



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 2812

Madrid, martes 30 de marzo de 2010



2010/3498

TS Sala 1ª, Sentencia 4 enero 2010. Ponente: D. Francisco Marín Castán

En contrato de agencia

Carácter acumulativo de los requisitos de la indemnización o compensación por clientela

El TS estima en parte el recurso de casación y desestima el de infracción procesal, interpuestos ambos por la mercantil demandada. En cuanto a la casación, indica que sí tiene razón la recurrente tanto en que los requisitos de la indemnización o compensación por clientela contemplada en el art. 28 Ley 12/92 sobre el contrato de agencia, tienen carácter acumulativo o acumulativo como en que la prueba de su concurrencia incumbe al agente que reclama la compensación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación a examinar ahora por esta Sala se interponen por una misma parte litigante, la compañía mercantil demandada como empresario en un litigio sobre extinción de un contrato de agencia celebrado en 1987, contra la sentencia de apelación que, acogiendo en parte el recurso de la agente demandante, otra compañía mercantil, revocó la sentencia de primera instancia, totalmente desestimatoria de la demanda, y en su lugar estimó parcialmente las pretensiones de la actora, condenando a la demandada a pagarle 79.123'10 euros por comisiones pendientes hasta el 8 de marzo de 2001, 62.732'08 euros por comisiones correspondientes al periodo comprendido entre el 9 y el 31 de marzo del mismo año, intereses de ambas sumas desde su devengo y 596.854'57 euros en concepto de indemnización por clientela más intereses legales desde la fecha de la propia sentencia de apelación.

El recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en tres

motivos, aunque dividiéndose el primero y el segundo en varios apartados que, en el motivo primero, se subdividen a su vez, impugna especialmente, desde distintas perspectivas, la valoración de la prueba por el tribunal de instancia. Y el recurso de casación, articulado en otros tres motivos, impugna la indemnización por clientela (motivo primero), la condena por comisiones del periodo 9 al 31 de marzo de 2001 (motivo segundo) y la condena a pagar intereses por las dos cantidades debidas en concepto de comisiones (motivo tercero).

No se ha discutido en el litigio la calificación del contrato como de agencia ni la aplicabilidad al mismo de la Ley 12/92, de 27 de mayo, y no se plantea ya ante esta Sala un problema que en buena medida centró el debate en las instancias, consistente en si el agente demandante tenía o no derecho a comisiones por la comercialización de un elemento denominado "cockpit", tablero o panel de control que incorporaba otros elementos además del cableado eléctrico para automóviles cuya comercialización sí estaba indiscutidamente

te encomendada al agente, ya que la sentencia recurrida desestimó las pretensiones de la demanda por tales comisiones y el agente demandante no la ha recurrido ante esta Sala, lo que asimismo comporta firmeza de la desestimación de la pretensión indemnizatoria por amortización de bienes adquiridos para la prestación de un mejor servicio.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.2 LEC de 2000 (en realidad ordinal 2º del apdo. 1 del mismo artículo), se funda en infracción del art. 218 de dicha ley, relativo la claridad, precisión y congruencia de las sentencias.

Su alegato se divide en tres apartados, a), b) y c), de los que el a) denuncia incongruencia omisiva de la sentencia impugnada, añadiendo la cita del art. 24.1 de la Constitución en cuanto proclama el derecho a la tutela judicial efectiva porque, según la recurrente, se la ha condenado a pagar unas comisiones por el periodo 9-31 de marzo de 2001 no pedidas en la demanda y una indemnización por clientela sin analizar los requisitos del art. 28 de la Ley 12/92 de régimen jurídico del Contrato de Agencia; el b) denuncia la "falta de congruencia de la sentencia con la demanda respecto a las comisiones comprendidas entre el 9 y el 31 de marzo de 2001", precisamente por no haberse solicitado en la demanda; y el c) denuncia la "falta de motivación relativa a los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho, sobre los que sustenta el fallo de la sentencia", añadiéndose ahora la cita del art. 24 de la Constitución y de los arts. 218, 316, 319,326, 327, 334 y 376 LEC de 2000 y 1225, 1228 y 1218 CC y una invocación a "la jurisprudencia de aplicación a dichos preceptos". Este último apartado c) se subdivide a su vez en otros tres (C.1, C.2 y C.3), de los que el C.1 impugna la valoración de la prueba sobre las comisiones pendientes, el C.2 la valoración probatoria sobre las comisiones del periodo 9 al 31 de marzo de 2001, aunque centrándose más bien su alegato en problemas de interpretación del contrato, con cita del art. 25 de la referida Ley 12/92, y de

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Interpretación desproporcionada del art. 452 LEC 4

TS

CIVIL

Carácter acumulativo de los requisitos de la indemnización o compensación por clientela 1

PENAL

Delito de estafa de licencias de pesca falsas 5

ADMINISTRATIVO

Consideración como renta gravable la compensación entregada al trabajador por traslado voluntario 8

SOCIAL

Servicio militar voluntario no asimilado a período cotizado a efectos de prestaciones 14

RS

RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

inaplicabilidad parcial de esta última por ser aplicable el art. 1255 CC, y el C.3 la valoración de la prueba sobre los elementos de la indemnización por clientela, aunque su alegato también aduce arbitrariedad y falta de motivación, refiriendo esta última tanto a la valoración de la prueba como a la resolución sobre “el fondo de la cuestión”.

Así planteado el motivo, bien claramente se advierte que ha de ser desestimado por su manifiesta falta de claridad y precisión al acumular tal cantidad y variedad de cuestiones que, en realidad, hacen de este motivo una descalificación global de la sentencia recurrida a modo de escrito de alegaciones incompatible con el carácter extraordinario del recurso por infracción procesal, rigurosamente sometido por la LEC de 2000 al régimen de motivos tasados que establece su art. 469.1 Como señala la doctrina de esta Sala, el recurso extraordinario por infracción procesal no permite revisar la valoración conjunta de la prueba so pretexto de la falta de motivación de la sentencia recurrida (SSTS 22-5-09 y 18-6-09), y ni este mismo recurso ni el recurso de casación permiten motivos de contenido heterogéneo que mezclen problemas sustantivos, procesales y probatorios (SSTS 7-6-06, 12-6-06, 4-7-06, 19-7-06, 11-6-08, 8-10-08 y 22-4-09 entre otras).

En cualquier caso, además, el examen por separado de cada uno de los apartados y subapartados que componen el motivo conduce a la misma conclusión desestimatoria por su falta de claridad y, según los casos y conforme a las razones que se expondrán, también de consistencia.

Así, el apartado a) alega “incongruencia por omisión” porque “la Sentencia no incluye razonamientos respecto a puntos esenciales en el procedimiento”, que serían las “cuantías relativas a supuestas comisiones pendientes” y la “indemnización por clientela”, pero basta con leer la sentencia impugnada para comprobar que su pronunciamiento sobre comisiones pendientes hasta el 8 de marzo de 2001 se funda principalmente en la valoración crítica de los informes periciales, su pronunciamiento sobre comisiones por el periodo 9-31 de marzo de 2001 se funda en la prevalencia del art. 25 de la Ley 12/92 sobre una determinada cláusula del contrato y, en fin, su pronunciamiento sobre la indemnización por clientela se funda en los informes periciales y en el art. 28 de la misma ley, de suerte que lo material-

mente planteado en este apartado es, en realidad, una disconformidad de la parte recurrente con la motivación de la sentencia recurrida. Si a esto se une que procesalmente la incongruencia omisiva es falta de respuesta a las pretensiones de las partes y no falta de motivación de la respuesta del tribunal a las pretensiones que expresamente resuelve en su fallo, como la parte recurrente parece creer a tenor del desarrollo argumental de este motivo, su desestimación no viene sino a corroborarse.

El apartado b), que denuncia incongruencia extra petita y ultra petita por haberse condenado a la recurrente a pagar comisiones por el periodo 9-31 de marzo de 2001 no pedidas en “el suplico de la demanda”, carece del más mínimo fundamento, porque la demanda justificaba su expresa petición de la cantidad de 2.325.482’42 euros, o alternativamente de la que procediera en función del resultado de la prueba, en sus hechos, dedicándose el cuarto a “Comisiones devengadas y no liquidadas” y, dentro de este hecho, el apartado 4.2 precisamente a “Comisiones no liquidadas desde el 8-3-2001 al 31-3-2001”. Pero es que, además, en el acto de la audiencia previa la parte demandante precisó sus peticiones en el sentido ya especificado en el antecedente de hecho tercero de la presente sentencia, pidiendo expresamente la cantidad de 65.618’86 euros por las comisiones del último mes, sin que la parte recurrente plantee en este apartado ninguna cuestión relativa a la posibilidad o no de tal precisión en la audiencia previa conforme al art. 255 LEC de 2000. Lo que hace esta parte es, por tanto, alterar gravemente la realidad de lo sucedido en el proceso para, así, intentar dotar de una mínima apariencia de fundamento a este apartado, alteración de la realidad en la que, por ende, se insiste luego en otros pasajes tanto del recurso por infracción procesal como del recurso de casación.

Finalmente, el apartado c) es el que de forma más acusada adolece del defecto del plantear una descalificación global, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, de la sentencia recurrida, ya que so pretexto de su falta de motivación sobre “la apreciación y valoración de las pruebas”, así como sobre “la aplicación e interpretación del derecho”, a lo que materialmente se dedica es precisamente a rebatir la motivación de la sentencia sobre la valoración de la prueba practicada, la interpretación del contrato de agencia celebrado en-

tre las partes y la aplicación de los arts. 25 y 28 de la Ley 12/92, lo que en sí mismo supone un flagrante contrasentido. De ahí que a la ya larga cita de preceptos en el encabezamiento de este apartado se añada, en el curso de su desarrollo argumental y especialmente en el de los apartados C.1 y C.2, la de otras normas que nada tienen que ver con las citadas en el encabezamiento, como el art. 25 de la Ley del Contrato de Agencia, la cláusula XIII del contrato celebrado en su día entre las partes litigantes, la Directiva 86/653 CEE de 8 de diciembre de 1986, el art. 1255 CC y, en fin, el art. 28 de, otra vez, la Ley de Contrato de Agencia, llegándose incluso en el apartado C.3 al punto de alegar que la sentencia recurrida “no se ajusta a las reglas de la lógica y la razón, tanto al valorar las pruebas como al resolver el fondo de la cuestión”, frase de la recurrente que compendia una formulación de este motivo tan defectuosa que impide a esta Sala avanzar más en su examen, pues lo cierto es que la sentencia recurrida se funda en un detenido contraste de los informes periciales aportados por las dos partes, que a su vez habían tenido en cuenta diversos documentos, y, por las razones que el tribunal expone, considera más fiable el informe aportado por la demandante al fundarse en documentos que el propio tribunal considera igualmente más fiables, cuales son las declaraciones fiscales de la hoy recurrente. Por tanto no solamente hay motivación, lo que ya de por sí desvirtúa el planteamiento de este apartado, sino que además la motivación de la valoración de la prueba se ajusta al art. 348 LEC de 2000, por cierto no citado como infringido, y frente a ello no cabe que esta Sala acometa una nueva valoración conjunta de la prueba incluyendo no sólo la documental sino también, como se pretende en este apartado, la testifical.

TERCERO.- Las razones antedichas determinan en gran medida la desestimación del segundo motivo por infracción procesal, fundado en infracción del art. 217 LEC de 2000 y dividido en dos apartados, el a) “sobre la falta de prueba de los hechos sobre los que la actora en el procedimiento fundamentó su demanda y sus consecuencias en la resolución final del mismo” y el b) “sobre la vulneración de la carga de la prueba en relación con los hechos imputados y extintivos que enervan los hechos constitutivos alegados por la actora”, pues lo que en realidad demuestran sus respectivos alegatos es la disconformidad de la recurrente

con la valoración por el tribunal sentenciador de pruebas efectivamente practicadas, hasta el punto de reconocer que el informe pericial aportado por la actora-recurrida establecía unas determinadas cuantías por comisiones pendientes “que fueron rebatidas por la prueba pericial” de la hoy recurrente, reprochando al tribunal sentenciador el haber prescindido de otros medios probatorios y alegando que el informe pericial aportado por la actora no acreditaba por sí solo la indemnización por clientela, al tiempo que en el apartado b) se reprocha al tribunal sentenciador el no haber tomado en consideración “la totalidad de los medios probatorios”; se hace valer el informe pericial aportado en su día por la parte hoy recurrente en prueba de que sus más importantes clientes dejaron de serlo, para así considerar improcedente la indemnización por clientela; se alega que la sentencia recurrida “no ha tomado en consideración que la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 28 de la Ley de Agencia son cumulativos, como veremos en el recurso de casación”, y, en fin, se puntualiza que sobre las comisiones por el periodo 9-31 de marzo de 2001 la sentencia recurrida vulnera la regla de la carga de prueba, además del deber de congruencia como se denunciaba en el motivo primero, porque la recurrente acreditó un hecho impeditivo cual sería la cláusula XIII apartado B del propio contrato de agencia.

Esto último revela por sí solo que el grado de confusionismo del motivo es tan alto que lo hace prácticamente inabordable, porque difícilmente puede tener algo que ver la carga de la prueba con la interpretación que merezca la cláusula de un contrato cuya existencia y contenido nadie discute. En cualquier caso, y al margen de que la recurrente insista en negar la realidad de que la actora sí pidió muy claramente las comisiones correspondientes al periodo 9-31 de marzo de 2001, lo cierto es que no cabe presentar como infracción de las reglas sobre carga de la prueba lo que es pura y simple disconformidad de la recurrente con la valoración de pruebas efectivamente practicadas, al ser doctrina reiteradísima de esta Sala, plenamente aplicable al art. 217 LEC de 2000 como lo era al hoy derogado art. 1214 CC, que en casación no cabe mezclar carga de la prueba con valoración de pruebas sino, únicamente, denunciar la infracción de la regla que determina a qué parte debe perjudicar la absoluta falta de prueba de un determinado hecho (SSTS 15-2-99, 25-1-00, 8-3-

02 y 20-12-02 entre otras muchas), constituyendo un verdadero contrasentido el alegar infracción del art. 217 LEC de 2000 al tiempo que se critica la valoración de los informes periciales por el tribunal sentenciador.

CUARTO.- La misma suerte, por razones que resultan de los dos fundamentos jurídicos precedentes, ha de correr el tercer y último motivo por infracción procesal, fundado en infracción del art. 24 de la Constitución, pues consiste en una mera recapitulación o resumen de todo lo aducido en los dos motivos anteriores, hasta el punto de reiterarse de nuevo la manifiesta inexactitud de que en la demanda no se pedían comisiones por el periodo 9-31 de marzo de 2009, e incluso añade una petición sobre las costas de la segunda instancia para el caso de prosperar el recurso extraordinario por infracción procesal.

Resulta, así, que la invocación del art. 24 de la Constitución es puramente retórica, como si mediante su cita pudiera eludirse el estricto cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para la formulación de los recursos extraordinarios, algo siempre rechazado por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 18-2-95, 27-3-95, 5-7-96, 28-5-01 y 27-2-03 entre otras) y que resulta de aplicación al recurso extraordinario por infracción procesal porque la introducción en el art. 469 LEC de 2000 de un motivo consistente en vulneración de derechos fundamentales reconocidos en aquel precepto constitucional (art. 469.1-4) no significa que mediante un solo motivo así fundado formalmente pueda lograrse materialmente una total revisión de la sentencia en materia de motivación, congruencia, valoración de todas las pruebas practicadas, carga de la prueba y costas de la segunda instancia, cuestiones todas ellas a las que se refiere el alegato de este motivo.

QUINTO.- Entrando ya examinar el recurso de casación, su motivo primero, fundado en infracción del art. 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de régimen jurídico del Contrato de Agencia, impugna la sentencia recurrida por haber condenado a la demandada-recurrente a pagar a la actora la cantidad de 596.854'57 euros en concepto de indemnización por clientela, cantidad resultante de reducir el tribunal en un 40% la de 994.757'62 euros, siendo esta la máxima o irrebalsable conforme al apdo. 3 del citado art. 28 por corresponder al importe medio anual de las remuneraciones del agente durante los cinco últimos años.

