



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 2866

Madrid, martes 7 de septiembre de 2010



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/53565

TS Sala 3ª, Sección 2, Sentencia 11 febrero 2010. Ponente: D. Angel Aguallo Avilés

Autoliquidación del IRPF

Prescripción de acción para la interposición de sanciones tributarias

El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación, casa y anula la sentencia de la AN impugnada y, en su lugar, estima parcialmente el recurso contencioso interpuesto contra la resolución del TEAC dictada con relación a una sanción en materia del IRPF. La Sala considera que se ha producido efectivamente la prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias como consecuencia de la caducidad del expediente sancionador, puesto que la notificación del acuerdo de apertura del segundo procedimiento punitivo no tuvo lugar hasta más de cuatro años después de que concluyera el plazo voluntario para la presentación e ingreso de la autoliquidación del IRPF correspondiente al ejercicio 1993.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone por D. Edmundo y Dª Isabel contra la Sentencia de 22 de julio de 2004, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso del citado orden jurisdiccional núm. 413/2002, desestimatoria de la reclamación formulada contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de febrero de 2002, que estimó parcialmente las reclamaciones económico-administrativas formuladas contra dos Acuerdos del Jefe de la Oficina Nacional de Inspección, uno de 23 de diciembre de 1998, dictado como consecuencia de la propuesta de regularización efectuada en relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 1993, y otro de 13 de julio de 1999, en el que, como consecuencia del anterior, se les imponía una sanción de 308.100 ptas. (1.851,72 •) por la comisión de una infracción tributaria grave del art. 79 a) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, Ge-

neral Tributaria (en adelante, L.G.T.).

Como se ha explicitado en los Antecedentes, la referida Sentencia alcanzó, por lo que a la resolución de este proceso interesa, las conclusiones que a continuación se sintetizan. En primer lugar, que no existió la alegada desviación de poder, dado que entre las funciones atribuidas a la Inspección se encuentra el auxilio y colaboración con los órganos judiciales, de acuerdo con los arts.112.3 y 113.1, ambos de la L.G.T., y 15.2 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos (R.G.I.T.) (FD Cuarto). En segundo lugar, considera la Sala de instancia que no se ha vulnerado el principio "non bis in idem", «ya que en este caso ni siquiera ha habido una sanción administrativa» (FD Cuarto). En tercer lugar, niega la Sentencia impugnada que concurra la causa de abstención prevista en el art. 28.2.d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común (LRJAP y PAC), dado que «dicho precepto se refiere a la doble intervención en un mismo procedimiento que en este caso no se produce» (FD Cuarto). En cuarto lugar, considera el órgano judicial válida la adscripción del recurrente a la O.N.I., dado que consta en el expediente la notificación al interesado del acuerdo adoptado el 29 de noviembre de 1994 (cuyo contenido se reproduce), en el que se explicita el motivo de dicha adscripción, que la competencia de la O.N.I. viene amparada en el apartado Dos (núms. 2 y 3) de la Resolución de 24 de marzo de 1992 de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (A.E.A.T.), y, en fin, que la referida adscripción no le ha causado indefensión al recurrente (FD Cuarto). En quinto lugar, desestima la Sentencia de instancia la prescripción invocada con fundamento en que ante la inexistencia de fijación por ley de la duración del plazo para los procedimientos de comprobación e investigación no procede la aplicación de la caducidad, produciéndose únicamente los efectos previstos en el art. 31.4 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos (R.G.I.T.), es decir, la pérdida de efectos interruptivos de la prescripción (FD Quinto). En sexto lugar, estima la Sala de instancia que no cabe aceptar, por un lado, la deducción de los pagos a la Mutualidad de la Abogacía, pues para la obtención de los ingresos como Presidente del Banco Español de Crédito o como consejero de varias compañías, el Sr. Edmundo no precisaba de su incorporación al Colegio de Abogados (FD Sexto); ni, por otro lado, eran deducibles los intereses de los rendimientos del capital inmobiliario por adquisición de vivienda habitual, al no haberse «justificado suficientemente las deducciones cuya validez y procedencia propugna» el recurrente (FD Séptimo). En séptimo lugar, que ni se había producido la caducidad del procedimiento sancionador al no estar este efecto previsto legalmente, ni, a tenor del expediente, las actuaciones habían durado más de cinco años, ni el segundo expediente sancionador era improcedente con fundamento en lo dispuesto en el art. 49.2.j del R.G.I.T. al constar en el acta que los hechos se calificaban de infracción

SUMARIO

TS

CIVIL

Incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de los acuerdos del consejo general de colegios de enfermeros 10

PENAL

Aplicación del baremo de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados en la indemnización por delito de homicidio 11

ADMINISTRATIVO

Prescripción de acción para la interposición de sanciones tributarias 1

SOCIAL

Cómputo a efectos de antigüedad de servicios prestados con carácter temporal 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

tributaria grave debiendo imponerse las sanciones mediante un expediente distinto e independiente tal como prevé la Ley 1/1998 (FD Octavo). Finalmente, por lo que se refiere a la calificación del expediente y la graduación de la sanción rechaza el órgano judicial la alegada existencia de discrepancias razonables en la interpretación de norma que excluyan la culpabilidad, por lo que confirma la sanción impuesta (FD Noveno).

SEGUNDO.- Como hemos expresado en los Antecedentes la representación procesal del Sr. Edmundo fundamenta el recurso de casación en nueve motivos, todos ellos invocados al amparo del art. 88.1.d) LJCA, que, en esencia, pueden resumirse como sigue: a) en primer lugar, la nulidad de la liquidación por la desviación de poder que se habría producido al participar el equipo actuario de la O.N.I. en la investigación penal, participación que, de acuerdo con el demandante, infringiría el art. 25.1 de la CE (en particular, principio del "non bis in idem"), así como los "derechos" -no se dice cuáles- recogidos en el art. 24.2 de la CE; b) en segundo lugar, la concurrencia de las causas de abstención establecidas en el art. 28.2, letra a), de la LRJAP y PAC, en el Equipo núm. 20 de la O.N.I. que desarrolló las actuaciones inspectoras y participó en la investigación penal de los dos procesos penales en los que estuvo imputado el Sr. Edmundo; c) en tercer lugar, la vulneración de los arts. 93 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, modificada por Ley 25/1995, de 20 de julio (L.G.T.), y del art. 62.1.b) de la LRJAP y PAC, al carecer de competencia el citado Equipo núm. 20 de la O.N.I. para realizar las actuaciones inspectoras, no siendo «cierto el motivo invocado para sostener la adscripción del recurrente y su competencia»; d) en cuarto lugar, la deducibilidad de los intereses de los rendimientos del capital inmobiliario por adquisición de vivienda habitual; e) en quinto lugar, la aplicación del instituto de la prescripción al expediente sancionador; f) en sexto lugar, con carácter subsidiario respecto del anterior motivo, la duración de las actuaciones inspectoras más de cinco años, lo que supone que no interrumpen el plazo de prescripción del procedimiento sancionador; g) en séptimo lugar, la improcedencia del inicio del segundo expediente sancionador; h) en octavo lugar, la nulidad de la sanción impuesta por ausencia de competencia del inspector que dictó el acuerdo; y, finalmente, i) la improcedencia de la sanción por

ausencia de culpabilidad del contribuyente.

La parte recurrida, el Abogado del Estado, presentó escrito en el que solicita que se dicte Sentencia que declare no haber lugar a casar la recurrida, con imposición de las costas a la parte recurrente, por las razones que se han expuesto en los Antecedentes.

TERCERO.- Descritos someramente los términos en los que se plantea el debate, procede examinar los diversos motivos de casación alegados por la representación procesal de D. Edmundo y D^a Isabel. Como primer motivo de casación, al amparo del art. 88.1.d) LJCA, la representación procesal del recurrente alega la infracción de los arts. 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP y PAC) y 70.2 LJCA, del principio "non bis in idem" recogido en el art. 25 de la CE, así como de «los derechos recogidos» en el art. 24.2 de la CE, por la desviación de poder que se habría producido al participar el equipo actuario de la O.N.I. en la investigación penal, lo que, a su juicio, conllevaría la nulidad de pleno derecho de las actuaciones inspectoras en aplicación del art. 62.1.a) de la LRJAP y PAC. A este respecto, pone de relieve el recurrente que la preeminencia del proceso penal sobre cualquier otro debió provocar que se interrumpiera el procedimiento de comprobación seguido con el Sr. Edmundo hasta que existiera pronunciamiento en el proceso penal.

A) En particular, las lesiones que se invocan se habrían producido al haber «simultaneado» el Equipo núm. 20 de la O.N.I. las «funciones propias» de la Inspección de los Tributos con las de colaboración en dos procesos concretos de investigación (los conocidos como casos Argentinia Trust y Banesto). Dicha colaboración, además -se alega- no se habría producido a instancia del Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional, sino de la propia Administración tributaria, «buscando hacer coincidir en una misma Dependencia y funcionarios ambas funciones de investigación penal y comprobación tributaria» (pág. 18). Puntualiza el recurrente que no ve inconveniente alguno en que la Inspección de los Tributos pueda colaborar en la instrucción de un proceso penal, «pero -dice- sólo eso y de forma independiente y separada de cualquier procedimiento administrativo», y

siempre «con el conocimiento de los imputados para que puedan ejercer plenamente los derechos que en el proceso penal le son reconocidos» en los arts. 24 y 25 CE (pág. 19). Considera el demandante que, esa colaboración de la Inspección en la instrucción penal supondría desviación de poder, en esencia: porque entre las funciones que atribuyen a la Inspección el art. 140 de la L.G.T. y los arts. 1 y 2 del R.G.I.T. no se encontraría la investigación penal; porque en los arts. 112.3 y 113.1 de la L.G.T. no se dispone que «se pueda realizar una investigación penal concreta utilizando un procedimiento de inspección tributaria» (pág. 23); porque el art. 15.2 del R.G.I.T. sólo permite la colaboración de la Inspección de los Tributos con el Poder Judicial «en los términos y casos previstos en las leyes» (pág. 23); porque el art. 5.4 de la Resolución de Agencia Estatal de Administración Tributaria de 24 de marzo de 1992 no permitiría que las llamadas Unidades Especiales de Auxilio Judicial realicen las actuaciones de comprobación e investigación y de obtención de información reguladas en los arts. 10, 11 y 12 del R.G.I.T. (pág. 25); porque habiendo establecido tanto la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, como la LRJAP y PAC, la separación del procedimiento sancionador respecto de cualquier otro, es evidente que debe existir como garantía «la separación entre el proceso penal y cualquier procedimiento administrativo» (pág. 26); y, en fin, porque la utilización de «un procedimiento de inspección tributaria para alimentar otro proceso diferente» es contrario al deber de contribuir del art. 31.1 de la CE, a cuyo cumplimiento debe estar dirigido las actuaciones inspectoras (pág. 28).

Esa intervención simultánea de la Inspección en el proceso penal y en de comprobación tributaria habría provocado, asimismo, según el recurrente, la vulneración del art. 24.2 de la CE -aunque no se especifica por qué- y del principio "non bis in idem" reconocido en el art. 25 CE, principio del que deriva la «interdicción del doble procedimiento penal y administrativo» (pág. 29), como se desprendería de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, y 177/1999, de 11 de octubre), de este Tribunal Supremo (Sentencias de 18 de diciembre de 1991, de 26 de abril de 1996, y de 23 de julio de 1998) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (se citan las Sentencias de 17 de diciembre de 1996 (caso Saun-

ders c. Reino Unido) y de 19 de septiembre de 2000 (caso I.J.L., G.M.R. y A.K.P. c. Reino Unido)).

B) Pues bien, planteado el debate en los términos señalados, nuestra respuesta a este motivo de casación debe comenzar por negar los hechos sobre los que el recurrente basa su queja. Dicho sin más preámbulos: no es cierto que los actuarios de la O.N.I. hayan «utilizado un procedimiento administrativo para realizar una investigación penal» (pág. 23). Lo que, según la documentación que consta en autos, realmente ha tenido lugar, es, de un lado, y como refleja la Resolución del T.E.A.C. de 22 de febrero de 2002, la elaboración por la Inspección de «diversos informes y suministr(o)s de información relativa al recurrente y algunas de sus sociedades «en cumplimiento de los requerimientos formulados por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional, en la querrela criminal interpuesta contra D. Edmundo y otros, por los delitos de falsedad en documento mercantil, maquinación para alterar el precio de las cosas y apropiación indebida» (FD Tercero); y, de otro lado, el acceso, con la oportuna autorización judicial, de determinados inspectores actuarios a las Diligencias Previas núm. 234/1994 seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional, con la finalidad de facilitar a dichos actuarios -esta es la única labor que llevaron a cabo- las actuaciones de comprobación e investigación tributaria cerca del Sr. Edmundo.

Sentado lo anterior, hay que puntualizar a renglón seguido que el objeto de este proceso no es otro que el examen de la adecuación a la legalidad de la liquidación practicada al Sr. Edmundo y su esposa en concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del ejercicio 1993 (por un total de 437.173.702 ptas.), así como de la sanción administrativa que se le impuso por la presunta comisión de una infracción grave (por importe de 308.100 ptas.). Desde esta perspectiva, es evidente que esta Sala no puede hacer ningún pronunciamiento -porque se trata de una cuestión que se sitúa extramuros de este proceso- acerca de la conformidad a Derecho del suministro concreto de información con trascendencia punitiva que hizo la Inspección de los Tributos a un órgano de la jurisdicción penal que instruyó un proceso penal contra el Sr. Edmundo, a requerimiento de dicho órgano. Aunque, desde luego, frente a lo que mantiene la representación del recu-

ELDERECHO
GRUPO
EDITORIAL

Depósito Legal: M-32591-94
ISSN 1888-5020
Franqueo Concertado 01/1718

DIRECTOR: Evaristo Moliné

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento, reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. El Diario de Jurisprudencia EL DERECHO informa de lunes a jueves de todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los resúmenes y titulaciones que anteceden a la reproducción de las sentencias son elaborados por la Redacción de EL DERECHO. La doctrina del Tribunal se contiene oficialmente en los fundamentos de derecho, a cuyo texto íntegro puede acceder cualquier suscriptor a través del Servicio de Documentación EL DERECHO DIRECTO, para su envío por fax (91 - 578 16 17).

rente, dicha actuación de la Administración encaja sin ningún esfuerzo en el art. 133.1 de la L.G.T., en virtud del cual, «(l)os datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto», entre otras causas, «(l)a investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público» (letra b)), como es el caso; precepto al que debe añadirse el art. 15.2 del R.G.I.T., en virtud del cual, la Inspección de los Tributos desarrollará las actuaciones «que requieran el auxilio y colaboración funcional con los demás órganos de la Administración Pública en sus diversas esferas o con los órganos de los Poderes Legislativo y Judicial, en los casos y términos previstos en las leyes».

Por lo que se refiere al acceso de la Inspección a las citadas Diligencias Previas, es cierto que, como consecuencia de una solicitud del Director del Departamento de Inspección de la Agencia Tributaria, el Magistrado Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional dictó Providencia, de fecha 4 de julio de 1995, en la que «(e)n virtud de lo acordado en las Diligencias Previas 234/94, seguidas ante este Juzgado en virtud de querrela del Ministerio Fiscal, por delitos de falsedad en documento mercantil, maquinación para alterar el precio de las cosas, apropiación indebida y otros, contra Edmundo y doce personas más », comunicaba « que por resolución de e(s)a misma fecha h(abía) acordado autorizar a la Agencia Tributaria, te(ner) acceso a es(as) diligencias Previas, en lo relativo a los datos de naturaleza económica y financiera que obra (ban) en las mismas sobre el conjunto de personas físicas y jurídicas relacionadas » por el citado Director « en el anexo adjuntado en su comunicación, en cuanto a las operaciones de EUMAN-VALYSER, PROMOCIONES HOTELERAS, ISOLUXWAT, DORNA-OILDOR, OASIS, CARBUROS METÁLICOS, PORTIC, así como las operaciones realizadas con sociedades instrumentales del GRUPO BANESTO » (folio 54).

