación activa. Entiende la Sala que se ha vulnerado el derecho de la persona jurídica recurrente a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia. Afirma que a la defensa de los intereses de los profesionales colegiados, pueden concurrir tanto los colegios profesionales, como los propios colegiados, cuando resulten individualmente afectados, y otras personas jurídicas, tales como sindicatos y asociaciones profesionales; por el contrario, cuando se trata de la representación y defensa de la profesión misma, esto es, del interés general o colectivo de la profesión, esa función representativa y de defensa, ante los poderes públicos, se ejerce por los colegios profesionales, bajo la nota de exclusividad o monopolio.



TS CIVIL

2010/122277

TS Sala 1ª, Sentencia 25 junio 2010.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Compensación de indemnizaciones derivadas de sendos ataques al honor en programa televisivo

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia

impugnada que, tras estimar la demanda y la reconvención al apreciar que los hechos constitutivos de una y otra suponían una clara intromisión en el derecho al honor del otro litigante por las expresiones proferidas por ambos en diferentes programas televisivos, declaró que no procedía abonar cantidad alguna por ninguno de ellos tras la compensación de las iguales cantidades indemnizatorias a que recíprocamente fueron condenados. El TS confirma que las expresiones proferidas no tienen justificación y suponen una intromisión en el derecho al honor dado que la información transmitida carece de relevancia pública al resultar carente de interés, tendente a satisfacer la mera curiosidad ajena, con una única finalidad de menosprecio que implica una falta de respeto a la dignidad de la persona.



TS PENAL

2010/84230

TS Sala 2ª, Sentencia 7 mayo 2010.
Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

Delito de falsedad en documento oficial: inscripción de obra nueva certificada por arquitecto

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delito de falsedad en documento oficial. Subraya el TS que la existencia de una falsedad punible depende, precisamente, de que afecte a elementos trascendentes "ad ultra", para probar hechos relevantes en el tráfico jurídico o susceptible de producir una prueba mendaz. Y resulta palmario que sin la certificación del técnico haciendo constar, no ya sólo la existencia de una construcción, sino también su antigüedad, por encima del plazo de prescripción, el registrador de la propiedad hubiera denegado la inscripción y, consecuentemente, la obra nueva no hubiera accedido al registro ni, consecuentemente, a la publicidad registral y los principios de presunción de exactitud y fe pública que, en materia de bienes raíces, son inseparables del tráfico jurídico inmobiliario y su valor patrimonial como bien circulante.

2010/84217

TS Sala 2ª, Sentencia 11 mayo 2010.
Ponente: D. Luciano Varela Castro

Indebida aplicación de los subtipos agravados de organización y notoria importancia en delito de tráfico de drogas

Desestimando el recurso de casación interpuesto por uno de los acusados, la Sala acoge parcialmente el formulado por la otra imputada, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos contra la salud pública y falsedad. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto el subtipo agravado de organización aplicado a la recurrente, pues su participación como correo se limitó a una sola importación, y ni se le imputa relación estable alguna con el otro penado, ni con otras de las personas que de manera estable prolongaron su actuación en relación con otros actos de tráfico. Y dada la cantidad intervenida a esta recurrente, tampoco cabe, una vez excluida su responsabilidad por razón de otros actos de tráfico, estimar aplicable el subtipo agravado de notoria importancia.



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/102674

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 25 mayo 2010.
Ponente: D. Antonio Martí García

Incumplimiento por la Administración de la obligación de hacer público el coste medio del INSALUD

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado y estima el recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria contra la SAN, que se revoca, anulando la resolución dictada por el Subsecretario de Sanidad y Consumo, que desestimó la solicitud de compensación económica por colaboración en la gestión de la SS, correspondiente a la prestación sanitaria dada a sus trabajadores durante los ejercicios 2004 a

2006, por contingencias comunes y accidente no laboral. La Sala considera inaceptable que una colaboración de décadas entre la recurrente y la Administración de la SS, pueda quedar extinguida por voluntad tácita de la Administración, sin comunicación expresa alguna, permitiendo al tiempo que la entidad colaboradora persista en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral, derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, sin recibir la contraprestación económica correspondiente, es decir, la participación en la fracción de la cuota correspondiente a tales situaciones y contingencias. Como se considera vigente el régimen de colaboración, y la Administración ha incumplido la obligación que se había impuesto de hacer público el coste medio del Insalud, pese a haber desaparecido, se puede determinar la cantidad a abonar partiendo del dato aportado del número de beneficiarios a los que se había asistido, debiendo acudir al importe de la deducción por asistencia sanitaria que viniera percibiendo la empresa hasta la entrada en vigor de la L 66/1997, determinada en función de los coeficientes reductores en la cotización fijados en el art. 14 Orden de 27 enero 1997, salvo que este importe fuese superior al coste medio del Insalud, pero como ese coste no es posible determinarlo, habrá que aplicar el coeficiente 0,09 de deducción que percibía la empresa en la cotización a la seguridad social y multiplicarlo por el número de beneficiarios.



TS SOCIAL

2010/122430

TS Sala 4ª, Sentencia 20 mayo 2010.
Ponente: D. Jordi Agustí Juliá

Inexistencia de vulneración de libertad sindical

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato accionante contra sentencia que rechazó su demanda de tutela de derechos fundamentales sobre nulidad de preaviso electoral. Señala la Sala que la falta de habilitación, en su caso, del sindicato demandado para promover elecciones sindicales, implicaría la anulación del proceso electoral de ser impugnado por el procedimiento ordinario, pero no puede reconducirse a una actuación atentatoria del derecho de libertad sindical del sindicato demandante, pues en nada limita la acción o actividad sindical de éste. Y, por otro lado, que la posible agrupación indebida de determinados centros de trabajo de la empresa code mandada, a efectos de la convocatoria de un único proceso electoral, está incardinada en la legalidad ordinaria.