Según el alegato del motivo, la propia sentencia impugnada declara probado que no ha existido aprovechamiento posterior de la clientela por parte de la demandada hoy recurrente, de suerte que la actividad anterior de la actora no puede continuar produciéndole ventajas

sustanciales. Se añade que los requisitos establecidos en el apdo. 1 del referido art. 28 son cumulativos y que, precisamente por no concurrir todos ellos, la sentencia lleva a cabo la indicada reducción del 40%. A continuación la recurrente cita en su apoyo las sentencias de esta Sala de 7 de abril y 27 de enero de 2003, así como la de 26 de diciembre de 2001, y recalca que la jurisprudencia sólo concede indemnización por clientela si al finalizar el contrato se produce para el empresario un beneficio derivado de la actividad del agente. Tras citar también algunas sentencias de distintos tribunales de apelación, el alegato del motivo invoca la doctrina científica más autorizada, niega que la actora hubiera aportado nuevos clientes o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente y también que su actividad anterior pueda seguir produciéndole ventajas sustanciales, señala que la causa para resolver el contrato fue la progresiva disminución y final pérdida de clientes, como habría quedado demostrado en el juicio mediante las declaraciones de varios testigos corroboradas por la prueba pericial, niega que la recurrente esté aprovechándose de clientela de la actora en el extranjero y, en fin, destaca que en el contrato la actora renunció a eventuales indemnizaciones una vez finalizada la relación de agencia.

Descartado este último argumento, ya que a partir del 1 de enero de 1994 la Ley 12/92 empezó a aplicarse a los contratos de agencia celebrados antes de su entrada en vigor (D. Transitoria) y por tanto la cláusula contractual excluyente de cualquier indemnización o compensación quedó automáticamente ineficaz por lo dispuesto en el art. 3.1 de dicha ley, si tiene razón en cambio la parte recurrente tanto en que los requisitos de la indemnización o compensación por clientela contemplada en el art. 28 de la misma ley tienen carácter cumulativo o acumulativo como en que la prueba de su concurrencia incumbe al agente que reclama la compensación, pues así lo declara la jurisprudencia representada por las sentencias citadas en el motivo y otras posteriores (SSTS 27-1-03, 7-4-03, 13-10-04, 30-11-04, 23-6-05, 15-1-08 y 23-6-08), y ni siquiera la parte recurrida lo discute al oponerse a este motivo. Sin embargo también debe puntualizarse que, según esta misma jurisprudencia, el requisito de que la actividad anterior del agente pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario no permite imponer al agente la prueba de la efectividad de tales ventajas o del efectivo disfrute por el empresario, después de extinguido el contrato, de los clientes que aportó el agente, pues también cabe un "pronóstico razonable", en contemplación del momento inmediato posterior a la ruptura del vínculo contractual, acerca de cuál será el comportamiento probable de dicha clientela y, por tanto, de si es posible que el empresario conti-

núe disfrutando o favoreciéndose de la misma (SSTS 13-10-04 y 23-6-05, esta última con cita de las SSTS 27-1-03, 7-4-03 y 30-4-04).

Así las cosas, debe darse por sentado que la demandante aportó nuevos clientes a la demandada, pues así lo declara probado la sentencia recurrida sin que el recurso extraordinario por infracción procesal haya acertado a desvirtuarlo. Sin embargo, por lo que se refiere al requisito de la posibilidad de ventajas sustanciales para la demandada tras extinguirse el contrato, la sentencia impugnada se limita a constatar "una situación vacilante y preexistente a la rescisión" debido a "las demás circunstancias existentes en el sector que abundantemente han manifestado ambas partes desde posiciones en este aspecto concurrentes", lo que conduce al tribunal a "moderar la suma máxima" posible reduciéndola en un 40%.

Pues bien, la decisión del tribunal sentenciador así razonada infringe el art. 28.1 de la Ley 12/92 y por ello el motivo debe ser estimado, ya que al referirse a "las demás circunstancias" parece estar justificando la procedencia equitativa de la indemnización por clientela, último de los requisitos exigidos por la norma, pero en modo alguno un pronóstico razonable de disfrute o beneficio por la demandada de la clientela aportada por la actora según el momento inmediatamente posterior a la ruptura del vínculo contractual. Lejos de ello, el propio tribunal constata una "situación vacilante" antes ya de la extinción del contrato, y si el informe pericial acompañado con la contestación a la demanda ya señalaba que los clientes aportados por la actora habían dejado de serlo antes de la extinción del contrato, algo tampoco discutido por ésta, todavía es más significativo que Volkswagen, el cliente más importante de la demandada, certificara que en el segundo semestre del año 2001 ya había dejado de comprarle cableado eléctrico, así como que con anterioridad ya se había comunicado tanto a la demandada como a la actora que el contrato iba a finalizar (doc. núm. 8 de la contestación a la demanda, ratificado en el juicio mediante declaración testifical).

Lo que hace el tribunal sentenciador, por tanto, no es un pronóstico razonable de ventajas sustanciales para el empresario según la prueba propuesta por el agente demandante, sino una especie de juicio de equidad por el que resuelve sus propias dudas más que serias sobre esas futuras ventajas del empresario rebajando sustancialmente la cantidad que habría concedido el agente si su pronóstico hubiera sido razonable o, lo que es lo mismo, fundado en la prueba practicada, hasta el punto de que la propia parte actora, como recurrida, defiende la sentencia impugnada alegando una potencialidad puramente abstracta de aprovechamiento

de la clientela por la demandada, mediante meras especulaciones sin ninguna base fáctica real y, por ello, al margen de cómo se configura este requisito por el art. 28 de la Ley 12/92 complementado por la jurisprudencia de esta Sala.

SEXTO.- El segundo motivo del recurso de casación, fundado en infracción de los arts. 1281 y 1255 CC en relación con los arts. 3.1 y 25 de la Ley 12/92 de régimen jurídico del Contrato de Agencia, impugna la condena de la recurrente a pagar comisiones por el periodo del 8 al 31 de marzo de 2001 alegando que lo dispuesto en el citado art. 25 de la Ley 12/92 admite pacto en contrario y que este pacto vendría constituido por la cláusula XIII b) del contrato de agencia celebrado en 1987 entre ambas partes litigantes, según la cual cualquiera de ellas podía rescindir, "con efectos inmediatos", en caso de "ocurrencia de cualquier suceso o el conocimiento de cualquier circunstancia tras los cuales no pudiera esperarse razonable la continuación del contrato". En suma, la recurrente considera que, cumplido por ella escrupulosamente el plazo de preaviso legal de seis meses y comunicada a la actora la rescisión del contrato el 8 de septiembre de 2000, dicha cláusula determinaba que el devengo de comisiones habría finalizado el 8 de marzo de 2001, sin prolongarse hasta el día 31 de los mismos mes y año.

Así planteado, el motivo no puede prosperar porque, al margen de que el apartado a considerar de la cláusula XIII en cuestión es el B.4) y no el b) como se alega en el motivo, lo cierto es que de la literalidad de la cláusula no resulta lo que se propone en el motivo, siquiera sea por la elemental razón de que la misma trata de la expiración del contrato sin requerimiento ni notificación alguna (apartado A) y de su rescisión "con efectos inmediatos" (apartado B) en cuatro casos entre los que se encuentran el incumplimiento del contrato por cualquiera de las partes o su quiebra o insolvencia, a todo lo cual aún se añade un apartado C) de muy difícil comprensión porque se refiere a determinados casos en los que el agente (denominado "representante") no tendrá derecho a determinadas cantidades.

Se trata, pues, de una cláusula nada clara, inserta en un contrato bastante anterior a la Ley 12/92 y ajena a cualquier plazo de preaviso, pues lo que reglamenta es precisamente el caso contrario, esto es la terminación del contrato "con efectos inmediatos" por determinadas causas que, en parte, coinciden con las excepciones del art. 26.1 de la Ley 12/92 a la regla general del preaviso. De ahí que resulte insostenible la tesis de la recurrente, porque la literalidad de una cláusula sobre rescisión del contrato "con efectos inmediatos", esto es sin preaviso, caso que también contempla la Ley 12/92 en su art. 26, no puede invocarse

como el "pacto en contrario" a que se refiere el apdo. 4 de su art. 25 al tratar de la hipótesis normal de terminación del contrato con preaviso y disponer que en tal caso la regla general será la coincidencia del final del plazo de preaviso con el último día del mes; y de ahí, también, que en modo alguno quepa tachar de ilógica, arbitraria, irrazonable ni contraria a un precepto legal la interpretación del contrato por el tribunal sentenciador rechazando el argumento de la hoy recurrente de que dicha cláusula alteraba el régimen legal del contrato, de modo que procede aplicar la doctrina de esta Sala, tan conocida y reiterada que huelga la cita de sentencias concretas al respecto, de que la interpretación de los contratos corresponde a los órganos de instancia y no cabe revisarla en casación salvo en aquellos casos excepcionales.

SÉPTIMO.- Finalmente, el tercer y último motivo del recurso de casación, fundado en infracción del art. 1108 CC en cuanto al principio in illiquidis non fit mora y dirigido a que se deje sin efecto la condena de la recurrente a pagar intereses de las cantidades correspondientes a comisiones desde su devengo, por considerar dicha recurrente que lo procedente serían los intereses únicamente desde la fecha de la propia sentencia impugnada, también ha de ser desestimado, ya que la jurisprudencia de esta Sala tuvo por definitivamente superada dicha regla desde las sentencias de 13 de octubre de 1997 y 21 de diciembre de 1998, son varias además las sentencias de esta Sala que condenan al pago de intereses en casos de liquidación de relaciones contractuales (SSTS 15-6-04, 19-2-04 y 13-12-01 entre otras) y, en fin, la recurrente nada propone alternativamente sobre intereses desde la interposición de la demanda, de suerte que debe mantenerse el pronunciamiento impugnado en cuanto se corresponde con el principio de que el acreedor perciba todo aquello a lo que tenía derecho y por tanto los frutos o intereses del dinero que se le debía.

OCTAVO.- La estimación del primer motivo del recurso de casación determina, conforme al art. 487.2 LEC de 2000, que se case la sentencia recurrida para dejar sin efecto la condena de la demandada-recurrente a pagar la cantidad de 596.854'57 euros en concepto de indemnización por clientela.

Esto impone, a su vez, el examen de la pretensión alternativa o subsidiaria de la actora, para el caso de no acordarse la compensación por clientela prevista en el art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia, que se fundaría en el "enriquecimiento sin causa" de la demandada "al aprovecharse haciendo suya la clientela en su fondo comercial como consecuencia de la extinción de la relación mercantil con mi mandante".

Pues bien, dicha pretensión no puede prosperar: primero, por lo ya razonado, al estimar ese primer motivo de casación, sobre la falta de prueba del aprovechamiento de la clientela por el empresario y la falta de justificación de un pronóstico razonable de tal aprovechamiento o disfrute; y segundo, sobre todo, porque si no procede la indemnización o compensación por clientela regulada en el art. 28 de la Ley 12/92 al no concurrir los requisitos legalmente exigidos, entonces no cabe acudir al principio prohibitivo del enriquecimiento injusto o sin causa, porque cualquier eventual enriquecimiento del empresario tendría su fuente en el contrato y en la ley y, por ello, no sería injusto ni carecería de causa (SSTS 19-5-06, 11-10-05, 31-3-05, 31-12-03, 27-10-03, 22-9-03, 8-7-03, 27-3-03, 9-9-02, 30-9-99 y 18-12-96).

NOVENO.- En cuanto a las costas de las instancias, debe mantenerse el pronunciamiento de la sentencia recurrida por ajustarse a lo previsto en los arts. 394.2 y 398.2 LEC de 2000, ya que subsiste la estimación parcial de la demanda y la estimación igualmente parcial del recurso de apelación.

DÉCIMO.- Conforme al art. 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la LEC de 2000, procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal; y conforme al apdo. 2 de ese mismo art. 398, no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el recurso de casación.

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

FALLO

1º.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la compañía mercantil demandada Delphi Packard SLU, representada ante esta Sala por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la sentencia dictada con fecha 8 de junio de 2005 por la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 446/04.

2º.- Imponer a la parte recurrente las costas causadas por dicho recurso.

3º.- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la misma parte contra la referida sentencia.

4º.- Casar en parte la sentencia recurrida, dejando sin efecto únicamente la condena de la demandada-recurrente a pagar a la actora la cantidad de 596.854'57 euros en concepto de indemnización por clientela más intereses.

5º.- Confirmar dicha sentencia en sus restantes pronunciamientos, in-

cluido el relativo a las costas de ambas instancias.

6º.- Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el recurso de casación.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias

necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Román García Varela.- Francisco Marin Castan.- Encarnación Roca Trias.

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



TC, Sección: 3, Sentencia 14 diciembre 2009. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo

Tutela judicial efectiva

Interpretación desproporcionada del art. 452 LEC

El TC estima la demanda de amparo interpuesta por el recurrente. La parte actora considera que ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos. Recurso contra providencia que inadmitía recurso de reposición con el fundamento de no expresar la infracción en que incurría la resolución judicial impugnada. El Tribunal entiende que no cabía exigir al recurrente que citase expresamente un precepto o disposición concreta de la Ley procesal; pues afirmar lo contrario significaría tanto como obligarle a citar imaginarias infracciones de preceptos procesales, señalando que es excesivamente rigorista la interpretación que ha realizado el órgano judicial del art. 452 LEC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha expuesto con mayor detalle en el relato de antecedentes, la cuestión planteada en este proceso de amparo se refiere a la providencia de 23 de octubre de 2006 del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid, dictada en pieza de incidentes 1350-2002, que inadmitió recurso de reposición contra providencia de 19 de julio de 2006, que modificaba el régimen de visitas entre padre e hijo, con el fundamento de no expresar la infracción en que incurría la resolución judicial impugnada.

SEGUNDO.- La recurrente en amparo considera que ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su manifestación de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, en la medida en la que el órgano judicial no tuvo en consideración que la infracción denunciada por el órgano judicial -el derecho del menor a la integridad física y moral- sí constaba expresada en el escrito de interposición del recurso y, a su juicio, los derechos infringidos eran lo suficientemente importantes como para

decidir la inadmisión por motivos puramente formales.

El Ministerio Fiscal interesa, en su escrito de alegaciones, la estimación del amparo, pues entiende que la recurrente había cumplido con las exigencias de admisión del recurso de reposición, ya que la exigencia de citar la infracción en que incurría la resolución judicial impugnada (art. 377 de la Ley de enjuiciamiento civil antes de la reforma de la LEC 2000) ha sido interpretada por la jurisprudencia constitucional con arreglo a un criterio antiformalista, que ha declarado que la cita del precepto sólo tiene sentido cuando el recurso de reposición se fundamenta en infracciones de carácter procesal, pero no en los casos en los que el recurso tiene su causa en razones sustantivas o de fondo, ya que en tales supuestos la exigencia del precepto procesal resulta de imposible cumplimiento. En igual sentido se reitera, en sus alegaciones, la parte recurrente.

TERCERO.- Centrado así el debate parece claro que nos hallamos ante un caso de supuesta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recur-

sos, sobre el que este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse repetidas veces, siendo preciso recordar ahora que es nuestra doctrina reiterada, como sintetiza la STC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2, que el derecho a la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo de la pretensión, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE, se satisface también con una respuesta de inadmisión fundada en una causa legal que haya sido apreciada razonablemente por el órgano judicial (así, y entre otras, ya desde nuestra temprana STC 11/1982, de 29 de marzo, las SSTC 69/1984, de 11 de junio, y, entre las más recientes, 8/1998, de 13 de enero, y 122/1999, de 28 de junio).

Por ello, las decisiones judiciales de inadmisión no son, en principio, revisables en la vía de amparo, salvo que vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que ocurre cuando carecen de la debida motivación (SSTC 214/1988, de 14 de noviembre; 63/1992, de 29 de abril); se funden en una interpretación de la legalidad ordinaria arbitraria o manifiestamente irrazonable (STC 133/2000, de 16 de mayo); sean el resultado de un error patente (SSTC 295/2000, de 11 de diciembre; 134/2001, de 13 de junio); se apoyen en una causa legal inexistente o en la exigencia de unos requisitos formales excesivamente rigurosos (SSTC 69/1984, de 11 de junio; 57/1988, de 5 de abril; 18/1993, de 18 de enero; 172/1995, de 21 de noviembre; 135/1998, de 29 de junio; 168/1998, de 21 de julio; 63/2000, de 13 de marzo; 230/2000, de 2 de octubre). El control constitucional de estas decisiones de inadmisión se realiza de forma especialmente intensa cuando determinan la imposibilidad de obtener una primera respuesta judicial (SSTC 87/1986, de 27 de junio, y 118/1987, de 8 de julio, hasta la STC 16/1999, de 22 de febrero), atenuándose ese control en fase de recurso (por todas, SSTC 37/1995, de 7 de febrero, 115/1999, de 14 de junio).