Se trata, como puede comprobarse, de una autorización para que sólo determinados funcionarios de la Inspección -aquellos que estaban relacionados en el Anexo a la solicitud del Director del Departamento de Inspección de la Agencia Tributaria, y que figuran en el escrito de 4 de julio de 1995 de la Jefe de la Oficina Nacional de Inspección (folio 53)- pudieran acceder a determinada información « de naturaleza económica y financiera », precisa -así se afirma en el referido escrito- «para llevar a cabo la toma de datos de las

citadas diligencias, necesarias para llevar a cabo la comprobación tributaria de las Entidades y personas vinculadas al Grupo Banesto». Y esta es una autorización -por más que se empiece la representación procesal del actor en mantener lo contrario que viene amparada por el art. 112.3 de la L.G.T., precepto que dispone que «(l)os Juzgados y Tribunales deberán facilitar a la Administración Tributaria, de oficio o a requerimiento de la misma, cuantos datos con trascendencia tributaria se desprendan de las actuaciones judiciales de que conozcan, respetando, en todo caso, el secreto de las diligencias sumariales».

La Administración, pues, sólo tuvo acceso a datos con trascendencia tributaria; y no consta -ni tampoco se afirma en la demanda- que los inspectores actuarios autorizados no respetaran el secreto de las diligencias sumariales, transmitieran la información obtenida en las Diligencias Previas núm. 234/1994 a terceros no autorizados o, en fin, la utilizaran para otra cosa distinta que cumplir la función que le tiene encomendada la Ley: regularizar la situación tributaria del Sr. Edmundo dictando la correspondiente liquidación tributaria (la de fecha 23 de diciembre de 1998, notificada al sujeto pasivo el 28 del mismo mes).

A la vista de lo señalado, no cabe apreciar la desviación de poder que denuncia la representación procesal del actor, esto es, «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico» (art. 70.2, párrafo segundo, LJCA). A este respecto, debe recordarse que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, «(l)a desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico y de este concepto legal, la doctrina y la jurisprudencia destacan las siguientes notas características:

a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que a este concepto legal le reconoce la Ley.

b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en las Sentencias de 5 de octubre de 1983 y 3 de febrero de 1984.

c) Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia genérica en los elementos reglados del acto producido, precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma, como reconoce la Sentencia de 8 de noviembre de 1978.

d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, lo cierto es que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye y antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder, de conformidad con las Sentencias de 30 de noviembre de 1981 y 10 de noviembre de 1983.

e) En cuanto a la prueba de los hechos en la desviación de poder, siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1249 del Código Civil, con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1253 del Código Civil se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación, como reconoce entre otras la Sentencia de 10 de octubre de 1987.

f) La prueba de los hechos corresponde a quien ejercita la pretensión y el artículo 1214 del Código Civil puede alterarse según los casos, aplicando el criterio de la finalidad, en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal y hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para otra.

g) Finalmente, la necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, se erigen como elementos determinantes que vienen declarando reiteradas Sentencias de esta Sala (entre otras las de 6 de marzo de 1992, 25 de febrero de 1993, 2 de abril y 27 de abril de 1993) que insisten en que el vicio de desviación de poder, consagrado a

nivel constitucional en el artículo 106.1, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine » (Sentencia de 25 de marzo de 2009 (rec. cas. núm. 11169/2004), FD Segundo; y, en idénticos términos, entre las más recientes, Sentencia de 10 de junio de 2008 (rec. cas. núm. 3031/2004), FD Quinto; Sentencia de 5 de febrero de 2008 (rec. cas. núm. 773/2004), FD Quinto; Sentencia de 26 de abril de 2007 (rec. cas. núm. 8122/2002), FD Tercero; y Sentencia de 15 de junio de 2005 (rec. ordinario núm. 85/2003), FD Sexto).

Pues bien, aplicando la doctrina jurisprudencial precedente al caso examinado, y abundando en nuestras anteriores reflexiones, debe ponerse de manifiesto que en modo alguno se ha acreditado por el actor que el Equipo actuario número 20 de la O.N.I. haya llevado a cabo una actividad diferente de la que legal y reglamentariamente tiene encomendada, esto es, la de verificar la conducta fiscal del recurrente y comprobar la veracidad de las declaraciones presentadas ante la Hacienda Pública, actividad que culminó con el levantamiento del acta correspondiente y la práctica de la liquidación tributaria oportuna. Una vez más, nos vemos en la obligación de poner de relieve que nada dijo el actor sobre este particular durante el procedimiento administrativo; ni solicitó el recibimiento a prueba para demostrar lo que, como hemos dicho, no se vislumbra ni a simple vista ni después de un análisis riguroso de las actuaciones llevadas a cabo por la Inspección tributaria. Lo único que ofrece el actor son afirmaciones apodícticas basadas en meras conjeturas sin fundamento alguno a las que, por razones evidentes, esta Sala no puede en absoluto atender.

C) Como tampoco podemos acoger la alegada vulneración del principio "non bis in idem" reconocido en el art. 25.1 de la CE ni la del art. 24.2 de la CE. Como hemos señalado más arriba, la representación procesal del Sr. Edmundo considera infringido dicho principio porque -según arguye- «debe aplicarse no sólo al acto en sí de la imposición de sanciones, sino (también) a la interdicción del doble procedimiento penal y administrativo», máxime -explica- «cuando ha sido la propia Administración la que vincula el resultado de ambos procedimientos» (cita, en este sentido, las SSTC 77/1983, de 3 de octubre, FFJJ 3 y 4; 177/1999, de 11 de octubre; y la Sentencia de este Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998 (recurso núm. 5.422/1995). Además, al hilo de la denuncia de la infracción de los citados preceptos, señala el recurrente que la «preeminencia del proceso penal sobre cualquier otro» implicaba

«la obligada interrupción de las actuaciones administrativas de comprobación tributaria a resultas del proceso penal».

Pues bien, sobre este particular, conviene precisar, antes que nada, que, efectivamente, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, la vertiente formal o procesal de la prohibición de bis in idem «se concreta en la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal» (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 c); en el mismo sentido, STC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 4). La «subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial -ha señalado el máximo intérprete de la Constitución-, exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera» (STC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 3). Premisa esta de la que se derivan tres consecuencias: a) «el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso»; b) «la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos»; y c) «la necesidad de respetar la cosa juzgada» (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 3; y 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 c)).

Y, debido, precisamente, a la vis atractiva del proceso penal, la L.G.T. vigente en el momento de autos -del mismo que la actual (art. 180.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria)- establecía en el art. 77.6 -desarrollado por el art. 66 del R.G.I.T.- que «(e)n los supuestos en que la Administración Tributaria estime que las infracciones pudieran ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal»; disponiendo, asimismo, para evitar la vulneración del art. 25.1 de la CE, que «(l)a sentencia condenatoria de la autoridad judicial excluirá la imposición de sanción administrativa» y que «(d)e no haberse apreciado la existencia de delito la Administración Tributaria continuará el expediente sancionador con base en los hechos que los Tribunales hayan considerado probados».

Sin embargo, como hemos señalado, no consta -sino todo lo contrario- que la Inspección tributaria investigara hechos que constituyeran ilícito penal conforme a las normas entonces vigentes; ni que en el curso de las actuaciones de comprobación (limitadas) seguidas con el Sr. Edmundo los actuarios apreciaran que el obligado tributario hubiera realizado un delito contra la Hacienda Pública o cualquier otro delito. Nada de esto figura -insistimos- en ninguna de las diligencias y comunicaciones que integran el voluminoso expediente administrativo, todas ellas recibidas -y en algunos casos firmadas- por el representante del sujeto inspeccionado; ni nada específica sobre el particular la representación procesal del actor. En este sentido, esta Sala no acierta a comprender en virtud de qué precepto legal, reglamentario o constitucional el Equipo núm. 20 de las O.N.I. debió paralizar las actuaciones inspectoras hasta que concluyera con sentencia firme un proceso penal en el que -recordemos- se investigaban «delitos de falsedad en documento mercantil, maquinación para alterar el precio de las cosas, apropiación indebida y otros».

Sentado lo anterior, hay que rechazar a limine la alegada vulneración del principio «non bis in idem», habida cuenta de que ni concurre el presupuesto de hecho que el Tribunal Constitucional ha venido reclamando para considerar aplicable la prohibición de bis in idem ni se da la duplicidad sancionadora necesaria para declarar vulnerado el art. 25.1 de la CE.

En efecto, de acuerdo con la doctrina sentada reiteradamente por el Tribunal Constitucional, la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos constituye «el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, sea éste sustantivo o procesal» (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3), y «delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento» (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3).

Y, en el caso que enjuicamos, como puso de relieve la Audiencia Nacional en el FD Cuarto de la Sentencia recurrida en esta sede, no existe identidad en el presupuesto de hecho desencadenante de la responsabilidad penal y de la responsabilidad tributaria, ya que ésta última se debe al incumplimiento por el contribuyente de la obligación de contribuir en los términos legalmente exi-

gibles: en particular, a la deducción improcedente de determinadas cantidades en la autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio 1993.

Por otra parte, la representación procesal del Sr. Edmundo infiere la vulneración del art. 25.1 CE de la concurrencia de un procedimiento penal y de un procedimiento administrativo. Afirma, exactamente, que la cuestión «que es(a) parte sustenta encuentra su apoyo en el artículo 25.1 de la Constitución, en cuanto incorpora el principio «non bis in idem», y porque debe aplicarse no sólo al acto en sí de la imposición de sanciones, sino a la interdicción del doble procedimiento penal y administrativo», «(m)ás aún cuando ha sido la propia Administración la que vincula el resultado de ambos procedimientos» (pág. 29). Ciertamente, existe una vertiente formal o procesal del principio que examinamos que «impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta» (STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; en la misma línea, STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3), en tanto que semejante posibilidad entrañaría «una inadmisibles reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado» (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 4; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que el presupuesto para la aplicación del «non bis in idem» procesal «es que se inicie un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos enjuiciados en otro que ha concluido con una resolución judicial que produzca el efecto de cosa juzgada» (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3), y, como hemos señalado repetidas veces -y acertadamente subraya el Abogado del Estado (págs. 3 del escrito de oposición)-, el procedimiento penal y el de comprobación tributaria seguidos con el Sr. Edmundo no tuvieron lugar por los mismos hechos.

Finalmente, por lo que respecta a la tercera de las cuestiones que se plantean en relación con el primer motivo casacional -a saber, que la utilización de un procedimiento administrativo para aportar sus resultados en un proceso penal resulte contraria a los derechos reconocidos en el art. 24.2 CE - ha de ser también desestimada, fundamentalmente, por dos razones. De una parte, porque el recurrente no especifica qué concretos derechos de los establecidos en el

art. 24.2 CE han resultado vulnerados como consecuencia de la colaboración que tuvo lugar entre la jurisdicción penal y la Inspección de los Tributos en el curso de las actuaciones de comprobación e investigación llevadas a cabo por el Equipo número 20 de la O.N.I.; y de otra parte, porque, aunque cita dos Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que se examinó el derecho de los sujetos a que no se utilice en su contra la información que han aportado bajo coacción, como una de las vertientes del derecho a no autoincriminarse reconocido en el art. 6.1 CEDH y 24.2 CE (la Sentencias de 17 de diciembre de 1996 (caso Saunders c. Reino Unido) y de 19 de septiembre de 2000 (caso I.J.L., GM.R. y A.K.P. c. Reino Unido), tampoco se detalla en el escrito de interposición del recurso de casación qué concreta información de la recabada por el referido Equipo actuario en el marco de las actuaciones inspectoras se utilizó en el proceso penal seguido contra el Sr. Edmundo que comportara la violación de las garantías establecidas en el art. 24.2 CE.

Por las razones expuestas, el motivo no puede ser acogido.

CUARTO.- Como segundo motivo de casación, al amparo del art. 88.1.d) LJCA, la representación procesal del Sr. Edmundo alega que el equipo núm. 20 de la O.N.I. debió abstenerse y no desarrollar las actuaciones inspectoras al haber participado en la investigación penal que tuvo lugar por los mismos hechos. A su juicio, en la medida en que la propia O.N.I. considera interrelacionados el proceso penal seguido con el Sr. Edmundo y el de comprobación tributaria -razón por la cual el acta tiene naturaleza de previa-, podría afirmarse que estamos «ante un solo procedimiento», razón por la cual concurrirían dos de las causas de abstención previstas en el art. 28.2 de la LRJAP y PAC, en particular, «(h)aber tenido intervención como perito o testigo en el procedimiento de que se trate» (letra c)) y «(t)ener interés personal en el asunto de que se trate o en otro cuya resolución pudiera influir la de aquél» (letra a)). Aunque no se citan en el escrito del recurso, es preciso poner al citado art. 28.2 en conexión con el art. 29.1 LRJAP y PAC, que dispone que «(e)n los casos previstos en el artículo anterior podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento», así como con el art. 77 LRJAP y PAC, en virtud del cual, «(l)as cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran al a nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, salvo la recusación».

Pues bien, aunque «es cierto que debe reconocerse a los contribuyentes un derecho a la objetividad de los órganos de la Administración que tienen atribuida la gestión tributaria,

conectado con lo establecido en el artículo 103 CE y que se garantiza con la delimitación objetiva de la competencia y con el régimen de la abstención y recusación » (Sentencias de 24 de mayo de 2005 (rec. cas. núms. 6243/2000 y 6239/2000), FFDD Tercero y Cuarto, respectivamente; y de 14 de junio de 2005 (rec. cas. núm. 6206/2000), FD Cuarto), a la luz de los hechos que constan en autos y de las normas aplicables, es evidente que no cabe acoger el presente motivo de casación.

En primer lugar, ya hemos dicho que no es cierto que la investigación penal tuviera lugar en relación con los mismos hechos examinados en el procedimiento de comprobación e investigación tributaria ni, desde luego, que, como de manera simplista hace la representación procesal del Sr. Edmundo, pueda identificarse el procedimiento inspector con los procesos abiertos ante la Audiencia Nacional (juicio oral, en el que se estaban enjuiciando varios presuntos delitos de los que se imputaba al Sr. Edmundo en el Auto de procesamiento dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional de 27 de mayo de 1996, fruto de las Diligencias Previa núm. 234/1994) o -incluso- ante el Tribunal Constitucional (recurso de amparo presentado contra Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998, que resolvía el recurso de casación instado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 1997, que condenó al actor como autor de un delito de apropiación indebida en concurso ideal con un delito de falsedad en documento mercantil), ambos citados expresamente en el acta de disconformidad (núm. NUM000) de 17 de abril de 1998 y, de manera más extensa, en el Informe ampliatorio de la misma fecha (folios 19 y 20).

Y es que, efectivamente, una cosa es que, como se señala en dicha acta (folio 3), de los procesos judiciales pudieran llegar a derivarse, eventualmente, hechos con trascendencia tributaria que, por razones obvias habrían de ser tenidos en cuenta por la Administración tributaria (como se dice en el FD Séptimo de la Resolución del T.E.A.C. de 22 de febrero de 2002, la capacidad de actuación de la Inspección « est(aba) condicionada por los hechos que se declaren judicialmente probados y que pu(dieran) evidenciar relaciones jurídicas, mercantiles o administrativas entre el Sr. Edmundo y terceras personas, con repercusiones tributarias ») -razón por la cual el acta se califica como previa ad cautelam -, y otra muy distinta que en tales procesos se enjuicien los mismos hechos que en las actuaciones inspectoras que examinamos en esta sede, lo que, obviamente, hubiera debido determinar -y, con toda seguridad, hubiera determinado- que los actuarios de la Inspección paralizaran el procedimiento administrativo hasta que la autoridad judicial dictara Sentencia firme (art. 77.6 L.G.T.).

En segundo lugar, atina la Sala de instancia cuando subraya que el carácter taxativo de las causas de abstención y recusación que establecen los citados arts. 28 y 29 de la LRJAP y PAC no permiten su aplicación analógica, y que no puede asimilarse la condición de "actuuario" o miembros de un equipo de inspección -en este caso, el núm. 20 de la O.N.I.- a la de "perito". Así lo ha puesto de manifiesto esta Sala y Sección en reiteradas ocasiones al afirmar, teniendo presente la dicción del mencionado art. 28.2.d) LRJAP y PAC, que no « procede la aplicación analógica pretendida por la recurrente, consistente en asimilar la condición de "actuuario" en el procedimiento de comprobación tributaria, a la de "perito" prevista en la norma legal », razón por la cual « no puede apreciarse causa alguna de abstención o recusación en el instructor del expediente por el hecho de haber intervenido con anterioridad en el procedimiento de comprobación tributaria seguido, no existiendo precepto alguno que impida dicha actuación » (Sentencias de 11 de diciembre de 2008 (rec. cas. núm. 158/2004), FD Cuarto; y de 18 de marzo de 2009 (rec. cas. núm. 43/2004), FD Tercero).

