



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 2886

Madrid, martes 26 de octubre de 2010



TS PENAL

2010/122304

TS Sala 2ª, Sentencia 9 junio 2010. Ponente: D. Joaquín Delgado García

Concurrencia de todos los elementos requeridos para apreciar el tipo delictivo de riesgo causado por sustancias explosivas

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de riesgo causado por sustancias explosivas y un delito de daños por imprudencia grave. Afirma el Alto Tribunal que si existieron daños importantes en muchas de las viviendas más o menos próximas al lugar de la explosión, es evidente que muchos cristales tuvieron que romperse y caer al interior de dichas viviendas, lo que ya por sí solo constituye un peligro concreto, si no para la vida, sí para la integridad física de sus ocupantes, con lo que en todo caso quedó cumplido este requisito de la figura de delito de riesgo del art. 348 CP 95.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento. La sentencia recurrida condenó a Raúl por la explosión que se produjo en las instalaciones que tenía Pirotecnia Calo S.L. en el lugar de Sollans, sito en el municipio de Teo (La Coruña), a las 6,26 horas del lunes 13 de febrero de 2006, empresa de la que era cotitular y dirigía de forma exclusiva en los aspectos técnicos y de la que era encargado. En la caseta C de tales instalaciones, autorizada para coquera y almacenamiento de materias primas inertes, estaba prohibido tener pólvora o productos pirotécnicos elaborados. En la tarde del viernes anterior, 10 de febrero, dejó allí:

a) 150 kilogramos de tales materias primas inertes (carbón, azufre, polvo de aluminio, nitrato potásico y perborato potásico) debidamente separados entre sí en diferentes dependencias para que no se mezclaran.

b) Cartones, varillas, cables y objetos varios que no contenían explosivo.

c) Un deshumificador eléctrico conectado para secar el baño exterior de un tipo de petardos que allí se guardaban. Todo esto estaba permitido tener dentro de tal caseta C, si bien el uso mencionado de ese deshumificador era incompatible con la presencia allí de productos pirotécnicos elaborados o de pólvora.

Esta última prohibición se incumplió en esa tarde del viernes 10.2.1006, porque en esa caseta C se dejaron para todo el fin de semana 250 kilogramos de pólvora, siendo 5 kilogramos la cantidad máxima autorizada para tener en cada una de tales casetas.

Tales 250 kilogramos son los que explotaron en la mencionada madrugada del lunes 13.2.2006, lo que destruyó por completo dicha caseta C, causó daños importantes en otras casetas de las mismas instalaciones, aunque no explotó el contenido de ninguna de estas otras.

Además, se produjeron daños materiales en un gran número de vi-

viendas de la zona, al menos en ochenta y cuatro (84), con rotura de cristales en múltiples casos; lo que puso en peligro la integridad física de quienes allí residían. En concreto se produjeron lesiones leves, por los restos de cristales que habían caído sobre la ropa de sus camas y en el suelo, una niña, Loreto, y Doña, Verónica, cuando estas trataban de salir o de auxiliar a otras personas en sus respectivas habitaciones tras la mencionada explosión. Los daños en esas edificaciones alcanzaron un valor mínimo de 239.683,53 €. Por estos hechos Raúl fue condenado por dos delitos:

1º. Uno del art. 348.1 y 3 C.P. (delito de riesgo) por haber contravenido las normas de seguridad establecidas en la fabricación o tenencia de explosivos poniendo en concreto peligro la integridad física de las personas, cometido por el director y encargado de la empresa; delito que se sancionó con 21 meses de prisión, multa de 18 meses y 20 € de cuota diaria e inhabilitación especial para estas actividades durante 9 años.

2º Otro del art. 267, daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 €, con la circunstancia atenuante de reparación del daño, por el que se impuso una pena de multa de 3 meses con la misma cuota diaria de 20 €. También fue acusada la esposa de Raúl, Vicenta (o Bárbara, que fue absuelta. Ahora dicho condenado recurre en casación por cuatro motivos.

SEGUNDO.- 1. Comenzamos examinando las cuestiones de hecho, lógicamente previas a las de carácter jurídico, refiriéndonos primero al motivo 3º, en el que se denuncia error en la apreciación de la prueba, acreditado -se dice- mediante documentos que obran en autos. Rechazamos lo que aquí se alega, porque no responde al mecanismo previsto en tal art. 849.2º para poner de manifiesto tal error. No se alega al respecto una prueba documental (o pericial) que contradiga algún hecho concreto de los afirmados como probados en el relato que nos ofrece la sentencia recurrida (o que pudiera servir para añadir algún dato importante); sino que se construye mediante el examen de una pluralidad de medios probatorios, lo que encaja mejor en el motivo 1º del presente

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Multa por no identificar suficientemente al conductor de vehículo sancionado 8

TS

CIVIL

Inexistencia de competencia desleal ante el requerimiento de violación de patente 9

PENAL

Concurrencia de todos los elementos requeridos para apreciar el tipo delictivo de riesgo causado por sustancias explosivas 1

Delito de estafa a través de inversión en negocio de telefonía 4

ADMINISTRATIVO

Tributación del IVA en el lugar donde radique el inmueble en las operaciones de multipropiedad 11

SOCIAL

Compatibilidad de pensiones de trabajador afiliado a dos regímenes distintos 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

recurso, en el que se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que examinamos a continuación.

2. Hemos de decir aquí que, si bien es cierto que cabe considerar como documento la prueba pericial en supuestos excepcionales, a estos efectos del art. 849.2º L.E.Crim., ello solo es posible cuando se trata de una sola prueba de esta clase o de varias coincidentes, nunca cuando, como aquí, existieron dictámenes diferentes no coincidentes entre sí en cuanto al tema debatido. Nos encontramos en un caso en el que hubo dos pericias, una del GEDEX (Equipo de Desactivación de Explosivos de la Guardia Civil) -folios 276 y ss., tomo 1-, y otra del Director Provincial de Área de Industria y Energía de la Administración del Estado (folios 645 y ss, tomo 3) -Sr. Patricio -, ambas complementarias entre sí; frente a una tercera aportada por la defensa de los acusados (folios 2691 y ss. -tomo 10-) emitidos por el ingeniero técnico de minas Sr. Ángel Jesús, que difiere de las otras dos en extremos esenciales. Véanse, entre otras muchas, las sentencias de esta sala 909/2007 de 31 de octubre, 844/2009 de 24 de julio y 1014/2009 de 27 de octubre.

3. Hemos de referirnos ahora de modo individualizado al apartado f) de este motivo 3º donde, por esta vía del núm. 2º del art. 849, se denuncian errores concretos con referencia al tema de las indemnizaciones. Se señalan cinco pretendidos documentos que habían de acreditar finiquitos o renunciaciones por haber sido indemnizados, respecto de otros tantos perjudicados por estos hechos.

Los documentos aptos para acreditar error en la apreciación de la prueba conforme al citado art. 849.2º L.E.Crim., han de reunir unas condiciones externas, en cuanto que por su forma hayan de considerarse auténticos (o fiables), y otras de carácter interno, esto es, que por su contenido sean válidos para poner de manifiesto la realidad de lo que con ellos se pretende. Pero las primeras han de examinarse con carácter previo, pues su ausencia impide que el documento tenga fuerza probatoria alguna. En el presente caso nos encontramos ante meras fotocopias, incluso en lo relativo a las firmas, sin que conste (ni siquiera se ha alegado) adopción alguna.

Además, tres de las cinco referidas renunciaciones o finiquitos se refieren a indemnizaciones respecto de las cua-

les la sentencia recurrida ha acordado dejar su determinación para ejecución de sentencia (págs. 33, 34 y 42), las que habrían de percibir Adriana, Luis y Juana.

TERCERO.- En el motivo 1º, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim., se alega, como acabamos de decir, infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 24.2 C.E. en su apartado relativo al derecho a la presunción de inocencia. Las cuestiones aquí suscitadas -tanto en este motivo como en el 3º- aparecen resueltas de modo correcto y minucioso en el fundamento de derecho 1º de la sentencia recurrida en sus páginas 7 a 17.

Contestamos en los términos siguientes:

A) En primer lugar decimos que la sala de instancia, valorando la mencionada prueba pericial, se inclina por dar crédito a lo que informaron los dos mencionados organismos oficiales (GEDEX y Dirección Provincial de Industria y Energía -D. Patricio-) frente a lo dictaminado por el ingeniero de minas D. Ángel Jesús, principalmente por el contenido de tales informes que se van desgranando a lo largo de tales once páginas, y también ofreciéndonos al respecto argumentos genéricos, como la mayor imparcialidad de los referidos organismos públicos y la circunstancia de la proximidad temporal de aquellos dos primeros informes que se realizaron a raíz del suceso que estamos examinando, particularmente el emitido por la Guardia Civil que tuvo que acudir al lugar de los hechos ante la alarma producida por la virulencia de la explosión.

B) En concreto, es evidente lo que nos dice la sentencia recurrida en cuanto que la explosión inicial (e importante, la única que en realidad nos interesa) se produjo en la caseta C, punto en el que están de acuerdo los tres mencionados informes; parece que después se produjeron otras explosiones menores.

C) Aparece bien razonado por la sala de instancia el hecho de que tal explosión inicial fue la única importante que se produjo. Queda bien precisada la distinción entre explosión y deflagración. La primera que se refiere al estallido de los 250 kilogramos de pólvora que indebidamente tenía el acusado Raúl en la mencionada caseta C. Las deflagraciones (acción de arder súbitamente con llama y sin explosión) tuvieron lugar en la propia caseta C y en otras más

donde había variados objetos que quedaron destruidos por la acción del fuego que fue causado por aquella explosión única. Tal explosión se extendió a diferentes objetos inflamables, incluso algunos con pólvora en pequeñas cantidades, como la que se encontraba en los cohetes y petardos que producirían esas otras explosiones menores e irrelevantes que ya no ocasionaban alarma alguna.

D) La referida cantidad de pólvora aparece en los hechos probados de la sentencia recurrida (pág. 4) con el calificativo de aproximada, tomada del informe del GEDEX que en su conclusión novena (folio 279) habla de "alrededor de 250 kg.". Es la cantidad calculada por este equipo de la Guardia Civil, tres de cuyos miembros fueron a declarar como peritos al juicio oral (folios 425 a 427), donde manifestaron que dijeron esa cuantía sobre la base de lo que habían oído manifestar al representante y director de Pirotecnica Calo S.L., el condenado ahora recurrente. En realidad la cantidad concreta de explosivo (pólvora) que pudiera existir indebidamente almacenada es un dato prácticamente irrelevante.

Lo que importa es que tuvo que ser una cantidad grande en base al ruido que produjo esa explosión inicial -alarmó a la población e hizo acudir con urgencia a la Guardia Civil y bomberos- y a que dejó en el lugar donde antes había estado la caseta C un cráter de gran tamaño, como dijo GEDEX en su informe y puede apreciarse por algunas de las fotografías aportadas a los folios 273 a 280 (fotos 1 y 9), cráter que midió 7,5m x 5m x 1,5m (folio 277), ocasionando la destrucción total de dicha caseta C de la que quedaron en pie solo dos columnas. La caseta medía 12m x 4,3m x 3m con paredes construidas con ladrillo revestido de mortero de cemento y material sintético, con cubierta de fibrocemento. Ello revela un dispositivo de pólvora en cantidad muy superior, desde luego, a aquella que pudiera estar autorizada en consideración al destino de la caseta y a su distancia a las viviendas próximas. Sobre las disposiciones reglamentarias vulneradas informó el dictamen oficial del referido Delegado Provincial D. Patricio (en particular, folios 647 y 648, tomo 3).

E) Quedó claro asimismo que era el propio Raúl la única persona que tenía a su cargo el emplazamiento, dentro de las diferentes instalaciones de la empresa, de los materiales con lo que se fabricaban los productos

pirotécnicos, tal y como lo declaró el propio acusado. Su esposa, Vicenta (o Bárbara, y la empleada que allí trabajaba, Sra. Micaela, se dedicaban a otros menesteres diferentes. Por ello la primera fue absuelta y la otra ni siquiera fue acusada.

F) También hubo acuerdo de las partes en cuanto al hecho de que necesariamente tuvo que haber un incendio que fuera la causa inmediata de la explosión. No así en cuanto a la determinación concreta de tal causa. La sentencia recurrida dijo proceder de un aparato eléctrico de deshumificación que se utilizaba para secar los petardos que se cubrían en su fabricación con una pequeña capa de agua mezclada con pólvora, aparato que se dejó funcionando el viernes por la tarde (10.2.2006), siendo en la madrugada del lunes siguiente, día 13, cuando se produjo la tan repetida explosión. Esto se impugna en el presente recurso. Pero, como bien dice la sentencia recurrida (pág. 15) cuál fuera el origen concreto del incendio es un dato irrelevante. Lo importante es que ese lugar, caseta C, que estaba destinado a cochera y a almacén de materias primas inertes, esto es, no explosivas, había, como ya hemos razonado (apartado D), pólvora en cantidad importante. No obstante, conviene poner aquí de relieve que la sentencia recurrida, al aceptar como cierta esta posibilidad del cortocircuito o fallo en el referido deshumificador, lo basa en una argumentación razonable, lo que se desarrolla en el apartado 7 del citado fundamento de derecho 1º (págs. 15 a 17) que no es necesario repetir aquí.

G) Nos dice la defensa de Raúl en el desarrollo de estos dos motivos 1º y 3º, que se vulneró el derecho a la presunción de inocencia al haberse tenido como probada la existencia de peligro concreto para la integridad física de las personas. Impugna en concreto que el tribunal de instancia diera valor a las manifestaciones de dos testigos en el juicio oral, Verónica, madre de Heraclio, y una menor Loreto, hija de Everardo, siendo estos Carlos María y Everardo dos de los que han actuado en este procedimiento como acusadores, y aduciendo al respecto una serie de razones en contra de la tesis de la sentencia recurrida que dio validez a lo declarado por estos dos testigos que como tales acudieron al juicio oral y declararon haber resultado levemente lesionados en sus manos y pies al haber entrado en contacto con restos de los cristales que se habían roto como consecuencia de la referida explo-

sión (folio 396 del rollo de la Audiencia Provincial). Contestamos diciendo simplemente que hemos comprobado la realidad de tales dos manifestaciones en el acto solemne del plenario, así como que nada de lo alegado al respecto por la defensa del recurrente puede servir para invalidar esos medios de prueba que se practicaron con todas las garantías propias de dicho acto; siendo precisamente estos medios de prueba de carácter personal aquellos sobre los cuales el deber o carga de su valoración impide que en un recurso devolutivo (apelación o casación) pueda rectificarse el criterio adoptado por la sala de instancia.

Por otro lado, añadimos nosotros que, si existieron daños importantes en muchas de las viviendas más o menos próximas al lugar de la explosión, es evidente que muchos cristales tuvieron que romperse y caer al interior de dichas viviendas, lo que ya por sí solo constituye un peligro concreto, si no para la vida, sí para la integridad física de sus ocupantes, con lo que en todo caso quedó cumplido este requisito de la figura de delito de riesgo del art. 348 C.P. Desestimamos los motivos 1º y 3º.