CUARTO.- En concreto, y por lo que se refiere a las inadmisiones fundadas en el incumplimiento de la exigencia que imponía el derogado art. 377 LEC en la formulación de un recurso de reposición relativo a la cita expresa de la disposición de la Ley de enjuiciamiento civil infringida por la resolución recurrida, este Tribunal tuvo ocasión de declarar reiteradamente que no debía exigirse dicho requisito de un modo rígido y formalista, que desconociera la finalidad perseguida con él, por lo que, cuando a través del recurso de reposición lo que se impugnaba no era el incumplimiento de una norma de carácter procesal, sino la infracción de un precepto sustantivo que tuviera relación con el fondo de la cuestión debatida y no con el procedimiento seguido, no cabía exigir al recurrente que citase expresamente un precepto o disposición concreta de la Ley pro-

cesal; pues afirmar lo contrario significaría tanto como obligarle a citar imaginarias infracciones de preceptos procesales.

Por consiguiente, cuando el recurso se fundaba exclusivamente en la infracción de preceptos sustantivos, no existía obligación alguna de citar normas procesales que no habían sido vulneradas, razón por la cual la inadmisión del recurso de reposición en estos casos con apoyo en el art. 377 LEC 1881 resultaba contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, de la que forma parte el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos de cumplirse los requisitos y presupuestos establecidos por las leyes procesales (SSTC 69/1987, de 22 de mayo; 113/1988, de 9 de junio; 162/1990, de 22 de octubre; 213/1993, de 28 de junio; 172/1995, de 21 de diciembre; 194/1996, de 26 de noviembre; 213/1999, de 29 de noviembre; 225/1999, de 13 de diciembre; 100/1999, de 31 de mayo; 205/2000, de 24 de julio; 233/2001, de 10 de diciembre; y 62/2002, de 11 de marzo, entre otras). Desde tal premisa, con mayor motivo ha de ser antiformalista la interpretación que se realice del art. 452 LEC 2000, en la medida en que este precepto sólo exige expresar la infracción en que la resolución hubiera incurrido y, en consecuencia, eliminó la exigencia de la cita expresa del precepto presuntamente infringido que establecía el derogado art. 377 LEC 1881.

QUINTO.- La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso determina que la resolución judicial impugnada por la que se acuerda no tramitar el recurso de reposición ha de considerarse contraria al art. 24.1 CE, pues la demandante de amparo fundó su recurso de reposición en la vulneración del derecho del menor a su integridad física y moral, que sólo podría encontrar cabida en el art. 15 CE y, por toda respuesta, el órgano judicial adoptó la providencia de 23 de octubre de 2006, que inadmitía el recurso con el fundamento de no expresar la infracción en que incurría la resolución judicial impugnada. Sin embargo, al no tener como objeto el recurso de reposición denunciar la vulneración de ningún precepto concreto de la Ley de enjuiciamiento civil, no podía exigirse a la recurrente el cumplimiento de dicho requisito y debe considerarse que la resolución impugnada ha efectuado una interpretación irrazonable, por desproporcionada, de los requisitos formales del art. 452 LEC y resulta lesiva del art. 24.1 CE.

Por añadidura, no podemos sino estar de acuerdo con la argumentación del Ministerio Fiscal, que declara que tal vulneración resulta en el presente supuesto especialmente palmaria si se tiene en cuenta que el principio de interés superior del menor debe inspirar la actuación jurisdiccional en los procesos matrimoniales y de familia (STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 5) y que la tramitación de dichos procesos debe estar

presidida por un criterio de flexibilidad procedimental. En este contexto, resultaría de aplicación el canon reforzado de la tutela judicial efectiva que este Tribunal utiliza cuando la cuestión de fondo sobre la que se proyecta la tutela se conecta con otros derechos fundamentales del recurrente (por todas STC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3, dictada por el Pleno de este Tribunal y STC 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3).

SEXTO.- En definitiva, la demanda de amparo ha de ser estimada y ha de declararse nula la providencia de 23 de octubre de 2006 del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid. Ahora bien, como advierte el Ministerio Fiscal, las particularidades de este supuesto aconsejan descartar la retroacción de las actuaciones a los efectos de dictar una nueva resolución judicial respetuosa con el derecho que se estima vulnerado. Y ello porque se desprende de las actuaciones que, con posterioridad a la interposición del presente recurso de amparo, las visitas entre el menor y su padre han estado, de hecho, suspendidas, como consecuencia de la renuncia del padre a las mismas, así como de la revocación del poder de representación a su Letrada, lo que fue aceptado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid. No consta que ninguna de las partes haya solicitado la reanudación de las visitas, por lo que, en esta situación sobrevenida con poste-

rioridad a la presentación de la demanda de amparo, carecería de sentido acordar que se dictara una nueva resolución judicial sobre el régimen de visitas paterno filiales, en la medida en que la recurrente reclamaba la restricción de las mismas a través del recurso de reposición que fue inadmitido y dicha restricción se derivó implícitamente de la renuncia del padre a visitar al menor.

FALLO

Estimar la demanda de amparo presentada por D^a María del Pilar y, en su consecuencia:

Primero.- Declarar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos (art. 24.1 CE), de la recurrente.

Segundo.- Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la providencia de 23 de octubre de 2006 del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid, dictada en pieza de incidentes 1350-2002.

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

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



2009/265723

TS Sala 2^a, Sentencia 11 noviembre 2009. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Atenuante analógica de dilaciones indebidas

Delito de estafa de licencias de pesca falsas

Interpuesto recurso de casación por los condenados en la instancia como autores responsables de un delito consumado de estafa agravado por la cuantía de la defraudación, el TS lo estima parcialmente, dictando segunda sentencia en la que entiende que concurre la atenuante analógica de dilaciones indebidas. Entre otros pronunciamientos, señala la Sala, que acordó, en Pleno celebrado en fecha de 21 de mayo de 1999, seguido en numerosas sentencias posteriores, la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del art. 21,6 CP 95, en los casos en que se hubieren producido en el enjuiciamiento dilaciones excesivas e indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas -art. 24,2 CE -. Formula voto particular el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recurrentes, condenados por el Tribunal de instancia,

como autores de un delito de estafa, a las penas de dos años de prisión y multa para cada uno de ellos, fundamentan su Recurso de Casación con-

junto en siete diferentes motivos, de los que los tres últimos se refieren a otros tantos quebrantamientos de forma, que pasamos a analizar seguidamente:

A) El motivo Quinto denuncia, con cita del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la inadmisión de la prueba pericial caligráfica propuesta a fin de efectuar un análisis comparativo de contraste entre las firmas obrantes en la licencia de pesca que se califica como falsa y las que figuran en otros documentos tenidos por auténticos.

Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 9/2003 y 165/2004) y de esta Sala (SSTS 71/2007 y 74/2007) para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la prueba se exige:

a) Que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto.

b) que los órganos judiciales hayan rechazado inmotivadamente su práctica, con una explicación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse ésta por causas imputables al propio órgano judicial, habiendo de tenerse en cuenta a este respecto que no resulta aceptable que de la admisión se derive un bloqueo absoluto del trámite o, en el mejor de los casos, se incurra en la violación del derecho, también constitucional, a un juicio sin dilaciones indebidas, en tanto que al juez tampoco le puede ser exigible una diligencia que vaya más allá del razonable agotamiento de las posibilidades para la realización de la prueba que, en ocasiones, desde un principio o sobrevenidamente se revela ya como en modo alguno factible.

c) Que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor.

Con relación a la cuestión planteada se advierte que los recurrentes no interesaron la práctica de la prueba que ahora mencionan en momento procesal hábil para justificar esta reclamación, toda vez que lo hicieron tan sólo en fase de instrucción sin reiterar esa solicitud, como hubiere sido necesario, en la fase intermedia ni en el acto del Juicio.

Por lo que aplicando la doctrina antes referida, resulta evidente el destino desestimatorio del motivo.

B) El Sexto de los motivos, por su parte, alude al defecto formal (art. 850.2 LECr) consistente en la falta de citación de la compañía Marave, mencionada como perjudicada en estos hechos.

Resulta evidente que el precepto mencionado señala como vicio formal la omisión en la citación para el acto del Juicio del procesado, del responsable civil subsidiario, de la parte acusadora o del actor civil incomparecientes a dicho acto, pero en este caso resulta que la Compañía mencionada, aunque hubiera sufrido perjuicios económicos derivados de la conducta ilícita de los recurrentes, no se encontraba personada en la causa en ninguno de los conceptos de referencia, por lo que el aludido defecto formal es inexistente.

C) Y para cerrar este apartado de carácter formal, el motivo Séptimo se refiere a la supuesta falta de claridad (art. 851.1 LECr) de la narración fáctica contenida en la Resolución de instancia.

El primero de los supuestos de Casación por quebrantamiento de forma contenidos en el artículo 851.1 de la Ley procesal alude a la falta de claridad en la narración de los Hechos probados consignados en la Sentencia recurrida. Gravísimo defecto formal que, obviamente, determina la anulación de la Resolución que de tal irregularidad adolece, a fin de que se proceda a su nueva y correcta redacción.

Pero por las radicales consecuencias que conlleva, semejante defecto "in iudicando" ha de ser de tal entidad que en realidad determine una absoluta incompreensión de lo que se quiere decir y proclamar como probado, de manera que ese vacío impida la adecuada interpretación y calificación jurídico penal de lo narrado (SsTS de 15 de junio y 23 de octubre de 2001, entre muchísimas otras).

La oscuridad de comprensión ha de provenir, por tanto, de los propios términos y de la construcción semántica, gramatical o lógica de lo descrito, es decir, supone una ininteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones.

Obligado resulta, por último, para la prosperabilidad de un Recurso amparado en este fundamento legal, que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incomprendibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca.

En el presente caso, los recurrentes denuncian, bajo este motivo y fundamento, esa supuesta falta de claridad por haberse omitido, en la narración histórica de la recurrida, los datos que justificarían la califica-

ción de los hechos enjuiciados como delito de estafa.

Junto a ello, el Recurso pasa a discutir la valoración del material probatorio disponible llevada a cabo por la Audiencia y a exponer su criterio acerca de ciertas carencias probatorias.

Evidentemente, de un semejante planteamiento se aprecia la improcedencia del motivo alegado, pues no se está hablando de oscuridad interna del relato de hechos, que impida su recta comprensión, conduciendo a una situación de perplejidad respecto de su significado real, bastando la mera lectura de la narración para comprobar cómo resulta plenamente inteligible su contenido, sino que lo que en realidad se pretende es corregir el resultado histórico que el Tribunal "a quo" obtiene de su valoración de las pruebas practicadas.

Sin que tampoco estemos, por otra parte, ante omisión o laguna que provoquen incompreensión en los hechos, pues ese denunciado vacío fáctico, en relación con lo que el recurrente considera suficientemente probado, tampoco deriva en falta de claridad en la narración efectuada sin la inclusión de los extremos aludidos en el Recurso.

En definitiva, los tres motivos han de desestimarse.

SEGUNDO.- A su vez, los dos primeros motivos del Recurso alegan, a través del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sendas infracciones de derechos fundamentales.

A) En primer lugar, el ordinal Segundo alude al derecho a la presunción de inocencia, por considerar que no existe en las actuaciones prueba suficiente válida para sustentar el pronunciamiento condenatorio de la Sentencia recurrida.

Baste, para dar respuesta a tal alegación, recordar cómo la función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de

ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal "a quo", no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.

Y, en este caso, nos encontramos con una argumentación, contenida esencialmente en el Fundamento Jurídico Segundo de la Resolución de instancia, en el que se enuncian y analizan una serie de pruebas, declaraciones testificales, documentos y pericias, además de las propias manifestaciones de los acusados, todas ellas válidas en su producción, razonablemente valoradas y plenamente capaces para sustentar el Fallo condenatorio.

Frente a ello, el Recurso se extiende en alegaciones que pretenden combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Sentencia recurrida, tales como las que niegan a testigos y documentos una credibilidad que, por el contrario, la Audiencia les otorga, con lo que, en definitiva, se aleja del contenido que le es propio a un Recurso de Casación como éste.

Por lo que el motivo también ha de desestimarse.

B) Mientras que el motivo Primero afirma la infracción del derecho a un Juicio sin dilaciones indebidas, para que sea tenida en cuenta en orden a la determinación de la pena aplicable. Motivo que expresamente apoya el Fiscal.

En este sentido, esta Sala acordó, en el Pleno celebrado en fecha de 21 de mayo de 1999, seguido en numerosas Sentencias posteriores como las de 8 de junio de 1999, 28 de junio de 2000, 1 de diciembre de 2001, 21 de marzo de 2002, etc., la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6º del Código Penal, en los casos en que se hubieren producido en el enjuiciamiento dilaciones excesivas e indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

Ese derecho al proceso sin dilaciones, viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas "paralizaciones" del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal,

motivando suspensiones, etc. Semejante derecho no debe, así mismo, equipararse a la exigencia de cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos.

La "dilación indebida" es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (Ss. del TC 133/1988, de 4 de junio, y del TS de 14 de noviembre de 1994, entre otras).

En las presentes actuaciones, y al margen de lo que aconteciera en otras fases del procedimiento, se observa una importante dilación entre la fecha que consta en la Sentencia recurrida y la notificación de ésta a los condenados, que alcanza a más de un año de duración.

Ello justifica, plenamente y por sí solo, la aplicación de la atenuante interesada, al margen de las razones que provocaron tal dilación en relación, según se dijo, con ciertas disfunciones sufridas en el sistema informático del órgano jurisdiccional, que en ningún caso pueden argumentarse como justificación ante los ciudadanos que han visto vulnerado su derecho fundamental.

Debiendo, por lo tanto, estimar el motivo y corregirse la indebida inaplicación de la referida atenuante en la Segunda Sentencia que, seguidamente a ésta, se dictará.

TERCERO.- El motivo Cuarto, según el orden del Recurso, se refiere a infracción de Ley por error de hecho en la apreciación de la prueba (artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), puesto de manifiesto ante el contenido del certificado de la compra en la correspondiente subasta del buque inicialmente incautado por la Autoridades de Ghana al hallarse faenando en sus aguas territoriales sin la oportuna licencia para ello.

A este respecto conviene recordar cómo el supuesto 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

La infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que,

en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significativamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad.

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "litosuficiente", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior. En este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, "declaración de acusados y testigos e informes periciales, por muy "documentada" que se encuentre en ellos no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales.

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de junio y 24 de septiembre de 2001).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de estas premisas, el motivo en el presente supuesto claramente aparece como infundado, toda vez que, al margen de las dudas acerca del carácter casacional del documento designado, lo cierto y concluyente es que su contenido no contradice, en modo alguno, las conclusiones alcanzadas por los Jueces "a quibus" en su tarea de valoración de la prueba disponible, en lo que podría resultar de verdadera relevancia para su ulterior pronunciamiento condenato-

rio, habida cuenta de que, en cualquier caso, la referida subasta se produjo lógicamente con posterioridad al apresamiento del buque y, evidentemente, tras la comisión, por parte de los recurrentes, de las conductas que han sido calificadas como punibles y cuya acreditación, al margen del contenido y valor del documento designado, subsiste.

Este cauce casacional, como ya se ha dicho, requiere para prosperar que se evidencie una clara contradicción entre el contenido del documento de contraste y las afirmaciones contenidas en la narración fáctica de la Sentencia recurrida, lo que aquí en modo alguno se advierte que haya acontecido de cara al fundamento de la conclusión condenatoria.

Por lo que, en definitiva y de acuerdo con lo ya manifestado, al no resultar evidente la comisión de error alguno, que afecte a la esencia del enjuiciamiento, en la valoración probatoria llevada a cabo por la Audiencia, procede también la desestimación de este motivo.

CUARTO.- Por último, el motivo Tercero del Recurso se refiere a la infracción de Ley (artículo 849.1 LECr) supuestamente cometidas por la Audiencia por indebida aplicación del artículo 248 del Código Penal, que describe el delito de estafa.