Como tampoco puede afirmarse que dichos inspectores actuarios tengan un "interés particular" que colisione con el "interés general" perseguido en las actuaciones de comprobación e investigación desarrolladas cerca del Sr. Edmundo. La Administración tributaria -hemos dicho en varias ocasiones-, « en su labor de aplicar el sistema tributario, no actúa en defensa de un interés propio, sino del general »; « (y) éste no es otro que el conseguir la efectiva realización del deber de contribuir establecido en el artículo 31 de la Constitución » (entre muchas otras, Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (rec. cas. núm. 5002/2001), FD Quinto).

Finalmente, a mayor abundamiento, es evidente que el actor debió esgrimir la causa de abstención y recusación que - insistimos, infundadamente- alega en esta sede en el momento en que apreció su concurrencia durante el procedimiento de comprobación tributaria.

A este respecto, la representación procesal del Sr. Edmundo advierte en la demanda que éste « no tuvo conocimiento de (l)os hechos » que, a su juicio, debieron determinar la abstención del equipo núm. 20 de la O.N.I. -su participación « en la investigación penal de los dos procesos penales en los que estuvo imputado D. Edmundo »- « hasta la puesta de manifiesto de los expedientes administrativos en sede de la Oficina Técnica, con la aparición de varios informes internos del Jefe del equipo núm. 20 ». Pero como, ya hemos señalado, el apartado 1 del art. 29 de la LRJAP y PAC, dispone que los interesados pueden promover la recusación « en cualquier mo-

mento de la tramitación del procedimiento », lo que hacer perder al argumento del actor cualquier fuerza suasoria.

En fin, como señalamos en la Sentencia de esta Sección de 1 de abril de 1996 (rec. cas. núm. 6388/1991), las causas de abstención del art. 28 de la LRJAP y PAC « han de ser alegadas en todo caso durante la tramitación del procedimiento en que intervienen las personas en quienes las causas de abstención concurren », porque, en caso contrario -como aquí ha sucedido-, « se ha(bría) privado a quienes se reprocha el dictar una resolución mediando causa de abstención del mecanismo de defensa legalmente previsto, así como de que resolviera la recusación invocada el órgano competente para ello » (FD Tercero).

Si a los motivos expuestos añadimos que, de conformidad con el art. 28.3 de la LRJAP y PAC, « (l)a ac-

■
"... iniciado ya el primer expediente sancionador, se produjo la entrada en vigor del Real Decreto 1930/1998 -el 13 de septiembre de 1998-, norma que en su art. 36,1 aclaraba los efectos del transcurso de los seis meses establecidos en el citado art. 34,2 de la LDGC,..."
 ■

tuación de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido » -como dijimos en la Sentencia de 26 de mayo de 2003 (rec. cas. núm. 3963/1999), « (s)e trata de una actuación siempre irregular sometida a sospecha de parcialidad que anuda responsabilidades de diversa índole, pero que no comporta siempre la ineficacia del acto de que se trate, salvo que el contenido de éste resulte afectado ciertamente de esa falta de objetividad que se sospecha por razón de la incompatibilidad de su autor y que por ello incurra en una infracción del ordenamiento jurídico determinante de su nulidad o anulabilidad » (FD Quinto; véase también la Sentencia de 20 de diciembre de 1999 (rec. cas. núm. 429/1997), FD Octavo)-, resulta de una radical evidencia que el motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Como tercer motivo de casación, al amparo del art. 88.1.d) LJCA, el recurrente alega la infracción del art. 93 de la L.G.T. y del art. 62.1.b) de la LJCA, « al no ser cierto el motivo invocado para sostener la adscripción » del Sr. Edmundo y su esposa a la O.N.I. « y su competencia ».

En particular, como se ha expresado suficientemente en los Antecedentes, la representación procesal del actor funda la vulneración de dichos preceptos en dos razones, aunque, ciertamente, de manera consciente o no, atribuye a cada una de ellas un valor desigual. La primera de ellas -la menos trascendente- porque « no consta la resolución del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria » en virtud de la cual se habría adscrito a los recurrentes a la O.N.I., de manera que -afirma- « ni siquiera se puede apreciar si tal resolución fue dictada, en su caso, por el Director de dicho Departamento, tal y como exige la normativa aplicable, y no se aclara en el escrito transcrito »; como tampoco figura -se dice- « la propuesta del Jefe de la ONI para que se atribuya la competencia a que se refiere la normativa transcrita, ni se hace mención de la misma » (pág. 38).

La segunda -la más importante-, porque, frente a lo que mantiene la Administración tributaria, « el motivo de la adscripción no (sería) simplemente la vinculación con el Banco Español de Crédito »; éste -se mantiene- sería « un simple subterfugio formal para justificar la adscripción »; se trata -se afirma- « de una verdad a medias », porque lo que en realidad se pretendía es « hacer coincidir en una misma Dependencia de Inspección (la ONI) la comprobación tributaria del contribuyente y la investigación penal del mismo, con evidente vulneración del principio del "non bis in idem" y del art. 24.2 » de la CE (pág. 39).

Es evidente, sin embargo, que ninguna de las razones que se esgrimen pueden ser acogidas por este Tribunal. En cuanto a la falta en el expediente de la resolución del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria por el que se adscribe al Sr. Edmundo y a D^a Isabel a la O.N.I., y la ausencia, asimismo, de la propuesta del Jefe de la O.N.I. para dicha adscripción, hay que comenzar subrayando, como hace la Sentencia de instancia, que sí existe un escrito firmado por el propio Jefe de la O.N.I. en el que se pone de manifiesto a dichos obligados tributarios la existencia de la referida resolución. En particular, dicho escrito, de fecha 3 de junio de 1994, señala lo que sigue:

« Con fecha 27 de mayo de 1994, el Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, ha dictado el siguiente acuerdo:

“De conformidad con lo dispuesto en la Resolución de 24 de marzo de

1992, de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre organización y atribución de funciones a la inspección de los tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, en su apartado DOS, núm. 3, y por tratarse de personas o entidades vinculadas a otras ya adscritas a la Oficina Nacional de Inspección, este Departamento acuerda que dicha Oficina sea, temporalmente, el órgano competente para realizar respecto a las mismas, las actuaciones de comprobación e investigación de alcance general”.

Edmundo (D.N.I....), figura incluida en el Anexo del anterior acuerdo y, en consecuencia, queda adscrita a la Oficina Nacional de Inspección en su dependencia de MADRID.

Este acuerdo es un acto de mero trámite, por lo que contra el mismo no cabe recurso alguno ».

A la vista de dicho escrito, la representación procesal del Sr. Edmundo no niega rotundamente que haya existido la Resolución del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, sino que «ni siquiera se puede apreciar si tal resolución fue dictada en su caso por el Director de dicho Departamento».

Sobre este particular, sin embargo, hay que subrayar, en primer lugar, que el Jefe de la O.N.I., tal y como reclamaba el punto Dos, apartado 3, párrafo primero, in fine, de la Resolución del Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 24 de marzo de 1992 (que organiza y atribuye funciones a la inspección de los tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria), recogió la literalidad de la Resolución y se la comunicó a los obligados tributarios mediante comunicación que consta fue recibida por su representante el 9 de junio de 1994.

En segundo lugar, no debe resultar tampoco inocua para nuestra decisión la circunstancia de que, pese a que el Sr. Edmundo y su esposa recibieron el acuerdo de adscripción a la O.N.I. antes de que se les notificara el inicio de las actuaciones inspectoras el 17 de junio de 1994, ni inmediatamente después de tal acuerdo, ni tras la comunicación del comienzo de dichas actuaciones (en la que, por cierto, se le recordaba al Sr. Edmundo que « el pasado día 9 de junio se le comunicó Resolución de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por la que ha(bía) quedado en forma temporal adscrito a la Oficina Nacional de Inspección », « dentro de la cual la labor de seguimiento, control y comprobación de sus obligaciones fiscales ha(bía) sido específicamente encomendada al Equipo núm. 20 », cuyos integrantes se identificaban), ni, en fin, durante todo el procedimiento administrativo de

comprobación e investigación (que, como se denuncia en la demanda, duró años), cuestionaron la competencia de la O.N.I. ni la veracidad de los manifestado en la comunicación de 27 de mayo de 1994.

Y, finalmente, tampoco resulta ocioso llamar la atención en este punto sobre el hecho de que durante el proceso contencioso-administrativo el recurrente no solicitó el recibimiento a prueba con el fin de que se comprobara la autenticidad de lo manifestado -y suscrito- nada menos que por el Jefe de la Oficina Nacional de Inspección, esto es, quien, según el núm. Dos, apartado 3, párrafo primero, de la Resolución de 24 de marzo de 1992, debe proponer al Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria que acuerde «la extensión de actuaciones de comprobación e investigación de alcance general de la Oficina Nacional de Inspección a otras personas o Entidades vinculadas o relacionadas con las comprendidas» en el apartado 1, y debe comunicárselo al interesado.

Autenticidad de lo manifestado por el Jefe de la Oficina Nacional de Inspección que, por lo demás, el Tribunal de Instancia no pone en duda, seguramente -estamos en el campo de la mera especulación-, entre otras cosas, porque parece un contrasentido que el Director del Departamento de Inspección Financiera no hubiera acordado la adscripción del Sr. Edmundo y su esposa a la O.N.I. y, sin embargo, en el curso de las actuaciones llevadas a cabo por la misma dictara un Acuerdo (de fecha 30 de enero de 1996) autorizando « al Equipo de la Oficina Nacional de Inspección núm. 20, cuyo Jefe e(r)a D. Carlos Francisco, para que proced(iera) a desarrollar actuaciones de obtención de información con trascendencia tributaria cerca de» determinadas entidades crediticias, «con la finalidad de conocer la identificación documental de los diferentes movimientos acontecidos a lo largo de los años 1987 a 1993» en ciertas cuentas abiertas a favor del Sr. Edmundo, su esposa y sus hijos (folios 17-18 del expediente administrativo); o, en fin, solicitara del Magistrado Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional la autorización para que los inspectores que estaban realizando las actuaciones inspectoras cerca del Sr. Edmundo tuvieran acceso a las Diligencias Previas núm. 234/1994, seguidas ante ese Juzgado (folio 53).

Por las razones que acabamos de expresar, la pretensión del actor de que en esta sede se declare nulo el procedimiento inspector por el solo hecho de no constar físicamente en el expediente la Resolución del Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria que reclama Resolución de 24 de marzo de 1992, se antoja desmedida y manifiestamente incoherente con la actuación del recurrente durante el proce-

dimiento administrativo y el proceso judicial en la instancia.

Tampoco puede aceptarse la segunda de las alegaciones que se aducen por la representación procesal del Sr. Edmundo, que es, como hemos señalado, la que se considera más importante, en la medida en que es la única que se menciona en el epígrafe que corona el tercer motivo de casación, a saber, «no ser cierto el motivo invocado para sostener la adscripción» de los obligados tributarios a la O.N.I. y la competencia de ésta (pág. 35).

A este respecto, hay que comenzar destacando que, además de la alusión a la cuestión contenida en la referida comunicación del Jefe de la Oficina Nacional de Inspección de 3 de junio de 1994, en el Informe ampliatorio al acta de disconformidad de 17 de abril de 1998, el Inspector Jefe de Equipo núm. 20 de la O.N.I. afirmaba que D. Edmundo « fue adscrito temporalmente a la Oficina Nacional de Inspección por Acuerdo, debidamente notificado, de la Ilma. Sra. Directora del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de 27/05/1994, por tratarse de una persona vinculada a una entidad ya adscrita desde antaño a la Oficina Nacional de Inspección », entidad que « no e(r)a otra que (el) Banco Español de Crédito S.A., con la que claramente estaba relacionado el Sr. Edmundo en la doble vertiente de administrador y accionista de esta entidad bancaria ».

Y señalaba, asimismo que, «(c)omo e(ra) lógico, la adscripción de D. Edmundo a la Oficina Nacional de Inspección conllevó, asimismo, la de su esposa D^a Isabel y la de sus hijos », « dada la vinculación familiar, patrimonial y tributaria existente entre ese grupo de personas », adscripción que -se insistía- « se produjo a través de sendos Acuerdos de la Ilma. Sra. Directora del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la misma fecha ». « No es, por tanto -concluya-, sino en el marco de vinculación existente entre todas estas personas físicas y jurídicas, lo que determinó su inclusión en forma conjunta, y prácticamente casi simultánea en el tiempo (salvo, en el caso de dos personas jurídicas) en los Planes de Inspección de Equipo núm. 20 de la ONI, debidamente aprobados de acuerdo a lo previsto en los artículos 19.4 y 29.a) del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprobó el Reglamento General de la Inspección de los Tributos » (págs. 2 y 3).

Esta es la razón que invocó la Administración tributaria para adscribir al Sr. Edmundo, su mujer y sus hijos a la O.N.I. Y, por lo pronto, debemos señalar que se trata de un motivo contemplado expresamente en la mencionada Resolución de 24 de marzo de 1992 de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que, en su núm.

Dos, después de señalar que el « Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria acordará la adscripción al ámbito de actuaciones de comprobación e investigación de alcance general exclusivo de la Oficina Nacional de Inspección, de obligados tributarios que extiendan su operativa a gran parte del territorio nacional, o bien presenten posición destacada en su sector, elevado volumen de operaciones, o se acojan al Régimen de Tributación Consolidada » (apartado 2), disponía que dicho Director podía « acordar la extensión de actuaciones de comprobación e investigación de alcance general de la Oficina Nacional de Inspección a otras personas o Entidades vinculadas o relacionadas con las comprendidas en el número anterior, a propuesta del Jefe de la misma ».

Frente a la expresada motivación de la Administración tributaria y su encaje en la citada Resolución, la representación procesal del recurrente pone en duda su veracidad con fundamento en una serie de motivos, entre lo que resalta: que pese a que Banesto llevaba adscrito a la O.N.I. muchos años el Sr. Edmundo sólo fue afecto a dicho organismo tras cesar como Administrador del Banco (pág. 39); que el «haber sido administrador de una determinada entidad con una cierta importancia, no puede constituir de por sí motivo para ser adscrito a la ONI» (pág. 40); y, en fin, que varias de las personas investigadas en el proceso penal fueron igualmente adscrito a la O.N.I. pese a no haber sido administradores de Banesto (pág. 40). Motivos que, como hemos dicho, llevan al recurrente a afirmar que la verdadera razón de la adscripción del Sr. Edmundo a la O.N.I. era la de «hacer coincidir en una misma Dependencia y funcionarios la investigación del proceso penal y las actuaciones inspectoras», por lo que la referida adscripción sería «ilegal, arbitraria e incurr(iría) en desviación de poder».

Sin embargo, además de que, como hemos visto, el motivo de la adscripción del Sr. Edmundo y su familia a la O.N.I. se encuentra expresamente previsto en una norma, no puede pasarse por alto que consta tanto en el comunicado del Jefe Nacional de Inspección de 3 de junio de 1994 como en el Informe ampliatorio del Inspector Jefe de Equipo núm. 20 de la O.N.I. -informe que, «en relación con la propia acta es un elemento más susceptible de ser valorado por el Tribunal de instancia, sin valor cualificado alguno, con el resto de los medios probatorios que puedan obrar en los autos» (Sentencia de 18 de septiembre de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 317/2004), FD Segundo, b))-; que ninguna prueba se intentó para desacreditar dicho motivo durante el proceso contencioso-administrativo (en el que -insistimos- no se solicitó el recibimiento a prueba); que el Tribunal de instancia -a quien

corresponde « la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal » (entre las últimas, Sentencias de esta Sala de 14 de marzo de 2008 (rec. cas. núm. 1629/2007), FD Tercero; de 21 de mayo de 2008 (rec. cas. núm. 8380/2004), FD Cuarto; de 18 de junio de 2008 (rec. cas. núm. 11399/2004), FD Cuarto; de 9 de julio de 2008 (rec. cas. núm. 4341/2004); y de 8 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 6220/2004), FD Cuarto)- lo ha considerado veraz; y, en fin, que, frente a todo ello, la representación procesal del Sr. Edmundo sólo ofrece conjeturas y la afirmación rotunda -y grave- de la existencia de una desviación de poder que ya hemos rechazado con igual rotundidad en el fundamento de derecho Tercero.

