



# 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 2878

Madrid, martes 5 de octubre de 2010



## TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010/158718

TC Sala 3ª, Sentencia 28 julio 2010. Ponente: Dª Elisa Pérez Vera

Constitucionalidad de los arts. 148,4 y 153,1 del CP 95

### Finalidad de diferenciación dirigida a la protección de la libertad de las mujeres

*El TC decide desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Magistrada del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, sobre los arts. 148,4 y 153,1 del CP 95, en la redacción dada a los mismos por los arts. 36 y 37 de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, por entender que infringen diversos artículos de la CE. La cuestión planteada surge a partir de una interpretación de los preceptos citados, en la que el sujeto activo ha de ser necesariamente varón y el sujeto pasivo sólo puede serlo una mujer, dado el tenor literal de los preceptos y el común origen político-criminal que comparten. Las dudas que plantea la Magistrada son, en primer lugar, si los preceptos cuestionados incorporan un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo; y en segundo término, si contienen una presunción contraria al derecho a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad, consistente en que las agresiones de los hombres a las mujeres que son o fueron su pareja, constituyen una manifestación de discriminación. El Alto Tribunal considera, entre otros motivos, que la finalidad de la diferenciación, está dirigida a la protección de la libertad de las mujeres, y que el legislador entiende insuficientemente protegida en el ámbito de las relaciones de pareja, y va encaminada a luchar contra la desigualdad en dicho ámbito. Formula voto particular el Magistrado D. Javier Delgado Barrio.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete cuestiona en este proceso la constitucionalidad de los arts. 148.4 y 153.1 del Código penal (CP), en la redacción dada a los mismos por los arts. 36 y 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por entender que infringen los arts. 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 24.2 y 25.1 de la Constitución al establecer una discriminación por razón de sexo que se derivaría de la definición de los sujetos activo (varón) y

pasivo (mujer) inherente a los preceptos cuestionados y de la diferencia de trato punitivo que ello supone en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con la misma relación entre ellos que la descrita en los tipos penales cuestionados (conyugal o análoga relación de afectividad, sea en ambos casos presente o pretérita). Tanto el Fiscal General del Estado como el Abogado del Estado interesan la desestimación. El artículo 153.1 CP dispone lo siguiente: "El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no de-

finidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años." Por su parte, el apartado cuarto del art. 148 CP establece que las "lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado y al riesgo producido... (s)i la víctima fuere o hubiese sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia."

SEGUNDO.- Antes de abordar el examen de la cuestión de fondo, debemos descartar a limine el análisis sobre la alegada conculcación del derecho a la legalidad (art. 25.1 CE) que el órgano cuestionante atribuye a ambos preceptos, referida a la contradicción de la expresión "persona especialmente vulnerable" con el mandato de determinación.

Ello porque, al igual que afirmáramos en la STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 2, tampoco en el presente Auto se hace mención alguna acerca de la aplicabilidad de tal modalidad de sujetos pasivos del delito -diferenciada claramente en el art. 153.1 CP de la esposa, o mujer vinculada al autor por análoga relación de efectividad- al caso concreto objeto del proceso penal, no constando, por ello, la relevancia que para la resolución del proceso presenta la norma cuestionada (art. 35.1 LOTC). Y por lo que respecta al art. 148.4 CP, tal expresión no forma parte del precepto cuestionado, sino del apartado siguiente -el 5 del art. 148 CP-, que, de modo independiente de la anterior, establece una agravación facultativa para personas que reúnan tal

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Finalidad de diferenciación dirigida a la protección de la libertad de las mujeres **1**

### TS

#### CIVIL

Inexistente vulneración del derecho a la intimidad **4**

Cómputo del plazo de prescripción en accidente laboral **5**

#### PENAL

Actuación policial amparada por la eximente de cumplimiento de un deber **6**

#### ADMINISTRATIVO

Aplicación de la exención prevista para organismos sin finalidad lucrativa con objetivos exclusivamente cívicos **10**

#### SOCIAL

Incumplimiento de acuerdo sobre no externalización de servicios de AENA **13**

Determinación del domicilio a efectos de competencia territorial en pleitos de SS **14**

Devolución parcial por empresa de cantidades por desempleo por fraude en contratación temporal **15**

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

**16**

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

particular circunstancia y que convivan con el autor, agravación cuya constitucionalidad ni ha sido cuestionada ni, en todo caso, puede considerarse relevante al no ser aplicable al concreto caso enjuiciado. Por las mismas razones debe inadmitirse la segunda vertiente de la alegada vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), relativa a la falta de concreción, en el art. 153.1 CP, del límite mínimo de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o custodia, pues tampoco se efectúa argumentación alguna sobre su relevancia para la resolución del proceso, debiendo ponerse de relieve, en este sentido, que ninguna de las acusaciones solicitó la imposición de dicha pena, siendo ello un requisito inoslayable para su aplicación por el órgano judicial (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 6).

TERCERO.- Sentado lo anterior, para dar respuesta a la cuestión que ahora se nos presenta bastará con remitirnos a pronunciamientos de este Tribunal en los que se ha dado respuesta a las dudas de constitucionalidad planteadas. Concretamente, las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, o 81/2008, de 17 de julio, entre otras, que analizan la constitucionalidad del primer inciso del art. 153.1 CP, precepto que recoge el delito de maltrato ocasional, y la reciente STC 41/2010, de 22 de julio, que desestima la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta sobre el art. 148.4 CP.

Tales Sentencias -junto a otras que igualmente se han ocupado sobre la constitucionalidad de diversos preceptos penales incorporados al Código penal, como los que ahora nos ocupan, por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género de distintos, tales como la STC 45/2009, de 19 de febrero, en el que la posible objeción de constitucionalidad se dirigía al art. 171.4 CP, sobre el delito de amenazas leves; o la STC 127/2009, de 26 de mayo, que responde a las dudas planteadas respecto del delito de coacciones leves recogido en el art. 172.2 CP- resuelven, en efecto, las dos dudas centrales de constitucionalidad que ahora formula la Magistrada del Juzgado núm. 2 de Albacete: la primera es si los preceptos cuestionados incorporan un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo que sería contrario al art. 14 CE y, por extensión, a los arts. 1.1, 9 y 10.1 CE; y la se-

gunda es si contienen una presunción contraria al derecho a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad consistente en que las agresiones de los hombres a las mujeres que son o fueron su pareja constituyen una manifestación de discriminación.

CUARTO.- Para resolver la primera de las dudas, las citadas resoluciones acogen el canon derivado del principio general de igualdad y no el de prohibición de discriminación por razón de sexo, por cuanto "no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados...."

La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada" (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 41/2010, de 22 de julio, FJ 5 b); en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3). Ello exige verificar sucesivamente que las normas que incorporan la diferenciación persiguen un fin legítimo, que el establecimiento de ese tratamiento diferenciado resulta adecuado para la satisfacción del citado fin y que las consecuencias que se derivan de la diferencia superan un control de proporcionalidad (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

a) En relación al primero de los parámetros de enjuiciamiento, el referido a la legitimidad de las normas, de la lectura de la exposición de motivos y del articulado de la Ley Orgánica 1/2004, se deduce la finalidad principal de los preceptos cuestionados de "proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales" (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ

7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4; y 41/2010, de 22 de julio, FJ 6 a)); pues bien, "tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador" (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4; y 41/2010, de 22 de julio, FJ 6 a)).

b) En segundo lugar, la diferenciación normativa establecida en ambos preceptos puede considerarse funcional o adecuada para la consecución del fin perseguido, porque, de acuerdo con nuestra doctrina, "no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural -la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto.

Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado.

No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al

amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece" (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4; y 41/2010, de 22 de julio, FJ 7).

c) Y por lo que respecta al tercer criterio de análisis, procede igualmente rechazar que los arts. 153.1 y 148.4 CP conduzcan a consecuencias desproporcionadas incompatibles con el principio de igualdad. Así, en relación con el art. 153.1 CP, hemos manifestado que "(a) la vista de su poca entidad -tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena y una pena potestativa de inhabilitación que en el art. 153.1 CP es superior en dos años en su límite máximo, pero inferior en seis meses en su límite mínimo-, tampoco cabe apreciar que la diferencia de penas de las normas comparadas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad ex principio de igualdad del artículo cuestionado, máxime si se repara en que esta pena de prisión diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y en que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado 'en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho', en previsión ciertamente aplicable también al art. 153.2 CP" (STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 3, siguiendo a la STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

A ello debe añadirse que el inciso segundo del art. 153.1 CP impone la misma pena cuando el destinatario de la agresión sea "persona especialmente vulnerable que conviva con el autor", con lo que se equiparan punitivamente a las agresiones del varón hacia quien es o fue su pareja femenina ciertas otras agresiones en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora (STC 81/2008, FJ 3). De igual modo se ha manifestado la STC 41/2010, de 22 de julio, sobre el art. 148.4 CP, entendiéndose que la agravación que supone la pena mínima de dos años de prisión con respecto a la mínima de seis meses de prisión que prevé el tipo básico, recogido en el art. 147.1 CP, y la máxima de cinco años con relación a la correspondiente del tipo

básico, cifrada en tres años, no genera como consecuencia un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable”. Dicha conclusión se funda en tres argumentos (FJ 9).

En primer lugar, la finalidad de la diferenciación, dirigida a la protección de la libertad de las mujeres, que el legislador entiende insuficientemente protegida en el ámbito de las relaciones de pareja, y a luchar contra la desigualdad de las mujeres en dicho ámbito (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FFJJ 8 y 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

En segundo lugar, el apartado 5 del art. 148, al establecer la misma pena para los casos en que la víctima sea “persona especialmente vulnerable”, permite equiparar penalmente a las lesiones realizadas por el varón hacia quien es o fue su pareja femenina otras lesiones graves acontecidas en el seno de tales relaciones de pareja en las que el sujeto pasivo no haya de ser necesariamente una mujer, (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

En tercer lugar, la agravación recogida en el art. 148.4 CP es de aplicación facultativa para el órgano judicial, debiendo atenderse para ello “al resultado causado y al riesgo producido”, lo que exige, junto al requisito de que la víctima sea mujer que sea o haya sido pareja del autor, que los hechos expresen un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado. En este sentido, la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se aprecia tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado (STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 9).

QUINTO.- Tal conclusión ha de extenderse a las restantes alegaciones referidas al diferente tratamiento que las normas concernidas dispensan a hombres y mujeres. De una parte, los argumentos anteriormente formulados permiten despejar la alegada conculcación del art. 9 CE, y ello tanto por lo se refiere a la supuesta “discriminación positiva” de la mujer respecto del varón, como por lo que respecta a la vulneración del principio de seguridad jurídica a raíz del carácter supuestamente discriminatorio del precepto impugnado (STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 10 a)).

De otra parte, por lo que respecta al valor de la dignidad de la persona

debemos reiterar que los preceptos cuestionados no catalogan a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presumen que lo sea. Y tampoco contienen consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Proceden, simple y no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos “a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad” (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 5; 41/2010, de 22 de julio, FJ 10 a)).

SEXTO.- Por último, no podemos compartir que la previsión normativa analizada desconozca el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y el principio de culpabilidad, puesto que, frente a lo alegado en los Autos de promoción de estas cuestiones, los preceptos cuestionados no acogen la presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una manifestación de discriminación, sino que, tal y como hemos señalado en relación con otros preceptos penales cuyo origen se encuentra en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, “(l)o que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas” (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11; 81/2008, de 17 de julio, FJ 4; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 6; 41/2010, de 22 de julio, FJ 11).

De igual modo, tampoco cabe considerar que se castigue al concreto autor por hechos cometidos por otras personas, al modo de una culpa colectiva, ni puede compartirse la alegación relativa a que la medida penal cuestionada es propia de un “Derecho penal de autor”. Tal como afirmamos en la STC 59/2008 para rechazar idéntica alegación, “que en los casos cuestionados el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción” (FJ 11; en idéntico sentido, STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 11).

#### FALLO

Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5003-2007.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintiocho de julio de dos mil diez. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Javier Delgado Barrio.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez.- Manuel Aragón Reyes, Magistrados.

#### VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado D. Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 28 de julio de 2010, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5003-2007 y al que se adhiere D. Vicente Conde Martín de Hijas. La indicada Sentencia reitera la doctrina establecida por este Tribunal a partir de la STC 59/2008, de 14 de mayo, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, por lo que, puesto que mantengo mi discrepancia, me remito al Voto particular que formulé respecto de esta última. Y en este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros. Madrid, a veintiocho de julio de dos mil diez. Voto particular que formula el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5003-2007, sobre los arts. 153.1 y 148.4º del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, que se remite a la doctrina fijada en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo; 45/2009, de 19 de febrero; y 127/2009, de 26 de mayo, a las que formulé voto particular (“Boletines Oficiales del Estado” de 4 de junio de 2008, 14 de marzo de 2009 y 20 de junio de 2009); así como a la STC 41/2010, de 22 de julio, pendiente de publicación. Sostuve entonces, y ahora lo reitero, la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género. Pero mi discrepancia con la Sentencia se centra en ciertos aspectos, desarrollados en los Votos particulares, que ahora sintetizo:

a) La falta de identidad entre la redacción dada a los preceptos cuestionados y el propósito declarado por la Ley que los introduce en el Código Penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad -lex certa- que deriva del art. 25.1 CE.

b) Si lo que hubiera que someter a comparación fuera el mero maltrato que hombre y mujer pudieran infringirse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el primer inciso del art. 153.1 CP y el art. 148.4

lesionan el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista traducido en maltrato es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que los arts. 153.1 y 148.4 CP lesionen el principio de igualdad. Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que todo maltrato cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada de los arts. 153.1 y 148.4 CP.

A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad “concretos”, por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplican los referidos preceptos a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que se exija la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

c) La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como “sujeto vulnerable” que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el segundo inciso del art. 153.1 y el art. 148.5 CP dispensan a toda “persona especialmente vulnerable”. Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socio-económicas desempeñan un papel que la Sentencia silencia. Madrid, a veintiocho de julio de dos mil diez.