CUARTO.- En el motivo 2º, con base procesal en los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim., se alega de nuevo infracción de precepto constitucional ahora con relación al derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías, reconocidos en el art. 24.2 C.E. Se dice que fue infringido el principio acusatorio por la carencia de legitimación activa de las acusaciones pública y particulares para ejercer la acusación por el delito del art. 267 CP, daños superiores a 80.000 • causados por imprudencia grave, solo perseguibles mediante denuncia del agraviado. Son varias las cuestiones aquí planteadas y que hemos de contestar:

A) En primer lugar hemos de decir que, tal y como consta en la Sección I del atestado con el que comenzaron estas actuaciones (folios 11 a 265 -Tomo 1-), muchos de los perjudicados por estos hechos comparecieron ante el Puesto de la Guardia Civil de Villaolvido (La Coruña) y formularon allí la correspondiente denuncia por los daños ocasionados en sus respectivas viviendas, con lo cual hay que entender que quedó cumplido el requisito de procedibilidad exigido para estos delitos; y una vez iniciadas las actuaciones procesales por el Juzgado de Instrucción competente, el Ministerio Fiscal, llegado el momento procesal oportuno ya está legitimado para ejercitar la correspondiente acción penal por todos los daños derivados de los mismos hechos, conforme a lo dispuesto en los arts. 105 y ss. LECrim., aparte del derecho que ha de reconocerse en favor de cada uno de tales perjudicados para actuar en calidad de acusadores particulares, como aquí ocurrió con algunos de estos.

B) El hecho de que hayan podido existir algunos errores en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal respecto de las cantidades a indemnizar por este suceso, e incluso en el auto de apertura del juicio oral, carece de relevancia, ya que, como bien dice el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del presente recurso, el tribunal de instancia eliminó las duplicidades existentes y siempre respetó los límites derivados de las peticiones concretas efectuadas.

C) Además, dicho tribunal dejó para el trámite de ejecución de sentencia la fijación de algunas de tales indemnizaciones a través del correspondiente incidente contradictorio previsto en la regla 1ª del art. 794 LECrim., en concreto respecto a los nueve perjudicados que se precisan en el fallo (apartado 4.B).

D) Alega aquí el escrito de recurso que las actuaciones particulares carecen de legitimación activa para acusar por este delito de daños por imprudencia grave del art. 267, en cuanto que su valoración, respecto de cada uno de ellos, no supera la cifra de 80.000 € que requiere esta última norma como uno de los elementos constitutivos de tal delito. Tal pretensión ha de rechazarse, también de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal. Cuando, como en el caso presente, hubo una sola acción u omisión delictiva, productora de daños a diferentes perjudicados, han de sumarse todos ellos para determinar si se alcanza o no esa cuantía. Los hechos probados de la sentencia recurrida dicen que, al menos, los daños de los edificios afectados por la explosión alcanzaron la cifra de 239.683,53 € (pág. 4).

E) Asimismo se dice en este motivo 2º que la imposición de una cuota diaria de 20 euros para la pena de multa es ilegítima, ya que supera los 12 euros solicitados por el Ministerio Fiscal; pero existieron como parte en el procedimiento acusadores particulares que solicitaron esos 20 euros; véase, por ejemplo el folio 2249 (tomo 9); como acabamos de decir, no hay razón para excluir a las acusaciones particulares como autorizadas para actuar en el presente procedimiento: hay que sumar la totalidad de los daños para ese cómputo de los 80.000 €. Fue respetado el principio acusatorio en este particular extremo.

Desestimamos este motivo 2º.

QUINTO.- El motivo 4º, único que nos queda por examinar, tiene su fundamento procesal en el art. 849.1º L.E.Crim. Se denuncian aquí diferentes errores en la aplicación de la norma jurídica. En estos casos, es obligado el respeto a los hechos probados de la sentencia recurrida por lo dispuesto en el art. 884.3º L.E.Crim., según doctrina reiterada de esta sala. Como son de contenido diferente los distintos apartados que

en este motivo 4º se desarrollan, nosotros a continuación vamos a examinarlos de modo separado.

SEXTO.- En el apartado a) de este motivo 4º se alega aplicación indebida del art. 348 CP. Entendemos que no tiene razón el recurrente, que no respeta en su argumentación los mencionados hechos probados.

Concurren en tales hechos probados todos los elementos requeridos en tal art. 348 para sancionar por esta particular figura de delito de riesgo:

1º. Los hechos ocurrieron en el desarrollo de alguna de las actividades que se relacionan con carácter alternativo:

- Fabricación.
- Manipulación.
- Transporte.
- Tenencia.
- Comercialización.

En el caso presente existieron dos de tales actividades: fabricación y tenencia.

2º. Esas actividades han de referirse a alguno de los objetos que también relaciona este art. 348 de modo alternativo:

- Explosivos.
- Sustancias inflamables.
- Sustancias corrosivas.
- Sustancias tóxicas.
- Sustancias asfixiantes.

- Cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos.

Aquí nos encontramos ante fabricación y tenencia relativas a explosivos, como lo es la pólvora.

3º. Contravención de las normas de seguridad establecidas.

La caseta C donde se produjo la explosión, no reunía las condiciones de seguridad para tener allí depositada una cantidad importante de pólvora. Era una caseta destinada a cochera y almacén de materias primas inertes y no podía contener pólvora ni productos pirotécnicos elaborados: no era un polvorín (hechos probados de la sentencia recurrida, pág. 3). Era incompatible tener en dicho lugar 250 kilogramos de pólvora y además el mencionado deshumificador eléctrico que el acusado dejó ese fin de semana conectado para secar petardos (hechos probados, pág. 4).

4º. Peligro concreto para la vida, integridad física o salud de las personas, o para el medio ambiente. Como ya se ha dicho, había peligro de que

una explosión al menos produjera una rotura de cristales en las viviendas próximas, que al caer en el interior ya rotos pueden lesionar a las personas, como realmente aquí ocurrió, aunque solo se produjeron pequeños cortes o pinchazos (hechos probados, pág. 4). Lo importante es el peligro, no el daño concreto producido.

5º. El sujeto activo de este delito fue el director de Pirotecnia Calo S.L., por lo que fue correctamente aplicado el apartado 3 de este art. 348 que ordena imponer en su mitad superior las penas del 348.1, introducido por L.O. 4/2005. Tal L. O. 4/2005 modificó este art. 348 con el fin de evitar que estas materias explosivas fueran utilizadas en acciones terroristas, como bien nos dice el escrito de recurso. Pero, una vez modificada, su aplicación ha de tener lugar siempre que concurren los diferentes elementos constitutivos de la infracción o de alguna agravación específica (tipo cualificado). Incluso cabe decir que los explosivos que estaban en esa caseta C eran fáciles de sustraer por una banda terrorista. Fue bien aplicado al caso el art. 348.1 y 3 C.P.

SÉPTIMO.- En el apartado b) de este motivo 4º, se dice que hubo aplicación indebida del art. 267. No remitimos a lo ya dicho antes a propósito de la cuantía de los 80.000 € y respecto de la necesidad de denuncia para perseguir este delito, que son los extremos que se tratan en el desarrollo de este apartado b).

OCTAVO.- En el apartado c) de este mismo motivo 4º se alega infracción de ley por no haberse aplicado al delito del art. 348 de la circunstancia atenuante 5ª que se reconoció para el del art. 267. A este tema se refiere el fundamento de derecho 5º de la sentencia recurrida. Entendemos que cabe apreciar esta atenuante de reparación de los efectos de la infracción en el delito de resultado del 267, pero no en el del 348, que es delito de mero riesgo, que por ello no prevé el daño como elemento del tipo; es decir, en estos delitos no hay daño que reparar; si este se produce ha de concretarse en la figura de imprudencia, y es respecto de esta donde cabe hablar de tal reparación. Así lo hizo concretamente la sentencia recurrida.

NOVENO.- Por último, vamos a referirnos al apartado d) de este motivo 4º en el que se impugna la cuantía de 20 • de cuota diaria para las penas de multa impuesta a Raúl, con base en dos argumentos:

A) Se dice que tales cuotas diarias han sido impuestas arbitrariamente y ciertamente esto no es así. Para comprobarlo basta examinar el apartado B) del fundamento de derecho 6º de la sentencia recurrida (pág. 22 y 23), donde se razona bien sobre tal cuantía en base a que este señor es propietario de una empresa en funciona-

miento y se añade que esos 20 € diarios son una tercera parte de los ingresos mensuales, siendo además esta cuota diez veces más de la cuota mínima (2 €) y veinte veces menos de la máxima (400 €), según lo dispuesto en el art. 50.4 C.P.

B) Se aduce aquí también la aportación de unos documentos que allí se indican como efectivamente aportados a los folios 380 y ss. del rollo de la Audiencia Provincial. Pero cuando el motivo del recurso, como aquí ocurrió, se funda en el núm. 1º del art. 849 no cabe hacer alegaciones relativas a la prueba: hay que respetar los hechos probados de la sentencia recurrida. Desestimamos también este motivo 4º.

DÉCIMO.- Conforme al art. 901 L.E.Crim., hay que condenar al recurrente al pago de las costas de su recurso.

FALLO

No ha lugar al recurso de casación formulado por Raúl contra la sentencia que le condenó por los delitos de riesgo por explosivos y daños por imprudencia grave, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña con sede en Santiago de Compostela, con fecha 28 de octubre de 2009, imponiendo a dicho recurrente el pago de las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- Francisco Monterde Ferrer.- Joaquín Delgado García.- Luciano Varela Castro.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

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

2010/145110

TS Sala 2ª, Sentencia 21 junio 2010. Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

Delito de estafa a través de inversión en negocio de telefonía

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito de estafa. Considera acreditado la Sala que se ha producido un engaño de la perjudicada, toda vez que el acusado aprovechó, conjuntamente con los otros dos acusados, la confianza generada

por la aparente existencia y el pretendido éxito de un negocio de telefonía para obtener de la misma la entrega de una importante suma de dinero como participación en dicho inexistente negocio, trama llevada a cabo por el recurrente con la finalidad de engañar, y que dio lugar a un insuperable error en la perjudicada que la llevó a efectuar la disposición tan perjudicial para su patrimonio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE D. Eutimio:

PRIMERO.- El primero y único motivo se formula por infracción de ley y de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 24 CE por considerar infringido el derecho a la presunción de inocencia.

1. Alega el recurrente que no existió engaño, ya que se implicó en garantizar la inversión de 40.000 euros de Dª Begoña, para lo cual se dirigió a sus socios D. Leovigildo y D. Teodulfo, quienes le entregaron tres pagares por tal cantidad, y con esa garantía le libro él los cuatro pagares por igual cantidad a Dª Begoña, implicándose mas allá de lo exigido, pues, al no haber cobrado los que le entregaron, tampoco pudo hacer frente a los que él libro. Y entiende que hasta que no se acredite judicialmente la falta de fondos de los pagares, pues no se han ejercitado las acciones para su cobro, no es posible la existencia de la estafa.

Igualmente sostiene que no hay incremento de su patrimonio, pues no se ha quedado con dinero alguno. Cuando cobró el cheque por los 40.000 euros en la Banca March, acudió con sus socios a Bankinter, entregando el dinero a D. Leovigildo que ingresó en la cuenta de la empresa "The Direct Call Corp.", 34.000 euros, quedándose con 6.000 en efectivo, lo cual se comprueba por los movimientos de cuenta de la empresa y la declaración de D. Teodulfo.

2. La jurisprudencia ha venido repitiendo que 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 efectuada 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:

- a) una prueba de cargo suficiente,
- b) constitucionalmente obtenida,
- c) legalmente practicada,
- y d) racionalmente valorada.

Pero ello no supone suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas con inmediación, 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 otra parte, la declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil en principio, para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Encuadrable en la prueba testifical, su valoración corresponde al Tribunal de instancia que con creencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la intermediación a través de la cual el Tribunal de instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial (Cfr. STS de 23-3-2010, núm. 231/2010).

La credibilidad de la víctima es una apartado difícil de valorar por la Sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba pero en su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el sentido de cargo que tiene, así como sobre la racionalidad de la convicción manifestada por el Tribunal sentenciador de instancia. Por ello el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como normalmente sucede en hechos como el enjuiciado, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, que no exigencias (STS de 15-4-2004), como son los de ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.

Respecto al criterio de la incredibilidad, como señala la sentencia de 23 de septiembre de 2004, pueden

señalarse dos aspectos subjetivos relevantes:

a) Las propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones (sentencia de 11 de mayo de 1994).

Por lo que a la verosimilitud del testimonio se refiere y siguiendo las pautas de la citada sentencia de 23 de septiembre de 2004, aquella, la verosimilitud, debe estar basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:

a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (sentencias de 5 de junio de 1992; 11 de octubre de 1995; 17 de abril y 13 de mayo de 1996, y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECr.), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya

comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

Por último, en lo que se refiere a la persistencia en la incriminación, y siguiendo la doctrina de la repetida sentencia, supone:

a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones» (sentencia de 18 de junio de 1998).

b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

En todo caso los indicados criterios no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que estos factores de razonabilidad valorativos representen.

3. Correspondientemente, el motivo ha de decaer, ya que la convicción del Tribunal a quo se sustenta en pruebas de cargo legítimamente obtenidas que contrarrestan el derecho de presunción de inocencia invocado. La Sala de instancia en sus fundamentos jurídicos primero y segundo destaca que ha contado con la prueba testifical de la perjudicada, la cual narró al Tribunal su interés por invertir en un espectáculo circense en las Islas Canarias, y que trabó conocimiento con el recurrente por virtud de la relación sentimental de éste último con una persona de la misma nacionalidad que la perjudicada, esto es, rusa. El recurrente aparecía, así pues, como el único contacto primigenio de la perjudicada con la isla de Gran Canaria.

Explicó la perjudicada al Tribunal a quo que el recurrente se presentó a sí mismo como un hombre de negocios, y que le ofreció un negocio rentable mientras se verificaba la consecución del negocio del espectáculo al que la perjudicada pensaba dedicarse, negocio incardinado en el sector de las telecomunicaciones.

Contó a la Sala de instancia, asimismo, que le propuso invertir cua-

renta mil euros, merced a cuya inversión obtendría la perjudicada un beneficio económico a corto plazo.

Explicó la perjudicada al Tribunal a quo que el recurrente y acusado aparecía, efectivamente, como un hombre de negocios, que la puso en contacto con los otros dos acusados, los cuales según manifestó ante la Sala de instancia, causaban impresión de seriedad y de ser personas expertas en el sector de las telecomunicaciones, llegando incluso a entregar a la perjudicada documentación del sector y haciendo ante la misma lo que parecían ser demostraciones de utilización de terminales.

El recurrente hizo entrega, en efecto, a la perjudicada de diversa documentación, en lengua francesa y que al parecer venía a referir el interés del gobierno mauritano en una pretendida liberalización de su sector de telecomunicaciones, tras todo lo cual la misma llegó al convencimiento de la seriedad de la operación financiera propuesta por el mismo. Para aumentar la seguridad de la perjudicada en el pretendido éxito del imaginario negocio africano, el recurrente mostró a la misma unos pagarés, firmados por los otros acusados, afirmando que la suma que representaban derivaba de ganancias ya obtenidas en el negocio propuesto.

En cuanto a la relación entre acusado y víctima, no se deduce de lo actuado la menor probabilidad de sesgo del testimonio de la perjudicada que pudiera derivar de una animadversión, ni de circunstancias objetivas que permitan sospechar de falta de veracidad.

En cuanto a la persistencia incriminatoria, no existen razones para entender que la perjudicada ha ido cambiando de versión.

En cuanto a la existencia de circunstancias objetivas de corroboración del testimonio, hemos de venir con el Tribunal a quo que las mismas son varias y más que suficientes para reforzar la verosimilitud de la declaración de la perjudicada.

En efecto, la Sala cuenta con prueba documental que advierte la realidad de la entrega de dinero denunciada por la perjudicada, así como los efectos que, impagados en su día, fueron mostrados por el recurrente a la perjudicada en orden a apaciguar sus razonables sospechas de probable incumplimiento.