En fin, con independencia de lo anterior, sin atrevernos a decir que es una "nimiedad" (así calificamos la decisión de «incluir a una empresa en las Unidades Regionales de Inspección, en lugar de en las Unidades Provinciales de Inspección» en nuestra Sentencia de 18 de octubre de 2002 (rec. cas. núm. 8583/19), FD Tercero), en el supuesto de que, a los meros efectos dialécticos, se conceptuara como dudosamente correcto o -incluso- errónea la adscripción -además, temporal - del Sr. Edmundo a la O.N.I., y, por ende, se estimara impropio que fuera objeto de comprobación e investigación por funcionarios de la Inspección del Estado integrados en la misma, dicha conclusión no tendría que avocar necesariamente a las consecuencias radicales que se reclaman en el recurso de casación, teniendo en cuenta -entre otras consideraciones- que, como ya ha señalado esta Sala, las Resoluciones como aquella en la que funda su pretensión la representación procesal del actor son « normas de auto-organización de la Administración, no afectantes a la esfera jurídica de los administrados en cuanto se encaminan a la propia organización de la estructura administrativa », por lo que su contenido « nunca puede interpretarse en el sentido de que altere los derechos y obligaciones de los administrados, en este caso, de los sujetos pasivos de los impuestos » (Sentencia de la Sección Séptima de 27 de septiembre de 2007 (rec. cas. núm. 5850/2002), FD Tercero; en el mismo sentido, véase la anterior Sentencia de esta Sección de 23 de mayo de 2006 (rec. cas. núm. 8201/2006), FD Quinto)).

Por las razones expuestas, el motivo no puede ser acogido.

SEXTO.- Como cuarto motivo de casación, la representación procesal del Sr. Edmundo, al amparo del art. 88.1.d) LJCA, alega que se debió reconocer como gasto deducible de los rendimientos del capital inmobiliario la cantidad de 1.000.000 de ptas., dentro del capítulo de intereses de capitales ajenos invertidos en la ad-

quisición o mejora de bienes urbanos (art. 36.B de la Ley 18/1991), en particular, de la vivienda, propiedad de D^a Isabel, sita en la CALLE000, núm. NUM001 de Madrid.

Sobre esta concreta cuestión, se hacía constar en el Acta de disconformidad de 17 de abril de 1998 que en «el capítulo de los rendimientos del capital inmobiliario, se ha(bían) incluido indebidamente como gasto en la declaración 1.000.000 ptas. correspondientes a intereses satisfechos en el ejercicio por razón de un crédito aplicado al parecer, a la adquisición de vivienda; finalidad que, sin embargo, en el curso de las actuaciones no ha(bía) quedado acreditada documentalmente, conforme a lo establecido en el artículo 114.1 de la Ley General Tributaria» (folio 2). Y en el informe complementario a dicha acta, de la misma fecha, el Inspector Jefe de Equipo núm. 20 de la O.N.I. ponía de manifiesto los siguientes hechos:

a) que, según consta en escritura pública de 23 de diciembre de 1987, suscrita ante Notario de Madrid, D. Edmundo y su esposa reconocieron que adeudaban a Credit Lyonnais, S.A. la suma de 21.336.622 ptas., como consecuencia del préstamo mercantil por importe de 50.000.000 ptas., concedido inicialmente el 29 de noviembre de 1985, con garantía de una hipoteca constituida sobre la vivienda, sita en la CALLE000, núm. NUM001;

b) que el interés de dicho préstamo se estableció en el 16,45 por 100, fijándose como fecha de amortización de la deuda el 7 de octubre de 1988;

c) que, de acuerdo con el extracto de la cuenta de crédito, abierta en Credit Lyonnais, S.A. por razón de la referida operación, el 7 de octubre de 1988 se produjo la cancelación de la cantidad adeudada a la entidad bancaria;

d) que tal cancelación se produjo mediante entrega de cheque del Banco de Progreso (núm. 00.749.306) de fecha 7 de octubre de 1988, por importe de 24.895.844 ptas. (21.366.622 ptas. como principal y 3.529.222 ptas. de intereses);

e) que dicho cheque fue librado contra la cuenta corriente núm. NUM002, abierta por el Sr. Edmundo en el Banco de Progreso;

f) que no constaba con posterioridad al 7 de octubre de 1988 que se hubiera suscrito por parte de los contribuyentes un nuevo préstamo que viniera a sustituir al anterior cancelado; y g), en fin, que carecía «de todo fundamento la deducción computada por los contribuyentes en su declaración del IRPF del año 1992, puesto que -a tenor de lo establecido en el artículo 114.1 de la Ley General Tributaria - no se ha(bía) probado la realidad de tal gasto» (folios 12 a 14).

Partiendo de tales hechos, la Resolución del T.E.A.C. de 22 de febrero de 2002, consideró que con posterioridad a la cancelación realizada el 7 de octubre de 1988 «no exist(ía) constancia alguna en el expediente de que por parte de los obligados tributarios se h(ubiera) concertado un nuevo préstamo en sustitución del indicado», razón por la cual concluía que «el acto liquidatorio impugnado no admit(ía) la deducción de los gastos señalados, por no cumplir los requisitos legalmente exigidos, toda vez que no se ha(bía) acreditado en el expediente el nexo existente entre los intereses devengados por el préstamo y la utilización de éste para la adquisición del inmueble en cuestión». Y añadía que «(a)unque los reclamantes alega(ban) que la cancelación del préstamo inicial se produjo

Edmundo y su cónyuge no se aplica(ron) la deducción por adquisición de vivienda habitual en el ejercicio 1988», actuación que «sólo p(odía) encontrar explicación en que el préstamo fue sustituido por otro»; en segundo lugar, que cuando el actuario afirmaba que no existía otro préstamo que sustituyera el anterior, estaba «omitiendo la cuenta de crédito del Banco de Progreso» contratada por los citados obligados tributarios «cuyas características (eran) análogas a las de un préstamo»; y, finalmente, que «la devolución del préstamo de efectuó con un cheque del Banco de Progreso, de la cuenta corriente asociada a la cuenta de crédito citada» (pág. 45). Hay que subrayar, además, que los recurrentes, D. Edmundo y D^a Isabel, no solicitaron el recibimiento del proceso a prueba, por lo que ninguna prueba se practicó en relación con el indicado o cualquier otro extremo objeto de discusión en el proceso contencioso-administrativo.

Finalmente, partiendo de los hechos relatados por la Administración tributaria en el Acta de disconformidad -que, como es sabido, goza de presunción de veracidad a que se refería el art. 145.3 de la L.G.T., «en la forma como ha sido matizada por la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala » (Sentencias de 18 de septiembre de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 317/2004), FD Segundo, b); y de 13 de junio de 2005 (rec. cas. núm. 7096/2000), FD Cuarto; en el mismo sentido, Sentencia de 27 de octubre de 2001 (rec. cas. núm. 796/1996), FD Quinto)-, así como en el Informe ampliatorio de la misma - que « es un elemento más susceptible de ser valorado por el Tribunal de instancia, sin valor cualificado alguno, con el resto de los medios probatorios que puedan obrar en los autos » (Sentencia de 18 de septiembre de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 317/2004), FD Segundo, b))- la Sentencia impugnada en esta sede, después de recordar que el art. 114 de la L.G.T. «dispone que tanto en el procedimiento de gestión como en el de resolución de reclamaciones, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos que normalmente le son constitutivos, carga que se entiende cumplida si se designan de modo concreto los elementos de prueba en poder de la Administración tributaria», pone de manifiesto que «no ha(bía) sido justificado suficientemente las deducciones cuya validez y procedencia propugna(ba)» la parte recurrente (FD Séptimo).

En la medida en que, como acabamos de poner de manifiesto en varias ocasiones, la Audiencia Nacional funda su decisión en la falta de acreditación de las cantidades deducidas por el actor en concepto de intereses para la adquisición de vivienda, como acertadamente recuerda el Abogado del Estado, la cuestión se reduce a una cuestión de prueba en

■

"...no hay ningún inconveniente en afirmar que las actuaciones desarrolladas durante el procedimiento de comprobación e investigación..., tuvieron en un primer momento eficacia interruptiva de la prescripción, tanto de la acción para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas como de la dirigida a imponer sanciones tributarias."

■

incrementando el dispuesto de la cuenta de crédito en la entidad con cargo a la que se libró el talón», «tal afirmación carec(ía) de fundamento porque en ningún momento se ha(bía) probado que la amortización del préstamo h(ubiera) determinado el incremento de la cuenta de crédito núm. 831635, no siendo ésta, por otra parte la cuenta contra la que se libró el cheque, sino la cuenta corriente núm. NUM002, extremo que queda(ba) acreditado en el expediente» (FD Noveno).

Frente a la alegada -por la Inspección tributaria y el T.E.A.C.- falta de prueba, en el escrito de formulación de la demanda, la representación procesal del recurrente y su esposa se limitó a señalar, en primer lugar, que llegado el vencimiento del préstamo de la escritura anterior, «el Sr.

la que este Tribunal Supremo no puede entrar.

En efecto, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, « la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con intermediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios », sin que, en principio, salvo supuestos taxativos a los que ahora aludiremos, « pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley »; y ello como consecuencia de la « naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia » (entre muchas otras, Sentencias de esta Sala de 25 de marzo de 2002 (rec. núm. 9171/1996), FD Primero; de 9 de julio de 2007 (rec. núm. 4449/2004), FD Cuarto; de 14 de marzo de 2008 (rec. cas. núm. 1629/2007), FD Tercero; de 21 de mayo de 2008 (rec. cas. núm. 8380/2004), FD Cuarto; de 18 de junio de 2008 (rec. cas. núm. 11399/2004), FD Cuarto; de 9 de julio de 2008 (rec. cas. núm. 4341/2004); y de 8 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 6220/2004), FD Cuarto).

Pues bien, no habiendo denunciado la representación procesal de D. Edmundo -ni apreciando esta Sala el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio -al no haberse recibido el proceso a prueba, o haberse inadmitido, declarado impertinente o dejado de practicar algún medio probatorio-, la infracción por la Sentencia de instancia de las normas que rigen el reparto de la carga de la prueba, la vulneración de las reglas de la sana crítica, o, en fin, cualquiera de los otros supuestos excepcionales en los que este Tribunal ha declarado que puede plantearse válidamente la cuestión de la valoración de la prueba en casación (véanse, entre muchas otras, Sentencias de 25 de marzo de 2002 (rec. cas. núm. 9171/1996), FD Primero; de 26 de febrero de 2008 (rec. cas. núm. 2377/2005), FD Cuarto; y de 8 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 6220/2004), FD Cuarto), el presente motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- En los motivos de casación quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, todos ellos relativos a la sanción impuesta, el recurrente arguye a) que la « caducidad del expediente sancionador 15/98, declarada por la propia O.N.I., conlleva el efecto de la aplicación del instituto

de la prescripción», tal y como « la misma Sección de la Audiencia Nacional tiene establecido, para un caso idéntico al planteado », citando al efecto la Sentencia de 5 de febrero de 2004 (rec. núm. 992/2001), FD Tercero; b) subsidiariamente del motivo anterior, que al haberse extinguido la posibilidad de sancionar por el transcurso de más de cinco años desde que se iniciaron las actuaciones inspectoras (el 17 de junio de 1994) hasta la comunicación del acto de imposición de sanción (el 16 de julio de 1999) (sic); c) la improcedencia de la iniciación del segundo expediente sancionador, en aplicación del art. 49.2.j) del R.G.I.T. y de la jurisprudencia de este Tribunal; d) la nulidad de la sanción impuesta por incompetencia del Inspector Jefe Adjunto-Jefe de la Oficina Técnica para imponer las sanciones; y, e) la ausencia de culpabilidad del recurrente.

Pues bien, en aras de la claridad expositiva, anticipándonos a las conclusiones que después alcanzaremos, conviene empezar por afirmar que el motivo debe ser estimado al haberse producido efectivamente la prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias (art. 64 c) de la L.G.T.) como consecuencia de la caducidad del expediente sancionador. Para explicar las razones que nos conducen a esta conclusión es preciso seguidamente recordar que, según consta en autos, los hitos fundamentales del procedimiento sancionador son los que a continuación se reflejan:

a) En el Acta de disconformidad de fecha 17 de abril de 1998, el inspector actuario ponía de manifiesto la procedencia de iniciar contra D. Edmundo y su esposa D^a Isabel, un expediente sancionador distinto e independiente del instruido a través del acta que incoada, al haberse documentado ésta con posterioridad a la entrada en vigor de la L.D.G.C., de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria Única, apartado 2, de dicha Ley, elevando en esa misma fecha la correspondiente propuesta de inicio de expediente sancionador (expediente sancionador, folios 1-7).

b) El 5 de junio de 1998 el Inspector Jefe Adjunto-Jefe de la Oficina Técnica (Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la ONI), de conformidad con el art. 34 de la L.D.G.C. y la instrucción decimocuarta de la Instrucción 9/1998 del Director General de la A.E.A.T., acordó la apertura del procedimiento sancionador contra las personas antes citadas (folios 9 a 13), acuerdo que fue notificado a los interesados el siguiente 9 y 12 de junio (folios 26 y 28). Dicho procedimiento se abría en relación con comportamientos infractores presuntamente cometidos con ocasión de la declaración conjunta del I.R.P.F. correspondiente al ejercicio 1993, presentada el 20 de junio de 1994.

c) El 9 de febrero de 1999 el Inspector Jefe Adjunto-Jefe de la Oficina Técnica dictó acto administrativo de declaración de caducidad (folios 116 a 121), que fue notificado a los interesados al día siguiente (folio 121, vta.). En dicho acto se acordaba exactamente « (d) eclarar de Oficio la caducidad del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 36.1 del Real Decreto 1930/1998, sin perjuicio de la posibilidad de iniciarlo de nuevo, circunstancia prevista en la misma disposición y de la que será notificado oportunamente » (folio 121).

d) El mismo 9 de febrero de 1999 se acordó la apertura de un nuevo expediente sancionador (folios 122 a 133), al amparo de lo previsto en el art. 34.3 de la L.D.G.C., en conexión con el art. 36.1 del Real Decreto 1930/1998, precepto este último -se advertía- que permite en los casos de caducidad del expediente sancionador « iniciar de nuevo el procedimiento, en tanto no haya prescrito la acción de la Hacienda Pública para imponer la correspondiente sanción » (folio 123); el acuerdo fue comunicado a los interesados al día siguiente (folio 123, vta.).

e) El 30 de abril de 1999, el Jefe de Equipo o Unidad Instructora formuló la propuesta de imposición de sanción a los inculcados (folios 161 a 166), presentando el Sr. Edmundo escrito de alegaciones a la misma el 17 de mayo de 1999 (folios 167 a 169).

f) El 13 de julio de 1999 se dictó Acuerdo de imposición de sanción (de 308.100 ptas. de importe) contra D. Edmundo y D^a Isabel por la comisión de una infracción tributaria grave del art. 79 a) L.G.T. (folios 172 a 196), resolución que fue notificada a los administrados el 16 de julio de 1999 (folio 199).

A la luz de los hechos sintéticamente descritos, como hemos señalado, debemos necesariamente concluir que se ha producido la prescripción de la acción de la Administración tributaria dirigida a imponer sanciones al contribuyente porque, habiendo caducado el expediente sancionador inicialmente incoado al actor el 10 de febrero de 1999, que fue cuando se comunicó la decisión al Sr. Edmundo -, la notificación del acuerdo de apertura del segundo procedimiento punitivo (de fecha 9 de febrero de 1999) no tuvo lugar hasta ese mismo día 10 de febrero de 1999, esto es, más de cuatro años después de que concluyera el plazo voluntario para la presentación e ingreso de la autoliquidación del I.R.P.F. correspondiente al ejercicio 1993.

La Sentencia de 22 de julio de 2004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional rechaza implícitamente que se haya producido la prescripción de la acción para sancionar al considerar.