Voto particular que formula el Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 28 de julio de 2010 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5003-2007 En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundó en lo siguiente: La indicada Sentencia reitera la doctrina establecida por este Tribunal a partir de la STC 59/2008, de 14 de mayo, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, por lo que, puesto que mantengo mi discrepancia, me remito al Voto particular que formulé respecto de esta última. Madrid, a veintiocho de julio de dos mil diez.



2010/112812

TS Sala 1ª, Sentencia 30 junio 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Falta del presupuesto de relevación de hechos de la vida privada

## Inexistente vulneración del derecho a la intimidad

*El TS declara haber lugar a los recursos de casación interpuestos por la demandada y las entidades televisivas codemandadas, casando la sentencia impugnada y, en su lugar, desestima la demanda de protección de los derechos a la intimidad personal y familiar ejercitada por el actor, al apreciar la Sala que en el supuesto de autos falta el presupuesto de la revelación de unos hechos de la vida privada de éste ya que en los programas de referencia se conjetura sobre las posibles filiaciones paternas del actor, con base a una serie de datos conocidos en relación a la vida de su progenitora, pero son diversos los nombres propuestos y barajados como posibles sin que se asevere categóricamente nada al respecto, limitándose a meros pareceres de los contertulios, y que, si bien se citan diversas iniciales correspondientes a la identidad de diferentes personajes públicos, no se determina ni revela identidad específica y concreta que permita justificar la posible vulneración alegada.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se centran los hechos objeto del presente proceso, la determinación de si las manifestaciones realizadas en diversos programas televisivos, pertenecientes a las cadenas demandadas han supuesto una intromisión en el derecho a la intimidad, del actor D. Gonzalo, ya que la acción de protección al derecho al honor ha sido desestimada en la instancia, habiéndose aquietado éste a este respecto.

Interpone recurso de casación la parte demandada "Gestevisión Telecinco S.A." y "Agencia de televisión latinoamericana de servicios y noticias España S.A." así como la representación procesal de D. Pilar solicitando en su motivo primero y segundo respectivamente, se declare que la decisión judicial adoptada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 13ª) supone un desconocimiento de los derechos fundamentales garantizados en el artículo 20 de la Constitución Española, al estimar que las declaraciones formuladas suponen una lesión en el derecho a la intimidad del actor.

**SEGUNDO.-** Procede en consecuencia, la tarea de ponderar los derechos en presencia y de determinar si la restricción que se impone al derecho a la información está constitucionalmente justificada por la limitación que, decidiendo en sentido contrario, sufriría el derecho del actor a la intimidad personal y familiar.

Sobre el derecho a la intimidad se ha dicho, de forma reiterada que su

concepto no puede enmarcarse en una definición que precise detalladamente su alcance, como ha advertido esta Sala pero necesariamente ha de tenerse en cuenta que conforma el patrimonio personal que abarca lo que entra en el propio ámbito y hace necesario relacionar la cuestión con lo que constituye el espacio vital de cada uno, sometido a su exclusivo poder y que se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que integra su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las ingerencias extrañas, salvo que medie autorización libremente practicada, en cuyo supuesto el círculo se abre y la intimidad se comunica, y como resulta lógico no es la misma para todos, ya que cada persona tiene su propia intimidad, que actúa como privacidad en exclusiva, a la que acompaña la condición de ser excluyente por mandato constitucional.

Y así se ha afirmado que no garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público.

Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros particulares o poderes públicos, quienes

decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada" (Sentencia de 6 de noviembre de 2003, con cita de la de 22 de abril de 2002 y también sentencias del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre y 115/2000, de 10 de mayo). En esta misma línea, sentencia de 26 de septiembre de 2008 recuerda que el derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo, imponiendo a los terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado".

En el personaje de proyección pública, la protección del honor disminuye (la persona que acepta su carácter público, acepta también los riesgos que ello conlleva), la de la intimidad se diluye (no totalmente, pero su círculo íntimo debe estar en parte al alcance del conocimiento público) y la de la imagen se excluye (en los casos que prevé la ley, cuando se halla en lugar público).

El derecho a la intimidad, como límite a la libertad de información, debe ser interpretado restrictivamente, si bien ello no supone que los personajes públicos, por el hecho de serlo, y sus familiares, hayan de ver sacrificados ilimitadamente su derecho a la intimidad, en el sentido de que el personaje público acepte libremente el riesgo de lesión de la intimidad que implica la condición de figura pública.

El ámbito de protección de la intimidad dependerá en cada caso de "los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia", y que la notoriedad pública de una persona puede limitar la intensidad de la protección a favor de la libertad de información o expresión, también es cierto que más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, consecuencia de sus propios actos o del interés que puede tener el que se sepan datos referentes a personas de reconocida relevancia pública, ello no puede equivaler a negar a estas personas una esfera de intimidad digna de tutela, en la que no estaría en ningún caso justificado penetrar.

**TERCERO.-** Aplicando la doctrina citada al caso de autos, nos encontramos con que en el supuesto de autos falta el presupuesto de la revelación de unos hechos de la vida privada del actor. En los programas de referencia se conjetura sobre las posibles filiaciones paternas del actor, con base a una serie de datos conocidos en relación a la vida de su progenitora, siendo diversos los nombres propuestos y por tanto barajados como posibles, sin aseverar ca-

tegóricamente nada al respecto sino que se trata de conclusiones obtenidas, a través de un proceso deductivo banal y con base en semejanzas físicas y de caracteres de personalidad que en todo caso carecen de constatación objetiva formal y que se limita a meros pareceres de los contertulios y que si bien se citan diversas iniciales correspondientes a la identidad de diferentes personajes públicos, lo cierto es que no se determina ni revela, identidad específica y concreta que permita justificar la posible vulneración o intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar, todo ello conectado con divagaciones sobre el mismo tema emitidas anteriormente por diversas personas, en distintos ámbitos.

Ello da lugar a la estimación del motivo primero del recurso de casación formulado por la representación procesal de "Gestevisión Telecinco S.A." y "Agencia de televisión latinoamericana de servicios y noticias España S.A." así como el motivo segundo del recurso interpuesto por la representación procesal de Dª Pilar careciendo de interés proceder a conocer sobre los restantes motivos citados.

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

### FALLO

**Primero.-** Que debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de las entidades "Gestevisión Telecinco S.A." y "Agencia de televisión latinoamericana de servicios y noticias España S.A." y la representación procesal de Dª Pilar respecto a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, con fecha 27 de junio de 2007 que casamos y anulamos.

**Segundo.-** En su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por la representación procesal D. Gonzalo y dirigida contra "Gestevisión Telecinco S.A." "Agencia de televisión latinoamericana de servicios y noticias España S.A.", D. Adrián, D. Óscar y Dª Carlota, Dª Pilar y Dª María del Carmen.

**Tercero.-** No se imponen las costas causadas en el presente recurso, ni las correspondientes a la primera instancia y al recurso de apelación.

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

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

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

2010/113262

TS Sala 1ª, Sentencia 24 mayo 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

A contar desde el auto de archivo de diligencias penales

## Cómputo del plazo de prescripción en accidente laboral

*El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada que declara sin valor ni efecto alguno y ordenando devolver las actuaciones al tribunal de apelación -en relación a la reclamación de responsabilidad extracontractual frente a la empresa por accidente laboral- para que, no pudiendo apreciar ya la prescripción de la acción, dicte nueva sentencia pronunciándose sobre las demás cuestiones planteadas por el rec. de apelación de los demandados. Considera el TS que no ha transcurrido el plazo de prescripción de las acciones porque no pudieron ser ejercitadas hasta la fecha de la resolución firme de la jurisdicción social que fijó definitivamente la situación de invalidez del actor como consecuencia del accidente laboral sufrido, momento en el que, además, el plazo de prescripción quedó interrumpido por la pendencia de las diligencias penales seguidas por el mismo hecho, diligencias que fueron archivadas posteriormente, siendo por tanto la fecha del auto de archivo el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. D. Miguel Ángel prestaba servicios, en virtud de un contrato de trabajo en la empresa Mantillos Felipe Aguado, S. L., cuando, el 2 de septiembre de 1999, sufrió un accidente que le ocasionó la amputación del brazo derecho.

2. El Instituto Nacional de la Seguridad Social, en resolución de 25 de julio de 2000, declaró a D. Miguel Ángel en situación de incapacidad permanente. Impugnada ante la jurisdicción social, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sen-

tencia de 14 de febrero de 2002, declarando al trabajador inválido permanente en grado absoluto para todo trabajo, por accidente de trabajo. Contra esta sentencia se intentó recurso de casación para unificación de doctrina por la entidad Mantillos Felipe Aguado, S. L., que no fue admitido por ATS, Sala 4.ª, de 17 de diciembre de 2002, que declaró la firmeza de dicha sentencia.

3. Las diligencias policiales a que dio lugar el accidente fueron recibidas en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Torrijos, el 6 de octubre de 1999. El Juzgado dictó auto de incoación de diligencias previas el 7 de noviembre de 2002, tomó declaración al accidentado y le hizo el ofrecimiento de acciones el 22 de enero de 2003. D. Miguel Ángel se personó como denunciante por escrito de la misma fecha. El juzgado archivó las diligencias, por prescripción de los delitos, por auto de 9 de marzo de 2004.

4. D. Miguel Ángel presentó demanda, el 24 de marzo de 2004, contra la empresa Mantillos Felipe Aguado, S. L. y contra D. Edemiro, como representante de la empresa que, según se alega en la misma, dio la orden al trabajador de efectuar el trabajo que le ocasionó el accidente, reclamado la indemnización de perjuicios, por responsabilidad extracontractual.

5. En la contestación a la demanda se alegó, entre otras cuestiones, la prescripción de las acciones.

6. La sentencia de primera instancia desestimó la excepción de prescripción y estimó la demanda. Fue impugnada en apelación por los demandados.

7. La Audiencia dictó sentencia acogiendo la excepción de prescripción y, estimando el recurso de apelación, desestimó la demanda.

8. Contra la sentencia dictada por la Audiencia se interpone recurso de casación por la parte actora, que ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2.º LEC, por razón de la cuantía.

SEGUNDO. - Cuestión previa: Inexistencia de cuestión nueva.

A) La parte recurrida, en el escrito de oposición al recurso de casación, alega que el recurrente plantea una cuestión nueva. Esta alegación debe examinarse con carácter previo, pues de ser así, no procedería el análisis del único motivo de casación formulado.

Expone la parte recurrida que el recurrente, en las dos instancias precedentes, sólo ha fundado la pervivencia de la acción en la pendencia de la causa penal y en que el dies a quo (día inicial) para el cómputo del plazo de prescripción debía iniciarse a partir del archivo de la causa penal,

por lo que al plantear en casación que la acción no podía ejercitarse hasta la firmeza de la sentencia por la que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid calificó la situación laboral del trabajador y que dicho plazo no se inició por estar pendiente la causa penal, introduce un elemento nuevo de controversia no planteado en las instancias.

B) Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones la imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en el recurso de casación, en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia (STS 28 de mayo de 2004, RC 2171/1998, y 21 de julio de 2008, RC núm. 3705/2001).

No es admisible la introducción en el recurso de casación de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias (SSTS de 27 de marzo de 2003, RC núm. 1273/1995, 1 de febrero de 2000, RC 1400/1995, 10 de julio de 1996, RC 3108/1992, 27 de septiembre de 2000, RC núm. 2908/1995, 27 de febrero de 2007, RC núm. 287/2000, y 24 de enero de 2008, RC núm. 5149/2000) y se ha considerado cuestión nueva incluso la invocación de preceptos jurídicos, no alegados con anterioridad, cuando implicaba la alteración de la causa de pedir modificando los términos de la controversia (STS de 14 de junio de 2000, RC núm. 1011/1995), o suponía una variación del fundamento fáctico (STS de 2 de diciembre de 2008, RC núm. 5159/2000), aunque esto no impide a la parte recurrente esgrimir cuantos fundamentos jurídicos puedan apoyar su recurso, siempre que se mantenga dentro de los límites de lo que fue objeto de la segunda instancia.

C) En el recurso no se aprecia la existencia de cuestión nueva, pues el recurrente planteó en ambas instancias la relevancia, a los efectos de fijar el plazo de ejercicio de la acción, del momento en el que quedan fijados definitivamente los daños. A ello hizo alusión en el fundamento de derecho quinto de la demanda y, con mayor amplitud, en la alegación segunda del escrito de oposición al recurso de apelación, en ambos casos en relación con la pendencia de la causa penal.

TERCERO. - Enunciación del motivo único de casación.

El motivo único de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Por infracción, en concepto de interpretación errónea y consecuente inaplicación, de los artículos 1968.2 y 1969, en relación con los artículos 111 y 114 de la LECrim y jurisprudencia civil del Alto Tribunal al respecto».

En el motivo se alega, en síntesis, que no ha transcurrido el plazo de

prescripción de las acciones porque no pudieron ser ejercitadas hasta el día 17 de diciembre de 2002, fecha del ATS, Sala 4.ª, que declaró firme la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que fijó definitivamente la situación de invalidez permanente en grado absoluto para todo tipo de trabajo del actor, momento hasta el cual no se supo la trascendencia real de los daños, y el plazo de prescripción quedó en ese momento interrumpido por la pendencia de las diligencias previas seguidas por el accidente laboral, que fueron archivadas por auto de 9 de marzo de 2004. Por lo que el día inicial para el cómputo del plazo debe ser el 9 de marzo de 2004.

El motivo debe ser estimado.

CUARTO.- Día inicial del cómputo del plazo de prescripción.

A) La prescripción, según ha reiterado la jurisprudencia, debe ser interpretada restrictivamente (STS de 14 de marzo de 2007, RC núm. 262/2000), al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho (STS de 6 de mayo de 2009, RC núm. 292 /2005). El dies a quo (día inicial) para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* (la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir) (STS 27 de febrero de 2004). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar.