Contó la Sala, además, con el testimonio claramente corroborador de la propia esposa del recurrente, que actuó como testigo en el juicio oral, la cual afirmó ante dicho Tribunal que la perjudicada se avino a la entrega de las sumas solicitadas a la vista de los pagarés exhibidos por su esposo.

El Tribunal a quo precisa que av-

un lado, el hecho de que nunca se firmase con ella, como hemos indicado, un contrato de sociedad. Los cuarenta mil euros los aportó sin que se le reconociese o se le otorgase una parte del capital en la mercantil y de hecho, cuando posteriormente firma un documento con Eutimio, el 25 de mayo de 2006, folios 35 y ss., lo que se le otorga es el diez por ciento de los beneficios, si estos superan los cuarenta mil euros, pero no se prevé que participe, en modo alguno, en un negocio que pudiera perder dinero. Es más, en dicho documento se le garantiza, incluso, la devolución de los cuarenta mil euros mediante la entrega de unos pagarés lo que no tiene sentido alguno si lo que se le proponía, como afirman los acusados, era participar en una empresa que, como todas, siempre es incierta.

Pero es que otra prueba que avala las afirmaciones de la querellante en cuanto a que ella lo que se le ofreció para que aportase el dinero fue la obtención de importantes ganancias, es el hecho de que el acusado, Eutimio, antes de obtener los cuarenta mil euros, le mostró a Begoña unos pagarés, folio 71, emitidos por Direct Call, y debidamente firmados por los otros dos acusados, justamente por ese mismo importe, y que, le dijo, constituían las ganancias que ya obtenía, pagarés cuya exhibición a Begoña queda fuera de toda duda pues incluso así lo reconoció Gracia, esposa de Eutimio, que expresamente en el plenario admitió que esos documentos se le mostraron antes de que ella le entregase el dinero (con lo que queda carente de prueba la afirmación de su esposo de que tales pagarés eran una especie de recibí contra la entrega de los cuarenta mil euros, máxime si observamos que su fecha de emisión, en todos ellos, es anterior al día del ingreso de los 34.000 euros en la cuenta de Direct Call, folio 197) y que además se le mostraron para que estuviese protegida, protección que, repetimos una vez más, era del todo innecesaria si lo que realmente se le proponía era participar en un negocio.

Y sobre la existencia del engaño, sale al paso de las objeciones del recurrente, diciendo la Sala de instancia que se nos podría decir que no existió tal engaño por cuanto que a Begoña se le entregaron, por Eutimio, en mayo de 2006 cuatro pagarés, por un total de 40.000 euros que nunca fueron presentados al cobro, y con los que, por tanto, pudo haber recuperado su inversión. Más lo cierto es que el propio acusado en su declaración en Instrucción, folio 75, ya indicó su nula intención de atender estos pagarés porque no tenía dinero en su banco (de hecho aunque la querella se interpuso antes de su vencimiento pudo, perfectamente, si esa era su intención, abonar el importe de los mismos) y esa falta de intención de atender los pagarés fue ratificado por su esposa que en el plenario afirmó que ya en junio Begoña se puso en contacto con ella y

Eutimio para obtener la devolución del dinero y le expresaron su negativa a acceder a tal pretensión.

La razonabilidad de las inferencias y conclusiones de la Sala de instancia, a partir de las pruebas practicadas lleva a rechazar la infracción del derecho constitucional invocado.

El motivo ha de ser desestimado.

RECURSO DE D. Leovigildo:

SEGUNDO.- El primer motivo se formula, al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 24 CE por considerar infringido el derecho a la presunción de inocencia.

1. Se sostiene que la condena se sustenta en indicios o pruebas indirectas como la existencia de unos pagarés donde no consta su firma, la cual ni por sí misma ni unida a otros indicios, resulta suficiente para un fallo condenatorio. La disposición patrimonial se realiza a favor de D. Eutimio, y la única relación del recurrente con los hechos fue constituir una empresa con D. Teodulfo ocupándose de las cuestiones técnicas, encargándose de la parte comercial D. Eutimio, quien, como consta, era el que recibiría una comisión por la aportación de inversores.

2. Además de dar por reproducido cuando dijimos en relación con el motivo similar del anterior recurrente, sobre las declaraciones de la denunciante y de la prueba documental aportada, añadiremos que el Tribunal a quo destaca -en su fundamento jurídico primero- que fue la apariencia de hombre de negocios de Eutimio, así como la seriedad de los restantes acusados, especialmente Leovigildo, quien tuvo reuniones con ella, lo que movió a Begoña a la entrega de los 40.000 euros, 34.000 de los cuales fueron ingresados en la cuenta de "Direct Call", de la que el acusado era socio; y -en su fundamento jurídico segundo- se hace constar que la participación de Leovigildo es igualmente relevante y evidente, como la persona encargada de exponer los aspectos técnicos de la operación e incluso hacer demostraciones a Begoña del funcionamiento del sistema de telefonía y de aclararle cuantos aspectos son necesarios para que llegara a creer que el negocio existía y funcionaba. El propio recurrente reconoce en el acta de la Vista que mantuvo reuniones con Begoña y con los otros acusados, yendo de viaje a Holanda con la misma. Se ocupaba en la empresa, en efecto, el acusado de sus aspectos técnicos, pero esa apariencia de técnico serio -y del proyecto en que participaba-, fue determinante para la entrega del dinero por parte de D^a Begoña.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- Como segundo motivo se articula infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr.,

por aplicación indebida de los arts. 248. y 249, en relación con el art. 250 CP.

1. Se alega que no se ha probado la existencia de los elementos propios del delito de estafa, especialmente el engaño, en cuanto que el dinero se entregó por D^a Begoña a D. Eutimio, en virtud de una relación de confianza con la empresa, en la que el recurrente no tenía capacidad alguna de gestión o dirección.

2. Conforme a la doctrina de esta Sala entre los elementos configuradores del delito de estafa hay que enumerar:

1º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno.

2º) Dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.

3º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

4º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, sea producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohesiona la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial a sí misma o a un tercero, no

siendo necesario que concurran en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

5º) Ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del CP, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la imputación a título de imprudencia.

6º) Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo subsequens, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

3. En el supuesto de autos observamos que se verifica la concurrencia de todos y cada uno de los antes reseñados elementos del delito de estafa.

En efecto, se ha producido según la resultancia fáctica un engaño de la perjudicada, toda vez que como se desprende de la misma el acusado aprovechó, conjuntamente con los otros dos acusados, la confianza generada por la aparente existencia y el pretendido éxito de un negocio de telefonía para obtener de la misma la entrega de una importante suma de dinero como participación en dicho inexistente negocio, trama llevada a cabo por el recurrente con la finalidad de engañar, y que dio lugar a un insuperable error en la perjudicada que la llevó a efectuar la disposición tan perjudicial para su patrimonio.

El engaño de autos consistió, por tanto, en la apariencia de normalidad del negocio jurídico consistente en una pretendida actividad empresarial en el sector de las telecomunicaciones.

El engaño referido ha de ser conceptualizado como bastante para inducir a la perjudicada a efectuar la operación financiera de la que se produciría el perjuicio económico sufrido por la misma.

Sin duda podemos afirmar que la maniobra defraudadora realizada por el recurrente, revistió apariencia de seriedad.

Por otra parte, en el ámbito en que se producen las operaciones de autos, podemos afirmar que la perjudicada desplegó la diligencia exigible en el caso concreto (Cfr. STS 956/2003, de 26 de junio), al efectuar la disposición una vez comprobado erróneamente el funcionamiento del negocio y contando con la falaz garantía de unos efectos mercantiles que no serían jamás atendidos, todo ello en un marco de relación que debe tener en cuenta teniendo en cuenta la proximidad ya existente con el acusado Eutimio y el ofrecimiento de avales, con lo que no puede aceptarse la afirmación del motivo relativa a la inidoneidad abstracta de la maniobra defraudatoria.

No puede por otro lado afirmarse que el error se haya producido de modo independiente de la maniobra defraudatoria, sino que por el contrario resulta patente que es esta actuación del acusado la que como correlato natural y directo produce el referido error, base del perjuicio causado.

El desplazamiento patrimonial es evidente, y no es discutido en el motivo, si bien se enfoca su causa y efectos desde un punto de vista diametralmente opuesto al de la acusación.

En cuanto a la existencia de ánimo de lucro en el recurrente, podemos afirmar que deriva de la propia naturaleza de las cosas que la actuación perjudicial del acusado estuvo guiada, desde un primer momento, por el deseo de enriquecerse torticeramente a costa del patrimonio de la perjudicada.

El Tribunal a quo pone de manifiesto que no existe el plan de negocios que los acusados, todos, dicen que se mostró a la querellante. No existe, pues no consta en autos, contabilidad alguna de Direct Call que demuestre que haya gastado el dinero en operaciones tendentes a la puesta en marcha del mismo. Lo único que se ha aportado es un extracto de cuenta del que sólo se puede deducir que, entre abril de 2006 y junio de ese año se gastaron, mediante cheques, pagarés, transferencias y recibos los 34.000 euros sin que se conste que un solo céntimo se haya dedicado a ese negocio con tantas expectativas, para el que ni siquiera se ha demostrado que se haya adquirido material o se hayan solicitado las oportunas autorizaciones o licencias, ante lo cual la única justificación aportada por los acusados es que el dinero se empleó en comidas, reuniones, en alquilar un chalet en Mauritania y en gestiones diversas que, repetimos, no consta que tuviesen relación alguna con la empresa que ellos presentaron a la querellante. Así, hay que entender, que no sólo no existe nada de eso sino que, además, los acusados nunca tuvieron la menor intención de desarrollar el negocio y cumplir con sus propuestas, pues es esa total ausencia de la

más mínima gestión acreditada, tendente a su puesta en marcha, la falta de intención de hacer frente a los pagarés que se le mostraron a Begoña, y esa total ausencia de control del dinero, así como, incluso, la falta de justificantes que nos permitan saber qué parte del dinero entregado por aquella, llegó finalmente a la cuenta de Direct Call, lo que demuestra que lo único que pretendían era hacerse con la suma mencionada e incluso con cantidades superiores que le fueron reclamadas a la querellante y que, sin embargo, ésta ya no facilitó.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

RECURSO DE D. Teodulfo

CUARTO.- El primer motivo se configura, al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 24 CE, por considerar infringido el derecho a la presunción de inocencia.

1. Para el recurrente, resultando cierto que la disposición patrimonial se realizó a favor de D. Eutimio, en virtud de una supuesta relación de confianza, debiendo tenerse en cuenta que los pagares, presuntamente firmados por él, no resultan significativos o suficientes a efectos del engaño requerido.

2. Remitiéndonos a cuanto dijimos en relación a los motivos coincidentes de los corcurrentes, en cuanto a las manifestaciones de la víctima y las corroboraciones documentales y testificales de lo por ella manifestado, añadiremos, con la Sala de instancia, que, en cuanto a Teodulfo, aunque, como él mismo alegó, y como reconoció Begoña, no estuvo presente en la mayor parte de las conversaciones, consideramos que su participación en los hechos es igualmente determinante no sólo por ser la persona que recibió el dinero procedente de la víctima (en el juicio indicó que percibió veinte mil euros de manos de Eutimio que, necesariamente, procedían de la suma que previamente a éste le había facilitado Begoña) sino porque, además, él mismo admitió que fue quien le facilitó la escasa documentación, en francés, que se ha demostrado que existe del supuesto negocio; que en realidad no viene a ser más que un informe relativo al interés de las autoridades mauritanas por liberalizar el sector de las telecomunicaciones en dicho país, pero que no refleja ni la concesión de una licencia ni la existencia de un proceso dirigido a ella a favor de Direct Call, y firmó, junto con Leovigildo los pagarés (folio 71), que sirvieron para hacer creer a Begoña que, realmente, con la entrega del dinero iba a lograr un importante beneficio económico o que, por los menos, no iba a perder nada; careciendo del más mínimo soporte probatorio su alegación respecto de que dichos pagarés, cuyas firmas han sido reconocidas como auténticas, pudieron serle "sustraídas".

En consecuencia, no pudiéndose entender conculcado el derecho fundamental invocado, el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- El segundo motivo se articula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr., por aplicación indebida de los arts. 248. y 249, en relación con el art. 250 CP.

1. Se alega que no se ha probado el requisito del engaño, ni que este no podía o no quería cumplir la contraprestación, tanto mas cuanto su ingreso en prisión pudo frustrar cualquier actividad en este sentido.

2. Coincide la alegación con el segundo motivo de Leovigildo, por ello debemos remitirnos a cuanto con relación a él dijimos, e igualmente en el motivo anterior por lo que se refiere al engaño como elemento integrante del delito de estafa. Y, por lo que se refiere a la frustración del negocio por el ingreso en prisión, del Sr. Teodulfo, tal alegación, efectivamente realizada en la Vista por el mismo, a falta de mayores precisiones, como no sea la de que su socio no supo en su ausencia continuar el negocio, mal puede contrarrestar las observaciones de la Sala de instancia considerando que existió engaño y que éste fue claramente bastante; pues los acusados no se limitaron a hablarle a Begoña de un negocio extraordinario sino que, además, se valieron de su apariencia de hombres de negocios y técnicos expertos en telecomunicaciones, presentando a la víctima documentación diversa del mismo, y le hicieron demostraciones del uso de los teléfonos e incluso le exhibieron unos pagarés, que sabían que no iban a atender en modo alguno, todo ello para crear en aquélla la idea de que iba a lograr, en poco tiempo, un rendimiento considerable por sus cuarenta mil euros (que fue lo que la movió a usar su dinero para algo bien distinto de lo que era su objetivo) cuando que, en realidad, lo que iba a suceder es que ellos iban a lograr un considerable beneficio económico cuya obtención, ánimo de lucro, elemento subjetivo del delito, es la que les guiaba en todo momento.

A todo ello debe añadirse que, en realidad, ese dinero no tenía más destino que el aumentar el patrimonio de los acusados, bien directamente, en el caso de Eutimio, bien a través de la sociedad que les pertenecía, en el caso de los otros dos acusados.

Así deberá observarse que, de los cuarenta mil euros que facilita Begoña a Eutimio, finalmente en la cuenta de Direct Call únicamente se ingresan 34.000, el día 11 de abril de 2006 (folio 197); con lo cual ya habían desaparecido, por lo menos, seis mil euros (los acusados Leovigildo y Teodulfo incluso afirman que a ellos Eutimio sólo les entregó veinte mil euros y que el resto fue aportado por ellos, aunque ninguna prueba propo-

nen a fin de así demostrarlo) que, como el resto del dinero, para nada consta que se emplease en negocio alguno de telecomunicaciones en Mauritania. No existe el plan de negocios que los acusados, todos, dicen que se mostró a la querellante. No existe, pues no consta en autos, contabilidad alguna de Direct Call que demuestre que haya gastado el dinero en operaciones tendentes a la puesta en marcha del mismo. Lo único que se ha aportado es un extracto de cuenta del que sólo se puede deducir que, entre abril de 2006 y junio de ese año se gastaron, mediante cheques, pagarés, transferencias y recibos los 34.000 euros, sin que se conste que un solo céntimo se haya dedicado a ese negocio con tantas expectativas, para el que ni siquiera se ha demostrado que se haya adquirido material o se hayan solicitado las oportunas autorizaciones o licencias; ante lo cual la única justificación aportada por los acusados es que el dinero se empleó en comidas, reuniones, en alquilar un chalet en Mauritania y en gestiones diversas que no consta que tuviesen relación alguna con la empresa que ellos presentaron a la querellante. Así, hay que entender, que no sólo no existe nada de eso sino que, además, los acusados nunca tuvieron la menor intención de desarrollar el negocio y cumplir con sus propuestas pues esa total ausencia de la más mínima gestión acreditada, tendente a su puesta en marcha, la falta de intención de hacer frente a los pagarés que se le mostraron a Begoña, y esa total ausencia de control del dinero, así como, incluso, la falta de justificantes que nos permitan saber qué parte del dinero entregado por aquélla, llegó finalmente a la cuenta de Direct Call lo que demuestra, a nuestro juicio, es que lo único que pretendían era hacerse con la suma mencionada e incluso con cantidades superiores que le fueron reclamadas a la querellante y que, sin embargo, ésta ya no facilitó.