A estos efectos, pone de manifiesto la Sala que el art. 34.3 de la L.D.G.C. entonces vigente se limitaba a señalar que « (e) l plazo máximo de resolución del expediente sancionador ser(ía) de seis meses », y « el hecho de que la Ley establezca un plazo máximo de duración de los procedimientos no determina, si este efecto no está legalmente previsto, la caducidad o perención del procedimiento », por lo que no estando « la caducidad que se interesa » establecida « en la legislación tributaria », sino en el art. 92.3 de la LRJAP y PAC, en virtud de la disposición adicional Quinta de dicha Ley, la consecuencia de la superación del plazo legalmente establecido no puede ser otra que la contenida en el art. 105.2 de la L.G.T., que señala que « la inobservancia de los plazos por la Administración no implicará la caducidad de la acción administrativa, pero autorizará a los sujetos pasivos para reclamar en queja » (FD Octavo).

Olvida, sin embargo, la Sala de instancia, que iniciado ya el primer expediente sancionador, se produjo la entrada en vigor del Real Decreto 1930/1998 (el 13 de septiembre de 1998), norma que en su art. 36.1 aclaraba los efectos del transcurso de los seis meses establecidos en el citado art. 34.2 de la L.D.G.C. al señalar que « (t) ranscurrido dicho plazo sin que la resolución haya sido dictada, se entenderá caducado el procedimiento y se procederá al archivo de las actuaciones, de oficio o a instancia del interesado, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar de nuevo el procedimiento, en tanto no hay prescrito la acción de la Hacienda Pública para imponer la correspondiente sanción »; caducidad que, como es de sobra conocido y expresa el art. 92.3 de la LRJAP y PAC, no produce « por sí sola la prescripción de las acciones » de la Administración, « pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción ».

Y, sorprendentemente, soslaya, asimismo, la Sala de instancia -como el Abogado del Estado- que la propia Administración tributaria consideró caducado el expediente sancionador, cuyo inicio se comunicó al Sr. Edmundo el 9 de junio de 1998, mediante Acuerdo del Inspector Jefe Adjunto-Jefe de la Oficina Técnica, que, al amparo de lo dispuesto en los arts. 23.1 y 34.3, ambos de la L.D.G.C., en conexión con el art. 36.1 del Real Decreto 1920/1998 », acordó « (d) eclarar de Oficio la caducidad del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 36.1 del Real Decreto 1930/1998, sin perjuicio de la posibilidad de iniciarlo de nuevo, circunstancia prevista en la misma disposición y de la que será notificado ».

Según el Acuerdo de imposición de la sanción de fecha 13 de julio de 1999, la Administración tributaria no acepta la existencia de prescripción de la acción dirigida a sancionar al

entender que, amén de la comunicación del inicio de la actuación de comprobación, « concurren otras causas interruptivas constituidas por diligencias incoadas a lo largo del procedimiento inspector, el acta de fecha 17 de abril de 1998, el acuerdo de liquidación de 23 de diciembre de 1998, notificado en fecha 28 de diciembre de 1998, que determinan el cómputo de un nuevo plazo de prescripción a partir de la última de las causas interruptivas citadas, por lo que es evidente que a la fecha en que el presente Acuerdo sancionador se dicta no han transcurrido los cuatro años previstos en la Ley 1/198 computados desde el 28 de diciembre de 1998 » (folio 187).

En definitiva, estima la Inspección de tributos que aunque la caducidad del expediente sancionador determinaría que los actos desarrollados en el mismo, desde su inicio el 9 de junio de 1998, carecen de virtualidad interruptiva de la prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias, sí tendrían dicha eficacia interruptiva las actuaciones llevadas a cabo durante el procedimiento de comprobación e investigación que concluyó con la liquidación tributaria de 23 de diciembre de 1998, por lo no se habría producido la prescripción prevista en el art. 64.c) de la L.G.T.

La tesis de la Administración tributaria, sin embargo, no puede acogerse. Desde luego, no hay ningún inconveniente en afirmar que las actuaciones desarrolladas durante el procedimiento de comprobación e investigación que se inició cerca del Sr. Edmundo con la comunicación de 17 de junio de 1994 (naturalmente, como venimos diciendo, las tendencialmente ordenadas a iniciar o proseguir los respectivos procedimientos administrativos o que, sin responder meramente a la finalidad de interrumpir la prescripción, contribuyeran efectivamente a la liquidación, recaudación o imposición de sanción en el marco del impuesto controvertido), tuvieron en un primer momento eficacia interruptiva de la prescripción tanto de la acción para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas como de la dirigida a imponer sanciones tributarias.

La razón estriba en que, como señalamos en la Sentencia de 16 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 8525/2004), « en realidad, antes de la separación de procedimientos operada por la Ley 1/1998, cuando el obligado tributario había cometido infracciones tributarias, más que una tramitación conjunta del procedimiento de comprobación e investigación y el sancionador, podía afirmarse que existía un solo procedimiento -el inspector, regulado en la L.G.T. (arts. 140 a 146) y en el Real Decreto 939/1986 -, que, en la medida en que tenía la doble finalidad de liquidar la cuota y castigar las infracciones tributarias cometidas, constituía, materialmente, esto es, constitucio-

nalmente (arts. 24 y 25 CE) un procedimiento punitivo, o, atendiendo al significado propio ("concepto autónomo") que a esta expresión, contenida en el art. 6.1 C.E.D.H., le ha otorgado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "acusación en materia penal" (en este sentido, Sentencia de 3 de mayo de 2001, asunto J.B. c. Suiza, §§ 44-49) » (FD Octavo).

Esa eficacia interruptiva de las acciones dirigidas a liquidar y sancionar, sin embargo, no puede mantenerse después de que entraran en vigor la Ley 1/1998 y, posteriormente, el Real Decreto 1930/1998. Como señalamos en la citada Sentencia de 16 de octubre de 2008, la situación antes descrita « cambia radicalmente con la aprobación de la Ley 1/1998 », norma que « estableció por primera vez la separación de los procedimientos de comprobación e investigación, de un lado, y el sancionador, de otro », separación que « determinó que este último adquiriera sustantividad propia y fuera objeto de una regulación autónoma » contenida, esencialmente, en sus arts. 33 a 35. « Esta separación normativa -prosegüimos- ha culminado, en su evolución, con la aprobación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, cuyo art. 207 señala que el procedimiento sancionador en materia tributaria se rige por las normas especiales establecidas en el Título IV de la misma Ley ("La potestad sancionadora") -es el Título III el que regla "La aplicación de los tributos"-, por la normativa reglamentaria dictada en su desarrollo y, supletoriamente, por las disposiciones reguladoras del procedimiento sancionador en materia administrativa ».

Uno de los puntos principales de esa regulación autónoma fue el establecimiento de un plazo máximo de seis meses de resolución del expediente sancionador, plazo que, como hemos señalado, el art. 36.1 del Real Decreto 1930/1998 identificó como de caducidad, con los efectos que especificaba este último precepto, idénticos a los que se establecían en el art. 92.3 de la LRJAP y PAC: el archivo de las actuaciones, aunque con la posibilidad de iniciar de nuevo el procedimiento siempre que no haya prescrito; efectos que la actual Ley 58/2003 ha modificado en beneficio de los obligados tributarios al señalar que la « caducidad impedirá la iniciación de un nuevo procedimiento sancionador » (art. 211.4, párrafo segundo).

Pues bien, es evidente que a partir de la entrada en vigor de la L.D.G.C. y del Real Decreto 1930/1998, con independencia de que las actuaciones realizadas durante el procedimiento -normalmente previo- destinado a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación interrumpieran la prescripción de la acción dirigida a imponer sanciones, una vez notificada la iniciación del procedimiento sancionador autóno-

mo, si éste caducaba por haber transcurrido el plazo máximo de 6 meses, en virtud del art. 36.1 del citado reglamento, en conexión con el art. 34.3 de la L.D.G.C., dicho procedimiento ya no podía volver a iniciarse si, como ha sucedido en este caso, habían transcurrido más de cuatro años contados desde que concluyó el plazo voluntario de presentación de la correspondiente declaración tributaria o, en general, desde que el obligado tributario inculcado hubiera cometido -o podido cometer- la infracción.

Aún más, lo que acabamos de señalar sólo es rigurosamente correcto desde la vigencia de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre. Porque, como ha señalado esta Sala, en el lapso de tiempo que transcurre desde la entrada en vigor de la Ley 1/1998 hasta la aprobación de la referida Ley 14/2000 (y este es, precisamente, el

■

"... en el lapso de tiempo que transcurre desde la entrada en vigor de la Ley 1/1998 hasta la aprobación de la referida Ley 14/2000..., ni siquiera podía sostenerse que los actos realizados en el procedimiento de comprobación, tenían efectos interruptivos de la prescripción de la acción dirigida a sancionar."

■

período de tiempo en el que tienen lugar las actuaciones inspectoras que examinamos), ni siquiera podía sostenerse que los actos realizados en el procedimiento de comprobación tenían efectos interruptivos de la prescripción de la acción dirigida a sancionar. En efecto, como señalamos en la Sentencia de 16 de octubre de 2008:

« (T)ras la entrada en vigor de la Ley 1/1998, el procedimiento sancionador ya no estaba confundido con el destinado a comprobar e investigar (o, si se prefiere, el procedimiento de inspección no podía tener nunca naturaleza punitiva), sino que, por el contrario constituía siempre un procedimiento distinto, autónomo, que se regía por el bloque normativo compuesto por los preceptos antes citados de la Ley 1/1998, por el Real Decreto 1930/1998 y por las normas del R.G.I.T. aplicables en materia sancionadora. Y esta separa-

ción de procedimientos ha determinado la necesidad de reinterpretar algunas de las normas establecidas en la L.G.T., concebida en un primer momento como una norma única que disciplinaba todos los procedimientos que podían ponerse en marcha con ocasión de la gestión de los tributos, incluyendo el sancionador.

Así, por ejemplo, como señalamos en la Sentencia de 15 de junio de 2005, en la que desestimamos un recurso de casación en interés de ley promovido por el Abogado del Estado (núm. 86/2003), antes de la aprobación de la Ley 1/1998, "porque se podía(a) investigar y comprobar en un mismo expediente se producía la consecuencia lógica de que la prescripción, tanto de las acciones para determinar las cuotas tributarias y sus recargos como de las sanciones que pudieran derivarse, se interrumpían por aquellas actuaciones investigadoras o comprobadoras que se dirigieran a depurar el hecho imponible, en cualquiera de sus circunstancias"; sin embargo, tras la entrada en vigor de dicha norma (y hasta la aprobación de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre), era razonable interpretar que, pese a la dicción del art. 66.1.a) L.G.T., los plazos de prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias no se interrumpían por las actuaciones de comprobación e investigación.

En efecto, desde entonces -afirmamos- "(e)l procedimiento de regularización es un procedimiento que no tiene carácter sancionador", "a través del mismo la Administración no puede imponer al contribuyente sanción alguna», razón por la cual, "no resulta admisible que unas actuaciones ajenas al expediente sancionador puedan interrumpir la prescripción de unas ulteriores sanciones". Y, citando el art. 3.1 del Código Civil, concluimos: "la norma imperante al tiempo de resolver era la dispuesta en el art. 34.1 de la Ley 1/1998 que estableció la separación del expediente de regularización del sancionador con todas las consecuencias y, consecuentemente, la no incidencia de la interrupción del procedimiento de comprobación de la situación tributaria del sujeto infractor en el expediente sancionador.

Un cambio legislativo evidencia una realidad social nueva, que debe marcar la pauta interpretativa de la normativa modificada y del nuevo régimen jurídico" (FD Tercero) » (FD Octavo).

En definitiva, es evidente que caducado el procedimiento sancionador (acto administrativo de declaración de caducidad que se produjo el 9 de febrero de 1999), y habiendo transcurrido más de cuatro años desde que concluyó el plazo voluntario de presentación de la autoliquidación del I.R.P.F. correspondiente al ejercicio 1993 (el 20 de junio de 1994) hasta que se le notificó al recurrente la apertura de un nuevo procedi-

miento punitivo (10 de febrero de 1999), hay que concluir que prescribió la acción de la Administración para imponer sanciones por las infracciones que eventualmente se hubieran podido cometer con ocasión dicha declaración tributaria, por lo que procede anular la sanción impuesta.

La citada conclusión hace innecesario que nos pronunciemos sobre el resto de los motivos formulados por la representación procesal del Sr. Edmundo dirigidas a fundamentar la declaración de nulidad de la sanción impuesta.

OCTAVO.- En atención a los razonamientos expuestos, procede estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Edmundo y, por tanto, estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo instado por el recurrente ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, lo que comporta la declaración parcial de nulidad de la resolución impugnada y de los actos administrativos de que trae causa, al haberse impuesto una sanción al Sr. Edmundo habiendo caducado la acción de la Administración para imponer sanciones tributarias.

NOVENO.- No procede hacer imposición de costas en la instancia, debiendo satisfacer cada parte las causadas en este recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo español, nos confiere la Constitución

FALLO

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Edmundo contra la Sentencia de 22 de julio de 2004, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso del citado orden jurisdiccional núm. 413/2002. Sin costas.

SEGUNDO.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de febrero de 2002, con la consiguiente anulación parcial de dicha resolución y del acuerdo sancionador de 13 de julio de 1999 que confirma. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Rafael Fernández Montalvo Juan Gonzalo Martínez Mico Emilio Frias Ponce Angel Agualló Aviles José Antonio Montero Fernández Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Angel Agualló Aviles, estando constituida la Sala en audiencia pública, lo que, como Secretaria de la misma CERTIFICO.



2010/84191

TS Sala 1ª, Sentencia 28 abril 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Sobre reclamación de cuotas

Incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de los acuerdos del consejo general de colegios de enfermeros

El TS declara haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el colegio de enfermeros demandado, anulando la sentencia recurrida y declarando la incompetencia de la jurisdicción civil por corresponder al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento del asunto, relativo a la reclamación de cuotas derivadas de acuerdos firmes del consejo general de colegios de enfermeros demandante. El TS considera que las reclamaciones de cuotas correspondientes a las distintas anualidades por parte de un consejo general de colegios frente a un colegio oficial deben calificarse como actuaciones administrativas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. El Consejo General de Colegios de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería interpuso demanda contra el Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería de Alicante, en reclamación de 28 087 200 pesetas, en concepto de cuotas ordinarias de aportación obligatoria, correspondientes al periodo de tiempo comprendido desde abril de 1991 a noviembre de 1992, inclusive.

2. El Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería, demandado, opuso -en cuanto ahora interesa- la excepción de falta de competencia de la jurisdicción civil, por ser el asunto de naturaleza administrativa y hallarse impugnado el acuerdo de fijación de cuotas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

3. El Juzgado de Primera Instancia dictó auto de sobreseimiento por incompetencia de jurisdicción, por entender que el objeto del proceso es materia que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Este auto fue apelado por el Consejo demandante.

4. La AP dictó auto, de 24 de junio de 1996, revocando el sobreseimiento. El criterio favorable a la competencia de la jurisdicción civil se basó en que sólo los actos colegiados sujetos al derecho administrativo son

los que debe controlar la jurisdicción contencioso-administrativa. La AP consideró posible una declaración parcial de competencia de la jurisdicción civil, para conocer de la reclamación que afecta a cuotas que derivan de acuerdos firmes, siendo necesario seguir el procedimiento para dilucidar qué cantidades de las reclamadas están amparadas por acuerdos firmes.

5. La sentencia de primera instancia, apreciando la existencia de falta de jurisdicción parcial, acogió en parte la demanda, en cuanto a 8 964 000 pesetas correspondientes a las cuotas de 1991, respecto a las que es firme el acuerdo en que se fijaron. Desestimó la demanda en cuanto a la reclamación de las cuotas de 1992, atendiendo a que fue impugnado el acuerdo en que se fijaron ante la jurisdicción contencioso administrativa, estando pendiente la decisión del recurso ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo.

Esta sentencia fue apelada por ambas partes, la actora para obtener la estimación total de la demanda, la demandada sosteniendo -en cuanto ahora interesa- la excepción de falta de competencia de la jurisdicción civil.

6. La sentencia de segunda instancia estimó la apelación de la actora, acogiendo íntegramente la demanda, y desestimó la apelación de la demandada. Entendió la AP -por lo que afecta al presente recurso- que es competente la jurisdicción civil, por

ser éste el criterio que sostuvo en el auto de 24 de junio de 1996.