B) En relación con el inicio del plazo de prescripción para la reclamación por responsabilidad civil en materia de accidentes de trabajo, esta Sala ha reiterado que cuando se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador sólo entonces se dispone de un dato - incapacidad- que afecta esencialmente a la determinación del daño padecido (SSTS 22 de noviembre de 1999, 21 de diciembre de 1999, 22 de enero de 2003, 13 de febrero de 2003, 1 de febrero de 2006, 20 de septiembre de 2006 y 7 de febrero de 2007, RC núm. 1435/2000).

C) En el recurso, la situación definitiva del trabajador no quedó fijada hasta el ATS, Sala 4.ª, de 17 de diciembre de 2002, que declaró la firmeza de la STSJ, Sala de lo Social, de Madrid, en la que se declaró al recurrente en situación de invalidez permanente en grado absoluto para todo trabajo, por accidente de trabajo. Por tanto, el primer dato temporal de relevancia para resolver el recurso queda fijado en el día 17 de diciembre de 2002, momento a partir del cual el recurrente, ya fijadas definitivamente



vamente las consecuencias del accidente, podía ejercitar las acciones civiles.

QUINTO. - Interrupción del plazo por la pendencia de causa penal.

A) Como resulta de los artículos 111 y 114 de la LECrim, en relación con el 1969 CC, la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio (STS de 5 de julio de 2007, RC núm. 2167/2000, 3 de mayo de 2007, RC núm. 3667/2000 y 6 de marzo de 2008 RC núm. 5474/2000). Una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC, en relación con los artículos 111 y 114 LECrim y 24.1 CE. Este día debe situarse en el momento en que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, notificados correctamente, hayan adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por el proceso penal y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil.

B) En el recurso, cuando se dicta el ATS, Sala 4.ª, de 17 de diciembre de 2002, que declara la firmeza de la STSJ, Sala de lo Social, de Madrid, en la que se fijó definitivamente la situación del recurrente, se encontraba abierta una causa penal, ya que se había dictado auto de incoación de diligencias previas el 7 de noviembre de 2002 y había sido citado el recurrente, a quien se le hizo ofrecimiento de acciones el 22 de enero de 2003, que se personó en calidad de denunciante mediante escrito de la misma fecha.

De esto se sigue que el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual no se inicia hasta la notificación del auto de por el que se decreta la conclusión de la causa penal por prescripción, de 9 de marzo de 2004, y la demanda fue presentada el 24 de marzo de 2004, apenas unos días después de decretarse el archivo de la causa penal.

C) No pueden aceptarse las alegaciones de la parte recurrida sobre la utilización fraudulenta por parte del recurrente de la pendencia de la causa penal para eludir la prescripción, ya que ningún dato objetivo revela tal circunstancia, como se pone de manifiesto por el relato de los hechos y la sucesión temporal de los mismos.

SEXTO. - Estimación del recurso.

La estimación del recurso conlleva, conforme al artículo 487.2 LEC, la casación de la sentencia impugnada,

que no entró a examinar el fondo de las cuestiones procesales y sustantivas planteadas en el recurso de apelación. Por ello, esta Sala considera procedente aplicar al presente recurso el criterio seguido en la STS de 29 de abril de 2009, RC núm. 325/2006, y devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas en el recurso de apelación de los demandados. La posibilidad de que haya de dictarse una segunda sentencia de apelación tras la estimación de un recurso de casación, y no de un recurso extraordinario por infracción procesal, no aparece excluida en el artículo 487.2 LEC, que para los recursos de casación del artículo 477.2, 1.º y 2.º LEC se limita a disponer que la sentencia del órgano de casación «confirmará o casará, en todo en parte, la sentencia recurrida». Por otra parte, otra solución distinta traería consigo que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia y que esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba.

SÉPTIMO. - Costas.

Conforme a lo previsto en el artículo 398.2 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, la estimación del recurso determina que no se impongan las costas causadas por este recurso.

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

#### FALLO

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Miguel Ángel contra la sentencia de 3 de febrero de 2006, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Toledo en el rollo de apelación 256/2005, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que estimando el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de D. Edemiro y Mantillos Felipe Aguado, S. L., debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia Núm. 1 de Torrijos, con fecha 25 de abril de 2005, en el procedimiento núm. 189/04, de que dimana este rollo, y en su lugar, desestimando la demanda interpuesta por D. Miguel Ángel contra D. Edemiro y Mantillos Felipe Aguado, S. L., debemos absolver y absolvemos a los mismos; todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias».

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

3. Devolver las actuaciones al referido tribunal de apelación para que, no pudiendo apreciar ya la prescripción de la acción, dicte nueva sentencia pronunciándose sobre todas las demás cuestiones planteadas por el recurso de apelación de los demandados.

4. No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN

LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Roman García Varela. Francisco Marín Castan. José Antonio Seijas Quintana. Encarnación Roca Trias. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



TS Sala 2ª, Sentencia 2 junio 2010. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurcar

Determinante de absolución de faltas de lesiones y vejación injusta

## Actuación policial amparada por la exigente de cumplimiento de un deber

*Se estiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de resistencia y desobediencia, detención ilegal, lesiones y tratos degradantes. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, absuelve a los recurrentes de las faltas de lesiones y de vejación injusta, ya que el uso de la fuerza fue proporcionado a la gravedad de la situación, y la causación de las levísimas lesiones padecidas por el detenido se debieron a la necesidad, surgida en ese momento, de emplear la fuerza para reducirlo y evitar que continuara con su actitud agresiva lanzando golpes y patadas a los agentes.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de José Antonio

PRIMERO.- En el quinto motivo de su recurso, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación de los artículos 617.1 y 620 en cuanto a los hechos que afectan a Edemiro. Sostiene que la acción de los agentes se orientó exclusivamente a acabar con la resistencia del detenido, y que en vista de su actitud violenta y agresiva, el empleo de las defensas estaría legitimado, ya que se mantuvo dentro del uso de la fuerza indispensable para proceder a su reducción y detención, teniendo en cuenta, además, que las lesiones causadas al detenido solo precisaron una asistencia facultativa.

1. Los agentes de la autoridad no solo están facultados, sino que tienen la obligación de actuar sin demora cuando sea necesario para preservar la paz pública, llegando

incluso a la utilización de las armas e instrumentos que tienen asignados reglamentariamente. El artículo 5.2.c) de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, dispone en este sentido que deberán actuar en el ejercicio de sus funciones con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable, pudiendo hacer uso de las armas, apartado d), cuando exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas.

Al tiempo, la misma ley, en el artículo 5.3 les impone la obligación, en cuanto al trato a los detenidos, de velar por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieran o que estuvieran bajo su custodia, debiendo respetar el honor y la dignidad de las personas.

Por lo tanto, el ejercicio de las funciones debe hacerse de forma

compatible con la observancia de estas previsiones.

El cumplimiento de las obligaciones de los agentes policiales puede provocar resultados típicos de distintas figuras delictivas, especialmente las relacionadas con la vida o la integridad física de las personas afectadas. La ley prevé la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, que constituye, según lo señalado desde hace tiempo por la doctrina penal, una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales pueda verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales (STS núm. 1262/2006).

La cuestión no puede resolverse para todo caso mediante una fórmula genérica, pero es claro que el uso proporcionado de la fuerza necesaria en cumplimiento de un deber impuesto legalmente no puede suponer la comisión de un delito, aunque el resultado sea el típico de una determinada figura delictiva.

La jurisprudencia ha exigido para la aplicación de la eximente, en consonancia con estas ideas, en primer lugar, que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo. En segundo lugar, que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente. En tercer lugar, que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está el sujeto desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque sin tal violencia, no le fuere posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe.

En cuarto lugar, que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto). Y en quinto lugar, que se aprecie proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención del sujeto en cumplimiento de sus obligaciones (STS núm. 1262/2006).

2. En el caso, el Tribunal declara probado que el luego detenido, también condenado en esta causa como autor de un delito de resistencia y desobediencia grave a los agentes de la autoridad, ya había desarrollado una actitud agresiva hacia otros agentes de la autoridad que le requie-

rían la documentación de forma justificada, negándose a exhibirla. Poco después, el citado, se negó a abandonar las escaleras exteriores del edificio policial, insultando y amenazando al policía que le requirió nuevamente la documentación.

Al acudir al lugar otros agentes, continuó negándose a mostrar su documentación, llegando a empujar a alguno de los agentes en varias ocasiones, ante lo cual le comunicaron que quedaba detenido por desobediencia, e intentaron conducirlo hacia el interior del edificio, negándose a acompañar a los agentes, hasta que, bajando por la rampa del garaje, levantó el brazo como para dar un puñetazo a alguno de los agentes e intentó huir, siendo retenido y cayendo al suelo junto con dos de los policías, consiguiendo ponerle los grilletes a pesar de que lanzaba patadas y golpes al aire. Igualmente se declara probado que los agentes portaban porras o defensas y que con ellas golpearon al sujeto.

Igualmente se precisa en el hecho probado que resultó con lesiones variadas, de las que pueden atribuirse a los golpes de los agentes hematomas en nalga y parte superior del muslo derecho y en cara posterior del muslo izquierdo de unos 20 cms. de longitud compatible con contusión en dichos lugares con una porra; contusiones y hematomas en cara anterior de ambos muslos redondeados; contusión y hematoma alargado de unos 10 cms. de longitud en hombro izquierdo. No precisaron tratamiento médico para su curación. El resto de las lesiones se atribuye en la sentencia a la caída y al forcejeo que la causó.

En la fundamentación jurídica, el Tribunal argumenta que los agentes policiales pretendieron reducir a Edemiro, fuerte y corpulento, causándole las lesiones a consecuencia de su oposición, y que pretendieron acabar con la fuerte y tenaz resistencia del detenido, manifiestamente contrario al reconocimiento de la autoridad de los agentes y a acatar sus legítimas órdenes.

3. Con estos datos, la cuestión es si existió un exceso en el uso legítimo de la violencia del que deban responder al no estar cubierto por la eximente antes mencionada.

Debe tenerse en cuenta: que el sujeto se resistía violentamente; que era un sujeto fuerte y corpulento; que no solo oponía resistencia pasiva, sino que llegó a amenazar con golpear a alguno de los agentes; que además trató de huir; que incluso con los grilletes puestos continuaba lanzando patadas y golpes al aire; que la violencia de los agentes cesó desde el momento en que fue reducido; que los golpes fueron dirigidos hacia zonas del cuerpo donde el daño previsible es menor; y que las lesiones causadas fueron muy leves hasta el punto de consistir solo en

contusiones y hematomas que no precisaron tratamiento médico.

De todo ello se desprende que el uso de la fuerza fue proporcionado a la gravedad de la situación y que la causación de las levisimas lesiones padecidas por el detenido se debieron a la necesidad, surgida en ese momento, de emplear la fuerza para reducirlo y evitar que continuara con su actitud agresiva lanzando golpes y patadas a los agentes.

Al no apreciarse exceso en el uso de la fuerza, debe entenderse que la acción de los agentes estaba amparada por la eximente de cumplimiento de un deber y por lo tanto que estaba legitimada, excluyendo la existencia de infracción penal.

En consecuencia, el motivo se estima, y se acordará la absolución de los tres recurrentes José Antonio, Agustín y Obdulio, así como del agente condenado y no recurrente Teodoro, de las faltas de lesiones y de vejación injusta por las que venían condenados a las que se refiere el apartado 3º del fallo de la sentencia de instancia.

Se dejan asimismo sin efecto las indemnizaciones acordadas en relación a estas faltas.

No es preciso, pues, el examen del recurso interpuesto por Agustín, ni tampoco el de los motivos relacionados con las faltas por las que se ha acordado la absolución.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso denuncia la vulneración de la presunción de inocencia en relación con el delito contra la integridad moral y con la falta de lesiones respecto de Isidro. Considera que la declaración de Isidro es el único elemento probatorio y no puede ser considerada prueba de cargo suficiente. Todos los demás testigos declararon que su única intervención fue respecto de Edemiro. Ningún testigo refirió haber visto la segunda identificación de Isidro. En cualquier caso, aun cuando se hubiera producido esa segunda identificación, incluso de la declaración de Isidro ante el Juzgado y de otras pruebas se desprende que el recurrente llegó a la Comisaría después de que tal segundo intento de identificación se hubiera producido, por lo que no pudo ser él quien introdujo a Isidro en el interior con esa finalidad. Además de valorar otras declaraciones personales, señala que Isidro declaró ante el Juzgado de instrucción que un policía lo llevó al interior y que "otro policía" fue quien le golpeó. Entiende que todos esos elementos impiden desvirtuar la presunción de inocencia sobre la única base de la declaración de Isidro.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se

demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado, bajo la iniciativa de la acusación, una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio sea suficiente para desvirtuar racionalmente aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la participación del acusado en ellos, descartando, al mismo tiempo y en su caso, la versión alternativa por carencia de la necesaria racionalidad.

2. El Tribunal se ha basado principalmente en la declaración inculpativa de la víctima, que refiere haber sido introducido para su identificación en el interior de la Comisaría y haber sido agredido allí por un policía. Al salir, se quejó a sus acompañantes de lo que le había ocurrido, relatando haber sido golpeado en un oído por uno de los agentes, lo que aquellos corroboran en cuanto a que el relato se produjo, y participó en algunos incidentes golpeando objetos y algún vehículo, por lo que nuevamente fue introducido en Comisaría por el recurrente, quien, en el interior, le propinó una bofetada alcanzándole nuevamente en el oído izquierdo.

Reconoció al recurrente en unas actuaciones en el Juzgado de instrucción, declarando en tal sentido en ese momento, y reiterando su reconocimiento en el plenario. Además, su versión coincide con la de su hermano Demetrio en cuanto a la introducción de nuevo en el interior de Comisaría para su identificación, al ignorar el agente que ya había sido identificado, y con la del coacusado Edemiro, quien manifiesta que cuando estaban llevándolo hacia el garaje, se unió el recurrente a los demás policías, lo que concuerda con el hecho de que condujera en los momentos anteriores a Isidro al interior.