El cauce casacional aquí utilizado, de acuerdo con numerosos pronunciamientos de esta Sala, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que ha de partir, en todo caso, de un principio esencial cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

En este sentido el relato de hechos de la Sentencia de instancia describe una conducta, por parte de los recurrentes, que integra perfectamente todos los elementos del tipo delictivo de la estafa, descrito en el artículo aplicado (art. 248 CP), incluido el elemento del engaño, absolutamente idóneo para causar el error en cualquier persona diligente y suficientemente precavida, ya que no faltaron ni las invocaciones, a través de los medios de comunicación, a la supuesta facilidad de la que, gracias a sus "contactos" personales con las autoridades de Ghana, gozaban los recurrentes para obtener las licencias de pesca en los caladeros de ese país, lo que constituyó precisamente la maniobra mendaz, según el relato de la recurrida, de la que se sirvieron los autores de la infracción para pro-

vocar, en su ilícito lucro, el desplazamiento patrimonial llevado a cabo por la víctima al hacer cuantiosos desembolsos para disponer de tales licencias que finalmente, al menos una de ellas, resultó no auténtica, provocando la incautación y pérdida del buque pesquero.

Por lo que el motivo nuevamente se desestima.

QUINTO.- A la vista del contenido parcialmente estimatorio de la presente Resolución, procede la declaración de oficio de las costas ocasionadas por los Recursos, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

FALLO

Que ha lugar a la estimación parcial del Recurso de Casación conjunto interpuesto por la Representación de Cirilo, Santiago y Isaac contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huelva, el 12 de noviembre de 2007, por delito de estafa, que casamos y anulamos parcialmente, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente Segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas por los Recursos.

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

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de noviembre de dos mil nueve

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 3 de Huelva con el número 21/2007 y seguida ante la Audiencia Provincial de dicha capital por delito de estafa, contra Cirilo, nacido el 18 de junio de 1967, hijo de José y Purificación, natural y vecino de Vigo (Pontevedra) y con DNI núm. 002; contra Isaac, nacido el 22 de octubre de 1945, hijo de Heriberto y de Herminia; natural y vecino de Vigo, y con DNI núm. 003 y contra Santiago, nacido el 11 de octubre de 1961, hijo de Eugenio y de María Luisa, natural de Vigo, con DNI núm. 004, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 12 de noviem-

bre de 2007, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el apartado B) del Fundamento Jurídico Segundo de los de la Resolución que precede, es incuestionable, en este caso, la existencia de unas dilaciones excesivas e injustificadas en la tramitación del procedimiento que, de acuerdo con la doctrina mayoritariamente aplicada por esta Sala, ha de redundar en un beneficio punitivo para quienes las sufrieron y que, en este caso, han de concretarse en la reducción de las penas inicialmente impuestas por la Audiencia que quedan establecidas en un año y seis meses de prisión y seis meses de multa con la cuota diaria ya establecida en aquella Resolución.

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

PARTE DISPOSITIVA

Callamos: Que debemos condenar y condenamos a los acusados Cirilo, Isaac y Santiago, como autores de un delito de estafa, con la concurrencia de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, a las penas, para cada uno de ellos, de un año y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y seis meses de multa, con una cuota diaria de diez euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, manteniendo el resto de pronunciamientos de la Resolución de instancia relativas a las responsabilidades civiles y costas.

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

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, mientras se celebraba audiencia pública

en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

VOTO PARTICULAR

Voto Particular que formula el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, en la sentencia recaída en el recurso de casación núm. 996/2009

Mi discrepancia con el criterio mayoritario se centra, de forma exclusiva, en la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, en su calidad de atenuante analógica (art. 21.6 CP). Soy consciente de los esfuerzos interpretativos que ha hecho esta misma Sala para ofrecer un tratamiento jurídico adecuado a la vulneración de un derecho de rango constitucional proclamado en los arts. 24.2 de la CE y 6 del Convenio de Roma. Nuestro acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 es una buena muestra de la búsqueda de una fórmula jurídica satisfactoria que proporcione, de forma inmediata y apreciable, una compensación jurídica por el menoscabo que la respuesta jurisdiccional tardía a los males del proceso penal.

La solución consistente en la aplicación de una atenuante por analogía -pese a sus innegables dificultades- nos viene permitiendo reparar de forma directa y eficaz la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. A mi juicio, sin embargo, el reconocimiento de las ventajas de la fórmula jurídica que venimos proclamando de manera reiterada, no nos debe impedir reconocer que nuestra solución no resuelve todas las manifestaciones de un problema complejo y que se escapa a una respuesta única.

Hasta ahora, por ejemplo, no hemos alumbrado una vía jurisprudencial para remediar los efectos nocivos del paso del tiempo cuando aquéllos, además de al imputado, han afectado a la víctima o al perjudicado que ejercen la acusación particular. Al margen de este aspecto -que ahora no es objeto de nuestra atención-, el supuesto que hoy nos ocupa es la muestra más elocuente de que la atenuante por analogía no proporciona cobertura para todos los casos que reclaman un resarcimiento, pese a que no falten precedentes de nuestra Sala que solucionan situaciones similares con el mismo criterio.

Según pone de manifiesto el recurrente -con el apoyo expreso del Ministerio Fiscal-, desde la fecha en que concluyó la vista y se inició el término para dictar sentencia, transcurrió más de 1 año hasta que aquella fue pronunciada o, al menos, hasta que fue notificada a las partes.

Nuestro deseo de ofrecer una justa compensación al imputado no nos puede llevar al extremo de dar la espalda al fundamento dogmático que está en la esencia de la atenuante

analógica, tal y como nuestra propia jurisprudencia la ha perfilado. Es cierto que el legislador ha admitido que circunstancias posteriores a la comisión del hecho puedan operar extinguiendo parte de la culpabilidad (art. 21.4 y 5 CP, atenuantes de confesión del hecho y reparación del daño). Y esta idea nos ha permitido integrar la análoga significación que impone el art. 20.6 del CP. También es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia 15 julio 1982, Caso Eckler) aceptó la reducción de la pena como fórmula para compensar la vulneración de aquel derecho. Mi discrepancia no se centra tanto en la solución final cuanto en el fundamento técnico con el que, siempre y en todo caso, pretende justificarse esa rebaja de pena.

En mi opinión, las atenuantes que sirven para fundamentar la análoga significación con la injustificada ralentización del procedimiento, señalan una referencia cronológica que actúa, sin excepción, como obligado límite temporal. Así, mientras que la de confesión a las autoridades ha de producirse antes de que el procedimiento judicial se dirija contra el culpable (art. 21.4 CP), la reparación del daño causado a la víctima puede verificarse en cualquier momento del procedimiento, pero con anterioridad a la celebración del juicio oral (art. 21.5 CP).

Esa exigencia cronológica no es, desde luego, caprichosa. Entronca con la necesidad material de que los presupuestos fácticos de la atenuación -de aquella y de cualesquiera otras- sean objeto de discusión y debate en el juicio oral. No son, pues, razones estrictamente sustantivas a la hora de fundamentar la procedencia de la análoga significación con otras atenuantes, sino que aquellas también presentan una dimensión procesal que no merece ser despreciada. En efecto, la apreciación de una atenuación, cuyo hecho desencadenante se ha producido después de la formalización del objeto del proceso, superada ya la fase de conclusiones definitivas, encierra un enten-

dimiento excesivamente audaz de los límites cognitivos de esta Sala al resolver el recurso de casación.

Considero, en definitiva, que ni en el plano sustantivo ni en el orden procesal, concurren razones que avalen una atenuación como la que ahora pretende el recurrente y apoya el Fiscal. Desde el punto de vista de su configuración sustantiva, la significación analógica desaparece cuando el hecho que genera la injustificada tardanza se ha producido, no ya antes del juicio oral, sino concluido éste y en el tiempo del que dispone el Magistrado ponente para dictar sentencia. En el ámbito estrictamente procesal, estimo que una atenuante cuyo sustento fáctico no se ha incorporado a las conclusiones definitivas, sino que surge de forma sobrevenida cuando ya el objeto del proceso ha sido formalizado, representa una quiebra de los principios elementales que definen nuestro ámbito cognitivo.

Me resulta muy difícil imaginar una solución, con arreglo al criterio mayoritario, para aquellos supuestos en los que la injustificada paralización se produjera, no ya en el período del que dispone el Tribunal de instancia para dictar sentencia, sino, por ejemplo, durante la tramitación del recurso de casación. ¿Estaríamos también obligados a compensar la indebida interrupción del procedimiento con una atenuante promovida por nosotros mismos? En la búsqueda de hipótesis que refuercen las razones para mi desacuerdo, me planteo de qué forma podríamos reparar, a la vista del fundamento dogmático sobre el que basamos nuestra solución, aquellas dilaciones injustificadas que pudieran llegar a surgir, por ejemplo, durante la fase de ejecución.

Por cuanto antecede, considero que el motivo en el que se reivindica la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, debería haber sido desestimado con arreglo al art. 885.1 LECrim.

Fdo. Manuel Marchena Gómez.

 TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/288591

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 15 octubre 2009. Ponente: D. Angel Aguillo Avilés

Consideración como renta gravable la compensación entregada al trabajador por traslado voluntario

El TS desestima el recurso de casación promovido por la entidad bancaria contra la sentencia de la Audiencia Nacional y estima parcial-

mente el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, y en consecuencia anula la sentencia únicamente en cuanto declara la prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria correspondiente a los tres primeros trimestres del ejercicio 1990, confirmándose en todo lo demás. La Sala confirma la sujeción al IRPF de las compensaciones satisfechas por el banco a los empleados por traslado voluntario, y estima la alegación formulada por el Abogado del Estado relativa a la interrupción de la prescripción por las actuaciones de la inspección, ya que la hipotética interrupción de las actuaciones inspectoras fue imputable al administrado. Formula voto particular D. Rafael Fernández Montalvo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone tanto por la entidad Banco Santander Central Hispano, S.A. como por el Abogado del Estado, contra la Sentencia de 23 de octubre de 2003, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que estima en parte el recurso del citado orden jurisdiccional núm. 1062/2001 interpuesto por dicha entidad contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de julio de 2001, que desestima la reclamación interpuesta contra el Acuerdo de liquidación dictado por el Jefe de la Oficina Nacional de Inspección del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Tributaria, de fecha 2 de abril de 1998, que deriva del Acta de disconformidad (A02 núm. 062098794) incoada el 12 de diciembre de 1997, en relación con el concepto "Retenciones y pagos a cuenta de los rendimientos del trabajo y Profesionales", ejercicios 1990/1991.

Como se ha explicitado en los Antecedentes, la referida Sentencia, alcanzó, en síntesis, en lo que aquí exclusivamente importa, las siguientes conclusiones: a) en primer lugar, que el plazo de prescripción de la acción de la Administración dirigida a la imposición de sanciones aplicable al caso de autos es el de 5 años (FD Segundo); b) en segundo lugar, que desde el 21 de diciembre de 1993 hasta el 14 de diciembre de 1995 existe interrupción injustificada de las actuaciones inspectoras, al carecer de contenido las diligencias extendidas entre ambas fechas, por lo que habría prescrito la deuda tributaria correspondiente a los tres primeros trimestres de 1990, así como la acción de la Administración dirigida a sancionar las infracciones cometidas en el ejercicio 1990 y en los tres primeros trimestres de 1991 (FD Tercero); c) en tercer lugar, que, en virtud del art. 147.3 del Real Decreto

2384/1981, de 3 de agosto, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (R.I.R.P.F.), las retribuciones en especie satisfechas por la actora en concepto de "Bolsa de Navidad", "Regalos de Reyes", "Ayuda-Vivienda" y "Pagos de cuotas de la Seguridad Social por los Convenios Especiales de los empleados prejubilados", están sujetas a retención, dado que supusieron la transferencia o abono de dinero (FD Cuarto); d) en cuarto lugar, que, de conformidad con los arts. 8.e) y 10.1.a) del R.I.R.P.F., en conexión con el art. 40 de la Ley 8/1980, de 10 marzo, por la que se aprobaba el Estatuto de los Trabajadores (E.T.), las compensaciones satisfechas por la empresa en los casos de traslado voluntario constituyen renta sujeta al I.R.P.F. (FD Quinto); e) y, finalmente, que no procede la imposición de sanciones porque no se aprecia la existencia de ocultación y concurre la causa excluyente de la responsabilidad prevista en el art. 77.4.d) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (en lo sucesivo, L.G.T.) (FD Sexto).

SEGUNDO.- Frente a la citada Sentencia de 23 de octubre de 2003, la representación procesal de Banco Santander Central Hispano, S.A. planteó recurso de casación alegando dos motivos, ambos al amparo del art. 88.1.d) LJCA. En primer lugar, se denuncia que la Sentencia de instancia ha vulnerado el art. 14.2.d) de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (L.I.R.P.F.), así como los arts. 39.2 y 147.3 del R.I.R.P.F., al confirmar la exigencia de practicar retención sobre las retribuciones satisfechas en concepto de "Bolsa de Navidad", "Regalos de Reyes", "Ayuda-Vivienda", "Indemnizaciones por traslado" y "Pagos de cuotas de la Seguridad Social por los Convenios Especiales de los empleados prejubilados"; y es que, a juicio de la entidad recurrente, tales remuneraciones, debiendo ser calificadas -salvo en el caso de las "Indemnizaciones por traslado", que no estarían sujetas al I.R.P.F.- como retribuciones en especie, no pudiendo ser objeto de retención porque, aunque se pagaron en metálico, el Banco «no retribuyó directamente al empleado», sino al Comité de Empresa. En segundo lugar, se alega que dicha Sentencia ha infringido los arts. 3.4 de la L.I.R.P.F., 8.e) y 10.1.a) del R.I.R.P.F., y 23 de la L.G.T., al estimar que están sujetas al I.R.P.F. las compensaciones satisfechas por la actora a sus empleados en los supuestos de traslado voluntario, conclusión que iría en contra de la dicción de las citadas normas, así como de la doctrina sentada por este Tribunal en diversas resoluciones (cita las Sentencias de esta Sala y Sección de 13 de abril de 1998, de 29 de octubre de 1988, de 31 de julio de 1989 y de 4 de diciembre de 1991). Frente a dicho recurso, el Abogado del Estado

presentó escrito oponiéndose a cada uno de los citados motivos de casación por las razones que se han expuesto en los Antecedentes.

Por su parte, el Abogado plantea contra la referida Sentencia de 12 de mayo de 2003 recurso de casación alegando tres motivos, todos ellos al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA. En primer lugar, entiende que dicha resolución judicial ha infringido los arts. 31.4, 46 y 47 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos (R.G.I.T.), en relación con los arts. 64.a) y 66.1.a) de la L.G.T., al haber declarado la prescripción de los tres primeros trimestres del ejercicio 1990 con fundamento en la falta de virtualidad interruptiva de las diligencias extendidas entre el 21 de diciembre de 1993 y el 14 de diciembre de 1995, siendo así que en dicho período existen diligencias (las de 14 de junio de 1994, de 13 de diciembre de 1994, de 6 de junio de 1995, de 14 de noviembre de 1995 y de 12 de diciembre de 1995) que «están vinculadas al procedimiento inspector», por lo que no resultaría aplicable lo previsto en el art. 31.4 del R.G.I.T. En segundo lugar, la representación pública estima que la Sentencia de instancia ha vulnerado el art. 9.3 CE, los arts. 4.3 y 24.c) de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes (L.D.G.C.), y la disposición final Cuarta.3 del Real Decreto 136/2000, de 4 de febrero, al considerar prescrita la acción administrativa para exigir sanciones tributarias del ejercicio 1990 y de los tres primeros trimestres de 1991, con base en la aplicación retroactiva del plazo de prescripción de 4 años establecido en el citado art. 24.c) de la L.D.G.C. y en el art. 64 de la L.G.T. en su nueva redacción dada por dicha L.D.G.C. Finalmente, el defensor del Estado denuncia que la Sentencia de la Audiencia Nacional cuestionada en esta Sede lesiona el art. 77.4.d) de la L.G.T., al anular la sanción impuesta por la Administración con fundamento en la no ocultación de datos y la existencia de una interpretación razonable de la norma que no se habría producido, «máxime si se considera la pericia que cabe presumir del sujeto pasivo por su condición de entidad de crédito». Frente a dicho recurso la representación procesal de Banco Santander Central Hispano, S.A. presentó escrito de oposición con el contenido que se ha extractado debidamente en los Antecedentes.