7. El Colegio demandado interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, habiendo sido admitido el recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo primero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del motivo primero del artículo 469.1 de la LEC, por infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional: la sentencia incurre en exceso de jurisdicción al resolver un asunto que compete a la jurisdicción contencioso-administrativa».

En síntesis, aduce que la sentencia recurrida, al asumir la competencia para conocer de la reclamación, vulneró las normas y jurisprudencia que atribuye este tipo de asuntos a la jurisdicción contencioso-administrativa y esta infracción ha sido determinante del resultado del proceso, pues de haberse aplicado las normas y jurisprudencia vulneradas, el fallo habría estimado el recurso de apelación y rechazado la demanda formulada.

El motivo debe ser estimado.

TERCERO.- Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

A) Esta Sala ha declarado que, por aplicación del artículo 9, apartados 4 y 6, LOPJ, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es el competente para el conocimiento de procesos cuyo objeto es la reclamación por el Consejo General de Colegios frente a un Colegio Oficial de ámbito provincial, del pago de las cuotas que éstos tienen que aportar a aquél (SSTS de 27 de septiembre de 2002, RC núm. 789/1997, 26 de marzo de 2009, RC núm. 332/2003, 8 de abril de 2009, RC núm. 1724/2003, 2 de junio de 2009, RC núm. 1569/2004, 3 de junio de 2009, RC núm. 1646/2004, 17 de junio de 2009, RC núm. 57/2005).

Como en estas sentencias se dijo, se trata de instituciones consideradas como corporaciones de Derecho público y las reclamaciones de cuotas correspondientes a las distintas anualidades deben calificarse como actuaciones administrativas, atendida su aceptación en Asambleas Generales, expresivas de la voluntad colegial, que aprobaron los presupuestos de ingresos y gastos para dichas anualidades, así como las actividades llevadas a cabo en el ámbito de la gestión pública referente a la demanda y requerimiento de abono de las cuotas impagadas que se reclaman.

B) En el proceso del que dimana el presente recurso, se formula una reclamación por el Consejo General de

Colegios de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería frente al Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería de Alicante, en reclamación de las cuotas ordinarias correspondientes a los años 1991 y 1992, fijadas anualmente por aquél a través de sus órganos correspondientes. Estamos en presencia del requerimiento de aportaciones derivadas de actuaciones administrativas, como igualmente lo es el requerimiento de abono de derramas por prestaciones.

Por tanto es competente para conocer el orden jurisdiccional contencioso-administrativo porque dichos actos y disposiciones de la citada Corporación han sido adoptados en el ejercicio de funciones públicas (artículo 2.c) LJCA), a lo que debe añadirse que, en caso de que la actuación de aprobación de tales aportaciones y derramas se impugnara ante el orden contencioso-administrativo, lo que se resolviera en la jurisdicción civil sobre la reclamación de estos conceptos podría entrar en contradicción con lo resuelto sobre la fijación de los mismos en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

C) No pueden ser acogidas las alegaciones de la parte recurrida sobre la incidencia del RD 306/1993, de 26 de febrero. Esta cuestión ya ha sido objeto de análisis por esta Sala y se ha resuelto en consonancia con el criterio sostenido por la STS, Sala Tercera, de 20 de diciembre de 1999, RC núm. 430/1993. La referencia que se hace en el artículo 95 del Real Decreto 1856/1978, de 29 de junio, por el que se aprobaron los Estatutos de la Organización Colegial de Ayudantes Técnicos Sanitarios, tras la reforma operada por el RD 306/1993, de 26 de febrero, a la «jurisdicción ordinaria» como competente para el conocimiento de las reclamaciones por el impago de las aportaciones de los Colegios al Consejo General es una remisión a la vía judicial que no tiene por qué referirse en exclusiva a la jurisdicción civil, por lo que no cabe extraer de la redacción de tal precepto que se esté atribuyendo a la jurisdicción civil el conocimiento de las reclamaciones por impago de cuotas al Consejo General, omitiendo o excluyendo la competencia de la contencioso-administrativa (SSTS, ya mencionadas, de 26 de marzo de 2009, RC núm. 332/2003, 8 de abril de 2009, RC núm. 1724/2003, 2 de junio de 2009, RC núm. 1569/2004, 3 de junio de 2009, RC núm. 1646/2004).

Carece de relevancia, en consecuencia, el argumento de la parte recurrida dirigido a restar eficacia a lo resuelto en STS de 27 de septiembre de 2002, RC núm. 789/1997, pues, si bien en esta sentencia no se tiene en cuenta la modificación operada por el RD 306/1993, de 26 de febrero, el criterio interpretativo que acaba de exponerse, no impide concluir la

competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En cuanto a la referencia que efectúa la parte recurrida al RD 1231/2001, de 8 noviembre, por el que se aprueban los Estatutos generales de la Organización Colegial de Enfermería de España, del Consejo General y de Ordenación de la actividad profesional de enfermería, tal como se expuso en la STS de 26 de marzo de 2009, RC núm. 332/2003, aunque preveía en el artículo 45.1, respecto de las aportaciones de los Colegios Provinciales al Consejo General, que el impago de estas aportaciones podrá reclamarse ante la jurisdicción civil, dicho inciso fue declarado nulo por STS Sala 3.ª de 4 de febrero de 2004, RC núm. 2/2002, como la propia parte expone, por lo que no puede aplicarse como argumento de impugnación del recurso (STS de 3 de junio de 2009, RC núm. 1646/2004).

D) A todo lo dicho no obstan las SSTS de 28 de septiembre de 1998 y 12 de junio de 1990, que invoca la parte recurrida en apoyo de la atribución competencial al orden jurisdiccional civil. En la STS de 28 de septiembre de 1998 se atribuyó la competencia al orden civil porque el Consejo General recurrente carecía de la prerrogativa de ejecución de oficio para la exacción de las cuotas. Esta razón no concurre en la actualidad, pues el artículo 44 LJCA, que por razones temporales no se pudo aplicar en esa sentencia, establece un procedimiento especial para los litigios entre Administraciones Públicas. La STS 12 de junio de 1990 concluye el sometimiento al Derecho civil de la faceta asociativa privada de los colegios profesionales, citando a tal efecto «todo lo relativo a la adquisición, conservación, recuperación, pérdida o administración de sus bienes privativos», quedando su patrimonio particular «sometido a las normas aplicables a cualquier asociación de carácter civil», en tanto que en el caso presente se trata de la reclamación de cuotas de pago obligatorio que efectúa el Consejo General al Colegio territorial, que integra una actuación administrativa sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque el resultado de dicha actividad administrativa pueda tener repercusión en el patrimonio privativo del Consejo reclamante (SSTS, ya citadas, 26 de marzo de 2009, RC núm. 332/2003, 8 de abril de 2009, RC núm. 1724/2003, 2 de junio de 2009, RC núm. 1569/2004, 3 de junio de 2009, RC núm. 1646/2004 y 17 de junio de 2009, RC núm. 57/2005).

CUARTO. - Enunciación del motivo segundo.

El motivo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del motivo cuarto del artículo 469.1, por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.1 de la Constitu-

ción: la sentencia vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en cuanto la ratio decidendi (razón de decidir) del fallo obedece a un error».

El motivo se funda, en síntesis, en que la AP ha incurrido en un error patente. A juicio de la parte recurrente, se ha basado en el criterio sostenido por la propia AP en auto de 24 de junio de 1996, que mantiene la posibilidad de declarar la falta de competencia de jurisdicción parcial respecto a aquellas aportaciones que estuvieran impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La AP ha interpretado equivocadamente dicho auto, ya que la estricta aplicación del mismo conduciría a la decisión adoptada por el juez de instancia, pero sirve para motivar por remisión al mismo, sin otras consideraciones, la declaración de competencia de la jurisdicción civil.

La estimación del motivo primero hace innecesario entrar en el examen de lo planteado.

QUINTO. - Estimación del recurso y costas.

Según establece en el artículo 476.2. II LEC, habiéndose denunciado en el motivo primero, que ha sido estimado, la falta de competencia del orden jurisdiccional civil, procede casar la sentencia dictada por la AP, quedando a salvo el derecho de las partes a ejercitar las pretensiones ante quien correspondiere.

De conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 LEC, no procede imponer las costas de los recursos interpuestos a ninguna de las partes.

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

FALLO

1. Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal del Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería de Alicante, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.ª, en el rollo de apelación número 153/2003, de fecha 7 de febrero de 2003, dimanante del juicio de menor cuantía número 1158/1993, del Juzgado de Primera Instancia número 64 de Madrid, la que casamos y anulamos, declarando la incompetencia de la jurisdicción civil por corresponder el conocimiento del asunto al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, quedando a salvo el derecho de las partes a ejercitar las pretensiones ante quien corresponda.

2. No se hace condena de las costas causadas.

3. 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. Juan Antonio Xiol Rios, Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesus Corbal Fernandez. José Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.



2010/45238

TS Sala 2ª, Sentencia 25 marzo 2010. Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Aplicación del baremo de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados en la indemnización por delito de homicidio

El TS estima parcialmente el recurso de casación formulado por la acusación particular contra sentencia que condenó a la acusada por delitos de robo con violencia, homicidio y tentativa de homicidio. La Sala dicta segunda sentencia por la que viene a aumentar la indemnización en concepto de responsabilidad civil establecida a favor de la recurrente,

pues en un delito de homicidio en grado de tentativa las indemnizaciones por las lesiones y secuelas no tienen necesariamente que cuantificarse según un baremo aplicable a las aseguradoras en accidentes de circulación. Pero en este supuesto así lo ha hecho la Sala de instancia, y lo que aquí se suscita no es la procedencia de su aplicación, sino el acierto observado al aplicarlo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los motivos quinto y sexto -que se examinan en primer lugar por ser de quebrantamiento de forma, de conformidad con el art. 901 bis b)- lo son por dos infracciones procesales distintas, aunque sobre una misma argumentación: el motivo quinto (art. 851.1 de la LECriminal) plantea la falta de claridad en el relato histórico, y el sexto (art. 851.2 de la LECriminal) la falta de hechos probados. Y los dos con el mismo fundamento, que es no haber incluido en el hecho probado según la recurrente la forma en que se produjo el ataque.

Ambos motivos deben desestimarse:

1.- La falta de claridad es un quebrantamiento de forma que consiste en adolecer el relato histórico de ininteligibilidad. Existe, según la reiterada jurisprudencia de esta Sala, cuando la redacción de los hechos probados es confusa, dubitativa o imprecisa, de manera que, por la insuficiencia u oscuridad, o por no expresarlos en forma conclusiva, imperativa, terminante o categórica, sino vacilante o dubitativa, se imposibilita la nítida comprensión de lo afirmado como acaecido, o se deja prácticamente sin contenido específico la narración de los hechos.

De este modo cuando se trata de omisiones -en todo caso irrelevantes si recaen sobre extremos intrascendentes para la calificación jurídica- el defecto formal referido sólo se origina si los datos fácticos no incluidos impiden la comprensión de los afirmados, pero no cuando, siendo lo relatado inteligible para cualquiera, sólo existe en lo claramente dicho una insuficiencia para establecer la concurrencia de los elementos integrantes del tipo o de una circunstancia agravante- a combatir por la vía del art. 849.1 de la LECriminal -o se refiere lo omitido a extremos que a las partes interesan en apoyo de sus tesis- a integrar por la vía del art. 849.2 de la LECriminal - (SS. 30 de octubre de 1998; 13 de diciembre de 1999; 23 de noviembre de 2000; 30 de enero de 2001 entre otras).

En este caso el relato fáctico es de meridiana claridad y ninguno de sus pasajes resulta ininteligible. No lo es en absoluto la descripción de la agresión a la recurrente, pues resulta

comprensible para cualquiera señalar que: “la procesada la atacó esgrimiendo el mismo cuchillo diciéndole “dime donde vives porque te mato”, pues su intención era que la llevara a su casa y allí apoderarse de los efectos de valor que pudiera haber. La víctima -continúa el relato histórico- consiguió defenderse de este ataque, enfrentándose con la procesada, la cual, con intención de acabar con su vida, la llevó a clavar el cuchillo en varias ocasiones, ocasionándole heridas incisas en la zona dorsal del hombro izquierdo y tórax, neumotórax izquierdo, heridas de las que tardó en curar 268 días, de los que estuvo tres días hospitalizada, estando incapacitada para sus ocupaciones habituales los restantes días de sanidad.... Estas heridas, en particular el neumotórax, de no haber recibido la atención médica precisa, hubieran ocasionado la muerte de la víctima, que precisó, para su curación, de exploración diagnóstica, vacunación antitetánica, sutura de heridas, reposo, analgésicos, antidepresivos, ansiolíticos y psicoterapia. Como secuelas, a Sonia le han quedado un trastorno por estrés posttraumático en grado intenso, así como un trastorno posttraumático secundario; así como las siguientes secuelas físicas: una cicatriz de 1.5 cms, en zona supraescapular, derecha; otra cicatriz de 1 cm en la zona dorsal del hombro izquierdo, y otra de 1 cm de longitud en el tercio superior de la espalda”. La oscuridad no existe y la recurrente la confunde con la no descripción en la Sentencia del modo o forma de ataque integrador de lo que, en su tesis acusatoria, sería una agresión aleve. Pero esta es una cuestión diferente -objeto de los motivos primero y segundo- que nada tienen que ver con el quebrantamiento de forma descrito anteriormente.

2.- En cuanto al quebrantamiento de falta u omisión del relato de hechos probados, tampoco tiene fundamento alguno, bastando para ello recordar que existe cuando la Sentencia carece absolutamente de relato histórico o cuando se limita a declarar genéricamente que no están probados los hechos base de la acusación.

En este caso el relato de hechos probados existe y de lo que se queja el recurrente es de que no se incluyen en él determinados pormenores o datos de hecho que considera relevantes para su tesis sobre la naturaleza aleve de la agresión; lo que se sitúa fuera del ámbito casacional del art. 851.2 de la LECriminal y dentro del art. 849, de los motivos primero y segundo.

Por lo expuesto los motivos quinto y sexto se desestiman.

SEGUNDO.- El motivo segundo, que por razón de una mejor ordenación lógica de las cuestiones planteadas, se examina en primer lugar, denuncia al amparo del art. 849.2º de la LECriminal, error de hecho en la

apreciación de la prueba, alegando como documentos demostrativos de la equivocación del juzgador el informe de Sanidad emitido por los médicos forenses y las fotografías de la ropa de la recurrente. Documentos que a su juicio acreditan que las heridas sufridas se produjeron en la espalda y que por tanto el ataque se produjo también estando la víctima de espaldas a la agresora.

El motivo, dirigido a la modificación del hecho probado para que en él figure una forma de ataque idónea para la apreciación de la alevosía -calificación que sostiene en el motivo primero- debe desestimarse:

1.- Entre los diversos requisitos a que está sometida la apreciación del error de la vía casacional del art. 849.2 de la LECriminal se encuentran:

a) La necesidad de que el dato fáctico afirmado por el recurrente en contradicción con lo declarado probado en la Sentencia, resulte del documento invocado por su propia y literosuficiente capacidad demostrativa, y sin necesidad de deducciones ni de argumentaciones, es decir de manera directa e inmediata.

b) Que el dato considerado erróneo expresado en la Sentencia no tenga otro apoyo probatorio de modo que el documento invocado como acreditativo del dato contradictorio no se encuentre enfrentado a ningún otro elemento de prueba.

2.- Ninguno de estos requisitos concurre en este caso: la Sentencia no dice que la víctima no tuviese heridas en la espalda, que es lo único que los documentos citados por sí mismos vendrían a reflejar de modo directo; es decir: el lugar de las heridas. Estos documentos no prueban directamente y por su misma literosuficiencia la dinámica comisiva, es decir no acreditan que en el momento del ataque estuviera la víctima de espaldas al agresor. Tal dato es ya una deducción desarrollada como hipótesis posible a partir del de la localización de las heridas, aunque es evidente que en una agresión seguida de resistencia e intento de defensa ni es descartable causar lesiones en la espalda al atacado durante el desarrollo de la agresión ni es imposible se encontrara éste de frente al iniciarse el ataque. Además contó la Sala para determinar el modo y forma de ejecución con el testimonio de la víctima que describió el suceso ofreciendo la base probatoria del relato histórico concreto recogido en la Sentencia, incluida la inicial amenaza, la defensa de la víctima y su enfrentamiento con la agresora. No describir un ataque por la espalda no aparece pues como error fáctico, dentro de las exigencias que condicionan la estimación de este motivo casacional.