Frente a estos razonamientos del Tribunal, el recurrente opone una valoración diferente de determinados matices de las declaraciones de testigos y acusados. Se queja de que el denunciante aseguró ante el Juzgado que un policía lo introdujo en el interior y que fue otro quien le golpeó, lo que no coincide con sus manifestaciones posteriores. Es, sin embargo, una falta de coincidencia que debe ponerse de manifiesto en el interrogatorio, de forma que el Tribunal pueda tenerla en cuenta y contrastarla con las explicaciones o ampliaciones que realice su autor. Esta Sala no ha presenciado tales declaraciones y, por lo tanto, no las

puede valorar en su integridad. En cualquier caso, la versión fáctica establecida por el Tribunal no es incompatible con las manifestaciones que el recurrente tiene en cuenta. Efectivamente, el incidente que al final protagoniza Edemiro se extiende durante algunos momentos, llegando a ser precisa la intervención de otros agentes. Dos de ellos en primer lugar, que son luego reforzados por otros dos, entre los que está el recurrente. En algún momento de ese incidente, Isidro es conducido al interior de las dependencias policiales para ser identificado.

El recurrente sostiene que ocurre con anterioridad a su llegada, porque el mismo Isidro afirma no haber visto el incidente con Edemiro, lo que interpreta como demostrativo de que ya estaba en el interior, y porque la dotación policial a la que pertenece el recurrente actúa contra Edemiro en cuanto llega al lugar. Sin embargo, el que Isidro no presenciara la integridad del incidente con Edemiro no significa que hubiera sido introducido en la Comisaría antes de que el recurrente llegara, pues el empleo de la fuerza contra aquel solo tiene lugar tras la llegada del segundo grupo de agentes del que el recurrente formaba parte y Edemiro declaró, según se recoge en la sentencia, que este agente se incorporó a los otros cuando lo estaban introduciendo en el garaje, lo que supone la posibilidad de que, tras su llegada, hubiera conducido al interior a Isidro, dada la actitud de éste antes mencionada. La coincidencia de estos aspectos de las declaraciones con la versión del lesionado, permiten afirmar que la valoración realizada por el Tribunal es respetuosa con las reglas de la lógica y con las máximas de la experiencia.

En consecuencia, ha existido prueba de cargo y la valoración que de la misma ha realizado el Tribunal debe reputarse razonable, por lo que el motivo se desestima.

**TERCERO.-** En el segundo motivo, con apoyo en el artículo 849.2 de la LECrim, denuncia error en la apreciación de la prueba y designa como documentos el parte médico emitido por el Hospital Clínico en relación a la asistencia médica recibida por Isidro del que no puede desprenderse la causación de lesión alguna al citado por parte del recurrente. Argumenta que el diagnóstico, "sordera brusca oído izquierdo" es compatible con las manifestaciones del lesionado ya después de recibir la primera bofetada en el oído, antes de que el recurrente pudiera haberlo golpeado. No se hace mención a las consecuencias de este segundo golpe y ni siquiera la sentencia establece que produjera alguna lesión concreta.

1. Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes:

1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal.

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

2. En el caso, del documento designado no resulta la imposibilidad de que la lesión sufrida fuera consecuencia de los dos golpes recibidos por el lesionado en el mismo sitio. En el hecho probado se recoge que primero otro de los acusados golpeó a Isidro en el oído izquierdo, y que poco después, el recurrente nuevamente le golpeó alcanzándole en el mismo oído. Sin perjuicio de que del primer golpe ya se derivaran algunos síntomas relacionados con el padecimiento causado, es innegable que la determinación de la lesión se produce después de recibir el segundo golpe, por lo que el parte médico, posterior a ambas, no puede acreditar un error del Tribunal al relacionar la lesión finalmente sufrida con los dos golpes recibidos por el lesionado, en cuanto, además, ambos son objetivamente idóneos para causar el resultado.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, se queja de lo que considera indebida aplicación del artículo 175 del Código Penal. Viene a argumentar que no consta que produjera padecimiento físico o psíquico alguno, y que una única bofetada no puede considerarse constitutiva de un delito contra la integridad moral.

1. La jurisprudencia, que no ha dejado de reconocer la defectuosa técnica con la que se define la conducta típica (STS núm. 412/2009), ha exigido para apreciar un atentado a la integridad moral un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto; y un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito (STS núm. 1246/2009). El sujeto activo es la autoridad o funcionario que ejecuta el acto en abuso de su cargo.

2. En el caso, según los hechos probados, el recurrente, que se encontraba en el ejercicio de sus funciones como agente de la autoridad, propinó una bofetada a una persona que había sido introducida en el interior de la Comisaría para su identificación como consecuencia de incidentes producidos en la calle. Es claro que el hecho de recibir de otro una bofetada supone, por sí mismo, un padecimiento físico, aunque no cause lesión apreciable. Además, dadas las circunstancias en las que se produjo, supone igualmente un padecimiento psíquico, si se tiene en cuenta el contenido humillante que incorpora un acto de esa clase sufrido en unas condiciones en las que el agredido está privado de posibilidades de reaccionar o defenderse. Según el relato fáctico, no medió ninguna actitud particular por parte del agredido.

En esa situación se encontraba bajo la autoridad de los agentes policiales, en un lugar del que no se le permitía salir hasta ser identificado, y donde se vio obligado a aceptar el golpe sin poder reaccionar contra el mismo. Se trata, pues, de un acto que tiene como único objetivo humillar a quien lo recibe, que se ve imposibilitado de evitarlo y de reaccionar, al encontrarse bajo la custodia de los agentes de la autoridad. Y que, en su misma naturaleza, tiene un contenido humillante. Ello sin perjuicio de que pueda ser calificado como no grave, tal como hace el Tribunal de instancia.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

**QUINTO.-** En el motivo cuarto, por la misma vía de impugnación se queja de la aplicación del artículo 617. Argumenta que no consideranda acreditada esta segunda bofetada, la aplicación del precepto resulta improcedente.

El motivo debe ser desestimado, en cuanto que se ha considerado acreditada la existencia de la acción que da lugar a la aplicación del precepto cuestionado.

Recurso de Obdolio

**SEXTO.-** En el primer motivo denuncia la existencia de predeterminación del fallo, que entiende producida al reflejarse en la resolución recurrida una serie de afirmaciones erróneas y contradictorias que conducen al fallo condenatorio. Se refiere, en primer lugar, a la imprecisión cometida al referirse a la llamada del agente de seguridad al recurrente y al otro agente, sin aclarar que estaban en el garaje de la Inspección de guardia, donde se lleva a los detenidos, y no en el interior del edificio de la Jefatura, por lo que es un dato que no puede servir para establecer la coincidencia en el interior con Isidro. En segundo lugar aprecia contradicción entre la afirmación según la cual el agente núm. 007, jefe de la sala, vio llegar a las dos dotaciones, con lo que se dice en el hecho probado en el que se afirma que llamó a la segunda dotación, sin hacer mención a la primera.

En tercer lugar, señala que se declara probado que José Antonio interviene cuando ya se llevaban a Edemiro hacia el garaje, a pesar de la contundente prueba que demuestra que los cuatro agentes estaban juntos cuando se produce esa detención. Y finalmente, una consideración de la fundamentación jurídica en la que se comienza razonando que "aun en la hipótesis de que no todos hicieran uso de las porras", cuando en el hecho probado se declara que todos lo hicieron.

1. Es claro que desde la perspectiva de la construcción razonada de una sentencia, la decisión final resulta predeterminada progresivamente por el previo contenido, fáctico y argumentativo, de la misma resolución. Sin embargo, la predeterminación del fallo que se contempla y proscribire en el art. 851.1 de la LECrim, es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado y que según una reiteradísima jurisprudencia (Sentencias de 7 de mayo de 1996, 11 de mayo de 1996, 23 de mayo de 1996, 13 de mayo de 1996, 5 de julio de 1996, 22 de diciembre de 1997, 30 de diciembre de 1997, 13 de abril de 1998, 20 de abril de 1998, 22 de abril de 1998, 28 de abril de 1998, 30 de enero de 1999, 13 de febrero de 1999 y 27 de febrero de 1999) exige para su estimación:

A) Que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.

B) Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan sólo para los juristas o técnicos y no comparti-



das en el uso del lenguaje común.

C) Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo.

D) Que, suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal

En cuanto a la contradicción entre los hechos probados, es necesario que se den las siguientes condiciones:

“a) Que la contradicción sea interna, esto es, que se dé entre los pasajes del hecho probado, pero no entre éstos y los fundamentos jurídicos.

b) Que sea gramatical, es decir, que no sea una contradicción deducida a través de una argumentación de carácter conceptual ajena al propio contenido de las expresiones obrantes en el relato fáctico, sino que se trate de contradicción “in terminis” de modo que el choque de las diversas expresiones origine un vacío que arrastre la incongruencia del fallo, porque la afirmación de una implique la negación de la otra.

c) Que sea manifiesta e insubsana- ble en cuanto oposición antitética y de imposible coexistencia simultánea y armonización, ni siquiera con la integración de otros pasajes del relato.

d) Que sea esencial y causal respecto del fallo”.

2. En el caso, el recurrente, que realiza consideraciones más propias de una alegación sobre la vulneración de la presunción de inocencia, no aclara cuáles son los conceptos jurídicos empleados en los hechos probados que, sustituyendo la narración fáctica, vengán a causar una indebida predeterminación del fallo, al adelantar al hecho lo que constituye un concepto jurídico propio de la fundamentación. Así, se refiere a que el recurrente no estuvo en el interior del edificio donde están las salas de interrogatorios, ya que desde el garaje fue directamente al lugar del incidente, al ser requerido por el policía de seguridad. Es evidente que se trata de una cuestión de hecho, sobre la que pudieron practicarse en el plenario las pruebas necesarias.

Tampoco señala contradicciones fácticas dentro del relato de hechos probados, sino lo que considera faltas de congruencia entre el hecho probado y la fundamentación. Que no lo son en realidad, pues el que el agente jefe de sala solo requiriera la presencia de una de las dotaciones no significa que no presenciara la llegada de la que la precedió, tratándose igualmente de una cuestión de hecho que el Tribunal resolvió con arreglo a la valoración de las pruebas personales que presenció. En cuanto a la intervención del acusado José Antonio, aunque es cuestión que no afecta al recurrente, el Tribunal ha valorado expresamente todas las

pruebas disponibles, llegando a la conclusión de que intervino en la detención de Edemiro con posterioridad a que los demás agentes hubieran iniciado su actuación. Igualmente ocurre respecto del uso de las porras por parte de los agentes, limitándose, en la frase citada por el recurrente, a un análisis sobre una posibilidad hipotética.

Por todo ello, el motivo se desestima.

SÉPTIMO.- En el segundo motivo denuncia error en la apreciación de la prueba con apoyo en el artículo 849.2 de la LECrim. Designa como documentos el atestado y las declaraciones prestadas por los policías; la declaración de Edemiro; la declaración de Isidro; las declaraciones de dos testigos; los informes médicos obrantes en autos; y la información reservada de la Jefatura Provincial de Zaragoza del CNP.

1. El primero de los requisitos exigido por el artículo 849.2 de la LECrim es que el pretendido error del Tribunal al configurar el hecho probado resulte del particular de un documento. Y la jurisprudencia ha afirmado que no tiene carácter documental el atestado policial en cuanto a las declaraciones que constan en el mismo, ni tampoco las declaraciones de acusados y testigos, que no pierden su carácter de prueba personal por el hecho de aparecer documentadas en la causa.

2. En el caso, el recurrente designa, como documentos acreditativos del error, el atestado y varias declaraciones testificales. Es claro que no son hábiles para dar lugar a una alteración del hecho probado. Si el documento lo permite, siempre que cumpla las exigencias legales, es porque respecto del mismo, y en orden a su valoración, el Tribunal de casación se encuentra en similares condiciones de inmediatez que el de instancia, lo cual no ocurre cuando se trata de pruebas personales.

En cuanto a los informes médicos, señala el recurrente que de los mismos no se desprende que las lesiones fueran causadas con las porras. Pero es claro que eso no impide que a esa conclusión se llegue a través de la prueba testifical y sobre el mismo examen de sus características. Por lo tanto, no demuestran un error del Tribunal.

Y en lo que se refiere a la información reservada, constituida por declaraciones y por informes o conclusiones de sus autores, tampoco tienen carácter documental más allá de demostrar su existencia y el hecho de que finalizó con unas determinadas conclusiones, lo cual no impide al Tribunal alcanzar otras distintas sobre la base de las pruebas practicadas a su presencia.

En cualquiera de los casos, además de ser desestimado, el motivo,

dado su contenido, carece de razón de ser, una vez que se ha acordado la absolución del recurrente respecto a las lesiones sufridas por Edemiro al ser detenido.

OCTAVO.- En el motivo tercero alega vulneración de la presunción de inocencia. Cita en extenso jurisprudencia de esta Sala y argumenta que no existe prueba de cargo frente al recurrente, pues la única prueba (dejando a un lado lo relativo a Edemiro) son las declaraciones de Isidro, que se contradicen con las de los agentes que lo condujeron a la comisaría desde la Gran Vía, que afirman que permanecieron en todo momento con él no dejándolo solo en ningún momento.

1. Como hemos dicho más arriba, la presunción de inocencia implica la necesidad de probar la culpabilidad, en el sentido de participación, antes de dictar una sentencia condenatoria. El Tribunal debe alcanzar una certeza sobre lo ocurrido que vaya más allá de la convicción subjetiva, de forma que pueda afirmarse que, en los límites del conocimiento humano, la certeza es objetiva como consecuencia de las bases en las que se apoya.