TERCERO.- Como hemos anticipado, en el primer motivo de casación, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, la representación de Banco Santander Central Hispano, S.A. denuncia que la Sentencia de instancia ha infringido el art. 14.2.d) de la L.I.R.P.F., así como de los arts. 39.2 y 147.3 del R.I.R.P.F., al considerar que están sujetas a retención las entregas de dinero satisfechas por la actora en concepto de "Bolsa de Na-

vidad", "Regalos de Reyes", "Ayuda-Vivienda", "Indemnizaciones por traslado" y "Pagos de cuotas de la Seguridad Social por los Convenios Especiales de los empleados prejubilados".

A este respecto, pone de manifiesto la entidad recurrente que los citados pagos, aunque de carácter dinerario, tenían la naturaleza de retribuciones en especie; que la obligación de efectuar ingresos a cuenta en relación con dichas retribuciones no surgió hasta la entrada en vigor de la Ley 18/1991, de 6 de junio; y, en fin, que aunque el citado art. 147.3 del R.I.R.P.F. establece el deber de retener en lo supuestos de « entrega, transferencia o abono en cuentas de dinero u otro documento que lo represente », en los supuestos examinados el precepto no resultaría aplicable, dado que Banco Santander Central Hispano, S.A. entregaba las cantidades por los conceptos antes citados al Comité de Empresa, no a los trabajadores.

El motivo no puede prosperar. De entrada, esta Sala debe recordar que, en pronunciamientos recientes efectuados en recursos planteados por la misma entidad recurrente, ha negado expresamente que tengan carácter deducible gastos que responden a conceptos tales como "cestas de navidad" o "Reyes"; en particular, hemos señalado que en este punto « la resolución administrativa recoge la interpretación adecuada establecida para la legalidad aplicable en el tiempo en que tuvo lugar el hecho aquí enjuiciado en reiterada doctrina de esta Sala, que arranca de la Sentencia de 17 de febrero de 1987, dictada, precisamente, en un recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley, con doctrina recordada en Sentencias de 24 de septiembre de 1997 y 29 de junio de 1998 » (Sentencias de 18 de marzo de 2009 (rec. cas. núms. 9000/2003 y 9345/2003), FD Octavo; de 24 de abril de 2009 (rec. cas. núm. 7032/2004), FD Noveno; de 27 de abril de 2009 (rec. cas. núm. 9369/2003), FD Decimotercero; de 29 de abril de 2009 (rec. cas. núm. 8505/2003), FD Quinto). No obstante lo anterior, en la medida en que tanto la sociedad recurrente como la Administración Tributaria parten de que estamos ante retribuciones en especie -lo que, como es obvio, implica su deducibilidad como gasto del ejercicio-, y el debate se plantea exclusivamente en torno a la obligación o no de practicar retención sobre las mismas, esta Sala habrá de partir necesariamente de las citadas premisas, entre otras cosas, para no incurrir en una reformatio in peius expresamente prohibida por la Ley (arts. 89 y 113.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), por la jurisprudencia de esta Sala (sobre el mismo, véase, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 2 de junio de 2003 (rec. cas.

núm. 2821/1999), FD Tercero; de 23 de noviembre de 2005 (rec. cas. núm. 5169/2003), FD Séptimo; de 29 de enero de 2008 (rec. cas. núm. 810/2005), FD Tercero; y de 3 de junio de 2009 (rec. cas. núm. 4525/2007), FD Décimo) y por la doctrina del Tribunal Constitucional (entre las últimas, SSTC 204/2007, de 24 de septiembre, FJ 3; 41/2008, de 10 de marzo, FJ 2; 88/2008, de 21 de julio, FJ 2; y 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5).

En segundo lugar, debemos subrayar que la Sentencia de la Audiencia Nacional cuestionada, pese a afirmar que el art. 39.2 del R.I.R.P.F., al definir como retribuciones en especie «la utilización o el consumo de bienes o servicios de forma gratuita», «excluye de este concepto las entregas de dinero», finalmente, confirma el criterio contenido en la resolución impugnada con fundamento en que las diversas ayudas del Banco a sus empleados se tradujeron, en última instancia, en la entrega de cantidades en metálico, y de conformidad con el art. 147.3 del R.I.R.P.F., «las “retribuciones en especie”, que suponen la “entrega, transferencia o abono” de dinero o documento que lo represente, están sujetas a retención, por definición fiscal de dichas retribuciones» (FD Cuarto). En este sentido, no se aprecia contradicción alguna entre el criterio de la Audiencia Nacional y el manifestado por la Dirección General de Tributos en las Contestaciones a Consultas que cita la sociedad actora en su escrito de formulación del recurso de casación, Consultas en las que únicamente se pone de manifiesto que la calificación como dineraria o en especie de una determinada retribución no depende de la forma en que ésta se satisfaga, sino de la finalidad de la misma o del pacto o acuerdo en cuya virtud se fijó, pero no se pronuncian acerca de la exigencia de practicar retención en las retribuciones en especie satisfechas en metálico; aparte de que, como ya hemos dicho en varias ocasiones, las Contestaciones a las consultas no pueden «determinar el criterio de los Tribunales» sobre la cuestión objeto de la misma (entre muchas otras, Sentencias de esta Sala y Sección de 8 de marzo de 2005 (rec. cas. núm. 2851/2000), FD Sexto; de 22 de marzo de 2005 (rec. cas. núm. 3415/2000), FD Sexto; de 30 de marzo de 2005 (rec. cas. núm. 3465/2000), FD Sexto; de 30 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 501/2006), FD Sexto; y de 27 de febrero de 2009 (rec. cas. núms. 4350/2005, 4352/2005, 4353/2005 y 5707/2005), FD Sexto).

Tal como hemos expuesto, la Sentencia de instancia considera que, aunque se tratara de retribuciones en especie, al haberse traducido las mismas en entregas en metálico, bajo la vigencia de la Ley 44/1978 también resultaba exigible en estos casos practicar la oportuna retención. Y, a la vista de la dicción -inequívoca- del citado art. 147.3 del R.I.R.P.F.,

esta Sección comparte el criterio de la Sala de instancia. La sociedad recurrente sostiene que dicho precepto no resulta aplicable porque los abonos se hicieron, no directamente a los trabajadores, sino al Comité de Empresa. Lo cierto es, sin embargo, que en los casos en los que esto sucedió (sólo se alude a este mecanismo de pago en relación con la “Bolsa de Navidad” y el “Reglado de Reyes”), la propia actora reconoce en su escrito de formulación de la demanda que se trataba de «distintas ayudas o beneficios recibidos, en su día, por el personal» (pág. 7), que eran beneficios «dedicados al consumo gratuito por su personal» (pág. 7), que se «abonaba por el Banco en la cuenta del Comité para que éste hiciera la asignación final a favor de los beneficiarios» (pág. 8), o, dicho de otro modo, que el citado Comité realizaba una labor de media intermediación en el pago.

En razón de lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, como segundo motivo de casación, la representación de Banco Santander Central Hispano, S.A. sostiene que la Sentencia impugnada ha vulnerado el art. 3.4 de la L.I.R.P.F., los arts. 8.e) y 10.1.a) del R.I.R.P.F., así como el art. 23 de la L.G.T., al considerar sujetas al I.R.P.F. las compensaciones satisfechas por la actora a los empleados por traslado voluntario. El motivo no puede correr mejor suerte que el anterior.

Para explicar las razones de nuestra decisión conviene comenzar recordando que, conforme el art. 3 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aplicable en el supuesto de autos, no «tendrán la consideración de renta las indemnizaciones que constituyan compensación de la pérdida o deterioro de bienes o derechos que no sean susceptibles de integrar el hecho imponible del Impuesto sobre el Patrimonio» (apartado 4, segundo inciso). Por su parte, el Real Decreto 2384/1981, de 3 agosto, que aprobaba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, reiteraba el contenido del citado precepto legal en su art. 8.e); disponía en su art. 10.1.a) que «(s)e considerarán incluidas entre las indemnizaciones a que se refiere la letra e) del artículo 8 anterior» las «que se deriven de traslado, despido o cese del sujeto pasivo, hasta el límite máximo que, con carácter obligatorio, señale la legislación vigente»; señalaba en el art. 10.2 que «(n)o se considerarán, en ningún caso, incluidas entre las indemnizaciones a que se refiere la letra e) del art. 8 anterior», entre otras: «(l)as indemnizaciones por cese o despido a que se refiere la letra a) del apartado anterior cuando el sujeto pasivo fuese contratado nuevamente por la misma Empresa o por otra Empresa vinculada a aquélla

en virtud de relaciones de filial a matriz, o viceversa, en los tres años naturales siguientes a la efectividad del despido o cese» (letra a)); «(l)as indemnizaciones, cualquiera que sea su denominación, que se perciban en virtud de cese voluntario, en la parte que excedan del mínimo marcado por la legislación laboral» (letra d)); y «(e)n general, todas las derivadas de contratos o convenios en la parte que exceda de la cuantía que resulte legalmente obligatoria» (letra e)).

Pues bien, esta Sala ha venido manteniendo que, de conformidad con los citados preceptos, sólo están excluidas del concepto de renta las indemnizaciones que deban ser satisfechas con carácter obligatorio según la legislación laboral. En efecto, como señalamos en la Sentencia de 14 de febrero de 2007 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 147/2002), en relación con el cese voluntario de los trabajadores -pero trasladable “mutatis mutandi”s - a este supuesto:

« De la conjugación de los preceptos legales y reglamentarios se extrae la conclusión de que solo las indemnizaciones que se deban con carácter obligatorio según la legislación laboral, y, por tanto, en los casos previstos en los artículos 50 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, quedan excluidos del concepto de renta a efectos del Impuesto, mientras que en los supuestos de mutuo acuerdo de las partes, como causa de extinción del contrato de trabajo -artículo 49.1.a) del referido Estatuto -, las cantidades que pudieran percibirse si se consideran sujetas, toda vez que el artículo 38 del Reglamento señala que “se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, que se deriven exclusivamente, bien sea directa o indirectamente, del trabajo personal del sujeto pasivo, por cuenta ajena”, a lo que ha de añadirse que, según el artículo 41.1.e) del mismo texto legal, tienen la consideración de rentas de trabajo, “los premios e indemnizaciones derivados del trabajo que no se hallan excluidos de gravamen conforme a lo dispuesto en los arts. 8, 9 y 10 de este Reglamento “.

Esta interpretación del concepto “indemnizaciones” -señalamos-, que toma como parámetro medidor de los daños y perjuicios, las cantidades que se deban con carácter obligatorio según la legislación laboral, es la que se encuentra presente en las Sentencias de esta Sala de 21 de diciembre de 1995, 15 de febrero de 2002, 31 de enero de 2003 y 3 de febrero de 2004, referidas a personal de alta dirección, en cuya normativa reguladora -Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto - no se contienen indemnizaciones de carácter obligatorio, sino “a falta de pacto” y “en su defecto”, las cuales estarían no sujetas al Impuesto si se siguiera la tesis de la parte recurrida. Por ello, hemos di-

cho en la reciente Sentencia de 14 de diciembre de 2006, referida igualmente a indemnización satisfecha a personal de alta dirección, que “las indemnizaciones que constituyan compensación de la pérdida o deterioro de bienes o derechos que no sean susceptibles de integrar el hecho imponible en el Impuesto sobre el Patrimonio”, y por tanto no sujetas al Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas, sólo son, respecto de las indemnizaciones por cese laboral, aquellas que no excedan “el límite máximo que, con carácter obligatorio, señale la legislación vigente”.

También esta es el espíritu que subyace en las Sentencias de esta Sala de 31 de octubre y 23 de diciembre de 1998 y 22 de julio de 1999.

Como del expediente administrativo se deduce que el cese de los respectivos trabajadores tuvo su origen en el acuerdo entre empresa y trabajadores, las cantidades percibidas por los mismos tienen la consideración de renta a efectos fiscales y se encuentran sujetas al Impuesto» (FD Sexto).

Por su parte, en las citadas Sentencias de 21 de diciembre de 1995 (rec. cas. núm. 4174/1994), FD Segundo; de 31 de enero de 2003 (rec. cas. núm. 1105/1998), FD Tercero; de 3 de febrero de 2004 (rec. cas. núm. 10429/1998), FD Noveno; de 14 de diciembre de 2006 (rec. cas. núm. 6671/2001), FD Cuarto; y de 1 de julio de 2008 (rec. cas. núm. 3673/2002), FD Cuarto, señalamos lo que sigue:

« Tras establecer el artículo 14 de la Ley que “Se considerarán rendimientos del trabajo todas las contraprestaciones, cualesquiera que sea su denominación y naturaleza, que se deriven exclusivamente, bien sea directa o indirectamente, del trabajo personal de sujeto pasivo”, el artículo 8º-e) del Reglamento de 1.981 -repetiendo lo que dispone el artículo 3º-4 de la Ley - estableció que no tendrán la consideración de renta “las indemnizaciones que constituyan compensación de la pérdida o deterioro de bienes o derechos que no sean susceptibles de integrar el hecho imponible en el Impuesto sobre el patrimonio”, añadiendo el artículo 10-1, que “Se considerarán incluidas entre las indemnizaciones a que se refiere la letra e) del artículo 8º anterior: a) Las que se deriven de... cese del sujeto pasivo hasta el límite máximo que, con carácter obligatorio, señale la legislación vigente”. Y, por el contrario, “No se considerarán, en ningún caso, incluidas entre las indemnizaciones a que se refiere la letra e) del artículo 8º anterior:... d) Las indemnizaciones, cualquiera que sea su denominación, que se perciban en virtud de cese voluntario, en la parte que excedan del mínimo marcado por la legislación laboral. e) En general, todas las derivadas de contratos o convenios en la parte que exceda de

la cuantía que resulte legalmente obligatoria” artículo 10-2). De esta manera quedó reconocida la “no sujeción” al Impuesto de las indemnizaciones laborales hasta el límite en que las leyes las conceden con carácter obligatorio; y la “sujeción” al Impuesto en todo lo que rebasa de aquellos límites, sea de forma graciable o pactada.- «(N)o habiendo ningún límite máximo señalado con carácter obligatorio por el Real Decreto 1.382/1.985 para los contratos de alta dirección, las indemnizaciones que por el cese de este personal se perciban, quedan sujetas al Impuesto por imperio de la norma general que contiene el artículo 14 de su entonces Ley reguladora».

Ciertamente, aunque no recientes, como pone de manifiesto la sociedad recurrente, existen Sentencias de esta Sala en las que hemos afirmado que « así como las indemnizaciones por “cese o despido” puedan estar gravadas por el Impuesto sobre la Renta, en cambio no lo estarán las compensaciones por “traslado” » (Sentencias de 13 de abril de 1988, FD Tercero; de 29 de octubre de 1988, FD Cuarto; de 2 de febrero de 1989, FD Tercero; de 20 de febrero de 1989, FD Tercero; de 31 de julio de 1989, FD Segundo; y de 2 de diciembre de 1989, FD Tercero). Pero, como pone de manifiesto la Sentencia de instancia, se trataba, en todos los casos señalados, de traslados del trabajador llevados a cabo por voluntad de la empresa, integrables, por ende, en el art. 40 del E.T.

Y, como recogía la Resolución del T.E.A.C. de 6 de julio de 2001, contra la que la sociedad recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo, parece claro que «una pérdida o deterioro sólo puede dar lugar a indemnización si se ha ocasionado por causas ajenas a la voluntad del interesado, ya que nadie puede pretender que se le indemnice de un daño originado por actos propios y voluntarios».

Sentado lo anterior, debe recordarse que el E.T. señalaba en su art. 40, apartado 1, que « (l)os trabajadores, salvo los contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, no podrán ser trasladados a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia, a no ser que existan razones técnicas, organizativas o productivas que lo justifiquen o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial, y lo permita la autoridad laboral, previo expediente tramitado al efecto, que deberá resolverse en el improrrogable plazo de treinta días, entendiéndose que el silencio administrativo tendrá carácter positivo ».

Como puede apreciarse, la norma transcrita establece como supuestos de movilidad geográfica los promovidos unilateralmente por voluntad del empresario y, por ende, de carác-

ter forzoso, excluyendo tanto los derivados de la iniciativa del trabajador como los previstos por el contrato de trabajo. Pues bien, siendo un hecho no discutido por las partes que los traslados tuvieron carácter voluntario, es evidente que no resultaba de aplicación el art. 40 del E.T., por lo que los pagos efectuados por dichos traslados no tenían la consideración de indemnización ni, por tanto, se incluían en el art. 3.4 de la L.I.R.P.F.