Por ello el motivo, también, ha de ser desestimado.

SEXTO.- El tercer motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECr., por existir error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. Se alega que en los contratos que constan en autos no figura la firma de Teodulfo ni existe prueba alguna de que la Sra. Begoña le entregara los cuarenta mil euros. Y que de los contratos bancarios (folios 196 y ss) de "THE DIRECT CALL" de ninguna manera puede inferirse que la mercantil careciese de actividad, menos aun que no se llevase a cabo ningún proyecto o que simplemente ni tan siquiera se hubiere iniciado.

2. Hay que recordar que el éxito del motivo expresado, queda supeditado, según esta Sala (Cfr. SSTS 762/2004, de 14 de junio; 67/2005, de 26 de enero; 1423/2005, de 25 de

noviembre), a la concurrencia de ciertos requisitos:

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

2º.- Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "...aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma..."; quedando fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personal aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario (Cfr. SSTS 220/2000, de 17 de febrero; 1553/2000, de 10 de octubre, y las en ella citadas).

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

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

5º.- Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

6º.- Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o

irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo, (Cfr. SSTS 496/99 y 765/04, de 11 de junio).

3. En aplicación de la doctrina al caso de autos, verificamos que los documentos alegados no acreditan el error fáctico pretendido. En efecto, de su tenor no se desprende, en modo alguno, que el recurrente haya estado al margen de los hechos imputados. Además, dicha afirmación no podría venir en modo alguno deducida "per se" de dichos contratos, sin acudir a complejas conjeturas relativas a la referida participación.

En otro orden de cosas, los documentos bancarios referidos son incapaces en sí mismos de demostrar la supuesta equivocación de la Sala de instancia al afirmar en la resultancia fáctica que la operación en la que se invitó a participar a la perjudicada no tenía base financiera y mercantil real alguna.

Por otra parte, además de las manifestaciones testificales de la Sra. Begoña, el ingreso de 34.000 de los 40.000 euros, por ella entregados, en una cuenta de la sociedad de la que formaba parte el recurrente, se encuentra igualmente documentado.

En definitiva, no pudiéndose considerar desvirtuada por errónea la afirmación fáctica de la sentencia de instancia, el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- El cuarto motivo se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECr.

1. Para el recurrente las diecisiete últimas líneas -de un total de veintiocho- de la narración fáctica son pre-determinantes del fallo.

2. Esta Sala ha manifestado reiteradamente (Cfr. STS de 5-2-2009, núm. 89/2009) que este vicio procesal solo se produce cuando en el relato de hechos se introducen calificaciones jurídicas trastocando la sistemática lógica de la resolución. Toda sentencia se integra fundamentalmente por cuatro apartados: el encabezamiento, el relato fáctico o juicio de certeza alcanzado por el Tribunal, la motivación en el doble aspecto de motivación de los hechos y justificación de la calificación jurídica o subsunción y en cuarto lugar, por el fallo.

Pues bien, el vicio que se denuncia supone que se ha adelantado la calificación jurídica al espacio propio de los hechos probados trastocando en consecuencia la sistemática de la sentencia. Ahora bien, también hemos dicho con reiteración, que entre el relato fáctico y la calificación jurídica tiene que haber una evidente sintonía porque de lo contrario existiría una incongruencia total, dicho de otra manera, si los hechos descri-

ben unas actuaciones cuya calificación jurídica pueda ser un homicidio, los hechos probados tienen que contener los elementos fácticos necesarios para alcanzar esa conclusión, y en este sentido también hemos dicho que dentro del espacio de los hechos probados deben integrarse tanto los hechos acaecidos por la actuación de sus protagonistas como la intención que animara a los mismos, es decir, el conocimiento y voluntad que concurrieron en sus protagonistas, esta conciencia y voluntad son hechos subjetivos pero esta naturaleza de hechos subjetivos no les priva de su condición de hechos que deben estar incluidos en los hechos probados. (Cfr. SSTs de 7 de abril 2005, 1060/2005, 1245/2006 y 528/2007).

Sin embargo, el recurrente de ningún modo desarrolla el aspecto enunciado al amparo de este inciso. En realidad se limita a relacionar más de la mitad del "factum", tratándose de una extensa oración mediante la cual la Sala de instancia va desgranando los acontecimientos, y va describiendo la actuación de los acusados en orden a ganar la confianza de la perjudicada, induciendo a la misma a invertir en el negocio de telefonía móvil de Mauritania, que pretendidamente el Gobierno de dicha nación magrebí pretendía liberalizar, realizando demostraciones técnicas ante la perjudicada y ofreciendo a la misma efectos que, al parecer, eran capaces de asegurar la operación desde el punto de vista financiero. Se narra asimismo en la enjundiosa frase denunciada, la entrega de la suma de autos por parte de la perjudicada, en la inteligencia por parte de ésta de que la misma sería invertida por el recurrente y los otros acusados en la gestión cuyo éxito se anticipaba por los mismos.

No hay en dichas expresiones nada que predetermine el fallo en sentido jurídico-procesal, por lo que el motivo no verifica la denuncia a través del mismo articulada, por lo que deberá fracasar, al carecer de fundamento y viabilidad.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

OCTAVO.- Conforme a lo expuesto, ha lugar a la desestimación de los recursos por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de D. Eutimio, D. Leovigildo y D. Teodulfo, haciéndoles imposición de las costas de sus respectivos recursos

FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR a la desestimación de los recursos por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de D. Eutimio, D. Leovigildo y D. Teodulfo, contra la sentencia dictada el 16-6-09, por la Audiencia Provincial de Las Palmas, en causa seguida por delito de Esta-

fa, haciéndoles imposición de las costas de sus respectivos recursos.

Póngase esta resolución en conocimiento de la Sección Segunda de dicha Audiencia, 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 D. Joaquín Giménez Gar-

cia D. José Manuel Maza Martín D. Francisco Monterde Ferrer D. Manuel Marchena Gómez D. Siro Francisco García Pérez

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.



2010/158822

TC Sala 2ª, Sentencia 19 julio 2010. Ponente: D. Elisa Pérez Vera

Multa por no identificar suficientemente al conductor de vehículo sancionado

Se presenta amparo contra las resoluciones que sancionaron a la demandante por la comisión de una infracción consistente en el incumplimiento de la obligación de identificar en tiempo y forma al conductor responsable. El TC estima la demanda en base a lo dispuesto en STC 54/2008 que entendió lesionado el derecho a la legalidad penal al considerar que de ninguna de las resoluciones impugnadas cabía discernir fundamento razonable para subsumir la conducta de la recurrente de no acreditar al conductor de su vehículo y que era quien realmente lo conducía, en la infracción tipificada en el art. 72,3 LSV por la que resultó sancionada, lo que revela en este caso una aplicación extensiva de la norma contraria al principio de legalidad en materia sancionadora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente demanda de amparo se dirige contra la Resolución del Director General de Movilidad, del Área de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid, de 7 de marzo de 2005, por la que se sanciona a la demandante por la comisión de una infracción consistente en el incumplimiento de la obligación de identificar en tiempo y forma al conductor responsable, prevista en el art. 72.3 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (en la redacción dada por la Ley 19/2001, de 19 de diciembre: LSV) y la posterior resolución judicial dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid, de 19 de diciembre de 2005, recaída en procedimiento abreviado núm. 309-2005, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el citado acto administrativo. La demandante de amparo denuncia la vulneración, por un lado, de los derechos recogidos

en el art. 24 CE, en su vertiente de derecho a la tutela judicial efectiva, y a la presunción de inocencia, por cuanto se ha invertido por parte de la actuación administrativa la carga de la prueba al exigirse que la recurrente pruebe su inocencia.

Por otro lado, denuncia, asimismo, la vulneración del art. 25.1 CE, al no haberse respetado el principio de legalidad ni en el procedimiento administrativo sancionador, ni en la resolución judicial cuestionada pues en ambos casos se extiende el tenor de la norma sancionadora subsumiendo indebidamente la conducta de la recurrente en el tipo que se recoge en la misma.

El Ministerio Fiscal dirige su argumentación a constatar la lesión del principio de legalidad sancionadora y, en este sentido, reprocha a ambas resoluciones, administrativa y judicial, la ausencia de una motivación concreta y cognoscible en términos que permitan calificar como razonable la subsunción de los hechos en el tipo aplicado para imponer la sanción (en concreto, el contenido en el art. 72.3 LSV).

Pone de manifiesto la conducta de la recurrente, que identificó al conductor infractor aportando, incluso, la fotocopia de su licencia de conducir, mientras que, por parte de la Administración, no se inició actuación alguna contra el mismo sino que se procedió a sancionar, tras incoar el oportuno procedimiento administrativo, a la demandante en amparo sobre la base de que no había identificado de forma veraz al infractor. En consecuencia, interesa la estimación del recurso de amparo y la correspondiente anulación de las resoluciones impugnadas. La representación procesal del Ayuntamiento se opone, por su parte, a la estimación de la presente demanda. Estima correcta, en primer lugar, la apreciación realizada por la Administración en orden a considerar insuficiente la actividad probatoria realizada por la demandante, pues de la misma no puede deducirse que, a quien ha identificado como infractor, se encontrara en España en el momento de la denuncia. Igualmente pone de manifiesto que el tipo aplicable impone el deber de identificación veraz, recordando que el identificado como infractor es extranjero, señalando la frecuencia de este tipo de identificaciones y la dificultad de la Administración, en estos casos, para dirigirse contra los identificados como infractores.

SEGUNDO.- Aunque la demandante denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, lo cierto es que, más allá de una genérica referencia a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el encabezamiento de la demanda, no se contiene argumentación alguna que permita discernir las razones por las que se entiende vulnerado el art. 24.1 CE en el presente caso.

En realidad, la argumentación de la demanda gira en torno a la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE). Como quiera que la lesión de ambos derechos ya fue puesta de manifiesta en el correspondiente recurso contencioso-administrativo y debatida en sede jurisdiccional, la presente demanda encaja más estrictamente en los amparos contra actos dictados por la Administración (según se dispone en el art. 43.1 LOTC).

Y es que, desde el punto de vista de la demandante, a la actividad del órgano juzgador se le reprocha el que no ha corregido la lesión padecida en vía administrativa y no el que sea lesiva, por sí misma, de los derechos fundamentales referidos. Así lo viene entendiendo este Tribunal cuando afirma que "las decisiones producidas en esta vía judicial no han de ser objeto de impugnación por la sola razón de no haber estimado la pretensión deducida por el recurrente. Estas decisiones desestimatorias no alteran la situación jurídica creada por el acto de la Administra-

ción presuntamente lesivo de un derecho fundamental y no son, por tanto, en sí mismas causas de lesión. Otra interpretación llevaría a entender, en definitiva, que no hay más actos u omisiones atacables en vía de amparo constitucional que los actos u omisiones de los órganos judiciales" (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 2).

TERCERO.- Fijados los términos de la demanda, ha de convenirse, con el Ministerio Fiscal, en la identidad del supuesto que ahora se analiza con el resuelto en la Sentencia 54/2008, de 14 de abril. En ambos casos, en el origen del asunto se encuentra una denuncia por estacionamiento indebido, la identificación del conductor infractor por parte del titular del vehículo denunciado, la condición de extranjero del infractor, la no acreditación, por parte del titular del vehículo, de la efectiva estancia del infractor en España en la fecha de la denuncia y la apertura por parte de la Administración de un expediente sancionador, al amparo de lo dispuesto en el art. 72.3 LSV, que concluyó con la sanción del titular del vehículo por la comisión de una infracción consistente en el incumplimiento del deber de identificación.

Por tanto la solución al tema planteado también ha de ser la misma. En la STC 54/2008, tras ponerse en relación el tipo que contiene la infracción aplicada (el art. 72.3 LSV) con el caso se concluyó que "[l]as circunstancias concurrentes en este caso, de un lado, la identificación por parte del demandante de amparo de la persona que conducía su vehículo en el momento de la infracción en los términos en los que la ha llevado a cabo, y, de otro lado, la inactividad administrativa en orden a comunicar con la persona identificada, ponen de manifiesto que la motivación de las resoluciones administrativa y judicial impugnadas, al exigir al recurrente que acreditase la presencia en Madrid del conductor de su vehículo en las fechas en las que se cometió la infracción, así como que era en realidad el conductor, no responde a una argumentación lógica ni razonable que permita subsumir la conducta del recurrente en el tipo aplicado.

En efecto, ni la norma exigía expresamente que se facilitaran estos concretos datos, aun tratándose de una persona residente en el extranjero, ni, conforme al modelo de argumentación aceptados en la comunidad jurídica, cabe extraer tal exigencia de la misma, una vez que se había indicado a la Administración el nombre, los dos apellidos, el número de permiso de conducir y el domicilio del conductor, lo que, en principio y sin que las circunstancias concurrentes permitan presumir otra cosa, dada la inactividad de la Administración, parece, por una parte, que supone una respuesta congruente con el deber de identificar a una persona

impuesto por el art. 72.3 LSV y, por otra, que es suficiente con la finalidad de la exigencia legal, que es la de permitir a la Administración dirigir eventualmente contra esa persona un procedimiento sancionador (STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 7)" (STC 54/2008, FJ 6).

Por lo demás, frente al argumento utilizado por la resolución dictada en el procedimiento contencioso-administrativo, que estima conforme con el precepto indicado que, en los casos como el presente, en los que el conductor infractor reside fuera de España, el deber probatorio se extiende a la acreditación, siquiera sea de forma indiciaria, de que tal persona se encontraba en la fecha en la que se cometió la infracción en el lugar de la misma, hay que reiterar con la Sentencia citada que no "puede inferirse en modo alguno de aquel precepto legal un distinto régimen en la obligación de identificar al conductor responsable de la infracción en función de que resida o no en el extranjero" (STC 54/2008, de 1 de abril, FJ 6). A lo que hay que añadir que la inactividad de la Administración, en orden a comunicarse con quien fue identificado como infractor, hace irrelevante el hecho puesto de manifiesto en el trámite de alegaciones del presente recurso de amparo por parte de la representación procesal del Ayuntamiento de Madrid, en el sentido de que el domicilio del conductor infractor señalado en el primer requerimiento atendido por la recurrente no concuerda con el que consta en la fotocopia de la licencia de conducir aportada posteriormente, pues lo cierto es que la Administración no ha intentado practicar notificación en ninguno de ellos. Siendo esto así, difícilmente puede sostenerse que la identificación realizada por la demandante no haya sido recurrente en el tipo previsto por el art. 72.3 LSV. Por lo tanto, la exigencia de que junto con la identificación del conductor infractor se acredite o pruebe su efectiva estancia en el lugar y fecha en la que se cometió la infracción supone una extensión del contenido del precepto que ha de reputarse contraria al principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

FALLO

Estimar la demanda de amparo promovida por D^a Teresa y, en su virtud:

PRIMERO.- Declarar vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

SEGUNDO.- Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la resolución del Ayuntamiento de Madrid, de 7 de marzo de 2005, recaída en el expediente núm. 34/33280241.3, sobre incumplimiento por el propietario de un vehículo a motor del deber de identificar al conductor responsable de una infracción de tráfico, así como la de la Sentencia

núm. 444/2005, de 19 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid, recaída en el procedimiento abreviado núm. 309-2005. Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a diecinueve de julio de dos mil diez. Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.