Por lo expuesto el motivo segundo se desestima.

TERCERO.- El motivo primero, amparado en el art. 849.1 de la LECriminal denuncia la indebida aplicación del art. 138 y 22.2 del Código Penal e inaplicación del art. 139.1 en relación con el art. 22.1 del Código Penal, al entender que los hechos declarados probados describen lo necesario para apreciar la alevosía que convierte el tipo de homicidio en asesinato, y no un mero abuso de superioridad estimado como agravante del homicidio.

Desestimado el motivo segundo, que pretendía incluir en el hecho probado el ataque por la espalda, el presente motivo primero debe resolverse con pleno respeto a los hechos probados de la Sentencia (art. 849.1 y art. 884.3 de la LECriminal), sin que pueda hacerse en ellos modificación, supresión o adición alguna, por estar dirigido el motivo casacional del art. 849.1 de la LECriminal a la impugnación y control de las calificaciones jurídicas, es decir de la correcta aplicación de la norma penal sustantiva a partir de la intocable premisa de su relato histórico.

1.- La alevosía, que cualifica el asesinato respecto al tipo genérico del homicidio, existe cuando el sujeto emplea en su ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, (art. 22-1 del CP). La doctrina de esta Sala viene caracterizándola:

A) Por su carácter mixto, y en tal sentido la Sentencia 155/2005 de 15 de febrero subraya que aunque tiene una dimensión predominantemente objetiva, incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal, de modo que al lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad, lo que conduce a su consideración como mixta. Y en análogo sentido la Sentencia 464/2005 de 13 de abril, entre otras muchas.

B) Con esa doble dimensión que la convierte en mixta el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos está en la idea de falta de defensa, esto es de la anulación deliberada de la defensa de la víctima (SS 864/97, 13 de junio; 821/98, 9 de junio; 472/2002, 14 de febrero; y 730/2002, de 2 de noviembre). Su esencia se encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión cuyos orígenes son indiferentes (SS 1031/03, 8 de septiembre; 1214/03, 26 de septiembre; 1265/04, 29 de noviembre), lo que significa que no es imprescindible que de antemano el agente busque y

encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone (SS 1464/03, 4 de noviembre; 1567/03, 25 de noviembre; 58/04, 26 de enero; 1338/04, 22 de noviembre; 1378/04, 29 de noviembre).

C) Las tres formas que puede adoptar esa idea esencial de la indefensión son:

1) La alevosía proditoria o traicionera, como trampa, celada, emboscada o traición. En ella se abusa de la confianza o de una situación confiada en la que el sujeto pasivo no teme una agresión como la efectuada (S 82/05, 28 de enero; 133/05, 7 de febrero).

2) La alevosía sorpresiva consistente en una actuación súbita, repentina o fulgurante, que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Esta modalidad es apreciable en los ataques rápidos y sin previo aviso (S 1031/03, 8 de septiembre; 1265/04, 2 de noviembre).

3) La alevosía por desvalimiento, en la que el sujeto busca o se aprovecha de las personales características o de la especial situación en que se encuentra la víctima, muy disminuida en sus posibilidades de defensa (niños, ancianos, inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc...).

D) Acerca de la indefensión que en cualquiera de las tres formas está presente en la alevosía, se ha de destacar que su apreciación no requiere que su eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados, y la tendencia a conseguir su eliminación (S 505/04, 21 de abril), lo que supone que la alevosía no se excluye en casos de intento de defensa, cuando es funcionalmente imposible, y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro.

2.- En este caso el Hecho Probado de la Sentencia ofrece tres sucesivas secuencias relevantes: en la primera la acusada esgrimiendo un cuchillo se dirige a la víctima diciéndole "dime donde vives porque te mato", añadiendo el hecho probado: "pues su intención era que la llevara a su casa y allí apoderarse de los efectos de valor que pudiera haber". Es ésta una acción abiertamente intimidatoria dirigida al apoderamiento de lo ajeno, pero en la que el sujeto ya exterioriza claramente su disposición para matar y exhibe el instrumento para hacerlo. En la secuencia inmediata el hecho probado afirma que la víctima "consiguió defenderse de este ataque enfrentándose con la procesada". Y en la tercera se dice que ésta "con intención de acabar con su

vida le llevó a clavar el cuchillo en varias ocasiones".

La agresión física, integradora del homicidio intentado sobreviene así durante el enfrentamiento defensivo de la víctima, que a su vez se origina por una previa acción intimidatoria, integrada por la frase amenazante y la exhibición visible del cuchillo.

De este modo ni hay al ejecutarse el apuñalamiento el abuso de una previa situación confiada, aprovechada desde la emboscada traicionera; ni fue súbito o repentino el ataque con el cuchillo, empuñado desde el principio de modo visible, ni se trata de una víctima desvalida por circunstancias incompatibles con toda defensa: De hecho, ante la amenaza inicial de quien no buscaba desde el principio acabar sobreseguro con la vida de la víctima, sino intimidarla como medio comisivo de un robo, se produce la reacción defensiva de la persona asaltada y el enfrentamiento subsiguiente, en el curso del cual la agresora causa a aquélla las lesiones con intención de matarla.

Este desarrollo de la acción es por lo tanto incompatible con la idea de total indefensión efectiva, ni es siquiera sugerente de una mera reacción defensiva instintiva pero inútil por parte de quien carece de salida ante una agresión ya iniciada con medios, modos o formas conscientemente dirigidas al aseguramiento de la acción mortal. Cuestión diferente es que, excluida la ejecución alevosa, en los términos expresados, se aprecie desproporción de medios que denotan evidente superioridad en la agresora, armada con un cuchillo, mediante el cual, sin excluir toda defensa, colocaba a la víctima en clara inferioridad frente a la atacante. Lo cual integra la agravante de abuso de superioridad, correctamente apreciada por la Sala de instancia.

Por lo expuesto el motivo primero se desestima.

CUARTO.- A la impugnación del pronunciamiento sobre responsabilidad civil se dirigen los motivos tercero y cuarto.

En este último, amparado en el art. 849.2 de la LECriminal, se alega error en la ponderación de las pruebas por no incluirse en el relato de hechos probados como secuela el "trastorno depresivo reactivo", invocando como documento acreditativo del error los informes de Sanidad Forense, y los informes médicos hospitalarios y del médico de cabecera.

Pero no hay tal error: el hecho probado de la Sentencia recoge como secuelas de las lesiones en la víctima un trastorno de estrés posttraumático en grado intenso y además un trastorno posttraumático secundario; lo que, como apunta el Ministerio Fiscal, engloba la secuela que el recurrente pretende introducir, y que por

ello no está omitida en la resultancia fáctica de la Sentencia.

El motivo cuarto se desestima.

QUINTO.- El motivo tercero se plantea a través del art. 849.1 de la LECriminal por infracción de los arts. 109.1 y 110.2 y 3 del Código Penal en relación con los arts 113 y 115 del mismo texto legal.

Denuncia la recurrente errores de la Sala de instancia en el uso como criterio orientativo para fijar las indemnizaciones del baremo introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. El motivo es apoyado por el Ministerio Fiscal.

1.- Es una exigencia de la seguridad jurídica la necesidad de alcanzar el mayor grado de certeza entendida como razonable predictibilidad de las decisiones judiciales en cuanto son aplicación de normas conocidas de antemano, mediante criterios interpretativos dotados de la estabilidad y uniformidad necesarias dentro de la natural evolución y progresión de la doctrina jurisprudencial a lo largo del tiempo.

Tanto mayor es la necesidad de un desarrollo interpretativo homogéneo y continuado cuanto mayor es el grado de discrecionalidad establecido en la norma y menor el grado de precisión de su contenido. Así sucede con los criterios de determinación de las indemnizaciones integradas en la responsabilidad civil derivada del delito, cuando han de compensar perjuicios, principalmente morales, que carecen de una equivalencia económica exacta, como es el caso de los días de lesión y de las secuelas resultantes del delito, para lo cual los arts. 109 y siguiente del Código Penal no contienen criterios concretos para la determinación del importe. Esto conduce a la necesidad de un desarrollo en fase judicial de aplicación de la norma, mediante la consolidación de los criterios valorativos y su generalización en los Tribunales de modo uniforme, sin perjuicio de la facultad de acomodar lo necesario a cada caso, dentro de los márgenes razonables que la seguridad jurídica exige.

2.- Por otra parte lo anterior no impide que existan en determinadas actividades de riesgo baremos oficiales destinados al cálculo minucioso de los importes indemnizatorios, máxime cuando al ser actividades sometidas a la generalizada cobertura por pólizas de aseguramiento de la responsabilidad civil, el cálculo anticipado de los riesgos asumidos y medidos en términos económicos, resulta imprescindible para la viabilidad empresarial de las entidades aseguradoras.

Tal es el caso del baremo introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley de Ordenación y

Supervisión de los Seguros Privados-actualizado el año 2009- de aplicación en los accidentes de tráfico, y cuyo empleo fuera de ese ámbito no se justifica por lo mismo que los cálculos para su elaboración se fundamentan en los datos de siniestralidad propia de esa actividad de riesgo.

La Sentencia de esta Sala de 8 de enero de 2007 declaró que la fijación de los baremos en el caso de responsabilidades civiles derivadas de hechos que deberían estar cubiertos por la garantía de un seguro responde, no a criterios objetivos o de justicia, sino a cálculos matemáticos obtenidos a partir de un estudio de posibilidades entre la cobertura técnica en función del mercado, las ramas de explotación, y las reservas matemáticas que hay que contemplar para que el sistema pueda subsistir sin riesgos inasumibles para los Fondos de cobertura. La fluctuación al alza o a la baja no responde a criterios equitativos sino a factores como el alza o la baja de la siniestralidad e incluso a ponderaciones mercantiles de cuotas de mercado. La indemnización baremada no es sino la permisible para el sistema. Si el legislador quiere puede duplicar las cantidades subiendo correlativamente las cuantías de las pólizas de seguro. En el caso de los delitos dolosos se rompe cualquier criterio de justicia, racionalidad, proporcionalidad y legalidad si se trasvasa sin más el criterio técnico y objetivo del contrato de seguro. Nadie puede asegurar sus responsabilidades civiles para el caso de que cometa un delito doloso; y los criterios de determinación son radicalmente diferentes.

3.- Con lo dicho queda claro que en un delito de homicidio en grado de tentativa las indemnizaciones por las lesiones y secuelas no tienen necesariamente que cuantificarse según un baremo aplicable a las aseguradoras en accidentes de circulación. Pero en este caso así lo ha hecho la Sala de instancia, y lo que aquí se suscita no es la procedencia de su aplicación, sino el acierto observado al aplicarlo. Y en este aspecto el motivo debe estimarse por las razones alegadas con el apoyo del Ministerio Fiscal:

A) Según el referido baremo actualizado al año 2009, la cantidad a percibir por los 286 días de impedimento es de 65,48 euros por cada uno de los tres días de estancia hospitalaria y 53,20 euros por cada uno de los restantes; incrementado todo en un 10% como factor de corrección establecido en la Tabla V de la Resolución de 20 de enero de 2009 de la Dirección General de Seguros: 15.712,46 euros.

B) Por la secuela de estrés posttraumático intenso, valorable con diez puntos la cantidad resulta de multiplicar por diez el valor de 764,07 euros/punto con el incremento de un 10% de corrección: 8.364,07 euros.

C) Por el trastorno postraumático secundario que aparece probado sin mayores precisiones, su valor no ha de pasar de 5 puntos a multiplicar por 764,07 euros/punto más el 10% de corrección: 4.202,35 euros.

D) Y por las cicatrices descritas en el hecho probado, se han de valorar como perjuicio estético moderado, con 7 puntos a multiplicar por el mismo importe referido y en los mismos términos: 5.348,49 euros.

El motivo tercero por lo expuesto debe ser estimado.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional, interpuesto por la acusación particular, Sonia, contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña, que condenó a Araceli por delitos de robo con violencia, homicidio y tentativa de homicidio; por estimación de su motivo tercero, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia con declaración de las costas de oficio; Así como a la devolución del importe del depósito legalmente establecido, si éste se hubiere constituido.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador, a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Joaquín Giménez García.- José Ramón Soriano Soriano.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pallín.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de marzo de dos mil diez.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de La Coruña, fallada posteriormente por la Audiencia Provincial de La Coruña Sección Segunda, y que fue seguida por delitos de robo con violencia, homicidio y de tentativa de homicidio contra Araceli, teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, se hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos

los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la Sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se hacen propios, dándose aquí por reproducidos los Fundamentos de la Sentencia recurrida, con excepción del Fundamento Cuarto, en lo que respecta a la cualificación de la indemnización por responsabilidad civil.

SEGUNDO.- La cuantía indemnizatoria será la que resulta de aplicar los criterios expresados en el apartado 3 del Fundamento Quinto de nuestra Sentencia de Casación, que aquí se dan por reproducidos: lo que, arroja una indemnización de 15.712,46 euros por lesiones, y 17.914,91 euros por secuelas.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Confirmamos los pronunciamientos de la Sentencia recurrida, con excepción de la cuantía in-

demnizatoria que sustituimos por la siguiente: 15.712,46 euros (quince mil setecientos doce euros con cuarenta y seis céntimos de euros) por lesiones, y 17.914,91 euros (diecisiete mil novecientos catorce euros con noventa y un céntimos de euros) por secuelas. En lo demás se hacen propios los pronunciamientos de la Sentencia de instancia dándose aquí por reproducidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Joaquín Giménez García.- José Ramón Soriano Soriano.- Manuel Marchena Gómez.- José Antonio Martín Pallín.

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

motivos que se van a examinar a continuación.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso alega, al amparo del artículo 205-b) de la L.P.L., la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo para resolver la cuestión planteada. Entiende la recurrente que nos encontramos ante un conflicto plural y no colectivo porque para determinar la antigüedad de cada trabajador afectado deben tenerse en cuenta sus circunstancias personales, a fin de determinar si existe la llamada unidad esencial del vínculo contractual que condiciona, según la jurisprudencia, el cómputo de los servicios prestados con carácter temporal con interrupciones superiores a los veinte días. Faltaría, según el recurso el elemento subjetivo, la existencia de un interés general, que es básico para que el procedimiento de proceso colectivo sea procedente.

Esta Sala tiene declarado con reiteración que las pretensiones propias de un conflicto colectivo se definen por dos elementos determinantes: "1) Uno subjetivo, integrado por la referencia a un grupo genérico de trabajadores, entendiéndose por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad y 2) Un elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general que es el que se manifiesta en el conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y por lo tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros". En este sentido las SSTs de 17-12-2001 (Recs.- 3688/2000 o 1081/2001), 13-11-2003 (Rec.- 146/02), 17-11-2003 (Rec.-146/02), 4-2-2004 (Rec.-98/2003), 27-5-2004 (Rec.-2687/03), 29-9-2004 (Rec.-179/03), 15-12-2004 (Rec.-115/03), y 7-10-2005 /RCO 196/04) entre otras.