En consecuencia, debemos concluir la procedencia de la sujeción al I.R.P.F. de las citadas compensaciones por traslado, así como la obligatoriedad por parte de la sociedad actora de practicar la preceptiva retención sobre las cantidades abonadas por dicho concepto, por lo que el motivo debe ser desestimado.

En atención a lo expuesto, procede desestimar íntegramente el recurso de casación planteado por Banco Santander Central Hispano, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2003.

QUINTO.- Desestimado en todos sus puntos el recurso formulado por el Banco Santander Central Hispano, S.A., procede examinar a continuación el recurso de casación instado por el Abogado del Estado contra la citada Sentencia. Como primer motivo de casación, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, el Abogado del Estado señala que la Sentencia de instancia infringe los arts. 31.4, 46 y 47 del R.G.I.T., en relación con los arts. 64.a) y 66.1.a) de la L.G.T., porque considera, erróneamente, que se ha producido la prescripción de los tres primeros trimestres del ejercicio 1990, al negar virtualidad interruptiva a las diligencias inspectoras levantadas entre el 21 de diciembre de 1993 y 14 de noviembre de 1995.

En particular, estima la representación pública que las diligencias de 14 de junio de 1994, de 13 de diciembre de 1994, de 6 de junio de 1995 y de 14 de noviembre de 1995 «están vinculadas al procedimiento inspector», y entre las mismas no ha transcurrido en ningún caso más de seis meses, por lo que no resulta aplicable lo previsto en el artículo 31.4 del R.G.I.T. Así, en la diligencia de 14 de junio de 1994 la Inspección solicita del Banco un listado de clientes que dispongan facilidades crediticias por importe superior a 250 millones de ptas. y reitera la petición de documentación efectuada el 18 de mayo de 1994, que no había sido atendida; frente a lo que mantiene la Sentencia de instancia, el Abogado del Estado considera que no es «ajena al procedimiento inspector», dado que, aunque «éste se refiere a las retenciones» por el I.R.P.F., «dicho objetivo no excluye las solicitudes de información o documentación de otras actividades o conceptos del sujeto pasivo que puedan determinar con precisión el cumplimiento de sus obligaciones tributarias». Por otra parte, en la diligencia de 13 de di-

ciembre de 1994, se suspende la tramitación de las actuaciones inspectoras, que se reanudan en el mes de enero siguiente; y, a juicio del Abogado del Estado, dicha «suspensión no cuestionada por el Banco que no hace objeción alguna y firma la diligencia de conformidad enerva el plazo previsto en el artículo 31.4» del R.G.I.T. «al aparecer justificada». En la siguiente diligencia de 6 de junio de 1995, consta que se recoge la solicitud de nueva documentación al Banco; y, en cuanto a la de 14 de noviembre de 1995, subraya el Abogado del Estado que, amén de que cabe reiterar lo señalado en relación con la diligencia de 14 de junio de 1994, en la misma se solicita determinada información y documentación «vinculadas directamente al procedimiento inspector». Finalmente, considera relevante el defensor del Estado que en la diligencia de 12 de diciembre de 1995 «se hace constar que no se ha cumplido con la obligación de aportar documentación relativa a las cuentas mencionadas en la diligencia anterior y que se han requerido los mayores de» las cuentas y sucursales que se relacionan «también sin resultado»; y lo «mismo se dice respecto de la cartera de valores, dotaciones, pérdidas y saneamientos» de los ejercicios 1986 a 1991. De todo lo anterior, colige la representación pública que no «se trata diligencias “argucia”, sino de actuaciones necesarias en el curso del procedimiento inspector y orientadas a su culminación siendo actuaciones administrativas realizadas con pleno conocimiento formal del Banco y sin objeciones referidas al procedimiento inspector».

La cuestión que aquí se plantea ha sido resuelta por esta Sala en anteriores decisiones al resolver recursos de casación planteados por el Abogado del Estado en relación con el mismo procedimiento inspector seguido con el Banco Santander Central Hispano, S.A. y respecto de las mismas diligencias que las aquí cuestionadas. En particular, en las Sentencias de 18 de marzo de 2009 (rec. cas. núms. 9345/2003 y 9000/2003) -y, posteriormente, en la Sentencia de 24 de abril de 2009 (rec. cas. núm. 7032/2004), FFDD Cuarto y Quinto- hemos señalado lo siguiente:

« SEGUNDO.- (...) Entiende, en síntesis, la Administración recurrente que no ha existido la interrupción de las actuaciones inspectoras por más de seis meses, por lo que no puede hablarse de prescripción por el transcurso del plazo de cinco años, toda vez que de las actuaciones practicadas entre los días 14 de junio de 1994 y 14 de noviembre de 1995, y concretamente las diligencias de 13 de diciembre de 1994 y 6 de junio de 1995, no puede decirse que fueran extendidas exclusivamente con el fin de evitar que se aplicasen las consecuencias derivadas de la citada interrupción, lo que provoca, en el caso concreto, que éstas no tengan efectos

interrumpivos, desplazándose dichos efectos hasta al siguiente acto inspector, considerando así producida la prescripción de la deuda tributaria en virtud del principio tributario de estanqueidad.

TERCERO.- Las diligencias de 13 de diciembre de 1994 y 6 de junio de 1995 han de ser analizadas en el contexto del procedimiento en el que se desarrollan.

Por ello es importante poner de relieve que están precedidas de la diligencia de 14 de junio de 1994, cuyo contenido es del siguiente tenor: “El objeto de la diligencia es dejar constancia de que solicita al Banco la siguiente información: - Listado de clientes que al finalizar cada ejercicio en comprobación (1984 a 1991) dispusiere de facilidades crediticias en cuantía superior a 250 millones de pesetas, con independencia de que hubiere dispuesto o no de la totalidad del crédito concebido. Debe entenderse que la solicitud de información no se refiere a las líneas de descuento comercial concedidas a los clientes. - Se reitera la petición realizada verbalmente el 18 de mayo pasado, relativa a dotaciones a los fondos de insolvencias, sobre los que se requería el expediente o antecedentes de veinte casos concretos para analizar la procedencia o no de la deducibilidad fiscal practicada.”.

No es inocuo reflexionar sobre el contenido de esta diligencia, pese a tratarse de una diligencia no discutida. En ella se solicita de la entidad demandada la aportación de información de evidente transcendencia para el procedimiento incoado (no ofrece duda que las aclaraciones sobre la dotación a los fondos de insolvencias son decisivas para efectuar la comprobación del ejercicio que se liquida). Dos apartados componen dicha diligencia (por cierto que uno de ellos, el segundo, contiene una petición verbal, como en la diligencia de 6 de junio de 1995, cuya realidad no ha sido cuestionada).

Aceptado que se trata de documentos relevantes para la decisión final que en los procedimientos incoados se adopte, pues las partes tampoco han cuestionado su valor interruptivo, es evidente que las paralizaciones del procedimiento, a partir de ese momento, no son imputables a la Administración sino al interesado que no cumple el requerimiento efectuado, o, alternativamente, no manifiesta la imposibilidad de cumplir el requerimiento aceptado.

Esta doctrina, que niega la existencia de paralización imputable a la Administración, cuando es el administrado quien incumple los requerimientos efectuados por la Administración, ya fue declarada por esta Sala en su sentencia de 13 de febrero de 2007 al afirmar: “... es patente que no se ha producido la paralización del expediente imputable a la Admi-

nistración. Y ello por un doble orden de consideraciones. En primer término, porque los requerimientos efectuados por la Administración no sólo son coherentes para comprobar la realidad de las disminuciones patrimoniales alegadas sino imprescindibles. En segundo lugar, porque la actividad que había que desplegar la debería llevar a cabo el sujeto pasivo, aportando la documentación requerida. La pasividad sólo sería imputable a la Administración si el recurrente hubiese manifestado que carecía de documentación desde que se iniciaron los requerimientos.”.

CUARTO.- A la luz de este planteamiento la diligencia de 13 de diciembre de 1994 no cambia las cosas. Dicha diligencia tiene el siguiente contenido: “La Inspección de los Tributos, representada por D. José Carlos Gonzalo Hevia, como Inspector adjunto en la Oficina Nacional de Inspección, comunica al compareciente que las actuaciones de comprobación tributaria que se vienen desarrollando acerca del Banco, se suspenden transitoriamente hasta el próximo mes de enero, en que se reanudarán en día y hora a acordar”.

En ella no hay respuesta al requerimiento efectuado el 14 de junio de 1994, razón por la que la hipotética paralización del procedimiento sigue sin ser imputable a la Administración, sino al administrado.

Prueba de lo que decimos es que en la diligencia de 6 de junio de 1995 el sujeto pasivo facilita “documentación requerida en el curso de actuaciones precedentes” lo que demuestra que el sujeto pasivo es consciente y acepta su obligación de entregar la documentación previamente requerida pues era él quien estaba obligado al “hacer” en que el procedimiento consistía.

La hipotética interrupción de las actuaciones inspectoras fue imputable al administrado al menos hasta el 6 de junio de 1995. Desde esa fecha hasta el 14 de noviembre de 1995, en que tiene lugar nueva diligencia, es evidente que no transcurrió el plazo de 6 meses.

Todo lo razonado comporta la estimación del recurso interpuesto por el Abogado del Estado y la anulación de la sentencia impugnada.

A mayor abundamiento, y aunque la conclusión precedente haga innecesario examinar la diligencia de 6 de junio de 1995, conviene poner de relieve que en ella se contiene un requerimiento de nueva documentación en forma verbal. Este requerimiento fue aceptado por el requerido, y formó parte del modo de operar de los intervinientes en el procedimiento, pues como hemos indicado en la diligencia de 14 de junio de 1994 también hubo requerimiento verbal. Por tanto, en la diligencia de 6 de junio de 1995

existió requerimiento; segundo, ese requerimiento fue aceptado por el requerido.

Si se parte de que los actos jurídicos se llevan a cabo para que produzcan efecto habrá que convenir que si el requerido manifiesta ahora que ese requerimiento verbal fue un requerimiento inocuo le corresponderá a él probar que ello es así, lo que evidentemente no se ha hecho. (Ha de insistirse en que como las actuaciones precedentes no fueron cuestionadas específicamente la de 14 de junio de 1994, es clara la inexistencia de la paralización alegada) ».

En atención a los razonamientos expuestos, que no podemos más que reiterar en este proceso en aras del principio de unidad de doctrina, procede estimar el motivo casacional planteado por el Abogado del Estado.

SEXTO.- Como segundo motivo de casación, el Abogado del Estado, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA denuncia que, al considerar prescrita la acción administrativa para exigir sanciones tributarias del ejercicio 1990 y los tres primeros trimestres de 1991, por el transcurso del plazo de cuatro años previsto en el art. 24, letra c), de la L.D.G.C., la Sentencia de instancia habría interpretado y aplicado incorrectamente dicho precepto, la disposición final Cuarta.3 del Real Decreto 136/2000, así como el principio de retroactividad de la norma más favorable establecido en los arts. 9.3 CE y 4.3 de la referida L.D.G.C.

Sobre este particular ya hemos tenido oportunidad de pronunciarnos en numerosas ocasiones -entre otras, en las Sentencias de 20 de febrero de 2007 (rec. cas. núm. 6422/2001), FD Quinto; de 13 de junio de 2007 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 113/2002), FD Quinto; de 21 de junio de 2007 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 172/2002), FD Sexto; de 5 de noviembre de 2007 (rec. cas. núm. 4596/2002), FD Cuarto; de 28 de abril de 2008 (rec. cas. núms. 5845/2002 y 7536/2002), FFDD Quinto y Cuarto, respectivamente; y de 9 de julio de 2009 (rec. cas. núm. 7808/2003), FD Segundo-, dictando una doctrina que procede ahora reiterar:

« Esta Sala tiene declarado, con base en el art. 25 de la Constitución, que el precepto aplicable a una infracción administrativa es la ley que está vigente en el momento de la comisión de infracción, habiéndose positivizado este criterio, para todas las infracciones administrativas en el nivel de la legislación ordinaria, por el art. 128.1 de la Ley 30/1992, según el cual será de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyen infracción administrativa.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, razonando a sensu contrario, a partir de la prohibición de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, plasmada en el art. 9.3 de la Constitución ha elaborado el principio de la retroactividad de las leyes sancionadoras posteriores más favorables, criterio hoy asumido, a nivel general por el art. 128.2 de la Ley 30/1992, según el cual las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

A su vez, el art. 4.3 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente, reiterando en cierto modo el principio establecido en el citado 128.2 de la Ley Procedimental, dispone que “las normas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias, así como el de los recargos, tendrán efectos retroactivos cuando su aplicación resulte más favorable para el afectado”.

La cuestión clave que ha de resolverse es la relativa a si las normas que regulan la prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias pueden o no entenderse incluidas entre aquellas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias.

La respuesta viene condicionada por el carácter sustantivo o simplemente procedimental que se asigne a la prescripción.

Si tiene carácter sustantivo la aplicación de la retroactividad de la prescripción será preceptiva en aquellos casos en que resulte favorable.

Por el contrario, si solo se le reconoce carácter procedimental regirá la norma de aplicación temporal del derecho, sin posibilidad alguna de retrotraer su eficacia a resoluciones adoptadas con anterioridad.

Pues bien, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han afirmado la naturaleza material de la prescripción en la esfera de lo punitivo. Así el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 83/1989, de 10 de Mayo, 157/1990, de 18 de octubre, 12/1991, de 28 de enero, 62/2001, de 17 de marzo y 63/2005, de 14 de marzo, mantiene que la prescripción de los delitos y faltas por paralización del procedimiento puede ser considerada como institución de naturaleza sustantiva o material.

También así lo viene constantemente declarando la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre las que basta citar las de 10 de marzo de 1993, 12 de febrero de 2002, 19 de noviembre de 2003 y 30 de marzo de 2004.

Por otra parte, esta Sala, en sentencia de 22 de enero de 1991, de

modo expreso declara que la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpaado se refiere no sólo a la tipificación de la infracción y sanción sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior.

Ante esta valoración del alcance de la prescripción hay que concluir que la retroactividad establecida en el art. 4.3 de la Ley 1/1998 es aplicable a la prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias al integrarse en las normas sancionadoras sustantivas.

Frente a la anterior no cabe alegar que las normas sobre prescripción suponen una plasmación concreta del principio general de seguridad jurídica y que afectan a cualesquiera relaciones y situaciones jurídicas entre el contribuyente y la Administración, pues todo ello no es óbice para que en relación con el Derecho sancionador se apliquen los principios propios de esta materia.

Tampoco cabe invocar que la Ley 1/1998 entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, esto es, el 19 de marzo de 1998, y que el apartado 2 de su disposición final 7ª estableció que el nuevo plazo de cuatro años entraba en vigor el 1 de enero de 1999, porque lo único que podría pretenderse con la posposición del momento de entrada en vigor del nuevo plazo de prescripción era otorgar unos meses a la Administración para que pudiese ultimar actuaciones en curso en relación a la cuota e intereses, aunque se hubieran iniciado con posterioridad a los cuatro años, pero sin que ello pudiera afectar a la materia sancionadora, ya que el nuevo plazo de prescripción, por la naturaleza de esta institución, obligaba a revisar las sanciones impuestas, cuando las actuaciones inspectoras se hubieran iniciado con posterioridad a los cuatro años o tales actuaciones se hubieran paralizado por más de seis meses dando lugar a que se completase el citado plazo de cuatro años desde el día a quo ».

Con intendencia de lo anterior, procede en todo caso confirmar la anulación que de las sanciones hace la Sentencia impugnada por las razones que exponemos en el siguiente fundamento de derecho.

SÉPTIMO.- Como tercer motivo de casación, el Abogado del Estado, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, sostiene que la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de octubre de 2003 lesiona el art. 77.4.d) de la L.G.T. A su juicio, tal infracción se habría producido porque, anulando la Sentencia de instancia la sanción por no haber ocultado datos la sociedad recurrente, el art. 77.4.d) de la L.G.T. sólo excluye la responsabilidad cuando el incumplimiento se haya producido por la existencia de una duda razonable en la interpretación de las normas tributarias, y,

como el propio órgano judicial habría puesto de relieve en los fundamentos de derecho Cuarto y Quinto, tal circunstancia no se habría producido, dada la claridad de las normas aplicables (como el art. 147.3 R.I.R.P.F.) y «la pericia que cabe presumir del sujeto pasivo por su condición de entidad de crédito» (pág. 13 del escrito). El motivo no puede prosperar.