2010/152951

TS Sala 1^a, Sentencia 12 julio 2010. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Al ser acorde con la Ley de patentes

Inexistencia de competencia desleal ante el requerimiento de violación de patente

El TS desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos contra la sentencia de apelación que, al igual que la dictada en primera instancia, absolvió a la entidad demandada al considerar que no se podía calificar de competencia desleal la actuación de dicha demandada consistente en remitir comunicaciones a diversas distribuidoras farmacéuticas de un producto genérico fabricado por la entidad actora-recurrente en las que se advierte que dicho genérico viola el derecho de patente de la demandada y se las requiere para que cesen en la comercialización. El TS declara que la demandada ejerció la facultad que le concede la Ley de Patentes consistente en advertir a terceros de la violación de la patente, sin incurrir en ninguna afirmación falsa o incorrecta, y el hecho de que los destinatarios de las comunicaciones como consecuencia de la advertencia se hayan abstenido de adquirir o distribuir el producto genérico de la actora es conatural al requerimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso, que versa sobre competencia desleal (Ley de CD 3/1991, de 10 de enero), se reduce en casación a dos supuestos de ilícito competencial - actos de engaño del art. 7^o y cláusula general de buena fe objetiva del art. 5^o -, en relación con la actuación de una entidad titular de un derecho de patente (PFIZER S.A.) consistente en la remisión de ciento cincuenta comunicaciones a diversas distribuidoras farmacéuticas de un producto genérico fabricado por RATIOPHARM ESPAÑA, S.A. (en el proceso actora-recurrente), en las que se les advierte de que dicho genérico viola aquel derecho de patente y se las requiere para que cesen en la comercialización, con base en el art. 64.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.

La demanda formulada por la entidad mercantil RATIOPHARM ESPAÑA S.A. frente a PFIZER, S.A. solicita que se declare que la conducta llevada a cabo por parte de PFIZER, S.A. constituye un abuso de derecho y un acto de competencia

desleal y contraviene lo dispuesto en el Auto de medidas cautelares de fecha 9 de mayo de 2003 dictado por el Juzgado de 1^a Instancia número 47 de Madrid en el juicio ordinario número 425/2003, y como consecuencia interesa se condene a PFIZER, S.A., a remitir a todos los distribuidores farmacéuticos una comunicación cuyo texto será previamente aceptado por el Tribunal en la que se rectifique la anterior comunicación remitida por la demandada y se les informe de que en el procedimiento que se sigue a instancias de PFIZER, S.A. entre otros contra RATIOPHARM ESPAÑA, S.A. ante el Juzgado de 1^a Instancia número 47 de Madrid se desestimaron las medidas cautelares solicitadas por la primera, por lo que el producto Amlodipina Ratiopharm EFG puede continuar comercializándose en España como especialidad farmacéutica legalmente autorizada por la Agencia Española de Medicamento sin que ello constituya una actividad ilícita, y que la distribución de ese medicamento no puede paralizarse si no lo ordena así una resolución administrativa o judicial, con la que se adjunte una copia de la sentencia judicial que así lo declare.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 7 de Alcobendas el 30 de diciembre de 2004 en los autos de juicio ordinario número 530 de 2003 desestima la demanda. Y la Sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid el 8 de mayo de 2006, en el Rollo 295 de 2005, desestima el recurso de apelación de RATIOPHARM ESPAÑA, S.A.

Contra esta última Sentencia se interpuso por la representación procesal de Ratiopharm España, S.A. recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, que fueron admitidos por Auto de esta Sala de 18 de noviembre de 2008.

La causa de inadmisibilidad alegada en el escrito de oposición se desestima porque, aparte de que el presupuesto de recurribilidad del interés casacional puede responder a la creación o modificación de la doctrina jurisprudencial, especialmente cuando concurre un interés objetivo que lo justifique, so pena en otro caso -interpretación restrictiva- de condenar a las materias en las que el tipo de proceso se determina por razón de la misma, y no de la cuantía, a que no exista ni pueda existir interpretación jurisprudencial o se cosifique la existente, lo que no resulta mínimamente razonable, en cualquier caso, ni en el examen "in limini" del presupuesto puede irse más allá de la apreciación de la clara artificialidad o instrumentalidad excluyente, que se halla al borde, si no dentro, del fraude procesal, ni en el caso se advierte el defecto denunciado, sin perjuicio de que el análisis de la jurisprudencia citada sea un tema de fondo, y no de planteamiento liminar.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- En el enunciado del único motivo del recurso se alega como infringido el art. 400 de la LEC.

El problema que se suscita está relacionado con la pretensión de declaración de ilícito competencial del art. 7º LCD que se atribuye por la entidad demandante a la demandada.

El art. 7º (en la actualidad la materia se recoge en los art. 5 y 7 redactados por Ley 29 de 2009, de 30 de diciembre), bajo la rúbrica de "Actos de engaño", considera desleal "la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas".

Habida cuenta que el tipo expresado recoge no solo la indicación incorrecta o falsa, sino también cualquier tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, lo que la parte recurrente pretende es que se ha resuelto solamente la apreciación de la veracidad, y no el relativo a que para calificar un acto como engañoso lo relevante, según sostiene la doctrina, "no es tanto la falta de correspondencia con la realidad sino la representación de dicha realidad que provoca en los destinatarios", de modo que al prescindir del análisis de este aspecto por la sentencia recurrida no se ha tenido en cuenta la prueba existente al respecto.

Dejando a un lado que el art. 400 LEC (citado en la sentencia recurrida y en el recurso) no tiene nada que ver con el tema que se suscita toda vez que se refiere a la perspectiva de dos procesos, y no a la alteración fáctica a lo largo de un proceso, donde operan otras normas (arts. 136, 209, 2ª, 283.1, 286, 399, 411 a 413, 426, 428, 460.2.3ª, 465.2, LEC entre otros), el motivo se desestima por las razones siguientes:

1º. La resolución recurrida se refiere explícitamente a que las indicaciones (controvertidas) no son susceptibles de inducir a error a las personas a las que se dirigen (art. 7 de la L.C.D.). Para impugnar tal apreciación no es idóneo el motivo formulado, sino la alegación de fondo, o, en su caso, la de falta de motivación de la valoración probatoria.

2º. Si se examina con detenimiento la fundamentación de la resolución recurrida se puede advertir que el texto que se toma como base de la impugnación (que figura como último párrafo del fundamento de derecho segundo) es una argumentación "ex abundantia", o de refuerzo, que, como tiene reiterado esta Sala, no es susceptible de impugnación mediante un recurso extraordinario.

3º. Aun en el caso de que cupiere entender que la reflexión de la sentencia recurrida acerca de la extemporaneidad del argumento de la apelante Ratiopharm España S.A., -de que lo relevante para apreciar el ilícito competencial no es tanto la falta de correspondencia con la realidad sino la representación de dicha realidad que provoca en los destinatarios-, constituye "ratio decidendi", tampoco tendría razón la parte recurrente.

Las respectivas afirmaciones fácticas -ora incorrectas o falsas, ora veraces pero efectuadas de forma que inducen a error- constituyen en la perspectiva del art. 7º LCD dos alternativas engañosas que suponen distintas actividades probatorias y discursivas. No se trata de meros argumentos, sino planteamientos con sustantividad propia, fáctica y jurídica, como lo revela el propio motivo

que acusa omisión de valoración probatoria.

Lo expuesto supone, por un lado, que si la cuestión no fue planteada en primera instancia no puede ser suscitada en la segunda. En nuestro sistema procesal rige la denominada apelación limitada que impide (salvo excepciones que aquí no concurren) suscitar cuestiones diferentes -"nuevas"- de las que fueron objeto de la primera instancia. Cuando se habla de "novum indicium" no se hace referencia a una apelación plena que permita ampliar el ámbito de la segunda instancia, sino de un nuevo conocimiento respecto del asunto tal y como se conformó anteriormente -"revisio prioris instantiae"-, que no puede ser ampliado, aunque sí reducido ("tantum devolutum "quantum" appellatum", congruencia, prohibición de la reforma peyorativa).

Y lo expuesto supone por otro lado (lo que se analiza a efectos meramente dialécticos), que si el Juzgador de primera instancia no resuelve una cuestión que la parte estima haber planteado y no resulta excluida por la argumentación de la sentencia, es preciso denunciar el defecto mediante la incongruencia omisiva, o en su caso la falta de motivación, y no, como en el caso, plantearla, encubierta en una argumentación, directamente en la segunda instancia, exigiendo un juicio novedoso con la correspondiente valoración probatoria del Tribunal de segunda instancia.

Por todo ello, y por aplicación de la doctrina de la equivalencia de resultados, reiteradamente recogida en las Sentencias de esta Sala, procede la desestimación del motivo, lo cual conlleva: a) la del recurso extraordinario por infracción procesal; b) la condena en costas de la parte recurrente (arts. 398.1 y 394.1 LEC); y, c) que se deba pasar a examinar el recurso de casación, de conformidad con la Disposición Final 16ª, apartado 1, regla 6ª de la LEC.

RECURSO DE CASACIÓN

Se compone de dos motivos en los que respectivamente se denuncia infracción de los arts. 5º y 7º de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Se van a examinar los motivos por orden inverso al de su planteamiento por la sencilla razón del carácter genérico que tiene la cláusula general del art. 5º, respecto de la conformación más concreta del ilícito competencial típico del art. 7º, que puede resultar excluyente de aquél, tanto en el caso de estimación de la infracción, como en su desestimación si lo que se pretendiese es desbordar la configuración restrictiva del tipo específico.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso, que por lo antes dicho se examina en primer lugar, se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al art. 7º de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de

Competencia Desleal, citándose las Sentencias de 23 de mayo y 4 de julio de 2005 y 17 de julio de 1999.

Para la parte recurrente, la conducta de PFIZER de rendir una serie de requerimientos dirigidos a empresas distribuidoras de las especialidades farmacéuticas de amlodipina y/o sal de besilato de amlodipina ha tenido como finalidad obstaculizar la competencia de los laboratorios genéricos de la actora, creando la falsa apariencia de una supuesta infracción de derechos de patente, para desplazar del mercado los productos de Ratiopharm en beneficio de los suyos, produciéndose el efecto perseguido de disminución de las ventas de la actora, aunque hubiera bastado con el riesgo de que la conducta realizada o preparada resulte objetivamente idónea para ocasionar tales efectos.

El motivo se desestima.

La entidad PFIZER, S.A. remitió las comunicaciones con base en el art. 64.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes en el que se establece que "todos aquellos que realicen cualquier otro acto de explotación (distinto de los del apartado 1 del propio artículo, como sucede en el caso de distribución comercial) del objeto protegido por la patente solo estarán obligados a indemnizar los daños y perjuicios causados si hubieran sido advertidos por el titular de la patente acerca de ésta, convenientemente identificada y, de su violación, con el requerimiento de que cesen en la misma, o en su actuación hubiera mediado culpa o negligencia". El precepto configura una facultad para el titular de la patente, que en un proceso sobre reclamación de indemnización de daños y perjuicios por violación del derecho de patente se convierte en una carga procesal -"imperativo del propio interés-", de modo que su ejercicio dentro del ámbito legal no puede dar lugar a un ilícito. La facultad fue ejercitada sin incurrir en ninguna afirmación falsa o incorrecta, y no es de ver cuál ha podido ser la representación errónea que se han podido formar los destinatarios de las comunicaciones. El que los mismos como consecuencia de la advertencia se hayan abstenido de adquirir o distribuir el producto genérico, lo que por lo demás no forma parte de la base fáctica de la resolución impugnada, es connatural al requerimiento, y, por ende ineludible; y no obsta para que a su vez la parte interesada pueda contrarrestar el efecto con las garantías adecuadas, y todo ello sin perjuicio claro está de las reclamaciones que en su día procedan si la actuación del requirente careciere de fundamento.

CUARTO.- En el primer motivo se alega la infracción del art. 5º de la LCD y de las Sentencias de 15 de abril de 1998, 17 de julio de 1999, 15 de octubre de 2001 y 25 de junio de 2002.

El motivo se desestima por las acertadas razones expuestas en la resolución recurrida, a las que procede añadir que PFIZER actuó en el ámbito legal de una facultad de que disponía, sin rebasar los límites de la misma, por lo que su actuación no carece de "justificación razonable", y mal puede calificarse de contraria a la exigencia de buena fe objetiva en la concurrencia en el mercado; y sin que quepa objetar la denegación de las medidas cautelares (lo que por cierto mencionó expresamente en el requerimiento), porque se trata de mecanismos totalmente diferentes, toda vez que dichas medidas tiene como finalidad - instrumentalidad- asegurar el resultado del proceso, en tanto el requerimiento es una exigencia previa inexcusable (salvo que se pruebe la existencia de culpa o negligencia) para poder obtener la indemnización de daños y perjuicios en el supuesto del apartado 2 del art. 64 de la LP 11/1986, de 20 de marzo (S. 17 julio 2008).

QUINTO.- La desestimación de los motivos del recurso de casación conlleva la de éste y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas (arts. 398.1 y 394.1 LEC).

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

FALLO

PRIMERO.- Que desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil RATIOPHARM ESPAÑA, S.A. contra la Sentencia dictada por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 8 de mayo de 2006, en el Rollo número 295 de 2006, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el mismo; y,

SEGUNDO.- Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de la entidad RATIOPHARM ESPAÑA S.A. contra la referida Sentencia, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el mismo.

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.- Jesus Corbal Fernandez.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesus Corbal Fernandez, 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.



2010/122321

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 20 mayo 2010. Ponente: D. Manuel Martín Timón

Tributación del IVA en el lugar donde radique el inmueble en las operaciones de multipropiedad

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que confirmaba la resolución del TEAC sobre liquidación del IVA relativa a los ingresos de una empresa dedicada a servicios de multipropiedad. La Sala aplica la doctrina del TJCE en la que se indica que el lugar de las prestaciones de servicios realizadas por una asociación cuya actividad consiste en organizar el intercambio entre sus socios de sus derechos de aprovechamiento por turno de inmuebles vacacionales como contrapartida de las cuales dicha asociación percibe de sus socios cuotas de inscripción, cuotas de suscripción anuales y cuotas de intercambio, es el lugar en el que está situado el inmueble del que el socio en cuestión es titular del derecho de aprovechamiento por turno, dicho lo cual, se revoca la sentencia impugnada y se confirma la liquidación en cuanto rechaza la aplicación del régimen especial de agencias de viajes, y se anula la liquidación al considerar que debe liquidarse teniendo en cuenta que los intereses deben ser calculados a partir del transcurso de los treinta días naturales del mes de enero, y no de los primeros veinte, ya que ese es el plazo voluntario para la declaración anual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ante todo, debe ponerse de manifiesto que, en efecto, el TCJE, en Sentencia de 3 de septiembre de 2009, ha resuelto el asunto C-37/08, que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el VAT and Duties Tribunal, LonD. (Reino Unido), en el procedimiento entre RCI Europe y Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs. Y lo ha hecho en los siguientes términos: "El artículo 9, apartado 2, letra a), de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios -

Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme, debe interpretarse en el sentido de que el lugar de las prestaciones de servicios realizadas por una asociación cuya actividad consiste en organizar el intercambio entre sus socios de sus derechos de aprovechamiento por turno de inmuebles vacacionales como contrapartida de las cuales dicha asociación percibe de sus socios cuotas de inscripción, cuotas de suscripción anuales y cuotas de intercambio, es el lugar en el que está situado el inmueble del que el socio en cuestión es titular del derecho de aprovechamiento por tur-

no." La fundamentación del fallo, en lo que interesa, es la siguiente:

"26. En primer lugar, por lo que se refiere a las cuotas de inscripción y a las cuotas de suscripción anuales, RCI Europe considera que los servicios prestados como contrapartida de éstas no presentan una vinculación suficiente con un bien inmueble determinado y, por tanto, no están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 9, apartado 2, de la Sexta Directiva. Al contrario, considera que procede aplicar la regla general establecida en el artículo 9, apartado 1, de dicha Directiva, con la consecuencia de que el lugar de las prestaciones de servicios relacionadas con la inscripción y la adhesión de nuevos socios, así como con las cuotas de suscripción vinculadas, es el del lugar en el que el prestador de servicios ha establecido la sede de su actividad económica.