2. En el caso, el Tribunal ha tenido en cuenta las declaraciones del lesionado que relata la agresión e identifica sin dudas al recurrente como la persona que la realizó. Además, valora la misma existencia de las lesiones, compatibles con lo declarado. Y la posibilidad objetiva de que el recurrente llegara a estar a solas con el lesionado el tiempo suficiente para propinarle la bofetada.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por la representación procesal del acusado Agustín, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, con fecha 13 de julio de 2009, en causa seguida contra el mismo y otros cuatro más, por delito de resistencia y desobediencia grave a la autoridad, detención ilegal, lesiones y tratos degradantes. Declarándose de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente a los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, interpuestos por las representaciones procesales de los acusados José Antonio y Obdulio, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, con fecha 13 de julio de 2009, en causa seguida contra los mismo y

otros tres más, por delito de resistencia y desobediencia grave a la autoridad, detención ilegal, lesiones y tratos degradantes. Declarándose de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Perfecto Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Manuel Marchena Gómez.- Enrique Bacigalupo Zapater.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de junio de dos mil diez.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por Obdulio, José Antonio y Agustín, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, con fecha 13 de julio de dos mil nueve, en causa seguida contra Edemiro, nacido en Zaragoza, el día 25 de junio de 1975, con DNI núm. 011, hijo de Amancio y Marcelina, de profesión sargento 1º militar; Obdulio, Policía Nacional con número profesional núm. 005; José Antonio, Policía Nacional con número profesional núm. 010; Teodoro, Policía Nacional con carnet profesional núm. 009 y Agustín, Policía Nacional con número profesional núm. 006; por delito de resistencia y desobediencia grave a los agentes de la autoridad, detención ilegal, lesiones y tratos degradantes, y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Sexta, rollo 4/2009) que, con fecha trece de julio de dos mil nueve, dictó sentencia condenando al acusado Edemiro, cuyos datos personales ya constan en el encabezamiento de esta sentencia, como autor de un delito de resistencia y desobediencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le imponen la 1/16 parte de las costas causadas, con inclusión de la parte correspondiente a la acusación particular formulada contra este condenado.- Absolviendo a los acusados José Antonio, Teodoro, Agustín y Obdulio, cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, de los delitos de detención ilegal y torturas que les imputa la acusación particular de Edemiro, así como del de lesiones que se les imputa por dicha acusación a los cuatro y el Ministerio Fiscal a José Antonio y Ob-

dulio, declarando de oficio la parte proporcional de las costas causadas.

Condenando a los acusados José Antonio, Teodoro, Agustín y Obdulio, a cada uno de ellos, como autores de una falta de lesiones cometida sobre la persona de Edemiro, a la pena de multa de un mes con una cuota diaria de seis euros; y como autores de una falta de vejación injusta a la multa de diez días con igual cuota diaria. Asimismo, le indemnizarán solidariamente en la suma de 300 euros, más los intereses derivados del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las penas de multa llevan consigo la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas. Se les condena al pago a cada uno de las partes de las costas equivalentes a un juicio de faltas, sin inclusión de las de la acusación particular de Edemiro.

Absolviendo al acusado José Antonio del delito de detención ilegal que le imputaba la acusación particular de Isidro, con declaración de oficio de 1/16 parte de las costas del juicio por delito. Condenando a los acusados José Antonio y Obdulio como autores, cada uno de ellos, de un delito contra la integridad moral cometido sobre la persona de Isidro a las penas, para cada uno, de 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 a la de inhabilitación especial de dos años para el desempeño de empleo o cargo público. Se les condena, a cada uno de ellos, al pago de 1/16 parte de las costas causadas en el juicio por delito, con inclusión de la parte correspondiente a la acusación particular de Isidro.

Condenando a los acusados José Antonio y Obdulio como autores, cada uno de ellos, de una falta de lesiones cometida sobre la persona de Isidro a cada uno a la pena de multa de un mes con una cuota diaria de seis euros. Las penas de multa llevan consigo la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Condenando al Estado como responsable civil subsidiario en el pago de las indemnizaciones antes indicadas. Sentencia que fue recurrida en Casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por varios de los acusados, y que ha sido casada y anulada parcialmente por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

#### ANTECEDENTES

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la

Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectadas por esta resolución.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede la absolución de los tres recurrentes José Antonio, Agustín y Obdulio, así como del agente condenado y no recurrente Teodoro, de las faltas de lesiones y de vejación injusta por las que venían condenados a las que se refiere el apartado 3º del fallo de la sentencia de instancia.

#### PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Debemos absolver y absolvemos a los acusados José Antonio, Agustín, Obdulio y Teodoro, de las faltas de lesiones y de vejación injusta por las que venían condenados, a las que se refiere el apartado 3º del fallo de la sentencia de instancia. Se dejan sin efecto las indemnizaciones acordadas en relación con las referidas faltas. Deberán rectificarse las costas de la instancia en la forma correspondiente.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Perfecto Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Manuel Marchena Gómez.- Enrique Bacigalupo Zapater.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

en el artículo 20.Uno. 12 de la Ley 37/1992.

c) Determinar si resulta aplicable al presente caso la exención prevista en el artículo 20.Uno. 13 de la Ley 37/1992.

a) En relación a la primera de las cuestiones planteadas, esta Sección asume las consideraciones consignadas en el FJ 2 de la resolución recurrida que también fueron alegadas por el Abogado del Estado. En efecto, definida la condición de empresario o profesional por el artículo 5 de la Ley 37/1992 como las personas o entidades que realicen actividades empresariales o profesionales que el mismo artículo señala y que implican la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos con el fin de intervenir en la producción de bienes y servicios, no cabe duda de que esta circunstancia concurre en la entidad recurrente, como se desprende del examen de sus propias manifestaciones y de su finalidad existencial cual es la de prestar soporte al Valencia FC, claro ejemplo de lo que puede calificarse como prestación de servicios, precisamente con sus dotaciones fundacionales, orientadas a ese fin.

Por otra parte, no podemos compartir la tesis de la recurrente en el sentido de que aún en ese caso la prestación se habría realizado a título gratuito y por lo tanto se trataría de una operación no sujeta al impuesto. La propia recurrente admite en su Memoria la realización de prestación de servicios y la consignación en una partida específica a realizar actividades diversas, y además, consta que tomó parte en el accionariado de la SAD Valencia FC; en estas circunstancias no puede afirmarse que la actuación de la recurrente se realiza a título gratuito pues para que esa circunstancia concorra y sea determinante de la no sujeción al impuesto de la actividad (art. 5 Ley 37/1992) se requiere que su actividad, de forma exclusiva, se realice sin contraprestación, lo que como hemos visto no es el caso.

La resolución del TEAR de Valencia que invoca la recurrente no hace más que confirmar este criterio y a este respecto es muy ilustrativo el último párrafo de su FJ 2.

b) Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones planteadas, que requiere la aceptación de que la operación está sujeta y que se planteó por primera vez ante el TEAC, debemos resolverla interpretando el alcance del concepto "fin de carácter cívico" que es el único de los requisitos exigidos por el art. 20.Uno 12 de la Ley 37/1992 puesto en duda por la Administración para acceder a la exención de cuotas solicitada, como recuerda la STS de 23-9-2002, "para que la exención pueda tener total efectividad, se precisaba "y sigue precisándose con la Ley 37/1992

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/84258

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 22 marzo 2010. Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó

Interpretación del concepto jurídico indeterminado

### Aplicación de la exención prevista para organismos sin finalidad lucrativa con objetivos exclusivamente cívicos

*El TS desestima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la AN que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la fundación Valencia club de fútbol, anuló la resolución del TEAC impugnada al considerar que debía aplicarse la exención de cuotas prevista en el art. 20, 1, 12 Ley 17/1992, al concurrir el requisito requerido de que sus objetivos sean de naturaleza cívica. La Sala considera que la Audiencia Nacional precisa el concepto jurídico indeterminado que constituyen los "objetivos cívicos" y realiza la aplicación de la exención considerando asimismo que el carácter cívico de la fundación no desaparece por el hecho de que sean los socios los más directamente beneficiados o favorecidos por sus actividades, pues esa es una nota consustancial a todas y por ello no se extingue el beneficio general que la sociedad obtiene con la evidente acción cultural que producen. Por último se indica que la fundación puede actuar sin fin lucrativo aunque pretenda obtener superávit que después destina a la ejecución de sus prestaciones, asimismo, considera que aunque la fundación haya adquirido acciones de Valencia club de fútbol, puede entenderse que actúa por preservar una parte del patrimonio cultural y deportivo de la Comunidad Valenciana.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Decía la sentencia recurrida que las cuestiones que se plantean en el presente proceso son las siguientes:

a) Determinar si la recurrente tiene la condición de empresario o profesional y en consecuencia si es sujeto pasivo del IVA.

b) Determinar si resulta aplicable al presente caso la exención prevista

(art. 20 tres y 20. Uno.12.)” que se trate de prestaciones de servicios típicos de asistencia social, o, lo que es lo mismo, de prestación de alguno de los servicios señalados como tales en la propia disposición”. A estos efectos como muestra de concreción y de la doctrina seguida por el Tribunal Supremo a este respecto, deben citarse la STS de 23 de junio de 2001, que concede la exención de las cuotas pagadas por los socios del Real Club Náutico de Vigo, y la de 21 de mayo de 2002, que concede la misma exención a la Sociedad Círculo de la Unión de Burgos sentando la siguiente doctrina en su FJ 4: “actividades cívicas son aquellas que tienen por objeto promover la relación, amistad y conocimiento entre sí de los vecinos y habitantes de una ciudad, de una región o de un país, con el propósito de lograr el progreso cultural, la integración social, e incluso la sana diversión y esparcimiento.”

Dejamos fuera otros fines, que podrían encuadrarse perfectamente como cívicos, pero que al haber sido clasificados fiscalmente aparte de los estrictamente cívicos, no conviene mezclarlos, como ocurre con la asistencia social, la beneficencia, la filantropía, etcétera”.

El irrenunciable examen de los Estatutos de la recurrente y en todo caso del art. 5 de los mismos transcrito en la pág. 9 de la resolución del TEAC, nos obliga a realizar una ponderación de los mismos sin perder vista lo resuelto por el TS en asuntos similares. Dicha norma destaca la actividad de fomento del deporte, esencialmente el de base y amateur, por la Fundación, así como, en general, la cultura de la Comunidad Valenciana estableciendo premios y concursos facilitando el acceso a la cultura y al trabajo de los futbolistas necesitados. Aunque el TEAC cuestiona que estas actividades tengan además una proyección externa y vocación de generalidad, verdadero motivo de la denegación de la exención, lo cierto es que a la luz de la jurisprudencia anotada no puede negarse, en opinión de este Tribunal, que en el supuesto enjuiciado, la finalidad y actividad de la Fundación encaja de forma más nítida con los requisitos exigidos de proyección general, que la actividad que un Real Club Náutico o un Casino ofrecen a sus socios, por lo que procede estimar el recurso por este motivo.

c) Finalmente y en cuanto a la aplicación del art. 20. Uno. 13. de la citada Ley 37/1992 entendemos que no resulta procedente su examen por haberse ya estimado el recurso por el motivo anterior y por no haber sido planteada ante el TEAC como razón en el FJ 3 de dicha resolución y destaca el Abogado del Estado.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado fundamenta su recurso de casación en un único motivo: la senten-

cia recurrida incurre en infracción del artículo 20.Uno.12 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante LIVA 1992) en relación con el artículo 23 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 (en redacción dada por la Ley 25/1995). Este motivo se invoca al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

De este precepto -el art. 20.Uno.12- solo se discute, en relación con los fines de la Fundación Valencia Club de Fútbol, si los mismos son o no cívicos en el sentido exigido por la norma para que pueda concederse la exención pedida,

Para interpretar qué debe entenderse por fines cívicos, tanto la resolución del TEAC como la sentencia parten de la jurisprudencia de este Tribunal.

Conforme a dicha jurisprudencia -se dice- fines cívicos son los que tiene por objeto promover la relación, amistad y conocimiento entre sí de los vecinos y habitantes de una ciudad, de una región o de un país, con el propósito de lograr el progreso cultural, la integración social e incluso una sana diversión y esparcimiento.

Luego no existe discrepancia entre la sentencia recurrida y la resolución del TEAC sobre la interpretación de qué debe entenderse por fines cívicos a efectos de la exención propugnada.

A partir de aquí la sentencia, como antes la resolución administrativa, examinan los Estatutos de la Fundación.

Concretamente, el precepto estatutario relevante es el artículo 5 de dichos Estatutos. El resultado de dicho análisis es diametralmente opuesto.

La sentencia de instancia considera que de los estatutos sociales sí se deduce que la Fundación sirve exclusivamente a fines cívicos por tratarse de fomento del deporte, esencialmente de base y amateur, así como en general la cultura de la Comunidad Valenciana estableciendo premios y concursos, facilitando el acceso a la cultura y el trabajo de los futbolistas necesitados.

A juicio de la Abogacía del Estado, la sentencia interpreta correctamente el precepto en cuestión pero lo aplica inadecuadamente a la Fundación. Considera que la sentencia hace una interpretación del artículo 5 de sus estatutos que no se corresponde con el artículo 20.Uno.12 de la LIVA 1992, porque prescinde de un elemento esencial: el beneficiario de los fines cívicos.

Como apunta la resolución del TEAC, el beneficiario exclusivo de los fines cívicos de la Fundación es la S.A.D. Valencia Club de Fútbol.

De ello es buena prueba el precepto estatutario que menciona dos veces en su primer párrafo al Valencia Club de Fútbol.

El segundo inciso de ese primer párrafo y el segundo párrafo tienen, en cambio, un alcance más general pero no pueden desvincularse de ese primer párrafo sobre el que pivotan los fines cívicos atribuidos a la Fundación que aparece orientada primordialmente a la promoción de una S.A.D. concreta que es el Valencia Club de Fútbol, finalidad muy loable pero que no encaja en el precepto legal regulador de la exención tributaria.

Ítem más, incluso, si se admite, a efectos meramente dialécticos, que el artículo 5 citado equilibra el destinatario de los fines cívicos con proyección particular y general, lo cierto es que la resolución administrativa introdujo un elemento más a considerar en su interpretación del precepto estatutario en relación con el legal que no ha merecido valoración explícita en la sentencia y que, sin embargo, a juicio de la Abogacía del Estado, es absolutamente relevante para resolver este caso. En efecto, la liquidación del presupuesto de la Fundación a 31 de diciembre de 1996 demuestra que la Fundación es una entidad constituida para la promoción del Valencia Club de Fútbol S.A.D., al deducirse del mismo que la citada S.A.D. es beneficiaria final de los servicios prestados, empleándose la mayor parte de los recursos de la Fundación en dicha actividad directamente o a través de la adquisición de sus acciones, siendo minoritaria claramente la actividad propiamente cívica dirigida a la comunidad en general que aparece descrita en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia que se recurre y que justifica la conclusión alcanzada por ésta.

