



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 XVI. Número 2768

Madrid, miércoles 9 de diciembre de 2009

TS PENAL

2009/205334

TS Sala 2ª, Sentencia 13 julio 2009. Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Inaplicación de subtipo agravado del art.148,1 CP 95 al tratarse de pistola de juguete

Se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de robo con violencia, allanamiento de morada, y lesiones. El TS dicta segunda sentencia por la que deja sin efecto el subtipo agravado del art. 148,1 CP 95, ya que se trataba de una pistola "de juguete" y no se describen sus características de tamaño, peso o composición material que permitan estimarla como objeto peligroso, y la reiteración del golpeo sobre la cabeza permite colegir que el alcance de las lesiones resultase de esa repetición de golpear y no de unas características del objeto que lo hicieran especialmente peligroso. Además, en el caso presente tampoco se afirma con certeza que se golpease la cabeza con la culata de la pistola de juguete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Joaquín.

PRIMERO.- Con apoyo en el art. 5.4 de la LOPJ y en el 849.1 de la LECriminal los motivos primero y segundo denuncian la inaplicación de la atenuante analógica del art. 21.6 del Código Penal por dilaciones indebidas.

Los motivos deben rechazarse: incoado el procedimiento el 28 de julio de 2006 y dictada Sentencia en julio de 2008, el tiempo total de duración del proceso no es excesivo en términos absolutos, y aún menos adolece de indebidas dilaciones porque, siendo ininterrumpida la tramitación y sucesión de actuaciones procesales entre la iniciación y el primer señalamiento del juicio, fijado para julio de 2007, la suspensión de la vista fue provocada por no estar todavía la víctima en condiciones físicas de declarar y no estar conforme las partes en prescindir,

lógicamente, de su testimonio. Por lo tanto la dilación entre la suspensión y el nuevo día fijado para la celebración de juicio, en junio de 2008, aún siendo dilación, estaba plenamente justificada por la imposibilidad material de celebrar la vista oral. De ello se sigue que no siendo indebida, sino necesaria e inexcusable, la dilación sufrida, no es apreciable la atenuante analógica que se invoca por el recurrente.

Los motivos primero y segundo se desestiman.

SEGUNDO.- El motivo tercero, canalizado a través del art. 849-1 de la LECriminal denuncia la inaplicación de la atenuante analógica de confesión del art. 21-6 en relación con el 21.4 del Código Penal por haber implicado a los otros intervinientes no conocidos por la Policía.

Dado el cauce casacional utilizado, el control del acierto o del error en la

aplicación de la ley penal sustantiva debe hacerse sobre el único presupuesto fáctico del relato de hechos probados, cuyo respeto resulta en esta vía de casación absolutamente ineludible, al punto de incurrir, en caso contrario, en causa de inadmisión (art. 884-3 de la LECriminal) que en esta fase decisoria lo es de desestimación.

El hecho probado no contiene ningún dato fáctico sobre el que deducir o construir jurídicamente la atenuante analógica invocada. Y en la fundamentación jurídica, donde pueden hasta cierto punto completarse los hechos probados, la Sentencia ya refiere que la Policía tenía fundadas sospechas de la intervención del acusado y de la también acusada Sacramento, novia del anterior. Ninguna referencia existe acerca de la declaración por el recurrente de los otros condenados y en todo caso su declaración se considera por la Sala como de conveniencia, sin relevancia alguna atenuatoria, que ahora en casación no puede extraerse de datos objetivos que no están en el relato histórico, ni el recurrente ha intentado introducir siquiera por la vía casacional del núm. 2 del art. 849 de la LECriminal.

El motivo tercero por ello se desestima.

TERCERO.- En los motivos cuarto y quinto, también canalizados a través del art. 849-1 de la LECriminal, impugna el recurrente la apreciación de la agravante de abuso de confianza (motivo cuarto) y de disfraz (motivo quinto), en los delitos cometidos, denunciando la infracción del art. 22-6 y 22-2 del Código Penal, respectivamente.

A) En cuanto al abuso de confianza, sostiene la improcedencia de su apreciación por no estar previamente ligado a la víctima, asaltada en su domicilio, por ninguna relación de lealtad o confianza. Afirmación que ignora datos probados tales como que no sólo su novia, la acusada Evelyn, trabajaba en aquella casa como asistente, sino que el propio recurrente acudía al domicilio de aquella para pasear y mover al marido de la víctima, en fase terminal de cáncer y que además padecía Alzheimer, por lo que necesitaba ayuda diaria. Es obvio que

SUMARIO

TS

CIVIL

Responsabilidad civil médica de centro sanitario pero no de ginecólogo 4

PENAL

Inaplicación de subtipo agravado del art.148,1 CP 95 al tratarse de pistola de juguete 1

ADMINISTRATIVO

Legitimación de la federación de municipios para impugnar los actos que afecten a la autonomía de sus asociados 6

Nulidad de la derivación de responsabilidad tributaria realizada al ayuntamiento 9

SOCIAL

Incompetencia del orden social para conocer de la procedencia de retención practicada a no residentes 13

Competencia de la CI-VEA para fijar la fecha de efectos económicos de pacto colectivo 15

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

esa asistencia complementaria del recurrente por su misma naturaleza se asentaba en una relación de confianza personal, gracias a la cual conoció el interior de la vivienda y se percató de la existencia de una caja de seguridad, que planeó robar juntamente con su novia Sacramento. La Sala de instancia considera con acierto que precisamente por el trabajo realizado al servicio de la víctima, pudieron entrar en la vivienda cuyo interior conocían a la perfección así como sus alarmas y costumbre y la existencia de la caja de seguridad.