27. Como RCI Europe, el Gobierno del Reino Unido sostiene que no existe un vínculo suficientemente directo entre las prestaciones de servicios ofrecidas como contrapartida de las cuotas de que se trata en el litigio principal y cualquier bien inmueble. Este punto de vista se basa, en particular, en el hecho de que RCI Europe proporciona un acceso a una especie de mercado en cuyo marco sus socios pueden intercambiar sus derechos de aprovechamiento por turno.

28. Ahora bien, aunque es cierto, como ha señalado la Abogado General en el punto 65 de sus conclusiones, que se desprende de un análisis detenido de la estructura del negocio de RCI Europe, como el que expone detalladamente ella misma, que a cambio del pago de las cuotas de inscripción el socio sólo obtiene en un primer momento el acceso al programa de intercambios de RCI Weeks, también es cierto que la inscripción en tal programa no permite beneficiarse de los derechos de aprovechamiento por turno si no tiene la intención de intercambiar sus derechos con los de otros socios.

29. Por otro lado, el carácter sinálgámico del contrato celebrado entre RCI Europe y cada uno de sus socios debe tenerse en cuenta en este contexto. En efecto, aunque se tomen en consideración las diferentes etapas del sistema RCI Weeks, no es menos cierto que si la intención de efectuar un intercambio de los derechos de aprovechamiento por turno compartidos mediante el mercado creado por RCI Europe no existiera, las cuotas de inscripción y las cuotas de suscripción carecerían de toda utilidad.

30. A este respecto, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la base imponible de una prestación de servicios está constituida por todo lo que se recibe como contrapartida por el servicio prestado y que, por consiguiente, una prestación de servicios sólo es imponible si existe una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida (sentencias de 8 de marzo de 1988, Apple and Pear Development Council, 102/86, Rec. p. 1443, apartados 11 y 12, y Tolsma, antes citada, apartado 13).

31. Ciertamente, el servicio prestado por RCI Europe en el litigio principal no es inmediato. No obstante, ésta se compromete a prestar en el futuro el servicio requerido a petición de uno de sus socios.

32. En efecto, si bien el titular de un derecho de aprovechamiento por turnos siempre tiene la posibilidad de alquilar otra propiedad, cuando lo desee, pagando otro alquiler por el bien que desea obtener, el titular de tal derecho inscrito en el programa RCI Weeks que abone regularmente las cuotas de suscripción anuales, tiene la posibilidad, con la ayuda de RCI Europe, de intercambiar su derecho con el de otro propietario pagando sólo las cuotas de intercambio. En efecto, un socio abona las cuotas de inscripción y las cuotas de suscripción anuales como contrapartida de un servicio prestado o que deberá prestarse por RCI Europe, para facilitar el intercambio del derecho de aprovechamiento por turno de dicho socio, y no arrendar a través de una agencia tercera.

33. En una situación parecida el Tribunal de Justicia ha tenido la oca-

sión de especificar que la circunstancia de que la cuota anual sea fija y no pueda vincularse con cada utilización no incide en el hecho de que se intercambien prestaciones recíprocas entre los socios y el prestador de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Kennemer Golf, antes citada, apartado 40). Las cuotas anuales que abonan los socios de una asociación pueden constituir la contrapartida de los servicios que ésta presta, pese a que socios que nunca emplean las instalaciones de la asociación o lo hacen esporádicamente tengan que abonar, no obstante, su cuota anual (véase, en este sentido, la sentencia Kennemer Golf, antes citada, apartado 42).

34. De ello se desprende, que desde esta perspectiva, las cuotas de inscripción y las cuotas de suscripción anuales deben considerarse la contrapartida de la participación en un sistema concebido inicialmente para permitir a cada socio de RCI Europe intercambiar su derecho de aprovechamiento por turnos. El servicio que presta consiste en facilitar el intercambio, y las cuotas de inscripción y las cuotas de suscripción anuales representan la contrapartida abonada por un socio por este servicio.

35. En segundo lugar, en relación con las cuotas de intercambio, procede señalar que la prestación de servicios como contrapartida de la cual un socio de RCI Europe abona la cuota de inscripción es el propio intercambio, o la posibilidad futura de participar en tal intercambio, que constituyen el objetivo principal de cada socio; el acceso al Fondo de intercambios y las informaciones relativas a éste son sólo elementos accesorios a este fin. Sobre la aplicación de los criterios del artículo 9, apartado 2, letra a), de la Sexta Directiva.

36. A este respecto, cabe recordar que el Tribunal de Justicia ha establecido los requisitos de aplicación de esta disposición, en el sentido de que debe existir una relación "suficientemente directa" entre la prestación de servicios y el inmueble en cuestión, dado que el sistema de dicha disposición se opone a que el ámbito de aplicación de esta regla especial se extienda a cualquier prestación de servicios que presente un vínculo, por débil que sea, con un bien inmueble (sentencia de 7 de septiembre de 2006, Heger, C-166/05, Rec. p. I-7749, apartado 23).

37. En el litigio principal, es difícil establecer la relación entre RCI Europe y sus socios sin tener en cuenta la finalidad de esta relación. Además, consta que los derechos de aprovechamiento por turno constituyen derechos sobre bienes inmuebles, y su cesión como contrapartida del disfrute de derechos análogos constituye una transacción conectada con bienes inmuebles.

38. El propietario que desee intercambiar su derecho de aprovecha-

miento por turno con el de otro no entra en contacto directo con éste, sino con RCI Europe. Lo que distingue el sistema RCI Weeks de un simple arrendamiento en cualquier agencia de vacaciones es que, en este sistema, la persona en cuestión no paga por una prestación vacacional, sino por el servicio prestado por RCI Europe por facilitar el intercambio de su derecho relativo a un inmueble particular. De ello se desprende que el inmueble al que se vincula la prestación de servicios de RCI Europe es aquel sobre el cual el propietario que desea intercambiar posee su derecho.

39. Procede también tener en cuenta que la lógica que subyace en las disposiciones relativas al lugar de la prestación de servicios contenidas en el artículo 9 de la Sexta Directiva exige que la imposición se efectúe en la medida de lo posible en el entorno en el que se consumen los bienes y los servicios.

40. De ello se desprende que si se aplicara la regla general enunciada en el artículo 9, apartado 1 de la Sexta Directiva, sería fácil para un operador económico como RCI Europe eludir totalmente el IVA sobre sus prestaciones de servicios estableciendo su sede fuera del territorio de aplicación del IVA comunitario.

41. En el litigio principal, las prestaciones de servicios tampoco se consumen en el lugar de establecimiento de RCI Europe, sino en el lugar en que se sitúa el bien inmueble al que se refieren los derechos de aprovechamiento por turno que son objeto del servicio de intercambio. Por lo que se refiere a las cuotas de inscripción, las cuotas de suscripción anuales y las cuotas de intercambio, dicho inmueble es aquel sobre el cual el socio de RCI Europe en cuestión tiene los derechos de aprovechamiento por turno, que pone a disposición del sistema RCI Weeks.

42. Por lo que se refiere al suministro de derechos de aprovechamiento por turno de un inmueble adquirido por RCI Europe a terceros para completar el Fondo de intercambio de inmuebles puesto a disposición de los socios de dicho sistema, RCI Europe sólo percibe las cuotas de inscripción, las cuotas de suscripción anuales y las cuotas de intercambio de sus socios por los derechos de aprovechamiento por turno que intercambia cada socio. En tal caso, RCI Europe no percibe ningún importe de terceros que puedan estar sujetos al IVA. En efecto, en relación con el suministro en cuestión, RCI Europe no es deudor del IVA con motivo de esta transacción sobre el inmueble puesto a disposición de sus socios por un tercero.

43. En estas circunstancias, procede responder a las cuestiones prejudiciales que el artículo 9, apartado 2, letra a), de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que el lugar de las prestaciones de servicios

realizadas por una asociación cuya actividad consiste en organizar el intercambio entre sus socios de sus derechos de aprovechamiento por turno de inmuebles vacacionales como contrapartida de las cuales dicha asociación percibe de sus socios cuotas de inscripción, cuotas de suscripción anuales y cuotas de intercambio, es el lugar en el que está situado el inmueble del que el socio en cuestión es titular del derecho de aprovechamiento por turno." Por lo expuesto, tienen razón tanto las partes como el Fiscal al estimar que no resulta necesario el planteamiento de cuestión prejudicial que ha sido ya resuelta por el TJCE.

SEGUNDO.- Dicho lo anterior, ha de señalarse que la representación procesal de RCI Europe Limited basa su recurso de casación contra la sentencia antes reseñada en cuatro motivos, en los que alega:

1º) Al amparo del artículo 88.1.c) y d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución, por falta de motivación de la sentencia en cuanto a localización del hecho imponible que resulta de su parte dispositiva y de los artículos 13.1.1º, 13.2.1º de la Ley 30/1985 y 69.Uno y 70.Uno.1º de la Ley 37/1992, ambas del Impuesto sobre el Valor Añadido, al considerar sujetos al IVA español los servicios prestados por la recurrente cuando el titular del servicio es titular de un derecho de multipropiedad sobre un bien situado en España (Península e Islas Baleares).

2º) Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de los artículos 47, 48, 50, 51.1.1º y 140.1.b) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, al haberse declarado conforme al ordenamiento jurídico la forma en la que la Inspección determinó la base imponible.

3º) Igualmente al amparo del artículo 88.1. d) por infracción del artículo 172.4 del Real Decreto 2028/1985, del Reglamento del IVA, por cuanto la Sala considera un período de declaración-liquidación distinto del establecido en dicho precepto, con lo que se convalida el error de derecho cometido por la Inspección de los Tributos en la liquidación de los intereses de demora correspondientes al año 1992.

4º) Finalmente, por el cauce del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, por infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto, de una parte, la Sentencia desestima las pretensiones de la actora, al tener por no acreditados hechos que constan en la propia liquidación tributaria de la que trae causa el recurso y, por otra, admite su constancia con referencia a la misma liquidación.

TERCERO.- El primero de los motivos antes enunciados comprende en realidad dos submotivos, pues, de un lado, se reprocha a la sentencia falta de motivación, y, de otro, infracción de los preceptos legales que se indican (13.1.1º, 13.2.1º de la Ley 30/1985 y 69.Uno y 70.Uno.1º de la Ley 37/1992, ambas, reguladoras del Impuesto sobre el Valor Añadido), a cuyo efecto se invocan las letras c) y d) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio. En cuanto a la falta de motivación, se sostiene que la declaración de que la aplicación del artículo 70.Uno.1º de la Ley del IVA a los hechos que causan la liquidación impugnada no produce doble imposición no es motivo suficiente para localizar los servicios objeto del litigio en el lugar donde están ubicados los bienes inmuebles sobre los que recaen los derechos de multipropiedad, entendiéndose que la sentencia debía justificar que la aplicación de las reglas generales reguladoras del IVA, particularmente, las que se refieren a la realización del hecho imponible, determinan que las cuotas de suscripción, intercambio y renovación están sujetas a IVA en nuestro país.

De otro lado, la recurrente mantiene el criterio de que las cuotas de suscripción o renovación son abonadas por el potencial uso de un servicio del sistema de intercambio y remuneran, además de los servicios que obtiene el afiliado por su adhesión al club (suministro de folletos y catálogos, incentivos derivados de afiliación relacionados con viajes y vacaciones) los gastos generales en que incurre la recurrente por el mantenimiento del sistema de intercambio, pero no la gestión del derecho concreto o el intercambio concreto del derecho del afiliado que la satisface.

Por lo que respecta a las cuotas de intercambio, se entiende que resulta de aplicación el régimen de agencias de viaje regulado en el artículo 26 de la Sexta Directiva, sobre la base de que el servicio prestado por la recurrente no difiere del que, con relación a alojamientos, realizan aquél tipo de empresas, por lo que en aplicación de ello se realizó la correspondiente liquidación en el Reino Unido, donde tenía su sede de actividad y desde donde se prestaba el servicio de intercambio.

Pues bien, dando respuesta al primer submotivo, relativo a la alegada falta de motivación de la sentencia, debemos partir de que en el escrito de demanda formulado en la instancia, la hoy recurrente se refería al tema básico de fondo, sosteniendo que le era de aplicación el régimen especial de agencias de viaje y frente a ello, la sentencia recurrida utiliza un doble argumento para desestimar la alegación, pues de un lado, señala que la recurrente no utiliza las entregas o servicios de otros sujetos pasivos del IVA, tal como exigen los artículos 26 de la Sexta Directiva

77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, citándose las Sentencias del TJCE C-308/96 y C-94/97 (Fundamento de Derecho Cuarto) y, de otro, se indica que no ha quedado acreditado que la recurrente hubiera tributado en el Reino Unido, durante los años 1992, 1993 y 1994, por el referido régimen especial de agencias de viaje (Fundamento de Derecho Tercero). Tras lo expuesto, la sentencia entiende que resultan de aplicación las reglas generales de la Ley del IVA referidas a la realización del hecho imponible- el Título III de la Ley se refiere precisamente al "lugar de realización del hecho imponible"- e invoca el artículo 70.Uno.1 de la misma para afirmar que según el mismo "se entenderán prestados en el territorio de aplicación del Impuesto los servicios relacionados directamente con inmuebles que radiquen en el referido territorio (Península y Baleares), y entre otros, los servicios "...de gestión relativos a bienes inmuebles y operaciones inmobiliarias...".

A ello se añade que "lo determinante, por tanto, no es la nacionalidad del titular del aprovechamiento por turnos, sino el lugar en que radique el inmueble" y que "en aplicación del artículo 70 LIVA, la liquidación impugnada somete al IVA en nuestro país las cuotas de suscripción, renovación e intercambio de los titulares por aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles situados en territorio español (Península e Islas Baleares). En tal caso no se produce la doble tributación que teme el demandante, pues es claro que, cualquier que sea la nacionalidad de los titulares del aprovechamiento, los inmuebles únicamente tienen una ubicación.

Y por lo que se refiere a los ingresos en el extranjero de cuotas de intercambio relativas a inmuebles situados en España (Península y Baleares), respecto de las que el demandante alega la doble tributación, el acta no se refiere a ellas, sino que las excluye expresamente de la propuesta reguladora (apartado 3º del acta), por lo que son ajenas al presente recurso". Por tanto, existe motivación suficiente para desestimar la alegación de la recurrente.