De donde resulta, según el criterio de la Abogacía del Estado, que el fin primordial de la Fundación es la promoción de la S.A.D. Valencia Club de Fútbol, por lo que, propiamente, no puede considerarse que se cumpla el requisito de tener exclusivamente por objeto fines cívicos en el sentido exigido por el artículo 20.Uno.12 de la LIVA 1992.

A esta misma conclusión se llega si se considera la pauta de interpretación a seguir en este caso, que debe ser la establecida por el artículo 23 de la Ley General Tributaria (redacción dada por la Ley 25/1995), de la que se infiere que, al tratarse del reconocimiento de un beneficio fiscal, debe hacerse una interpretación restrictiva del precepto legal que establece la exención objetiva.

De ahí que, a juicio del Abogado de la Administración del Estado, la sentencia recurrida vulnera el artículo 20.Uno.12 de la LIVA 1992 en relación con el artículo 23 de la Ley General Tributaria de 1963, por lo

que, tal y como autoriza el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional, se solicita que sea casada, anulada y sustituida por otra que declare que no procede la exención.

TERCERA.- La cuestión controvertida en el presente recurso se refiere a determinar la procedencia de la exención del Impuesto sobre el Valor Añadido en base al artículo 20, apartado uno, número 12, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del mismo, a las operaciones realizadas por la Fundación Club de Fútbol.

El precepto indicado establece que:

“Uno. Estarán exentas de este Impuesto las siguientes operaciones:

12º:

“Las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a las mismas efectuadas directamente a sus miembros por organismos o entidades legalmente reconocidos que no tengan finalidad lucrativa, cuyos objetivos sean exclusivamente de naturaleza política, sindical, religiosa, patriótica, filantrópica o cívica, realizadas para la consecución de las finalidades específicas, siempre que no perciban de los beneficiarios de tales operaciones contraprestación alguna distinta de las cotizaciones fijadas en sus estatutos.

Este Tribunal Supremo, en las sentencias de 20 de enero de 1994 (apelación 1328/92) y 30 de abril de 1998 (apelación 2439/92), 2 de diciembre de 2004 (casación 5159/1999) y 14 de diciembre de 2005 (casación 1977/2001) entre las más recientes, exige los siguientes requisitos para la exención de referencia.

a) Que se trate de prestaciones de servicios, con o sin entrega accesorias de bienes, efectuados directamente por la entidad a sus miembros, sin percibir contraprestación ninguna distinta de las cotizaciones eventualmente fijadas en sus estatutos.

b) Que la entidad esté legalmente reconocida y carezca de finalidad lucrativa.

c) Que los objetivos de la Fundación sean exclusivamente de naturaleza cívica, lo que constituye un concepto jurídico indeterminado concerniente al ejercicio de los valores de una ordenada y pacífica convivencia humana, dentro del marco de las exigencias sociales y del ordenamiento jurídico.

d) Que las prestaciones de servicios respondan a la consecución de las finalidades específicas de la entidad.

e) Debe valorarse el conjunto de actividades de la entidad, debiendo tenerse en cuenta que el carácter predominante sea el cívico-cultural, sin

más contrapartida económica que las cuotas de los socios -caso de que se hayan fijado- y sin propósito de beneficio económico alguno.

Dentro del carácter casuístico que inevitablemente han de tener las resoluciones dictadas en esta clase de asuntos, la circunstancia de que sus fines no estén contenidos, concreta y expresamente, entre los enumerados en los preceptos legales y reglamentarios aplicables no puede ser motivo suficiente para denegar la exención cuando concurren los restantes requisitos, si sus actividades pueden razonablemente considerarse comprendidas -dentro del contexto de los fines concretos- en alguna otra genéricamente descrita como merecedora del beneficio fiscal, siempre que pueda presumirse, con igual racionalidad, que ello elimina la finalidad de lucro.

CUARTO.- La sentencia recurrida de la Audiencia Nacional ha llevado a cabo una cabal aplicación del art. 20.Uno.12 de la Ley del IVA a la vista de la interpretación que del precepto citado viene haciendo la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

En este recurso la sentencia objeto de casación invoca las sentencias de este Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002, 23 de junio de 2001 y 21 de mayo de 2002, proyectando la doctrina de estos pronunciamientos sobre el examen de los Estatutos de la Fundación y, en concreto, del artículo 5 de los mismos, donde se fijan los objetivos de la Fundación:

“La Fundación tiene por fines la conservación, difusión y promoción de la dimensión deportiva, cultural y social del Valencia Club de Fútbol, S.A.D., dentro de la comunidad deportiva y cultural y de la sociedad en general, y la consecución de la aproximación, integración e identificación entre el Valencia Club de Fútbol S.A.D. y su afición, y entre éstos y la sociedad valenciana en general. Asimismo, son fines fundacionales la preservación, el fomento y la difusión del deporte, primordialmente del deporte base y amateur, de las artes y las letras y de la cultura en general, y, especialmente, de la Cultura, Identidad e Instituciones Valencianas y de la Lengua Valenciana.

A tal efecto, la Fundación podrá realizar cualquier clase de actividades y establecer todo tipo de premios, incentivos, ayudas o becas, o participar en los instituidos por terceros, incluidos aquéllos que tengan por objeto facilitar el acceso a la cultura y al mundo del trabajo y el auxilio en situaciones de necesidad de deportistas, así como también de personas con reconocida trayectoria al servicio del deporte, de la cultura y de la sociedad en general.

A la vista de los objetivos de la Fundación fijados estatutariamente

deben hacerse las siguientes observaciones:

1ª) El vínculo entre la Fundación Valencia Club de Fútbol y el Valencia Club de Fútbol S.A.D. queda circunscrito a “la dimensión deportiva, cultural y social” de este último. La Fundación no participa en la administración del Valencia Club de Fútbol S.A.D. y su propia naturaleza fundacional excluye el ánimo de lucro y la faceta mercantil en ese vínculo con aquél.

2ª) Ese vínculo sólo adquiere sentido “dentro de la comunidad deportiva y cultural y de la sociedad en general”.

3ª) Ese vínculo sólo puede ser entendido -por su propia dimensión deportiva, cultural y social- vinculado a “la consecución de la aproximación, integración e identificación entre el Valencia Club de Fútbol, S.A.D. y su afición y entre éstos y la sociedad valenciana en general”.

4ª) Ese vínculo -por su propia naturaleza no económica- encuentra su verdadera razón de ser y su contenido y su fin último en “la preservación, el fomento y la difusión del deporte, primordialmente, del deporte base y “amateur”, de las artes y las letras y de la cultura en general, y, especialmente, de la Cultura, Identidad e Instituciones Valencianas y de la Lengua Valenciana”.

5ª) Ese vínculo y los fines que justifican su existencia tienen unos cauces explícitos y muy concretos para su realización, que el citado precepto estatutario señala expresamente: “A tal efecto, la Fundación podrá realizar cualquier clase de actividades y establecer todo tipo de premios, incentivos, ayudas o becas, o participar en los instituidos por terceros, incluidos aquellos que tengan por objeto facilitar el acceso a la cultura y al mundo del trabajo y el auxilio en situaciones de necesidad de deportistas, así como también de personas de reconocida trayectoria al servicio del deporte, de la cultura y de la sociedad en general”.

6ª) El Valencia Club de Fútbol S.A.D. no es el beneficiario exclusivo de los fines fundacionales, como sostiene la Abogacía del Estado. Todo lo contrario: el nombre “Valencia Club de Fútbol” (S.A.D., por imperativo legal), facilita la realización de los fines primigenios de la actividad fundacional: el fomento del deporte base y del “amateur”, preservación de la Cultura, las Letras, las Artes (en especial, de las Valencianas), el auxilio y la ayuda (acceso a la cultura y al mundo del trabajo, por ejemplo) de deportistas en situaciones de necesidad, así como también de personas de reconocida trayectoria no sólo al servicio del deporte, sino de la cultura y de la sociedad en general.

7ª) El Patronato de la Fundación Valencia Club de Fútbol integra a las

Instituciones que ostentan la máxima representación de los valencianos tanto en el ámbito político como en el cultural: Generalitat Valenciana, Ayuntamiento de Valencia, Diputación Provincial de Valencia, Universitat de Valencia-Estudi General, Federación de Sociedades Musicales de la Comunidad Valenciana, se integran en el Patronato junto con otros patronos que son depositarios del valencianismo, tales como la Agrupación de Peñas Valencianistas o el propio Valencia Club de Fútbol, S.A.D. Todos ellos son Patronos y Fundadores de esta Fundación.

Por la propia naturaleza de esos Patronos y Fundadores (Administraciones Públicas) y por la naturaleza fundacional de la entidad en que se integran, están llamados, como en toda Fundación, “a servir y no a servirse”, como resulta de la propia gratuidad del desempeño de sus cargos; además, existe otra razón que refuerza esta conclusión, cual es la propia naturaleza de todas esas Administraciones Públicas, llamadas, por mandato legal y en el ámbito competencial que les es propio, a servir los intereses generales.

Su presencia es buena prueba de que los fines perseguidos por la Fundación gozan de dicha naturaleza cívica y constituye el apoyo más valioso para su fiel consecución. En el mismo sentido, resulta loable la presencia en el Patronato de la Fundación de Asociaciones Civiles sin ánimo de lucro como, por ejemplo, la Agrupación de Peñas Valencianistas y del propio Valencia Club de Fútbol, S.A.D. Su concurso, como un patrono más, es evidente manifestación de la voluntad de quienes rigen los destinos de Valencia Club de Fútbol, S.A.D. de superar el aspecto meramente mercantil y participar en obras de carácter cívico. No es la voluntad unilateral del Valencia Club de Fútbol la que configura la de la Fundación. La voluntad de la Fundación viene configurada por la decisión colegiada de todos los Patronos y, de entre ellos, destacan aquellos que por su propia naturaleza de Administraciones Públicas, solo pueden constituir la voluntad fundacional para la realización de fines de interés general, eludiendo todo beneficio particular para cualquiera de ellas. Una de las Administraciones Públicas -la “Generalitat” Valenciana- tiene, entre sus competencias, la de tutelar y fiscalizar el recto funcionamiento de la Fundación Valencia Club de Fútbol.

La implicación de todos esos patronos en la Fundación es la más clara manifestación de que esos fines, que por su propia definición son cívicos, son, además, reales y no una mera ficción

QUINTA.- En definitiva, que la sentencia recurrida se ajusta fielmente a la jurisprudencia dictada por esta Sala, pues, como es de ver:

1.- La Audiencia Nacional precisa, para el caso concreto, el “concepto jurídico indeterminado” que constituyen los “objetivos cívicos”. Es decir, tiene presente la propia naturaleza de la Fundación como entidad sin ánimo de lucro que persigue fines de interés general, cuyo reconocimiento le consta por certificación de su inscripción en el Registro de Fundaciones de la Generalitat Valenciana, obrante en el expediente administrativo.

2.- La Audiencia Nacional realiza la aplicación del art. 20. Uno. 12º de la LIVA considerando asimismo que “el carácter cívico de la asociación (en este caso, de la Fundación) no desaparece por el hecho de que sean los socios los más directamente beneficiados o favorecidos por las actividades (de aquélla), pues esa es una nota consustancial a todas y por ello no se extingue el beneficio general que la sociedad obtiene con la evidente acción cultural que producen”.- En este punto, la sentencia recurrida se atiene asimismo al criterio de la “relevancia intensa entre la actividad desarrollada y el colectivo social”, que, en definitiva, es fiel trasunto de la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

SEXTO.- Dos consideraciones finales queremos hacer:

a) Alega el Abogado del Estado que la Fundación es titular de acciones del Valencia Club de Fútbol S.A.D., señal de que la mayor parte de los recursos de la Fundación se han empleado en la promoción del Valencia Club de Fútbol. Lo determinante es saber para qué ha adquirido la Fundación acciones del Valencia Club de Fútbol. Pues bien, la presencia de la Fundación en el accionariado del Valencia Club de Fútbol solo puede entenderse como la de un accionista que vela por preservar para esta última entidad una parte relevante del patrimonio cultural y deportivo de la Comunidad Valenciana, potenciando la faceta cívica de la S.A.D.

b) La sentencia del Tribunal de Justicia C.E. de 21 de marzo de 2002, Kennemer Golf & Country Club, as. C-174/00, resolvió varias cuestiones prejudiciales que le planteó el “Hoge Raad der Nederlanden”, entre ellas que se dilucidase si el art. 13. A. 1 m) de la Sexta Directiva debía interpretarse en el sentido de que puede considerarse que un organismo actúa sin fin lucrativo aunque pretenda sistemáticamente obtener superávit que después destina a la ejecución de sus prestaciones.

El Tribunal de Justicia de Luxemburgo indicó en la sentencia de 21 de marzo de 2002, C-174/00, con cita de su sentencia de 21 de marzo de 2002, “Zoological Society of London, C.267/00, que la apreciación de si un organismo actúa “sin fin lucrativo”, en el sentido de dicha disposición, ha de efectuarse a la luz del ob-

jetivo perseguido por éste, a saber, que dicho organismo no debe aspirar a obtener beneficios para sus socios, en contra de la finalidad de cualquier empresa mercantil, y que, una vez que se haya comprobado que así es, el hecho de que posteriormente el organismo obtenga beneficios, aún cuando intente conseguirlos o los genere sistemáticamente, no permite poner en entredicho la calificación inicial de dicho organismo mientras dichos beneficios no se distribuyan entre sus socios en concepto de ganancias, ya que el art. 13.A.1 m) de la Sexta Directiva no prohíbe a los organismos que contempla cerrar el ejercicio con un saldo positivo, puesto que, de lo contrario, resultaría imposible para tales organismos crear reservas para sufragar el mantenimiento y las mejoras futuras de sus instalaciones.