Para resolver este motivo casacional debemos partir de la premisa de que, como hemos dicho ya varias veces (entre otras, Sentencias de 15 de enero de 2009 (rec. cas. núm. 4744/2004), FD Undécimo; y de 15 de enero de 2009 (rec. cas. núm. 10237/2004), FD Duodécimo), «la conclusión alcanzada por el Tribunal de instancia en relación con la culpabilidad es, en muchas ocasiones, una cuestión puramente fáctica, y, por ende, no revisable en esta sede (véanse, entre otras, las Sentencias de este Tribunal de 21 de abril de 1999 (rec. cas. núm. 5708/1994), FD 1; de 29 de octubre de 1999 (rec. cas. núm. 1411/1995), FD Segundo; y de 29 de junio de 2002 (rec. cas. núm. 4138/1997), FD Segundo), salvo en los supuestos tasados a los que viene haciendo referencia constantemente este Tribunal (véanse, entre muchas otras, las Sentencias de esta Sala de 9 de febrero de 2005 (rec. cas. núm. 2372/2002), FD Cuarto; y de 25 de noviembre de 2003 (rec. cas. núm. 1886/2000), FD Sexto; en el mismo sentido, entre las más recientes, véase la Sentencia de esta Sala de 8 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 6220/2004), FD Cuarto)». Y aunque también hemos precisado en las mismas resoluciones que «no sucede lo mismo cuando lo que en realidad se achaca a la Sentencia es la falta de motivación de la simple negligencia que el art. 77.1 L.G.T., y, en definitiva, el art. 25 C.E., exigen para que pueda imponerse sanciones (en este sentido, Sentencia de 6 de junio de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 146/2004), FD Cuarto)», claramente, no es este el caso.

Pero, además del serio obstáculo que acabamos de señalar, existen otros de no menor calado que impiden estimar el recurso del Abogado del Estado. En primer lugar, no es cierto que la Sentencia impugnada en esta sede haya puesto de manifiesto en los fundamentos de derecho Cuarto y Quinto, explícita o implícitamente, la claridad de las normas tributarias que resultaban aplicables. Mientras que en el primero de ellos, tras examinar el dictado de los arts. 38, 39.2 y 147.3 del R.I.R.P.F., el órgano judicial se limita a «confirmar el criterio contenido en la resolución impugnada», en el fundamento de derecho Quinto llega a citar -y transcribir- doctrina de esta Sala de la que podría inferirse, razonablemente, que la indemnización por traslado no está sujeta al I.R.P.F.

En realidad, al contrario de lo que mantiene el defensor del Estado, de

los términos en los que se expresa la Sala de instancia en los dos citados fundamentos de derecho y de la alusión explícita al art. 77.4.d) de la L.G.T. que se hace en el fundamento de derecho Sexto, cabe inferir que el órgano judicial aprecia que la entidad recurrente ha hecho una interpretación razonable - aunque errónea- de un conjunto de normas que no resultaban tan claras como sugiere la representación pública, convicción a la que llega teniendo en consideración que no existió ocultación de datos. Y, a este respecto, no resultará ocioso subrayar que, como dijimos por primera vez en la Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (rec. cas. núm. 5734/2005), FD Séptimo (véanse también las Sentencias de 15 de enero de 2009 (rec. cas. núms. 4744/2004, FD Duodécimo, y 10237/2004, FD Decimotercero)), la ausencia de ocultación de datos «no sólo result(a) argument(o) razonabl(e), sino que h(a) sido tenid(o) en cuenta en muchas ocasiones por esta Sala y Sección para excluir la existencia de la simple negligencia que exigía el art. 77. 1 L.G.T. -y debe entenderse que reclama, asimismo, el actual art. 183.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (Sentencia de 6 de junio de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 146/2004), FD Cuarto)- para poder imponer sanciones tributarias» (así, respecto a la falta de ocultación como claro indicio de la falta de culpabilidad, Sentencias de 2 de noviembre de 2002 (rec. cas. núm. 9712/1997), FD Cuarto; y de 18 de abril de 2007 (rec. cas. núm. 3267/2002), FD 8).

Además, el Abogado del Estado rechaza la posibilidad de excluir las sanciones únicamente con fundamento en que las normas aplicables resultaban claras y en la condición de «entidad de crédito» de la sociedad recurrente, y ninguna de tales circunstancias son, por sí mismas, suficientes para confirmar la presencia de la culpabilidad precisa para sancionar. En efecto, de un lado, ya señalábamos en la citada Sentencia de 27 de noviembre de 2008 que la claridad de la norma o la no concurrencia de alguno de los supuestos del art. 77.4 de la L.G.T. «es insuficiente para satisfacer las exigencias de motivación de las sanciones que derivan, no sólo de la Ley tributaria (en la actualidad, de los arts. 103.3, 210.4 y 211.3 de la Ley 58/2003, y del art. 24.1 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre), sino también de las garantías constitucionales, entre las que hay que destacar el principio de presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE (véase, por todas, nuestra Sentencia de 6 de junio de 2008, cit., FD Cuarto). Y es que, como ha señalado esta Sección, «el principio de presunción de inocencia garantizado en el art. 24.2 CE no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o, dicho de manera más precisa, median-

te la afirmación de que la actuación del obligado tributario es culpable porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable -como ha sucedido en el caso enjuiciado- o la concurrencia de cualquiera de las otras causas excluyentes de la responsabilidad de las recogidas en el art. 77.3 LGT (actual art. 179.2 Ley 58/2003), entre otras razones, porque dicho precepto no agota todas las hipótesis posibles de ausencia de culpabilidad. A este respecto, conviene recordar que el art. 77.3.d) LGT establecía que la interpretación razonable de la norma era, «en particular» (el vigente art. 179.2.d) Ley 58/2003, dice '(e)ntre otros supuestos'), uno de los casos en los que la Administración debía entender necesariamente que el obligado tributario había 'puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios'; de donde se infiere que la circunstancia de que la norma incumplida sea clara o que la interpretación mantenida de la misma no se entienda razonable no permite imponer automáticamente una sanción tributaria porque es posible que, no obstante, el contribuyente haya actuado diligentemente» (Sentencia de 6 de junio de 2008, cit., FD Quinto, in fine; reitera esta doctrina la Sentencia de 29 de septiembre de 2008 (rec. cas. núm. 264/2004), FD Cuarto) » (FD Octavo; en el mismo sentido, las citadas Sentencias de 15 de enero de 2009 (rec. cas. núms. 4744/2004, FD Undécimo, y 10237/2004, FD Duodécimo)).

Y, de otro lado, en cuanto a la condición de la sociedad actora, ya dijimos en la tantas veces citada Sentencia de 27 de noviembre de 2008 que debe rechazarse que « pueda negarse que la sociedad recurrente haya hecho una interpretación razonable por el simple hecho de que tenga "experiencia", disponga de "suficientes medios" y esté "asistida de profesionales jurídicos" » (FD Noveno). Y es que, « no es factible, en ningún caso, presumir una conducta dolosa por el mero hecho de las especiales circunstancias que rodean al sujeto pasivo de la imposición (importancia económica, clase de asesoramiento que recibe, etc.), sino que, en cada supuesto y con independencia de dichas circunstancias subjetivas, hay que ponderar si la discrepancia entre el sujeto pasivo y la Hacienda Pública se debe o no a la diversa, razonable y, en cierto modo, justificada interpretación que uno y otra mantienen sobre las normas aplicables » (Sentencias de 29 de junio de 2002 (rec. cas. núm. 4138/1997), FD Segundo; y de 26 de septiembre de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 11/2004), FD Cuarto). En efecto, conforme a nuestra jurisprudencia, lo que « no cabe de ningún modo es concluir que la actuación del obligado tributario ha sido dolosa o culposa atendiendo exclusivamente a sus circunstancias personales; o dicho de manera más precisa, lo que no puede

hacer el poder público, sin vulnerar el principio de culpabilidad que deriva del art. 25 CE (véase, por todas, la Sentencia de esta Sección de 6 de junio de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 146/2004), FD 4), es imponer una sanción a un obligado tributario (o confirmarla en fase administrativa o judicial de recurso) por sus circunstancias subjetivas - aunque se trate de una persona jurídica, tenga grandes medios económicos, reciba o pueda recibir el más competente de los asesoramientos y se dedique habitual o exclusivamente a la actividad gravada por la norma incumplida- si la interpretación que ha mantenido de la disposición controvertida, aunque errónea, puede entenderse como razonable » (Sentencia de 26 de septiembre de 2008, cit., FD Cuarto).

Las razones expuestas conducen a rechazar los motivos segundo y tercero del recurso del Abogado del Estado.

OCTAVO.- En atención a los razonamientos expuestos, procede declarar la desestimación del recurso de casación interpuesto por Banco Santander Central Hispano, S.A., y la estimación parcial del recurso de casación del Abogado del Estado.

Al haberse desestimado el recurso interpuesto por la representación procesal de la entidad bancaria, procede imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional, si bien la Sala haciendo uso de la facultad reconocida en el art. 139.3 de la misma Ley señala 1.500 euros como cuantía máxima de los honorarios del Abogado del Estado, a los efectos de las referidas costas.

En cuanto a las costas del recurso interpuesto por el Abogado del Estado cada parte deberá satisfacer las suyas.

Por lo expuesto, 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 desestimar y desestimamos el recurso de casación promovido por Banco Santander Central Hispano, S.A. contra la Sentencia de 23 de octubre de 2003, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso el citado orden jurisdiccional núm. 1062/2001, con expresa imposición de costas a dicha entidad con el límite expresado en el último de los fundamentos jurídicos.

SEGUNDO.- Que estimamos parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la citada Sentencia de 23 de octubre de 2003, sin imposición de costas en esta instancia.

TERCERO.- Que debemos anular y anulamos la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso el citado orden jurisdiccional núm. 1062/2001, resolución que se anula únicamente en cuanto declara la prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria correspondiente a los

tres primeros trimestres del ejercicio 1990, confirmándose en todo lo demás.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Rafael Fernandez Montalvo Emilio Frias Ponce Manuel Martin Timon Angel Aguillo Aviles José Antonio Montero Fernandez

donde) y sin coeficiente reductor alguno.

En mayo de 2006, el demandante solicitó del INSS la revisión de dicha pensión, pretendiendo que a la misma se le atribuyeran efectos económicos desde su reconocimiento inicial, por entender, por una parte, que se le debería haber computado determinado período (6 años y 64 días) en función de la edad que tenía el 1 de enero de 1967 y, por otra, porque, a su entender, se le deberían sumar “los días cotizados a cuenta del servicio militar: 201 días”, con lo que, según pedía, “el porcentaje por años de cotización debe ser del 77%”, en lugar del 59% concedido.

El ordinal tercero de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, incontestada en suplicación, es del siguiente tenor literal: “El actor cumplió su servicio militar obligatorio entre el 19/03/1959 y el 19/12/1959. Cumplió servicio militar voluntario entre el 19/12/1959 y el 10/07/1960, por otros 6 meses y 21 días, sin haber ostentado la condición de personal profesional de las fuerzas armadas o haber sido funcionario o empleado público”.

La sentencia de instancia, confirmando la resolución administrativa que denegó la pretensión revisora del pensionista, desestimó la demanda en su integridad, pero la Sala de Andalucía/Granada, en la sentencia de 23 de diciembre de 2008 (R. 2071/08) que es ahora objeto del recurso de casación unificadora, estimó en parte el recurso de suplicación del demandante al llegar a la conclusión, en esencia, de que los 201 días transcurridos entre el 19 de diciembre de 1959 y el 10 de julio de 1960, durante los que el actor, tras finalizar lo que denomina “servicio militar obligatorio”, continuó prestando “servicio militar voluntario”, han de totalizarse como cotizados en aplicación del Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre Regímenes de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- Han recurrido en casación para la unificación de doctrina tanto el Sr. Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Defensa, como el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSS. El primero de dichos recursos, que pudo haberse inadmitido en su momento, debe ahora desestimarse por falta de correlación entre las sentencias invocadas de contraste en el escrito de anuncio o preparación (se mencionaban dos sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2007, R. 5198/06, y 21 de julio de 2008, R. 3196/07) y la que finalmente se invoca en el de interposición o formalización (TSJ de Andalucía/Granada de 28 de noviembre de 2009, R. 1264/07, que, por cierto, como luego veremos, es la misma resolución invocada por el INSS en sus escritos de preparación e interposición y, sin

duda por ello, ha permitido al Abogado del Estado adherirse al recurso de la Gestora en el trámite de impugnación). Es doctrina de esta Sala, contenida, entre otras muchas, en las sentencias de 21 de marzo de 1994 (R. 765/1993), 29 de abril de 1995 (R. 780/1994), 14 de julio de 1997 (R. 180/1997), 29 de octubre de 2002 (R. 343/2001), 23 de septiembre de 2003 (R. 4933/2002) o 3 de diciembre de 2004 (R. 6162/2003), que carecen de idoneidad como sentencias referenciales en este recurso de casación unificadora aquellas resoluciones que, aunque se citen en el escrito de interposición, no hayan sido mencionadas en el de preparación, pues, de acuerdo con lo que dispone el art. 218 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente debe determinar en la preparación la sentencia o sentencias que considera contradictorias con la recurrida.

El INSS ha formalizado recurso de casación para la unificación de doctrina en el que, como ya adelantamos, invoca de contraste la sentencia dictada por el propio Tribunal y Sala de Andalucía/Granada de 28 de noviembre de 2007 (R. 1264/07), denunciando la infracción de los artículos 1, 2, 3.1.d), 13.1.b) y 32.3 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 13 de abril, en relación con el artículo 24 y la Disposición Transitoria 1ª de la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar, y con los artículos 53 y 59 de la Ley de 8 de agosto de 1940, 53 de la Ley 55/1968, de 27 de julio, y 25 de la Ley 19/1984, de 8 de junio, todas también sobre la misma materia (Servicio Militar), y en relación todos esos preceptos con el artículo 9.2 de la Ley General de la Seguridad Social y con el artículo 4 del Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, de cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de la Seguridad Social.

En la sentencia invocada de contraste, en un asunto que, como seguidamente se verá, guarda identidad con el tratado en la recurrida, estaba en discusión si un trabajador que había cotizado a la Seguridad Social de los Países Bajos entre los años 1966 y 2000, ambos inclusive, pese a no acreditar un año de cotización en España, porque aquí sólo reunía 245 días entre el 1 de marzo y el 31 de octubre de 1966 en nuestro Régimen Especial Agrario, podía generar o no pensión de muerte y supervivencia en favor de su viuda en razón a que, después de haber cumplido el servicio militar obligatorio, prestó otros 335 días como militar no profesional entre el 1 de diciembre de 1964 y el 31 de octubre de 1965, sin que este período figurara con cotizaciones efectivas por parte del Ministerio de Defensa. La sentencia de instancia desestimó la demanda de la viuda y esa decisión fue confirmada en suplicación por la sentencia referencial con el argumento de que los artículos 3.d) y 32.3 del Texto Refundido de Clases Pasivas del Estado (RD-



2009/300321

TS Sala 4ª, Sentencia 23 noviembre 2009. Ponente: D. José Luis Gilolmo López

Servicio militar voluntario no asimilado a período cotizado a efectos de prestaciones

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio de Defensa codemandado, por falta de correlación entre las sentencias invocadas de contraste, y se acoge el también formulado por el INSS codemandado frente a sentencia que, revocando la de instancia, declaró que los meses que el actor continuó prestando el servicio militar pero ya con carácter voluntario, han de totalizarse como cotizados para el cómputo recíproco de cuotas entre Regímenes de la Seguridad Social y alcanzar así sus efectos en el cálculo de la pensión de jubilación. La Sala declara, siguiendo doctrina unificada, que quienes cumplían el servicio militar estaban vinculados a las Fuerzas Armadas por una relación de servicios de carácter no profesional que, ni puede asimilarse al trabajo por cuenta ajena, ni tenía normativamente prevista cualquier obligación cotizatoria o de afiliación social pública; por tanto, durante todo el período en el que el demandante realizó su servicio militar nunca estuvo comprendido en el ámbito de cobertura de cualquier sistema público de previsión social y, en consecuencia, no cabe entender tal período como “de servicios al Estado” a los efectos de la cobertura de prestaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si una parte del tiempo de servicio militar, cumplido por el actor con carácter “voluntario” o como “no obligatorio” durante 6 meses y 21 días (desde el 19/12/1956 al 10/07/1960), puede ser computado como cotizado en el Régimen de Clases Pasivas y, en consecuencia, si dicho concreto período puede alcanzar efectos (cómputo recíproco) sobre la pensión de jubilación que el INSS le reconoció a partir del 21 de noviembre de 2002.