En lo que respecta al segundo motivo, afecta a la calificación y tributación en IVA del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles o time-sharing, figura ésta surgida como una manifestación más del denominado turismo residencial, desarrollado a partir de la segunda mitad del siglo pasado y que solo fue objeto de regulación en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, muy posterior al período al que se refiere la liquidación inicialmente impugnada. Podemos decir de forma simple que se trata de un derecho a utilizar

un alojamiento de vacaciones durante un número determinado de semanas al año a lo largo de un período determinado de tiempo. (La Sentencia del TJCE de 3 de septiembre de 2009, señala que -RCI Europe explota un programa de intercambio de derechos de aprovechamiento por turno semana por semana, de nombre "RCI Weeks"-), debiendo significar que el propietario o promotor de este tipo de derechos puede gestionar al mismo tiempo el servicio de intercambio o también puede procurar adherirse a un sistema más amplio de gestión de este tipo de servicios por otra sociedad incrementando de esta forma la posibilidades de utilización. En fin, el derecho a que nos venimos refiriendo plantea el problema de su naturaleza y la forma de tributación de los mismos.

Pues bien, la alegación de la recurrente acerca de la posible aplicación del régimen especial de agencias de viajes no podría prosperar teniendo en cuenta la conclusión probatoria alcanzada de forma privativa por la sentencia de instancia en el sentido de que "en este caso (...) en la realización del viaje no utiliza la recurrente tales prestaciones de servicios de otros empresarios o profesionales (transporte de compañías aéreas o empresas de transporte, alojamiento y manutención por empresas hoteleras, y otros)".

Y es que como el TJCE ha puesto de relieve, entre otras en la Sentencia de 22 de octubre de 1998 "... el régimen del artículo 26 de la Sexta Directiva se aplica a los operadores económicos que organicen en su propio nombre viajes o circuitos turísticos y que, para suministrar las prestaciones de servicios generalmente vinculadas a este tipo de actividad, recurran a otros sujetos pasivos, aunque aquéllos no tengan formalmente el estatuto de agencia de viajes o de organizador de circuitos turísticos." Por el contrario, debe afirmarse la existencia de una prestación de servicios, si bien que "directamente relacionados con bienes inmuebles", pues el artículo 70.Uno.1º de la Ley 30/1992, de 28 de diciembre entiende que tienen dicha calificación "los de gestión relativos a bienes inmuebles y operaciones inmobiliarias"-

En todo caso, tanto en cuanto a las cuotas que se satisfacen por suscripción o renovación, como en las de intercambio, pocas dudas pueden existir acerca de su vinculación con bienes inmuebles, tras la Sentencia TJCE de de 3 de septiembre de 2009 (CE-3708), cuyos fundamentos quedaron transcritos y que excluyen la aplicación del régimen especial de agencias de viajes, bastando con señalar que según la referida Sentencia lo que distingue el sistema que venimos estudiando de un simple arrendamiento en cualquier agencia de vacaciones es que la persona en cuestión no paga por una prestación vacacional, sino por el servicio pres-

tado por RCI Europe por facilitar el intercambio de su derecho relativo a un inmueble particular. De ello se desprende que el inmueble al que se vincula la prestación de servicios de RCI Europe es aquel sobre el cual el propietario que desea intercambiar posee su derecho. Y naturalmente, concebida de esta forma la relación, no existe posibilidad de doble imposición, tal como señaló en su resolución el TEAC.

Finalmente, debemos señalar que hace referencia también la recurrente a la cuestión de la no aplicación al ejercicio de 1992 de la Ley 37/1992, de 27 de diciembre, sin haberlo hecho previamente en la instancia, pues en su defensa de la aplicación de aplicación del régimen de agencias de viajes invoca la referida Ley, por lo que se trata de cuestión nueva no suscitada en la instancia y además, en el caso presente, intrascendente, pues los artículos 13 y 61 y siguientes de la Ley 30/1985, de 2 de agosto habrían de ser interpretados igualmente a luz de la Sexta Directiva de la Sentencia del TJCE en la forma que ha sido expuesta.

CUARTO.- En el segundo motivo se alega infracción de los artículos 47, 48, 50, 51.1.1º y 140.1.b) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria. En este caso se reprocha a la sentencia de instancia haber declarado conforme al ordenamiento jurídico la base obtenida por el método de estimación indirecta, sin haberse emitido por la Inspección el correspondiente informe, tal como exige el artículo 51.1.1º de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963. Sin embargo, no podemos compartir el criterio de la recurrente.

En efecto, el método de estimación indirecta de bases imponibles es subsidiario en cuanto su aplicación procede tan solo cuando la determinación de aquella no es posible ni directamente ni acudiendo a la estimación objetiva singular, tal como se deriva de los artículos 50 de la Ley General Tributaria de 1963 y artículo 64.1 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos, así como de la jurisprudencia de esta Sala que los interpreta. En el presente caso, tal como se hizo constar en el Acta, la empresa recurrente no formulaba declaraciones por IVA como consecuencia de los servicios de intercambio de derechos de multipropiedad relativos a bienes inmuebles sitos en España.

Sin embargo, como la sentencia declara, no existió aplicación del régimen de estimación indirecta puesto que los ingresos correspondientes que se tuvieron en cuenta para la liquidación son los proporcionados por la propia entidad según consta en la diligencia de 9 de abril de 1996 y que se tuvieron por ciertos por la Inspección, sin que el artículo 140.1.

b) de la Ley General Tributaria, también invocado por la recurrente, imponga actuaciones de comprobación en todo caso y en cualquier supuesto.

QUINTO.- La sentencia impugnada razona en el Fundamento de Derecho Octavo la conformidad a derecho de la liquidación girada por intereses de demora en los siguientes términos: "Respecto de la fecha inicial para el cálculo de intereses, la discrepancia se produce porque la liquidación señala que, para el año 1992, el plazo establecido para el pago voluntario finalizó el 20 de enero de 1993, mientras que la demandante considera que dicho plazo finalizó el 30 de enero de 1993. Ocorre, sin embargo, que el demandante se basa en el artículo 71.4º del RD 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento del IVA, que no es aplicable al ejercicio 1992, porque dicho Reglamento, como la LIVA/92 que desarrolla, inició su aplicación respecto de las operaciones sujetas al impuesto a partir del 1 de enero de 1993, luego no es de aplicación a las operaciones sujetas al impuesto del ejercicio 1992, a las que resulta de aplicación el anterior Reglamento del IVA, aprobado por RD 2028/1985, de 30 de octubre, cuyo artículo 172.4 señala que el período de liquidación -de las operaciones sujetas al Impuesto del ejercicio 1992-, coincidirá con el trimestre natural y las declaraciones liquidaciones correspondientes a cada período de liquidación se presentarán durante los 20 primeros días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero (este es el caso).

Y respecto de la liquidación del ejercicio 1994, que vigente ya el nuevo Reglamento del IVA citado, debía presentarse el 30 de enero de 1996 (sic), no acredita el recurrente que la liquidación de los intereses haya tomado como fecha inicial otra distinta a la prevista reglamentariamente." Pues bien, en el tercer motivo del recurso de casación se alega infracción del artículo 172.4 del Real Decreto 2028/1985, del Reglamento del IVA, porque el contenido del precepto que la sentencia indica y aplica no era tal, "pues desde el 2 de agosto de 1987 y hasta el 31 de diciembre de 1992, la disposición contenida en el citado artículo establecía que la declaración-liquidación correspondiente al último período del año deberá presentarse durante los treinta días naturales del mes de enero (artículo 172.4, en su redacción dada por el RD 991/1987, confirmada por el RD 1841/1992) y no durante los 20 primeros días naturales del mes de enero, como afirma la Audiencia Nacional".

Por otro lado, en el cuarto y último motivo, formulado con invocación del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, se alega infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la recurrente pone de relieve que, con referencia al ejerci-

cio de 1994, la Sentencia, en su Fundamento de Derecho Octavo, in fine, señala que "respecto de la liquidación del ejercicio de 1994, vigente ya el nuevo Reglamento del IVA citado, debía presentarse el 30 de enero de 1996 (sic) no acredita la recurrente que la liquidación de intereses haya tomado como fecha inicial otra distinta de la prevista reglamentariamente". Y tras poner de manifiesto que la referencia al 30 de enero de 1996 es un puro error de la sentencia, por deber referirse al mismo día de 1995, expone que "cuesta creer... el motivo que esgrime la Audiencia Nacional... si se tiene en cuenta que mi representada llevó al escrito de demanda la transcripción literal de la parte del acto relativa a los intereses de demora", poniendo de relieve la contradicción existente entre considerar acreditado el "dies a quo" en la liquidación del ejercicio 1992 y no en el de 1994. Pues bien, resolvemos conjuntamente ambos motivos, debiendo estimarse los mismos, pues, en cuanto al año de 1992 resultaba aplicable el artículo 174.2 del Reglamento de la Ley del IVA que modificado por el Real Decreto 991/1987, de 31 de julio, señaló:

"3. El período de liquidación coincidirá con el trimestre natural.

4. La declaración-liquidación deberá ajustarse al modelo que para cada supuesto se apruebe por el Ministerio de Economía y Hacienda y presentarse durante los veinte primeros días naturales del mes siguiente al correspondiente período de liquidación mensual o trimestral, según proceda. Sin embargo, las declaraciones-liquidaciones que a continuación se indican deberán presentarse en los plazos especiales que se mencionan:

2.º La correspondiente al último período del año, durante los treinta primeros días naturales del mes de enero. Y en cuanto al ejercicio 1994, el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que aprobó el Reglamento de la Ley del IVA, actualmente vigente, establece igualmente (artículo 71.4.2º) que las declaraciones correspondientes al último período del año, deberán presentarse "durante los treinta primeros días naturales del mes de enero", constandingo en el acuerdo de liquidación que se ha tomado como día inicial del cómputo de intereses el 20 de enero de 1995.

SEXTO.- La estimación de los motivos tercero y cuarto conduce a la casación de la sentencia en los extremos a los que afecta, por lo que, de conformidad con lo ordenado en el artículo 95.2 d) de la Ley Jurisdiccional ha de resolverse lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate y ello debe hacerse estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo y anulando la resolución del TEAC y liquidación girada para que se practique una nueva en la que se tenga en cuenta lo razonado en el

Fundamento de Derecho anterior en cuanto a los intereses.

SÉPTIMO.- No ha lugar a las costas del recurso de casación y en cuanto a las de instancia cada parte abonará las suyas. En su virtud, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLO

PRIMERO.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación, número 9181/2003, interpuesto por D. Jorge Deleito García, Procurador de los Tribunales, en representación de RCI Europe Limited, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 16 de septiembre de 2003, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 624/1999, sentencia que se casa y anula en lo que respecta a la confirmación de los intereses que comprenden la liquidación girada. Sin costas.

SEGUNDO.- Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo número 624/1999, anulando la liquidación girada y la resolución del TEAC de 28 de abril de 1999, a fin de que la primera sea sustituida por otra en la que los intereses sean calculados según los plazos a los que se refiere el Fundamento de Derecho Quinto de esta Sentencia. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Manuel Vicente Garzón Herro.- Manuel Martín Timon.- Joaquín Huelín Martínez de Velasco.- Oscar González González.

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



2010/122429

TS Sala 4ª, Sentencia 12 mayo 2010. Ponente: D. Luis de Castro Fernández

Compatibilidad de de trabajador afiliado a dos regímenes distintos

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que declaró la compatibilidad la pensión de IPT reconocida al electricista accionante a cargo del RETA y la correspondiente a la IPA del RGSS declarada por revisión.

Señala el Tribunal que la diversidad patológica es la que justifica en el caso de autos la plena compatibilidad de pensiones por las que se acciona, al menos en tanto ninguna de ellas se deje sin efecto por mejoría, porque no se trata de un supuesto en el que la agravación de un cuadro determinante de IPT hubiese generado el grado de IPA, sino de dos diferentes panoramas de secuelas que se producen con intervalo cotizado de casi quince años en el ejercicio de profesiones diversas, en diferentes regímenes y con cotización suficiente en cada uno de ellos para lucrar pensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La STSJ La Rioja 23/07/09 estimó el recurso de Suplicación interpuesto (núm. 217/09) y revocó la decisión -desestimatoria de la demanda- pronunciada por el Juzgado de lo Social núm. Dos de Logroño en 125/09 (autos 1048/08), declarando compatible la pensión de IPT reconocida a cargo del RETA en 1994 y la correspondiente a la IPA del RGSS declarada por revisión en el año 2008.

2.- Recurre el INSS, señalando como decisión de contraste la STJS del País Vasco 19/12/06 (rec. 1836/06) y denunciando la infracción del art. 122, en relación con los arts. 9.2, 138, 143 y DA Trigésimo Octava LGSS, así como de los arts. 28, 30 y 34 Decreto 2530/70 (20/agosto).

3.- Unánimemente sostiene la Sala que el art. 217 LPL exige -para la viabilidad del RCU- -que exista contradicción entre la resolución ju-

dicial que se impugna y otra decisión judicial, y que este requisito se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de sentencias que contengan pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (recientemente, SSTS 19/01/10 -rcud 1155/09-; 20/01/10 -rcud 401/09-; 20/01/10 -rcud 809/09-; 09/02/10 -rcud 1208/09-; 10/02/10 -rcud 194/09-; y 12/02/10 -rcud 113/09-); porque la finalidad unificadora de este excepcional recurso tiene por consecuencia que no sea posible tal cometido cuando entre los supuestos de hecho contemplados en las sentencias a contrastar existan diferencias que justifiquen pronunciamientos diferentes y ambos ajustados a Derecho (así, STS 21/07/06 -rcud 619/05-). Y esta exigencia de contradicción se cumple palmariamente en el presente caso, ya que en ambas resoluciones judiciales se examina el supuesto -absolutamente coincidente- de trabajadores a los que se declara en situación de IPT en un determinado Régimen de la Seguridad Social (Mecánico Electricista del RETA en la sentencia que se recurre; y Albañil del RGSS en la decisión de contraste) y que tras haber cambiado de profesión y Régimen (Especialista del calzado por el RGSS en la recurrida; Almacenero del RETA en la referencial) obtienen nueva declaración de incapacidad (IPA en la recurrida; e IPT en la contrastada), con opuesta conclusión de los Tribunales sentenciadores respecto de la compatibilidad entre las pensiones, que admite la que se recurre en este procedimiento y que rechaza la propuesta como referente.

SEGUNDO.- 1.- Como hace tiempo que ha observado la Sala, el principio de prestación única tiene un evidente interés doctrinal, pero no traduce un criterio positivo de ordenación general de la materia, puesto que el ordenamiento de la Seguridad Social no contiene reglas de incompatibilidad de prestaciones de alcance general para todo el sistema, ni entre éste y los anteriores seguros sociales, por cuanto que el art. 91 LGSS/74 (en la actualidad, art. 122 LGSS/94) y los preceptos análogos de los regímenes especiales son normas internas de cada régimen, y -por otra parte- la posibilidad de causar derecho a pensión en distintos regímenes del sistema se reconoce expresamente en el art. 1.3 de la Ley 26/1985 (31 /julio) (STS 23/07/92 -rcud 2502/91-). Asimismo es doctrina de este Tribunal que "la regla general de incompatibilidad de pensiones es acorde con el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, porque en ese caso la renta de sustitución podría ser superior a la sustituida", siquiera lo "jurídicamente correcto" sea en tal supuesto reconocer la "nueva pensión" y permitir que el asegurado "ejercite el derecho de opción que le atribuye

el art. 122 de la LGSS “ (SSTS (SSTS 19/12/00 -rcud 4635/99-; 22/05/01 -rcud 2613/00-; 09/07/01 -rcud 3432/00-; 18/12/02 -rcud 173/02-; 18/07/03 -rcud 2924/02-; y 05/02/08 -rcud 462/07 -). Y que la naturaleza contributiva del sistema de prestaciones en la Seguridad Social determina que unas mismas cotizaciones no den origen a varias prestaciones de percepción simultánea, pero a la par que las mismas puedan ser aprovechadas (DA Trigésimo Octava y art. 9 LGSS/94), lo que lleva a interpretar -conjuntamente con el componente literal- el art. 5.1 RD 691/1991 (12/abril) en el sentido de que la utilización de unas cotizaciones para el reconocimiento de una prestación anula toda posibilidad de ulterior reconocimiento, pero que la compatibilidad es plena cuando no existe reutilización de cotizaciones (STS 10/05/06 -rcud 4521/04-).