Con base en ello el Tribunal de Justicia de Luxemburgo declaró que tal precepto comunitario ha de interpretarse en el sentido de que puede considerarse que un organismo actúa "sin fin lucrativo" aunque pretenda sistemáticamente obtener superávits para después destinarlos a la ejecución de sus prestaciones.

SEPTIMO.- Procede por todo ello, desestimar el presente recurso de casación, debiéndose imponer las costas causadas en el mismo a la Administración recurrente a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, sin que los honorarios del Letrado de la parte recurrida puedan exceder de los 4.000 euros.

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad que nos confiere la Constitución;

#### FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 1 de junio de 2004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso núm. 626/2001, con imposición de las costas causadas en este recurso a la Administración recurrente, sin que la cuantía de los honorarios del Abogado de la parte recurrida, pueda exceder del límite fijado en el último de los Fundamentos de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Emilio Frías Ponce.- Ángel Aguillo Aviles.- José Antonio Montero Fernández.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Juan Gonzalo Martínez Mico, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certificado.



2010/133558

TS Sala 4ª, Sentencia 3 junio 2010. Ponente: D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

## Incumplimiento de acuerdo sobre no externalización de servicios de AENA

*Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el delegado sindical accionante frente a sentencia que rechazó su demanda de conflicto colectivo contra AENA. Explica el Tribunal que el tenor literal del acuerdo de desconvocatoria de huelga suscrito en el supuesto enjuiciado no ofrece dudas sobre la voluntad de no mantener proyectos de externalización que afectaran a las ocupaciones contenidas en el catálogo del convenio colectivo, asumiendo el compromiso de futuro de no externalizar, sólo con dos excepciones relativas a la concurrencia de motivos organizativos, productivos y económicos o el análisis de las situaciones generadas por las asistencias ya contratadas a la firma del acuerdo, que no acontecen en el caso de autos, por lo que procede paralizar y anular el expediente para asistencia técnica para el levantamiento de planos litigioso.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión jurídica que se debe resolver es la de si la contratación efectuada por AENA el día 2-10-2007 con la empresa Servicios Informáticos GESICAN S.L., teniendo por objeto la "asistencia técnica para el levantamiento de planos en relación con los proyectos de edificios al aeropuerto Tenerife Sur" (Antecedente Segundo, hechos probados tercero y cuarto) supone un incumplimiento del Acuerdo de desconvocatoria de huelga de 4 de marzo de 2004 -con eficacia de convenio colectivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2 in fine del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo -cuyo contenido se reproduce en el hecho probado primero.

El debate se centra, tanto a efectos de constatar la existencia o no de contradicción con la sentencia de contraste seleccionada por la parte recurrente, como a efectos de determinar la posible infracción del citado Acuerdo de 4-3-2004, en si esa contratación es anterior o no al Acuerdo repetidamente citado pues, si lo fuera, podría acogerse, como sostiene la empresa recurrida, al período transitorio previsto en el Acuerdo en el que -según sostiene AENA y estima la sentencia recurrida, confirmando la de instancia- solamente se establece la obligación de estudiar el fin de la externalización de las asistencias técnicas ya contratadas pero no su eliminación inmediata.

SEGUNDO.- La sentencia seleccionada como contradictoria es la del

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de noviembre de 2007, en la que AENA contrata en febrero de 2006 con la empresa "Page Ibérica, SA" el "Servicio de Asistencia Técnica a la Dirección Regional y Sector de Cataluña", denunciándose por el propio sindicato UGT la infracción del citado Acuerdo de 4-3-2004.

Se trata de las mismas partes que, ante hechos sustancialmente iguales -la contratación externa de determinados servicios- y con el mismo fundamento jurídico -el Acuerdo de 2004- plantean las mismas pretensiones pero obtienen respuestas contradictorias: la sentencia recurrida estima que la contratación es correcta y no incumple el Acuerdo mientras que la sentencia de contraste, confirmando la sentencia de instancia estimatoria de la demanda de conflicto colectivo presentada por UGT, resuelve que dicha contratación externa supone un incumplimiento del citado Acuerdo.

Es cierto que, tal como alega en la impugnación del recurso de casación unificadora la empresa AENA, en el caso de autos los servicios a que se refiere la contratación estuvieron externalizados con anterioridad. Pero no es menos cierto que esas contrataciones anteriores ya habían expirado y que lo que se produce es una nueva contratación en fecha 2 de octubre de 2007, es decir tres años y medio después del Acuerdo de 4 de marzo de 2004, por lo que aquella diferencia señalada por AENA no es suficiente para invalidar la identidad sustancial

de los supuestos planteados. Concurrir, pues, la contradicción exigida por el artículo 217 de la LPL.

TERCERO.- Por la misma razón existe la infracción del Acuerdo de 4 de marzo de 2004, cuyo análisis no deja lugar a duda alguna sobre la cuestión controvertida.

En efecto, el citado Acuerdo comienza diciendo que AENA acuerda "la anulación inmediata y definitiva del documento modelo de explotación de actividades en Aena de enero de 2004", que es el que daba soporte a las contrataciones externalizadoras, y añade que AENA "deja expresa constancia de que no existe ningún proyecto de externalización de las ocupaciones recogidas en el correspondiente catálogo aprobado en el III Convenio Colectivo", entre las cuales figura la de Técnico Delineante Proyectista, describiendo entre sus funciones principales la de que "lleva a cabo levantamiento de planos topográficos de obras a estudio, efectúa los replanteos correspondientes y realiza trabajos de dibujo de planos" (hecho probado cuarto).

Es cierto, como ya se ha dicho, que el Acuerdo establece que "AENA acuerda con el Comité de Huelga la adopción de un período transitorio para estudiar las asistencias técnicas actualmente contratadas y determinar y evaluar las posibilidades de realización con personal de su plantilla", pero no es menos cierto que a continuación se establece un plazo de 30 días "con el objeto de... promover la asunción de funciones hoy externalizadas mediante personal propio"; y, lo que es aún más importante, se dice expresamente que "AENA retirará aquellos concursos para externalizar actividades que en estos momentos pudieran ser realizadas con personal propio".

De todo ello se deduce que no es posible amparar en el citado período transitorio la contratación externa de un servicio de asistencia técnica para el que existe personal propio de AENA tres años y medio después de celebrado el Acuerdo de 4 de marzo de 2004 y que, en realidad, dicha contratación es un claro incumplimiento de dicho Acuerdo.

Así lo ha resuelto ya esta Sala en varias sentencias unificadoras sobre supuestos iguales al presente, entre otras la de 21/09/2009 (RCUD 56/09) y la de 22/01/2010 (RCUD 925/09). Esta última, reiterando doctrina, afirma:

"Ha de analizarse, pues, si el Acuerdo de 2004 quedó sometido a pactos ulteriores o si, por el contrario, imponía a la empresa la renuncia a externalizar servicios que pudieran ejecutarse a través de las funciones asignadas a la plantilla, según el sistema de ocupación designado en el propio convenio colectivo. Pues bien, el tenor literal del Acuerdo no ofrece dudas sobre la voluntad de no



mantener proyectos de externalización que afectaran a las ocupaciones contenidas en catálogo del III Convenio colectivo, asumiendo el compromiso de futuro de no externalizar, con las dos excepciones antes ya indicadas, relativas a la concurrencia de motivos organizativos, productivos y económicos o el análisis de las situaciones generadas por las asistencias ya contratadas a la firma del Acuerdo.

Con posterioridad, durante el proceso de negociación del IV Convenio Colectivo, la empresa y los interlocutores de los trabajadores pactaron la ulterior celebración de acuerdos por áreas de actividad y por centro de trabajo, sujetos al principio de que todas las actividades de negocio, control y supervisión se realizarían con personal propio”

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

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Secundino actuando en su condición de delegado sindical de UGT-AENA (Aeropuerto Tenerife Sur) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Tenerife) de 26 de junio de 2009, revocamos dicha sentencia y resolviendo el recurso de suplicación núm. 319/09 declaramos que la empresa AENA ha incumplido el Acuerdo de 4 de marzo de 2004 al efectuar la contratación a que se refieren estos autos y la condenamos a estar y pasar por dicha declaración y, en consecuencia, a paralizar y anular de manera inmediata, el expediente titulado “asistencia técnica para el levantamiento de planos en relación con los proyectos de edificios al Aeropuerto Tenerife Sur”, no procediendo a certificar más facturas emitidas por la empresa contratada y a asumir con personal propio de AENA las funciones y/o trabajos desarrollados en el citado expediente, dejando sin efecto el recurso a la contratación externa en aquellas tareas y/o funciones que se encuentran recogidas en las fichas de ocupación. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

2010/113439

TS Sala 4ª, Sentencia 12 mayo 2010. Ponente: D. Antonio Martín Valverde

Interpuestos por mutuas de accidentes

### Determinación del domicilio a efectos de competencia territorial en pleitos de SS

*Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que rechazó la excepción de falta de competencia territorial para conocer de la demanda formulada por la mutua accionante sobre incapacidad permanente.*

*Explica la Sala que el concepto de domicilio es un concepto jurídico, y que el domicilio de una persona jurídica ha de ser en principio el definido en el art. 41 CC, lo que conduce en el caso enjuiciado a descartar que la mutua demandante, con domicilio en Barcelona, pudiera interponer demanda en Madrid, siendo así que la resolución impugnada correspondía a la Dirección Provincial del INSS de Guadalajara, añadiendo el Tribunal que la solución adoptada en la sentencia recurrida, aunque no haya el menor rastro de abuso del proceso por parte de la entidad demandante, correría el riesgo de convertirse en el reconocimiento de una injustificada libertad de elección del fuero territorial en procesos como el enjuiciado.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina es de carácter procesal, refiriéndose a la interpretación del artículo 10.2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) sobre competencia territorial “en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo” (art. 2 b) LPL). El pleito de Seguridad Social enjuiciado versa sobre calificación de las secuelas de un accidente de trabajo acaecido en Guadalajara.

La entidad gestora INSS ha resuelto, mediante acuerdo de la Dirección Provincial de Guadalajara, en el sentido de reconocer a la accidentada la situación de incapacidad permanente total, con derecho a las prestaciones correspondientes.

Y la mutua de accidentes de trabajo, que según hecho conforme tiene su sede social en Barcelona, ha reclamado en Madrid contra la resolución del INSS.

El artículo 10.1.b) LPL a cuya interpretación se refiere la controversia planteada dice así:

“En los procesos... que versen sobre la materia referida en el párrafo b) del artículo 2 “... “será en cada caso Juzgado competente... aquel en cuya circunscripción se haya producido la resolución, expresa o presunta, impugnada en el proceso, o el del domicilio del demandante, a elección de éste”.

La sentencia del Juzgado de lo Social ha apreciado falta de competencia territorial respecto de la cuestión litigiosa planteada, entendiendo que “la Mutua disponía de un doble fuero, la de los Juzgados de lo Social de Barcelona o de Guadalajara, alternativamente para presentar su demanda, conforme ordena el art. 10.2.a) de la LPL, pero en modo alguno Madrid”. La tesis de la sentencia recurrida es, en cambio, que nos encontramos ante “un fuero dispositivo por parte del accionante y alternativo”, por lo que estima el recurso de la Mutua, “reponiendo las actuaciones al momento de finalización del juicio oral a fin de que por el Magistrado de instancia, se proceda a dictar nueva sentencia en la que entre a conocer las cuestiones planteadas en la litis”.

SEGUNDO.- Para el juicio de contradicción se ha aportado una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en fecha 26-10-1998. Ha entendido la Sala de Madrid en esta sentencia que, cuando el art. 10.2.a) LPL se refiere al domicilio del demandante se ha de entender, respecto de las personas jurídicas, que tal domicilio ha de ser el domicilio social, es decir, en los términos del artículo 41 del Código Civil “ el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones”.

Con arreglo a esta doctrina, la Sala desestimó un recurso de una mutua de accidentes de trabajo con sede en Barcelona, que interpuso en Madrid demanda de declaración de responsabilidad directa de prestaciones de accidente de trabajo a cargo de una empresa y de reintegro consiguiente de los gastos sanitarios del accidentado.

La resolución del grado de invalidez y de la contingencia profesional correspondieron a la Dirección Provincial de Guadalajara y la imputación de responsabilidad se apoyaba en la existencia de una deuda o “descubierto” de la empresa con la administración de la Seguridad Social del Madrid”.

La semejanza de los litigios es evidente y, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, la contradicción de las sentencias comparadas existe a fortiori. La sentencia de contraste ha interpretado como “domicilio social” la expresión “domicilio del demandante” cuando éste es persona jurídica. La sentencia recurrida en cambio considera que debe entenderse por domicilio del demandante en los pleitos de Seguridad Social en que tenga tal condición una mutua de accidentes de trabajo cualquier lugar en que la misma tenga oficinas o un centro de trabajo, aunque no sea el domicilio social o el domicilio del lugar en que se haya producido la resolución impugnada.

Hemos dicho que hay contradicción porque la diferencia de objeto de los pleitos -calificación de invalidez, responsabilidad de prestaciones y reintegro de las anticipadas por una mutua de accidentes de trabajos accesoria, puesto que ambos son pleitos “en materia de Seguridad Social” a los efectos del art. 2. b) LPL. Y decimos que la contradicción es a fortiori porque la sentencia de contraste no ha dado la razón a la mutua en un litigio en el que, a diferencia del de la sentencia recurrida, ésta podía invocar como punto de conexión de la competencia territorial el que la empresa demandada adeudaba los descubiertos a la Administración de la Seguridad Social de la provincia donde interponía la demanda.

TERCERO.- La solución del caso con arreglo a derecho es la contenida en la sentencia de contraste por lo que, el recurso debe ser estimado.

Existe en primer lugar en favor de la solución adoptada un argumento de interpretación literal, canon hermenéutico que ha de tenerse especialmente en cuenta en materia competencial.

El concepto de domicilio es un concepto jurídico y el domicilio de una persona jurídica ha de ser en principio el definido en el Código Civil. Ello conduce en el caso a descartar que la mutua demandante, con domicilio en Barcelona, pudiera interponer demanda en Madrid, siendo así que la resolución impugnada correspondía a la Dirección Provincial del INSS de Guadalajara.