La aplicación de esa doctrina al caso de autos obliga a desestimar el motivo examinado. En efecto en el presente caso existe un grupo genérico de trabajadores que se encuentra interesado en el presente conflicto: Todos aquellos ingresados antes del 28 de mayo de 2001 que pudieran tener derecho al complemento personal que sustituye el plus de antigüedad, por cuanto la cuantía del complemento personal dependerá de la mayor o menor antigüedad que se les reconozca en función de los servicios prestados, incluso con carácter temporal, lo que supone que afecta a todos los trabajadores fijos que antes hayan prestado servicios temporales, grupo homogéneo con interés en que se resuelva la valoración que, a efectos de antigüedad, se da a los servicios que prestaron con carácter temporal. Ciertamente que la antigüedad a reconocer a cada uno dependerá de sus circunstancias personales, pero, pese a ello, existe un interés general de todos en la forma en que se realice el cómputo de los servicios que



2010/84359

TS Sala 4ª, Sentencia 21 abril 2010. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

Cómputo a efectos de antigüedad de servicios prestados con carácter temporal

Desestima el TS el recurso de casación formulado por la empresa del sector de la alimentación demandada contra sentencia que ordenó que para calcular el complemento sustitutorio del antiguo complemento de antigüedad procede tener en cuenta todos los servicios prestados con contratos temporales, aunque en el caso de sucesivos contratos hayan existido interrupciones superiores a veinte días. Explica la Sala que en el supuesto enjuiciado la intención de los contratantes fue sustituir un complemento de antigüedad por otro personal, así como que la cuantía de este último coincidiese con la cuantía del que sustituía, máxime, a juicio del Tribunal, cuando en reunión de la comisión paritaria reconocieron que esa fue su intención, cual evidencia el hecho de que admitieran que ese nuevo complemento lo devengase el trabajador que prestase servicios temporales a la empresa en cierta fecha, pues el elemento determinante del derecho al nuevo complemento era la continuidad en la prestación de servicios en fecha anterior a la indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que estima la demanda de conflicto colectivo, interpreta el Anexo V del Convenio Colectivo de la demandada, donde se estableció el complemento personal compensativo en términos cuya redacción ha permanecido inalterable, desde el Convenio publicado en el B.O.E. de 15 de agosto de 2001 hasta el

publicado en el BOE de 22 de agosto de 2008, y declara que para calcular el referido complemento sustitutorio del antiguo complemento de antigüedad, deben tenerse en cuenta todos los servicios prestados con contratos temporales, aunque en el caso de sucesivos contratos hayan existido interrupciones superiores a veinte días, se interpone por la empresa el presente recurso que se articula en cuatro

con carácter temporal prestaron: todos los que tuvieron contratos temporales sucesivos con interrupciones superiores a veinte días tienen interés en la solución que se de, con independencia de las circunstancias de cada caso. Debe recordarse que para la aplicación del Convenio se estableció, según acuerdo de la Comisión Paritaria del que se hace eco el ordinal tercero de los hechos probados, que los servicios prestados con carácter temporal se computarán siempre que no hubiesen existido interrupciones superiores a veinte días entre los sucesivos contratos.

El objeto del conflicto colectivo que nos ocupa es determinar si es o no correcta la decisión empresarial de excluir en todo caso el cómputo de los servicios con interrupciones superiores a veinte días y en esa cuestión están interesados un grupo genérico y homogéneo de empleados que tiene un interés general, aunque luego haya que atender a las circunstancias de cada caso, cual evidencia el que ningún pleito individual se produciría o prosperaría caso de que se desestimara la demanda objeto de este conflicto, demanda cuya estimación no excluirá conflictos individuales, pero sí excluirá muchos, al sentar unas bases homogéneas para la solución de cada caso.

En este sentido pueden citarse nuestras sentencias de 26 de diciembre de 2006 (RCO 18/06) y de 16 de mayo de 2007 (Rec. 36/06) en las que recogiendo doctrina anterior de la Sala se dice: "El hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídica vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores".

Procede, consecuentemente, la desestimación del motivo examinado, así como la del segundo, subsidiario del primero, donde al amparo del artículo 205-e) de la L.P.L. se sigue insistiendo en la inadecuación del proceso de conflicto colectivo seguido, so pretexto de que la jurisprudencia sobre la "unidad esencial del vínculo laboral" requiere para su aplicación que entre los sucesivos contratos no existan interrupciones significativas, lo que obligaría a examinar el caso de cada interesado en un conflicto individual y no en un conflicto colectivo. Esta alegación debe rechazarse por no formularse con el debido amparo procesal (el apartado b) del artículo 205 de la L.P.L.) y porque, como se ha dicho antes, la posible individualización del derecho no nos puede hacer olvidar que nos encontramos ante la interpretación de una norma en la que existe un interés general de un colectivo de trabajadores a los que la misma afecta de forma homogénea e indiferenciada.

TERCERO.- El tercer motivo del recurso alega, al amparo del artículo 205-e) de la L.P.L. la infracción del Anexo V del Convenio Colectivo de BIMBO en relación con los artículos 9 del citado Convenio y con el 91 del Estatuto de los Trabajadores. Sostiene la recurrente, sustancialmente, que las disposiciones del Anexo V del Convenio Colectivo aplicable deben interpretarse en la forma que lo hizo la Comisión Paritaria del Convenio, cual se deriva de lo dispuesto en el artículo 9 del mismo, máxime cuando los acuerdos de esa Comisión fueron adoptados por las mismas partes que intervienen en este procedimiento, lo que obliga a estar a lo acordado sin discrepancia por la Comisión Paritaria o en su defecto al tenor literal del Anexo V del Convenio, porque ni a este, ni a los acuerdos de la Comisión puede reprochárseles que hayan tratado de forma desigual los servicios prestados con carácter temporal.

El motivo no puede prosperar, porque, cual se deriva de la literalidad del artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores, los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos, se resolverán por la jurisdicción competente, con independencia de lo resuelto por las comisiones paritarias. Pese a lo que insinúa la recurrente, el acuerdo de la Comisión Paritaria no tiene carácter de Convenio Colectivo, conforme al artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores, aunque participasen en esa comisión las mismas partes que negociaron el convenio.

La referida comisión lo que hizo fue interpretar el Convenio y no establecer nuevos derechos, sino concretar la extensión de los reconocidos. Por ello, no son de recibo las alegaciones de que debe estarse a lo acordado por la Comisión Paritaria, quien se limitó a interpretar el Anexo V del Convenio Colectivo, interpretación que en última instancia es función de los Juzgados y Tribunales.

Tampoco puede estimarse que de la literalidad del citado Anexo no se derive el derecho a reclamar una mayor antigüedad para consolidar un mayor complemento, pues esa disposición lo que hace es crear el complemento personal que sustituye el plus de antigüedad y dice cual será su cuantía, pero no veda el derecho a reclamar una mayor antigüedad y un mayor complemento al reconocido al tiempo de acordarse la novación, sin que, por otro lado, se deba olvidar que el Convenio, su Anexo V y los acuerdos de la Comisión Paritaria deben adaptarse y respetar las disposiciones de derecho necesario establecidas por la Ley, como es la contenida en el artículo 15-6 del Estatuto de los Trabajadores. Finalmente, recordar que la participación en la negociación del acuerdo o en la interpretación del mismo no es óbice para poder impugnarlo después por ilícito, por ser contrario a ley.

CUARTO.- El último motivo del recurso alega, al amparo del artículo 205-e) de la L.P.L., la infracción del Anexo V del Convenio Colectivo de la empresa recurrente en relación con los artículos 15-6, 25 y 82-3 del Estatuto de los Trabajadores y 3 y 1281 del Código Civil. Alega la recurrente que en su caso no es de aplicar la doctrina de esta Sala sobre el cálculo de la antigüedad en la empresa y el cómputo a esos efectos de los servicios prestados con carácter temporal antes de ganar fijeza.

Funda su alegación en que el Anexo V del Convenio lo que hace, precisamente, es suprimir el complemento de antigüedad para todos sus empleados, sin distinguir entre fijos y temporales, razón por la que no existiría desigual trato entre unos y otros, lo que impediría la aplicación del artículo 15-6 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia en que se funda la sentencia recurrida. Consecuentemente, según ella, el nuevo complemento personal se concedería a todos los empleados en igualdad de condiciones, esto es a todos los que se encontraran en activo el día 28 de mayo de 2001 y que en esa fecha tuviesen reconocido un plus de antigüedad que se consolidaría como complemento personal.

Para resolver la cuestión planteada conviene recordar que el Anexo V del Convenio Colectivo dispone: "A partir del 28 de mayo de 2001 se suprimen los devengos por antigüedad a todos los efectos, por lo que se eliminan del texto del XXI Convenio Colectivo de Bimbo SA el art. 34 y el anexo VI, antigüedad del XX Convenio Colectivo de la empresa.

El trabajador que a fecha 27 de mayo de 2001 tenga reconocido en nómina un importe por antigüedad, consolida el mismo y pasará a constituir un nuevo concepto salarial que, con carácter de complemento personal, no compensable ni absorbible se incorpora al presente Convenio y figurará en la nómina con la rúbrica CPC ". Así mismo debe tenerse presente que la Comisión Paritaria interpretó esa disposición en noviembre de 2005 establecido las siguientes reglas: "Podrá percibir el CPC el trabajador que estuviese prestando servicios con independencia de que fuese fijo o temporal en fecha de 28 de mayo de 2001, dado que el elemento determinante es la continuidad de prestación de servicios, en plazo anterior a la fecha indicada". También se establecía en el referido Acuerdo de la Comisión Paritaria que "si anteriormente tuvo contratos temporales que le hubiesen dado derecho a una antigüedad que no se le reconoció y termina la relación laboral con una interrupción de contratos por más de 20 días hábiles, empiezan a contar de nuevo los plazos, y el anterior periodo no se suma a la nueva situación". Finalmente, debe precisarse que la controversia planteada en la demanda se reducía a determinar la antigüedad a tener en cuenta a

efectos de calcular el importe del complemento personal que sustituía el plus de antigüedad y, más concretamente, como debían computarse los servicios prestados con carácter temporal antes de la novación extintiva de ese plus.

Ello sentado, procede desestimar el motivo de recurso estudiado porque la cuestión planteada no es determinar quien tiene derecho al complemento personal, sino como se cuantifica este a la fecha de su creación. A

ceptado que a partir del 28 de mayo de 2001 ningún empleado de la recurrente tiene derecho al plus de antigüedad y que al complemento personal que lo sustituye sólo tienen derecho quienes estaban al servicio de la recurrente el 28 de mayo de 2001, el problema se reduce a determinar cual es la cuantía de ese complemento: si el importe del complemento de antigüedad reconocido en nómina el 27 de mayo de 2001 o el importe que ese concepto debía tener, conforme a derecho, aunque la empresa no lo hubiese reconocido y el interesado no lo hubiese reclamado. Debemos decantarnos por la segunda opción por ser la más acorde con la intención de las partes firmantes del Convenio Colectivo.

En efecto, aunque de la literalidad del acuerdo pudiera deducirse otra cosa, es lo cierto que de los términos del mismo se desprende que la intención de los contratantes fue sustituir un complemento de antigüedad por otro personal, así como que la cuantía de este último coincidiese con la cuantía del que sustituía, razón por la que, conforme a los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, debe estarse a la intención de las partes firmantes del convenio, máxime cuando las mismas, casi cinco años después, en reunión de la Comisión Paritaria, reconocieron que esa fue su intención, cual evidencia el hecho de que admitieran que ese nuevo complemento lo devengase el trabajador que prestase servicios temporales a la empresa en mayo de 2001, pues el elemento determinante del derecho al nuevo complemento era la continuidad en la prestación de servicios en fecha anterior a la indicada.

Este acuerdo evidencia que la intención de las partes era que el complemento se calculase en función de los derechos adquiridos al 28 de mayo de 2001, aunque no hubiesen sido reconocidos por la empresa. Consecuentemente, para calcular el nuevo complemento debe estarse a la antigüedad que la empresa debía haber reconocido a cada empleado el 28 de mayo de 2001, lo que comporta la desestimación del motivo examinado, al ser de aplicar la doctrina de esta Sala implantó en su sentencia de 21 de mayo de 2008 (Rec. 3420/06) y que ha sido reiterada en otras posteriores (varias del 26 de mayo de 2009) que cita la sentencia recurrida, pues el motivo examinado se funda



EL DERECHO

Año XVII. Número 2866

Madrid, 7 de septiembre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

sólo en la inaplicación de esa doctrina a partir de la vigencia del Convenio de 2001, lo que no excluye, cual se ha razonado, la aplicación de la misma a los periodos de tiempo anteriores al 28 de mayo de 2001 y el cómputo, conforme a ella, de los servicios prestados con carácter temporal para el cálculo del plus de antigüedad al que tenían derecho sus empleados en la fecha indicada, por cuanto otra interpretación sería, además, contraria a lo establecido en el artículo 15-6 del Estatuto de los Trabajadores.

Procede por todo lo razonado, la íntegra desestimación del recurso,

cual ha informado el Ministerio Fiscal. Sin condena en costas, cual previene el artículo 233 de la L.P.L.

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 interpuesto por el Letrado D. Antonio Muñoz Hinojosa, en nombre y representación de BIMBO, S.A.U., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 23 de ju-

lio de 2009, en actuaciones núm. 113/09 seguidas en virtud de demanda a instancia de la FEDERACIÓN AGROALIMENTARIA DE COMISIONES OBRERAS, FEDERACIÓN AGROALIMENTARIA DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES contra BIMBO S.A.U., sobre CONFLICTO COLECTIVO. Confirmamos íntegramente la sentencia recurrida. Sin costas. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de proceden-

cia, 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. José Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

RESEÑA

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

TS CIVIL

2010/84189

TS Sala 1ª, Sentencia 6 mayo 2010.
Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Exclusión de acción de nulidad de marca internacional al no existir riesgo de confusión

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 acción de nulidad de la marca de la entidad demandada, confirmando el TS que no había razón para que la Oficina Española de Patentes y Marcas denegase la protección de la marca de la demandada ya que ésta había acreditado ser titular de otra marca internacional, anterior a la concesión al demandante de la marca española cuya defensa pretende, además de que entre las marcas enfrentadas no existe riesgo de confusión.

2010/84192

TS Sala 1ª, Sentencia 27 mayo 2010.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Interpretación de testamento conforme a la intención de testador reducida a la legítima estricta

El TS declara no haber lugar al rec. de casación, confirmando la sentencia

impugnada que consideró que la voluntad e intención del testador aparece clara y se acomoda estrictamente a los términos literales empleados en lo dispuesto en el testamento litigioso, desestimando la demanda principal por desistimiento por parte de uno de los hijos del testador que impugnaba algunos legados dispuestos a favor de su madre, por entender que se había incumplido la obligación testamentaria impuesta por el causante respecto a la administración de los bienes de la herencia, y desestimando también las demandas interpuestas por la esposa y los hijos demandados reconvinentes por entender éstos que, conforme a lo dispuesto en el testamento, los derechos del actor deben quedar reducidos a su estricta legítima.

TS PENAL

2010/53533

TS Sala 2ª, Sentencia 28 abril 2010.
Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

Participación a título de cooperador necesario en el delito de estafa

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delito de estafa. La jurisprudencia de la Sala viene sosteniendo que quien realice un aporte causal sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer integra un supuesto de cooperación necesaria. Existe cooperación necesaria

ria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido -teoría de la "condictio sine que non"-, cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo -teoría de los bienes escasos-, o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso -teoría del dominio del hecho-.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/45252

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 3 marzo 2010.
Ponente: D. Manuel Vicente Garzón Herrero

Poder de disposición del bien generador de la plusvalía gravada

El TS no ha lugar al recurso de casación planteado contra la sentencia de la AN que acogió en parte el recurso contencioso referente a una resolución del TEAC dictada en materia del IS. La Sala considera que, pese a que en los negocios han intervenido diversas entidades con personalidad jurídica propia, es lo cierto que la recurrente, por participar y controlar las entidades actuantes, nunca ha perdido el poder de disposición del bien que generó la plusvalía gravada, y que esto es así lo acredita el propio recurrente cuando al referirse a la justificación de la operación

TS SOCIAL

2010/62133

TS Sala 4ª, Sentencia 13 abril 2010.
Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

Abono empresarial de parte de pensión de jubilación parcial por falta de contratación de nuevo relevista

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que revocó la resolución que declaró la responsabilidad de la empresa demandante en el abono de prestación de jubilación parcial. Explica la Sala que la entidad gestora demandada ha hecho un uso ponderado de la facultad que le confiere la disp. adic. 2ª RD 1131/2002 de 31 octubre, por el que se regula la seguridad social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, al exigir a la empresa incumplidora una responsabilidad que resulta proporcionada con la entidad del incumplimiento, toda vez que se ha limitado a pedir el reintegro del importe de la pensión de jubilación parcial, no por todo el tiempo durante el que se prolongó la jubilación anticipada del trabajador relevado, sino únicamente a partir del momento en el que se dio de baja en la seguridad social al relevista cuyo cese dio origen a la responsabilidad.

llevada a cabo afirma que fue fruto de una planificación fiscal legitimada por operaciones propias de una economía de opción, pero es evidente que si realmente se habla de entidades independientes se debería hablar de diversas planificaciones fiscales, las de cada ente interviniente, y no de "una" planificación fiscal.