2.- En esta misma línea se sostiene que las normas sobre incompatibilidad de prestaciones contenidas en el Título II de la Ley General de la Seguridad Social son exclusivamente aplicables a las servidas por el Régimen General, por lo que se admite “la compatibilidad entre pensiones procedentes de distintos regímenes de la Seguridad Social, cuando el interesado ha estado válidamente afiliado a ellos, reuniendo los requisitos para su devengo, siempre que no exista en los mismos normas que lo prohíban expresamente”.

Y que si de los términos de las normas aplicables no puede establecerse la incompatibilidad entre prestaciones, ésta tampoco puede construirse a partir de una interpretación extensiva que establezca la exclusión de la concurrencia (SSTS 24/07/92 -rcud 2117/91-; 21/09/92 -rcud 1596/91-; 18/12/92 -rcud 658/92-; 29/12/92 -rcud 128/92-; 20/01/93 -rcud 1729/91-; 16/05/94 -rcud 2237/93-; y 15/03/96 -rcud 1316/95-).

3.- De esta manera se han declarado compatibles -lo referimos a título de ejemplo- las pensiones por Incapacidad Permanente declaradas en el REMC y en el RGSS (STS 29/12/92 -rcud 128/92-); en el RETA y en el de Régimen Especial de Artistas (STS 20/01/93 -rcud 1729/91-; en el REA y en el RGSS (STS 15/03/96 -rcud 1316/95-); la de Jubilación en el RGSS y en el de Clases Pasivas, siempre que no se produzca intercomunicación entre las cotizaciones realizadas a uno y otro Régimen en orden a completar el período de carencia o incrementar el porcentaje determinante de la pensión en alguno de ellos (STS 13/03/95 -rcud 2758/94-); la pensión por Clases Pasivas y la de IPA derivada de Enfermedad Profesional, pues al no exigir ésta carencia alguna no hay tampoco doble utilización de las cotizaciones, que es lo realmente prohibido (STS 10/05/06 -rcud 4521/04-). Y muy contrariamente se ha afirmado que se produce incompatibilidad -pero con

derecho de opción- entre IPT por enfermedad común e IPT por ANL, con trabajos en empresas y profesiones distintas, sucesivamente producidas y para profesiones diferentes (SSTS 18/12/02 -rcud 173/02-; y 05/02/08 -rcud 462/07-); como también entre IPT y posterior GI derivadas ambas de AT en el REMC (STS 18/07/03 -rcud 2924/02-).

TERCERO.- 1.- En el caso de que tratamos hay alta sucesiva en dos Regímenes de la Seguridad Social (RETA cuando se declara la IPT; RGSS cuando se obtiene la IPA), diferencia de profesiones (Mecánico Electricista en la IPT; Especialista de calzado en la IPA), disparidad en las secuelas determinantes de la Incapacidad Permanente (patología cardíaca en la IPT; y básicamente neurológica en la IPA) y cotizaciones suficientes en cada uno de los Regímenes para -sin intercomunicación alguna cotizatoria- obtener el derecho a la correspondiente pensión. Y de los preceptos citados como infringidos no pueden servir de base a la incompatibilidad que se pretende:

a) Del Decreto 2530/1070, los arts. 28 y 30 se refieren a los requisitos para acceder a la prestación (ya declarada en 1994), y el art. 34 se limita a disponer que “las pensiones que concede este Régimen Especial... serán incompatibles entre sí, a no ser que expresamente se disponga lo contrario”.

b) De la LGSS, el art. 9.2 se refiere a la estructura del sistema en términos de los que mal puede derivarse la conclusión que se mantiene, el art. 122 tiene el estricto alcance que más arriba hemos indicado, y la DA Trigésima octava versa sobre superposición de cotizaciones en régimen de pluriactividad que nada tiene que ver con el supuesto debatido (cotizaciones sucesivas por actividad laboral única).

2.- Por su parte, la pretendida vulneración art. 138.4 LGSS, en cuyo apoyo se cita también -por identidad de contenido- el art. 6 del RD 1799/1985 (27octubre). Preceptos que disponen un especial requisito carencial (quince años superpuestos) para el reconocimiento de IPA o GI en el RGSS y Especiales, pero faltando alta o situación asimilada, con lo que es claro que se establece un endurecimiento de las normas generales -permisivas, según acabamos de ver- sobre compatibilidad de pensiones, que encuentra explicación -precisamente- en el hecho de que el reconocimiento de la prestación se produce pese a la inexistencia de alta, lo que presenta como excepción a la exigencia tradicional de aquélla o situación asimilada.

3.- Singular referencia merece la supuesta infracción del art. 143 LGSS, que se hace destacando que la declaración de IPA se hubiese llevado a cabo tras procedimiento de revisión de IP instado por el trabajador y

no declaración ex novo de IPA. Denuncia que rechazamos por dos consideraciones:

a).- En el plano formal, porque “los procedimientos de declaración y revisión de incapacidades son idénticos en lo esencial. Ello es así... porque... uno y otro procedimiento están encaminados a la misma finalidad, que es la evaluación de las capacidades o incapacidades de trabajo o de ganancia de una persona a la vista de la apreciación conjunta de las secuelas de todas sus dolencias. Es éste el objeto de la eventual solicitud del asegurado, que naturalmente no siempre estará en condiciones de saber en el momento de la incoación del expediente si el resultado de la evaluación practicada va a ser la revisión de la invalidez por secuelas ya apreciadas que se han agravado, o la declaración de una invalidez derivada de secuelas de dolencias distintas. Así las cosas, va en contra del principio de eficacia administrativa el obligar al asegurado a recorrer de nuevo el circuito del procedimiento de declaración de invalidez, cuando el procedimiento de revisión ha producido o ha podido producir el mismo efecto de verificación de su estado físico y de comprobación del cumplimiento de requisitos para el reconocimiento de prestaciones” (STS 2/10/97 -rcud 4575/96-, siguiendo precedente de 07/07/95 -rcud 1349/93-).

b).- En un plano material, porque la declaración de IPA trae causa -a pesar de lo que se razona en el fundamento quinto de la decisión recurrida- en patología completamente diversa a la que en su día había motivado el reconocimiento de IPT. En efecto, de las cinco dolencias -ordinal segundo del relato de hechos- que en 1994 fueron apreciadas como determinante de IP para la profesión de Mecánico (insuficiencia cardíaca ligera; disnea de grandes medianos de esfuerzo; varices importantes; sintomatología depresiva; y signos de congestión pulmonar), en el informe propuesta que se formula en 2008 y que concluye con el reconocimiento de IPA -quinto de los hechos declarados probados-, de entre aquéllas dolencias originales únicamente se alude al cuadro cardiológico y precisamente para hacer referencia a lo que se presenta como obvia mejoría (prótesis mitral normofuncionante con FE del 68%), siendo declaración expresa la de que el menoscabo funcional -determinante de la IPA- consistía en “necesidad de ayuda externa para la deambulación en recorridos cortos y claudicación, limitación de la movilidad en los diferentes arcos y astenia”; siendo tal menoscabo atribuido a la “resección de al menos 3 cm en recto y sigma... polineuropatía sensitiva motora y axonodermielinizante... profusión difusa L3-L4, L5-S1... radiculopatía motora crónica bilateral L5... Radiculopatía sensitiva S1... polineuropatía sensitiva motora mixta de intensidad severa en EEII con afecta-

ción bilateral... síndrome de túnel carpiano bilateral... grado severo”.

Y esta diversidad patológica es precisamente la que justifica -en todos los órdenes- la plena compatibilidad de pensiones por las que se acciona, al menos en tanto ninguna de ellas se deje sin efecto por mejoría. Porque no se trata de un supuesto en el que la agravación de un cuadro determinante de IPT hubiese generado el grado de IPA (supuesto en el cual sería sostenible que este superior grado discapacitante absorbiera el precedente inferior), sino se dos diferentes panoramas de secuelas que se producen con intervalo -cotizado- de casi quince años, en el ejercicio de profesiones diversas, en diferentes Regímenes de la Seguridad Social y con cotización suficiente en el cada uno de ellos para lucrar pensión por IP; en concreto, que la IPA se reconoce sin recurrir a cuota alguna que hubiese sido utilizada en la declaración de IPT.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Sin imposición de costas (art. 233.1 LPL).

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y confirmamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de La Rioja en fecha 23/07/2009 (recurso de Suplicación núm. 217/09), que a su vez había revocado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 12/05/2009 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Logroño (autos 1048/08), a instancia de D. Guillermo. Sin imposición de costas a la recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Jesús Gullon Rodríguez.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Milagros Calvo Ibarlucea.- 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. Luis Fernando de Castro Fernández hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.



EL DERECHO

Año XVII. Número 2886

Madrid, 26 de octubre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

RESEÑA

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

TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010/158809

TC Sala 2ª, Sentencia 19 julio 2010.
Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo

Irrazonable negativa del órgano judicial a controlar liquidaciones de deudas a la Seguridad Social

El TC estima la demanda de amparo promovida por la entidad mercantil recurrente contra la sentencia por la que se confirma el acto de derivación de responsabilidad solidaria por cotizaciones a la Seguridad Social, así como contra el auto que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra aquélla. La Sala considera lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, por cuanto el órgano judicial no entró a conocer sobre cuestiones planteadas en relación con la deuda que se le derivaba a la actora.

TS CIVIL

2010/140018

TS Sala 1ª, Sentencia 9 julio 2010.
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Desahucio de vivienda por falta de comunicación en la subrogación de la viuda del arrendatario

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que estimó la demanda de resolución del contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de los actores frente a la esposa del arrendatario fallecido, por aplicación de la doctrina de acuerdo con la cual la titularidad de la relación contractual la ostenta el cónyuge contratante en virtud del principio de relatividad de los contratos que solo vincula a los concretos contratantes, debido al carácter personal del derecho de arrendamiento, y dado que según la regulación

legal especial del arrendamiento la esposa debería haber comunicado su intención de subrogarse en la posición de su difunto esposo, sin que se pueda considerar también a la esposa como parte arrendataria del contrato por el hecho de que se celebrara estando casados en régimen de gananciales y de que la vivienda fuese destinada a vivienda familiar. El TS confirma que debe aplicarse la doctrina jurisprudencial anterior al presente caso.

2010/122278

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

Falta de carácter vejatorio en orden a apreciar intromisión ilegítima en el derecho al honor

El TS declara no haber lugar al rec. extraordinario por infracción procesal y haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, desestima la demanda al considerar la Sala que en el presente caso los comentarios proferidos por el demandado-recurrente, teniendo en cuenta el contexto en el que se producen y las concretas circunstancias del caso, no suponen una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la actora, pues con base a una mala relación entre las partes se vierten en programas televisivos de finalidad netamente de esparcimiento una serie de comentarios frívolos sin repercusión mediática, que si bien pueden molestar o disgustar a quien se dirigen, no alcanzan la finalidad vejatoria o difamatoria que determine una intromisión ilegítima en el derecho fundamental referido.

TS PENAL

2010/84224

TS Sala 2ª, Sentencia 19 mayo 2010.
Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

Prueba de cargo suficiente: testimonio coincidente de policías y testigos

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delito de resistencia y faltas de lesiones y de

utilización ilegítima de vehículos de motor. Subraya el Tribunal que el derecho a la presunción de inocencia implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la ley, lo cual implica que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, que tenga un contenido suficientemente incriminatorio como para desvirtuar racionalmente aquella presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos. En el caso, la declaración del agente de policía es coincidente con la de otros testigos mencionados en la sentencia de instancia y con el dato objetivo de las lesiones que le fueron causadas en el forcejeo, por lo que la valoración del tribunal debe considerarse suficientemente razonable y razonada.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/122382

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 22 junio 2010.
Ponente: D. Octavio Juan Herrero Pina

Concurrencia del uso de vivienda de protección oficial junto con otros usos relevantes

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil contra la sentencia del TSJ del País Vasco y, en su lugar, dicta otra por la que anula el acuerdo del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Bizkaia, por el que se fijaba el justiprecio de la parcela afectada por el proyecto sector Ibarreta-Zuloco del Plan PGOU de Baracaldo, debiéndose proceder en ejecución de sentencia a justipreciar la parcela expropiada. La Sala aplica la doctrina expuesta ya en anterior sentencia en la que se expuso que ni la justificación ofrecida por el Jurado ni la facilitada por el Tribunal de instancia son adecuadas para prescindir de la obligación legal impuesta por la dispos. adic. única 2, I, 3, b) Ley territorial 3/1997, pues la concurrencia del uso de vivienda de protección oficial junto con otros usos relevantes no es razón admisible para que la delimitación del área de reparto no se realice conforme a la previsión de dicho apartado, y tampoco es

razón asumible para prescindir del carácter imperativo de dicha norma que el uso predominante sea el de la vivienda unifamiliar y no el de vivienda colectiva, pues aunque el uso de vivienda unifamiliar fuera el predominante, el aprovechamiento tipo del área de reparto seguiría haciéndose mediante la división del aprovechamiento lucrativo total de las zonas incluidas en ellas.

TS SOCIAL

2010/133552

TS Sala 4ª, Sentencia 20 mayo 2010.
Ponente: D. Jesús Souto Prieto

Cese de relevista por subrogación empresarial sin obligación de devolver pensión de jubilación

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa de transportes accionante contra sentencia que confirmó la resolución del INSS sobre reintegro de pensión de jubilación parcial. Explica el Tribunal que si bien formalmente ha cesado el trabajador relevista en la empresa recurrente, su adscripción a otra empresa por subrogación no impide el cumplimiento de la finalidad de la norma ni evita las posibles responsabilidades empresariales futuras, aunque con la mayor complejidad derivada de la necesaria interrelación empresarial al estar adscritos jubilado parcial y relevista a distintas empresas, y, sin perjuicio, en su caso, de que de cesar al relevista en la nueva empresa, la obligación de contratar pudiera volver a recaer sobre la empresa originaria.

2010/145234

TS Sala 4ª, Sentencia 23 junio 2010.
Ponente: D. Rosa María Virolés Piñol

Fin de proceso por carencia sobrevinida de objeto tras derogación de convenio impugnado

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato accionante contra el auto que declaró la finalización del procedimiento en materia de impugnación de convenio colectivo instado contra Gas Natural por carencia sobrevinida de objeto, ante la derogación por convenio colectivo posterior de los preceptos objeto de litigio. Señala la Sala que habiéndose ejercitado la acción de impugnación de convenio colectivo, y siendo que el convenio ha sido derogado por otro posterior, carece de objeto pronunciarse sobre la legalidad de preceptos que ya no se integran en el ordenamiento jurídico aplicable, lo que no afecta en absoluto a las posibles acciones individuales de reclamación de derechos, que quedan al margen del debate.