A lo anterior se puede añadir un argumento de interpretación teleológica. La solución adoptada en la sentencia recurrida, aunque no haya en el caso enjuiciado el menor rastro de abuso del proceso por parte de la entidad demandante, corre el riesgo de convertirse en el reconocimiento de una injustificada libertad de elección del fuero territorial en procesos como el que nos ocupa.

La objeción es digna de consideración; con carácter general no se puede reconocer un ejercicio de tal libertad no justificado por razones procesales, que abriría la puerta ciertamente a un abuso del derecho de acción, cuya neutralización prevén el art. 11 LOPJ y el art. 75.1 LPL.

Esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre cuestiones de fuero te-

territorial próximas a la de este recurso pero distintas de la actualmente enjuiciada. Nos referimos a la serie de sentencias relativas a la determinación del fuero alternativo al domicilio del demandado en el art. 10.1 LPL en demandas interpuestas frente a la entidad Correos y Telégrafos; y también al supuesto litigioso de STS 28 de enero de 2009 relativo al fuero de las entidades gestoras de Seguridad Social. Estas sentencias han resuelto con signo distinto al de la presente resolución, pero se trata de litigios distintos en los que está en juego la aplicación de disposiciones también distintas.

CUARTO.- La sentencia estimatoria de unificación de doctrina obliga a resolver en suplicación con arreglo a doctrina unificada. Ello comporta en el caso, visto el signo de la sentencia de instancia, desestimar la pretensión impugnatoria de la parte respecto de la cuestión de competencia territorial planteada.

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

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de junio de 2009, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2008 por el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid, en autos seguidos a instancia de Mutual Midat Cyclops, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 1, contra dicho recurrente, Tesorería General de la Seguridad Social, D<sup>a</sup> Sonsolles y la mercantil Seruion S.A., sobre competencia territorial. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por la Mutua de accidentes de trabajo.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, 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. Antonio Martín Valverde.- Fernando Salinas Molina.- Jesús Souto Prieto.- José Luis Gilolmo López.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.

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

2010/102714

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 12 abril 2010. Ponente: D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Luisa Segoviano Astaburuaga

## Devolución parcial por empresa de cantidades por desempleo por fraude en contratación temporal

*Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el INEM demandante contra sentencia que acogió parcialmente su pretensión sobre reintegro de prestaciones de desempleo por fraude en la contratación temporal. Explica el Tribunal que la disp. trans. 9<sup>a</sup> L 45/02 de 12 diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, cuando establece que la comunicación de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo a que se refiere el nuevo art. 145 bis LPL se podrá dirigir a la autoridad judicial cuando el último de los reiterados contratos temporales entre el trabajador y la misma empresa se hubiera concertado tras la entrada en vigor de la presente Ley, no contiene referencia alguna a que haya de darse efectos retroactivos a lo dispuesto en el mencionado artículo. Por tanto, no procede condenar a la empresa a devolver las cantidades percibidas por la trabajadora, en concepto de desempleo, por la prestación de servicios realizada con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social número 1 de los de Santiago de Compostela dictó sentencia el 3 de noviembre de 2005, aclarada por auto de 5 de diciembre de 2005, autos 514/05, estimando parcialmente la demanda formulada por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la empresa Mariña Rivero S.L. y contra D<sup>a</sup> Antonia, declarando la responsabilidad de la demandada Mariña Rivero S.L. en el abono de las prestaciones por desempleo percibidas por D<sup>a</sup> Antonia, en los períodos comprendidos entre el 22 de agosto de 2003 y el 20 de octubre de 2003, entre el 16 de marzo de 2004 y el 17 de mayo de 2004 y entre el 18 de agosto de 2004 y el 22 de octubre de 2004, condenando a la empresa demandada a que abone al Servicio Público de Empleo Estatal la cantidad de 3.059,05 euros, por el concepto de prestaciones por desempleo abonadas a D<sup>a</sup> Antonia y la de 1.271,42 euros,

en concepto de cotizaciones abonadas por la misma durante los períodos de percepción de prestaciones contributivas por desempleo, desestimando la demanda respecto a las restantes prestaciones y cotizaciones reclamadas. Tal y como resulta de dicha sentencia la demandada D<sup>a</sup> Antonia ha prestado servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa codemandada Mariña Rivero S.L., dedicada a la actividad de confección de señora, en virtud de distintos contratos de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio, con la categoría de auxiliar de maquinista, en los períodos siguientes:

Del 17-4-01 al 5-9-01; del 7-10-01 al 29-8-02; del 4-11-02 al 21-3-03 del 12-5-03 al 21-8-03; del 21-10-03 al 15-3-04; del 18-5-04 al 17-8-04; y del 15-11-04 al 14-4-05, siendo el objeto de los contratos la realización de obra consistente en las campañas otoño-invierno ó primavera-verano. Percibió prestaciones por desempleo en los períodos siguientes: Del 6-9-01 al 6-10-01; del 30-8-02 al 3-11-02; del 22-3-03 al 11-5-03; del 22-8-03 al 20-10-03; del 16-3-04 al 17-5-04 y del 18-8-04 al 22-10-04. A partir del 18 de julio de 2005 la trabajadora ha pasado a ostentar la condición de fija discontinua, en virtud de acuerdos alcanzados con los trabajadores y reflejados en actuaciones de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Recurrida en suplicación por el Servicio Público de Empleo Estatal, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el 12 de junio de 2009, recurso 1013/06, desestimando el recurso formulado. La sentencia entendió que, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 9<sup>a</sup> de la Ley 45/02, de 12 de diciembre, la Entidad Gestora se puede dirigir a la Autoridad Judicial siempre que el último contrato temporal se hubiera concertado tras la entrada en vigor de dicha Ley, pero no procede condenar a la empresa contratante a devolver las cantidades percibidas por la trabajadora, en concepto de desempleo, por la prestación de servicios realizada con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley. Contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora Servicio Público de Empleo Estatal recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 12 de diciembre de 2008, recurso 1.104/06, firme en el momento de publicación de la recurrida. La parte demandada no se ha personado, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima procedente el recurso.

SEGUNDO.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral

Consta en dicha sentencia que la demandada D<sup>a</sup> Inocencia ha prestado

servicios para la empresa codemandada Confecciones Hortensia S.L., dedicada a la fabricación de ropa de señora, en virtud de sucesivos contratos de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinados para la prestación de servicios como maquinista en los siguientes períodos: del 20-11-00 al 11-4-01; del 9-5-01 al 7-9-01; del 21-11-01 al 27-3-02; de 23-4-02 al 4-9-02; del 20-11-02 al 27-3-03; del 5-5-03 al 22-8-03; del 4-11-03 al 16-3-04; del 19-4-04 al 1-9-04 y del 5-11-04 al 5-4-05, siendo el objeto de todos los contratos la realización de obras consistentes en las campañas otoño-invierno o primavera-verano. La trabajadora percibió prestaciones por desempleo del 12-4-01 al 8-5-01; del 8-9-01 al 20-11-01; del 28-3-02 al 17-4-02; del 5-9-02 al 9-11-02; del 27-3-03 al 4-05-03; del 23-8-03 al 29-8-03; del 17-3-04 al 18-4-04 y del 2-9-04 al 14-11-04. A partir del 11-5-05 la trabajadora ha pasado a ostentar la condición de fija discontinua, el virtud de acuerdos alcanzados con los trabajadores y reflejados en actuaciones de la Inspección y de la Seguridad Social. La sentencia entendió que, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria novena de la Ley 45/02 de 12 de diciembre

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral

TERCERO.- El recurrente alega infracción del artículo 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con la disposición adicional novena de la Ley 45/02, de 12 de diciembre

“Cuando la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo constata que, en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones, el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa, podrá dirigirse de oficio a la autoridad judicial demandando que el empresario sea declarado responsable del abono de las mismas, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal, si la reiterada contratación temporal fuera abusiva o fraudulenta, así como la condena al empresario a la devolución a la Entidad Gestora de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes”.

Por su parte, la disposición transitoria novena de la citada ley establece: “Reiteración de contratos temporales.- La comunicación de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo a que se refiere el nuevo artículo 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral

En tanto el artículo 145 bis de la LPL

Por lo tanto la regulación contenida en la Ley 45/02



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2878

Madrid, 5 de octubre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

Dicha norma no contiene referencia alguna a que haya de darse efectos retroactivos a lo dispuesto en el artículo 145 bis de la LPL

Asimismo el alcance de la citada disposición supone que la Entidad Gestora no ha de esperar un plazo de cuatro años, a partir de la entrada en vigor de la Ley, para ejercitar la acción prevista en el artículo 145 bis de la LPL

La interpretación contraria -tener en cuenta todos los contratos (aunque sean anteriores a la entrada en vigor de la Ley) celebrados en los cuatro años anteriores a la suscripción del contrato temporal realizado tras la entrada en vigor de la Ley 45/02

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el señor Abogado del Estado, en representación del Servicio Público de Empleo Estatal, contra la sentencia dictada el 12 de junio de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de duplicación núm. 1013/06, interpuesto contra la senten-

cia de fecha 3 de noviembre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Santiago de Compostela, en autos núm. 514/05, seguidos a instancia del Servicio Público de Empleo Estatal contra Mariña Rivero S.L. y D<sup>a</sup> Antonia, en reclamación de pago de prestaciones y cotizaciones. Confirmamos la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos.

(...)

## RESEÑA

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



2010/113265

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 18 junio 2010.  
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

### Exclusión de revisión de sentencia no motivada en documento declarado falso

El TS desestima la demanda de revisión ya que, aunque pueda afirmarse que la condena dineraria impuesta a los demandados vino a basarse en un documento que posteriormente fue declarado falso en vía penal, dicho documento no se tuvo en cuenta para dictar la sentencia firme objeto de la revisión -que es la pronunciada por la AP- en lo que afecta a la condena dineraria, por lo que no se cumple el requisito de que se hubiera dictado una resolución distinta de haberse conocido la falsedad documental, indispensable para que prospere este recurso extraordinario.

2010/145095

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 9 julio 2010.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

### Exclusión de protección del derecho al honor en relación a información sobre tratamiento de adelgazamiento en clínica

El TS declara no haber lugar al rec. de casación interpuesto contra la sentencia de apelación que, al igual que la de primera instancia, desestimó la demanda de protección del derecho al honor ejercitada por la propietaria de una clínica de adelgazamiento por los testimonios emitidos en el reportaje te-

levisivo en el que varias clientas mostraban su descontento y relataban los problemas de salud padecidos. Declara el TS que la actora no delimita ni centra en su recurso la ausencia de veracidad invocada en orden a si se refiere a la totalidad del documento informativo o a parte del mismo y, en cambio, tanto las alusiones a procedimientos judiciales entablados, sanciones administrativas, denuncias formuladas por las pacientes y complicaciones de salud padecidas resultan en esencia veraces tal y como se declaró en la sentencia objeto de recurso.



2010/78769

TS Sala 2<sup>a</sup>, Sentencia 13 mayo 2010. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

### Reducción de indemnización derivada del delito contra la Hacienda Pública

Se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos y otros por delito contra la Hacienda Pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, establece que la responsabilidad civil debe alcanzar al total de la defraudación realizada por el recurrente, pero no a la que realizó su esposa, cuya libertad al confeccionar su propia declaración fiscal no se cuestiona en la sentencia, ya que excluido el acuerdo entre ambos al negar responsabilidad penal a la esposa, ni en los hechos probados ni en la fundamentación jurídica se afirma que el recurrente indujera, obligara o engañara a su esposa en la

confección de la autoliquidación del IRPF, ni tampoco explica cuales son las razones para considerar que tal cosa ocurrió.



2010/92275

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección 2<sup>a</sup>, Sentencia 18 marzo 2010.  
Ponente: D. Angel Aguillo Avilés

### Reducción del capital por amortización de acciones con devolución del nominal a los socios

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad actora, sociedad absorbente de la fusión por absorción de la sociedad inspeccionada, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que confirmaba la resolución del TEAC, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del TEAR de Canarias, que confirmaba la propuesta de regularización del IS, ejercicio 1990. La sala llega a la conclusión de que el acta y la liquidación tributaria no deben anularse por el denunciado vicio en el apoderamiento del secretario de la entidad mercantil, porque habiendo tenido conocimiento la actora de todo el expediente, y no habiendo alegado nada en cuanto a la falta de representación en la previa vía administrativa, es evidente que no se ha producido indefensión. En relación con la pretensión de la entidad absorbida, de computar una pérdida en la base imponible del IS del ejercicio 1990 como consecuencia de la reducción de capital llevada a cabo

por su participada, ahora recurrente, debe rechazarse porque no puede considerarse ejecutada la reducción de capital, y en consecuencia no se puede sostener una pérdida fiscal por ese motivo; y a la misma conclusión se llega si nos fijáramos exclusivamente en la reducción del capital social mediante la amortización de acciones con devolución del nominal a los socios, ya que la reducción de capital social, por sí misma, no produce la existencia de un incremento o disminución patrimonial, ya que solo en el caso de que la reducción tuviese como finalidad la devolución de aportaciones a los socios, podría generarse para éstos una renta positiva por la diferencia entre las cantidades devueltas y el valor de adquisición de la participación afectada por la reducción de capital.



2010/122421

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 12 mayo 2010.  
Ponente: D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahún

### Cómputo de ocupación cotizada de trabajadores fijos discontinuos a efectos de desempleo

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador fijo discontinuo afiliado al Régimen Especial del Mar accionante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre prestación de desempleo por falta de cotización. Explica el Tribunal que el trabajador fijo discontinuo puede llegar a trabajar en algunos períodos del año, como consecuencia de necesidades impuestas, el mismo número de días, o incluso más, que un trabajador fijo, y que en tales ocasiones resulten más días cotizados que los naturales de un mes, pero ello no es obstáculo para el cómputo de todas las cotizaciones, porque en ellas va incluida la parte proporcional de las vacaciones, que los fijos discontinuos disfrutaban normalmente, y por las que los trabajadores fijos cotizan en el mes de su disfrute.