En la sentencia recurrida consta que el demandante, nacido el 17 de noviembre de 1937, reúne un total de 6.289 días efectivos de cotización, realizados entre el mes de junio de 1985 y octubre de 2001, y que, soli-

citada la pensión de jubilación, le fue reconocida por resolución del INSS del 11 de diciembre de 2002 “sobre una Base Reguladora de 893,15 euros, con porcentaje por años de cotización del 59%, con coeficiente reductor de edad del 60%, la cuantía de 526,96 euros/mes”.

Conviene precisar no obstante que, pese al contenido literal del relato fáctico, la referencia al “coeficiente reductor de edad del 60%”, constituye un claro error material, dado que el actor tenía cumplidos los 65 años cuando solicitó y se le reconoció inicialmente la pensión de jubilación en diciembre de 2002, y precisamente por ello la cuantía inicial de la prestación fue de 526,96 euros/mes, es decir, el 59% de su indiscutida base reguladora de 893,15 euros por los 6.289 días efectivamente cotizados entre junio de 1985 y octubre de 2001 (17 años por re-

Leg. 670/2007, de 30 de abril), aunque establecen que el servicio militar obligatorio no computará como período cotizado pero sí el tiempo que exceda de dicho período y se continúe prestando el servicio militar, sin embargo, como este último efecto se prevé en las referidas normas para el personal que estuviera cumpliendo el servicio militar después del 31 de diciembre de 1984, y el causante, como vimos, lo había hecho casi veinte años antes, la Sala llega a la conclusión de que no puede computarse el mencionado período de servicio militar.

Es verdad que las prestaciones discutidas en una y otra sentencia no son las mismas (jubilación en la recurrida y viudedad en la de contraste), como tampoco es el mismo el efecto que sobre ellas se persigue (un mayor porcentaje en la jubilación y la propia pensión en la viudedad). Pero al margen de ello, la contradicción existe porque, estando en discusión en ambos procesos la validez o eficacia prestacional, como período cotizado o asimilado a cotización, del tiempo del servicio militar calificado como “voluntario” prestado en una misma época, en la que resultaba de aplicación idéntica normativa (fundamentalmente la Ley de 8 de agosto de 1940), una (la sentencia recurrida) lo computa y otra (la de contraste) no.

TERCERO.- De conformidad con el acertado informe del Ministerio Fiscal, el recurso merece favorable acogida, tal como, en asunto perfectamente equiparable al presente, hemos decidido en nuestra reciente sentencia de 9 noviembre de 2009 (R. 1099/2009), porque aquí tampoco existía ninguna disposición que asimilara a período cotizado el del servicio militar, ni que estableciera la obligación de cotizar durante el mismo, tanto si se prestaba durante el correspondiente reemplazo como si se hiciera en otras fechas bajo la denominación de “voluntario”, pero sin que el demandante llegara a ostentar en ninguno de ambos supuestos la condición de militar profesional ni la de funcionario o empleado público.

En efecto, ni la ya derogada Ley de 8 de agosto de 1940 (BOE 22/8/1940), de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército, ni su Reglamento provisional aprobado por Decreto de 6 de abril de 1943 (suplemento al BOE de 3-7-1943), normas conforme a las cuales hubo de prestar el demandante el servicio militar durante los casi 16 meses comprendidos entre el 19 de marzo de 1959 y el 10 de julio de 1960, asimilaron tal período al trabajo por cuenta de los Institutos armados ni contemplaron obligación alguna de las autoridades militares en orden a una supuesta afiliación, alta o cotización de los soldados a cualquier sistema de cobertura social pública o privada. En los artículos 338 a 358 del referido Reglamento se regula en

detalle, y de manera ciertamente compleja, la institución de los “voluntarios” y en tales preceptos puede advertirse la absoluta identidad, en lo referente a la innecesariedad de alta y/o cotización en cualquier sistema de previsión social pública, entre quienes prestaban el servicio militar “obligatorio” y los voluntarios “sin premio”, ninguno de los cuales tuvo nunca carácter o naturaleza profesional.

Como puso de relieve desde antiguo la doctrina científica de la época, “según la Ley de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército de 8 de agosto de 1940 (art. 10), los voluntarios convienen con la Administración un contrato que no pueden rescindir hasta pasar y transcurrir el tiempo pactado; no se olvide, sin embargo, que en nuestro sistema no hay verdaderos voluntarios, por la sencilla razón de que la prestación del servicio militar es una prestación obligatoria; el voluntario lo único que decide libremente es el comienzo adelantado de la prestación y quizá el lugar en que se realiza ésta”.

La distinción que en aquella vieja normativa se hacía entre el servicio militar voluntario y el obligatorio no excluía la obligatoriedad real, en todo caso, de la totalidad de la prestación militar pues la “voluntariedad” sólo hacía referencia a la posibilidad de prestar el servicio antes de las fechas propias del reemplazo normal del soldado, dándole la oportunidad de obtener condiciones menos gravosas, como, por ejemplo, la elección de destino o incluso el recorte en la duración de la prestación efectiva, pero sin que ello supusiera en absoluto la alternativa de incorporarse o no a filas (verdadera voluntariedad), ni mucho menos que la denominada prestación “voluntaria” adquiriera alguna connotación funcional que pudiera determinar cualquier tipo de cotización.

El artículo 3 de la Ley de 8 de agosto de 1940 estableció una duración de 24 años del servicio militar, distribuidos en un primer plazo variable (“reclutas de Caja”), otro de 2 años de “Servicio en filas” y un tercero (“Reserva”) hasta completar los 24 de servicio. El artículo 10 contemplaba el “voluntariado” con la previsión de que “se admitirán soldados voluntarios, sin premio, como actualmente, si bien por el plazo mínimo de tres años, no pudiendo, hasta cumplirlo, rescindir por causa alguna el compromiso contraído”. De forma muy parecida o, mejor, con la misma filosofía, la posterior regulación de la Ley 55/1968, de 27 de julio, General del Servicio Militar, dispuso que el servicio militar de cada reemplazo tendría la duración normal de 18 años, distribuidos en tres períodos denominados de “disponibilidad”, “actividad” y “reserva”. El primero, el de “disponibilidad”, no tenía asignada una duración fija, pero el segundo, el de “actividad”, igual que el anteriormente denomi-

nado “servicio en filas”, debía durar 2 años divididos a su vez en otros dos períodos denominados “servicio en filas” y “servicio eventual”. La duración del “servicio en filas” pues, según el art. 59 de la Ley 55/1968, sería la fijada por el Gobierno a propuesta de cada Ejército entre los quince y los veinticuatro meses para el voluntariado normal y entre los quince y los dieciocho meses para el personal procedente del reclutamiento obligatorio. En el período denominado “de servicio eventual”, cualquier soldado citado anteriormente habría de completar los dos años en situación de actividad. Parece claro pues que, pese a la complejidad de la regulación, en todo caso, la situación de actividad o de “servicio en filas” tenía prevista una duración normal de dos años, tanto para los soldados que prestaban el servicio militar obligatoriamente con su reemplazo como para quienes lo hacían “sin premio”, es decir, sin cualquier tipo de compensación económica, en otra época de manera limitadamente voluntaria.

Tanto entonces como después, incluso tras la aprobación de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar, y al menos hasta la promulgación de la Ley Orgánica 13/1991, vigente hasta el 8 de diciembre de 2005, fecha ésta de entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, quienes cumplían el servicio militar, con su reemplazo o antes o después de éste, estaban vinculados a las Fuerzas Armadas por una relación de servicios de carácter no profesional que ni puede asimilarse al trabajo por cuenta ajena ni tenía normativamente prevista cualquier obligación cotizatoria o de afiliación social pública.

Es claro, pues, que durante todo el período en el que el demandante realizó su servicio militar nunca estuvo comprendido en el ámbito de cobertura de cualquier sistema público de previsión social y, precisamente por las fechas en las que sirvió en el Ejército, anteriores con mucho al 31 de diciembre de 1984, tampoco le resultaba de aplicación (art. 3.1.d) el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

Es más, al margen de los derechos de protección a la salud o a la asistencia sanitaria durante la prestación militar que pudieran derivarse de la Ley 28/1975 sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y, por supuesto, sin perjuicio igualmente de los derechos que pueda llegar a reconocer en su día la futura regulación reglamentaria a la que alude el artículo 125.3 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, lo que resulta meridianamente patente es que, ni siquiera en cumplimiento del Texto Refundido de Clases Pasivas se podría incluir al actor en su ámbito de aplicación porque, conforme dispone

su artículo 32.3, ni el servicio militar obligatorio ni el tiempo equivalente a éste (es decir, el mal llamado “voluntario”), “no se entenderá como de servicios al Estado” a los efectos de la cobertura en dicho sistema.

Y si no hubo cotización, ni la más mínima obligación de efectuarla, mal puede reconocerse el cómputo recíproco que se estableció en 1973 “entre aquellos Regímenes Especiales de la Seguridad Social que, sin haberlo reconocido expresamente entre sí en sus respectivas normas particulares, coincidan en tenerlo establecido con el Régimen General” (art. Único.1 del Real Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre), y que permite tal efecto desde 1991 respecto de quienes acrediten cotizaciones en el Régimen de Clases Pasivas del Estado y en el Régimen General y regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social o sustitutorios de aquéllos (art. 1º Real Decreto 691/1991, de 12 de abril).

Tampoco resulta aquí de aplicación, en fin, la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a la letra a) del punto 4 de la Sección J del Anexo VI del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, esto es, la sentencia de 13 de noviembre de 1997, no sólo porque, como vimos, la normativa interna española no equipara el servicio militar a períodos de trabajo por cuenta ajena o a períodos asimilados, pues la nuestra se trataba de una relación de servicios de naturaleza no profesional, sino también, y fundamentalmente, porque la Sección D del referido Anexo IV del Reglamento 1408/71, es decir, el relativo a España, contiene una regulación por completo diferente a la que contempla la mencionada Sección J para los Países Bajos, y es a éstos a los que se refiere la citada sentencia del Tribunal europeo.

Las consideraciones expuestas, como se adelantó, y de conformidad con el razonado dictamen del Ministerio Fiscal, determinan la desestimación del recurso del Ministerio de Defensa pero la estimación del recurso de casación unificadora interpuesto por el INSS y, resolviendo el debate planteado en suplicación (art. 226.2 LPL), la desestimación del tal clase articulado en su día por el actor y la consecuente confirmación de la sentencia de instancia, que había desestimado la demanda.

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

FALLO

Desestimamos en recurso del Ministerio de Defensa pero estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social D. Andrés Ramón Trillo García, en nombre y representación del Instituto Nacional de la



EL DERECHO

Año XVII. Número 2812

Madrid, 30 de marzo de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

Seguridad Social, contra la sentencia dictada en fecha 23 de diciembre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en el recurso de Suplicación núm. 2071/08, interpuesto por la D. Gumersindo contra la sentencia dictada en 22 de abril de 2008 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Granada en los autos núm. 556/2006 seguidos a su ins-

tancia sobre seguridad social (jubilación). Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de esta última clase interpuesto por el expresado actor contra la sentencia de instancia, y confirmamos la misma, absolviendo a la entidad gestora de la pretensión frente a ella formulada. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- José Luis Gilolmo López.- Jordi Agusti Julia.- José Manuel López

García de la Serrana.- Rosa María Viroles Piñol.

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

RESEÑA

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



2009/307250

TS Sala 1ª, Sentencia 15 diciembre 2009.
Ponente: D. Francisco Marín Castán

Obligación de abono del producto fabricado referida al momento de la extinción de la relación contractual

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia impugnada - con motivo de la liquidación de un contrato de suministro de helados a los establecimientos de una cadena de pizzerías tras extinguirse la relación contractual- que condenó a la demandada a pagar a la actora el importe fijado por la totalidad del producto fabricado y envasado por la actora al tiempo de la efectiva extinción de la relación contractual, en lugar de al tiempo de la comunicación de la ruptura de dicha relación por la demandada como acordó la sentencia de primera instancia. Señala que la conclusión del tribunal sentenciador pueda explicarse desde la figura de la llamada asunción acumulativa de deuda, reconocida por la doctrina científica y la jurisprudencia.

2009/307254

TS Sala 1ª, Sentencia 15 diciembre 2009.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Indivisibilidad jurídica en el ejercicio de la acción de división de cosa común

El TS declara no haber lugar al rec. de casación en el ejercicio de la acción de división de cosa común, confirmando la sentencia impugnada que apreció

la existencia de una indivisibilidad jurídica ya que las normas urbanísticas municipales no permiten una edificación inferior a los metros establecidos, que es superior a la proporción que le corresponde en la cosa común a la demandada, y no cabe que judicialmente se le dé una porción mayor a la que le corresponde conforme a su cuota, aun dando lugar a una compensación económica, sin que tampoco, por otra parte, se haya aportado criterio alguno de valoración.



2009/265737

TS Sala 2ª, Sentencia 10 noviembre 2009.
Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

Absolución del delito de falsificación de documento mercantil en concurso con un delito de estafa

El TS desestima el recurso de casación de uno de los condenados en la instancia, estimando el del otro condenado y dictando segunda sentencia en la que absuelve al mismo del delito de falsificación de documento mercantil en concurso con un delito de estafa del que venía siendo acusado. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que el tribunal de instancia, condecorador de las especiales cautelas que las declaraciones de coimputados presentan, acude a la búsqueda de corroboraciones y las encuentra en la declaración de la encargada de una tienda que reconoció al recurrente como acompañante de una mujer que efectuó una compra con tarjeta de crédito. Esa declaración no supone ningún hecho que corrobore una previa imputación -del

coimputado- sobre la falsificación de documentos de identidad en concurso con un delito de estafa por los que ha sido condenado, por ello debe absolverse al recurrente.



2009/300307

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 30 noviembre 2009. Ponente: D. Enrique Cancero Lalanne

Transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado por funcionario del cuerpo de gestión

El TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación, por silencio administrativo, del recurso de alzada interpuesto ante el Consejo General del Poder Judicial contra la orden verbal emitida por la jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, por la que se ordenaba al hoy recurrente la redacción de resoluciones judiciales que den lugar a la transformación de un procedimiento de diligencias previas al trámite de procedimiento abreviado. La Sala considera que el funcionario personalmente concernido en el caso de autos, si consideraba que lo que se le ordenaba en el mandato discutido era que utilizara los medios a su alcance para que el procedimiento pasara de la fase procesal de diligencias previas a la de procedimiento abreviado, debió hacerlo así, utilizando los datos que pudieran extraerse del contenido de las carpetas que contenían dichas diligencias, y si se le presentaban dudas que

no pudiese solucionar con los conocimientos exigibles a quien ocupan puestos propios del Cuerpo de Gestión, debía acudir al Secretario del Juzgado o incluso al Juez de Instrucción.



2009/288103

TS Sala 4ª, Sentencia 1 diciembre 2009.
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

Carácter no absorbible del complemento retributivo autonómico para el sector de la enseñanza

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid codemandada y acoge en parte el formulado por las federaciones sindicales demandantes frente a sentencia que declaró vigente el Acuerdo Social para la mejora de la calidad y el empleo en el sector de la Enseñanza madrileña de 9 de marzo de 2005 y el derecho al abono del complemento retributivo autonómico previsto en él.

La Sala señala que no cabe aplicar la absorción pretendida por la Comunidad y ello a pesar de concurrir el presupuesto de homogeneidad retributiva entre el incremento previsto en el Acuerdo y el establecido en los módulos estatales para la enseñanza concertada, pues el convenio prevé que los incrementos establecidos en el Acuerdo de 2005 solamente serían absorbidos por los módulos económicos que con carácter mínimo fije el Estado, si éstos "incluyeran incrementos retributivos para el profesorado en concepto de analogía retributiva", supuesto que no se ha establecido en el presente caso; por otro lado, no puede aceptarse la pretendida nulidad de los Acuerdos del 2007 -modificativos del firmado en 2005- pues son válidos sólo entre las partes que los firmaron, declarándose su ineficacia respecto de los sindicatos reclamantes y de los trabajadores por ellos representados, pues no suscribieron los indicados Acuerdos.