La relación de confianza sustentada en una relación jurídica de arrendamiento de servicios en el caso de Sacramento no quita la que de hecho existía también con el recurrente por su habitual entrada en la vivienda para ayudar en las labores asistenciales del enfermo, fuese esa ayuda derivada de una relación jurídica o simplemente de hecho, pues la agravante no exige que la confianza de la que se abusa haya de tener un soporte de relación jurídica estable o contractual.

Por lo tanto junto a la relación especial subjetiva y anímica entre el acusado y la víctima por razón de la relación del servicio prestado en el domicilio de ésta concurre el aprovechamiento de la facilidad que para la comisión del delito supuso el referido vínculo personal de confianza previa.

B) Con relación al disfraz el hecho probado, de obligado respeto en esta vía de casación, declara que los varones se cubrían la cabeza con un pasamontañas que únicamente dejaba ver la boca y los ojos. Descripción que cumple las exigencias de esta agravante, apreciable con cualquier ocultación o desfiguración del rostro o facciones, apariencia o indumentaria, para impedir la identificación del sujeto, sea para facilitar la ejecución del delito, o sea para asegurar su impunidad. El que el propósito no lo lograra al ser reconocido por la voz no impide la apreciación de la agravante por no excluir la eficacia de la desfiguración u ocultación del rostro, y obedecer el fracaso a otra circunstancia que no es la inidoneidad del disfraz.

Por lo expuesto los motivos cuarto y quinto se desestiman.

CUARTO.- Igual suerte desestimatoria corresponde al motivo sexto, en el que al amparo del art. 849-1 de la LECriminal se invoca la indebida

apreciación del delito de allanamiento de morada, con el argumento de que no existía otra intención que la de perpetrar el robo dentro de la vivienda ajena.

Como aduce el Ministerio Fiscal invocando la sentencia de 31 de marzo de 2003, la cuestión planteada ha sido resuelta en ocasiones por esta Sala (STS núm. 728/1999, de 6 de mayo), que entendió existen diversos bienes jurídicos tutelados por la norma en los delitos de robo violento y allanamiento de morada. En cuanto el primero se protege el patrimonio y en el otro la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, sin que el artículo 202 del Código Penal vigente exija un específico ánimo subjetivo en la figura del allanamiento domiciliario, pues si bien alguna vez la doctrina jurisprudencial lo exigió, la doctrina mayoritaria se conformó con un dolo genérico (Sentencias de 17 de abril, 8, 14 y 19 de mayo de 1970, 8 de mayo de 1973, 5 de octubre de 1974, 29 de enero de 1975, 15 de enero y 15 de noviembre de 1976, 6 y 20 de noviembre de 1987, 9 de febrero de 1990 y 2107/1994, de 28 de noviembre). Esta conclusión viene además avalada por la inexistencia de agravación alguna que contemple y otorgue alguna relevancia a la circunstancia de que el delito de robo violento se ejecute en la morada del ofendido, tal como ocurre con el delito de robo con fuerza en las cosas cuando se comete en casa habitada. En el mismo sentido nos hemos pronunciado en la STS núm. 858/1999, de 26 de mayo.

Más recientemente la Sentencia 50/2004 de 30 de junio señala la aceptación del concurso del robo violento con el allanamiento de morada, y que no es exigible un ánimo específico de violentar la morada, ya que basta el conocimiento y la voluntad de entrar en el ámbito de la intimidad ajena en contra de la voluntad de su morador, pues sólo apreciando en concurso ambas acciones (robo violento y allanamiento) se pueden abarcar las dos conductas ilícitas, una depredatoria y otra atentatoria contra la intimidad, dada la diferencia del bien jurídico protegido.

El motivo sexto se desestima.

QUINTO.- El motivo séptimo, se apoya en el art. 5.4 de la LOPJ denunciando la vulneración de la presunción de inocencia respecto a los presupuestos fácticos de los subtipos agravados de lesiones de los números 1 y 2 del art. 148, (uso de instru-

mento peligroso, ensañamiento, y alevosía) y respecto a su autoría en este delito, afirmando que las lesiones fueron causadas por otro de los intervinientes en el robo, sin que el recurrente tuviera control del comportamiento ajeno. Añade a esto, en un ámbito que sería más propio de la vía casacional del art. 849-1 de la LECriminal, la indebida aplicación del art. 148,1 y 2 y la inaplicación del art. 147, y, de nuevo en la presunción de inocencia, la falta de prueba sobre el contenido de la caja fuerte.

A) Con relación al delito de lesiones, en que se discute la concurrencia del subtipo agravado del art. 148-1 del Código Penal, en la doble perspectiva de ausencia probatoria de cargo sobre el presupuesto fáctico del uso de medio peligroso e incorrecta aplicación de la norma penal, no es necesario despejar el aspecto primero sobre el medio peligroso cuando sobre la base del hecho mismo probado ese subtipo agravado no es apreciable. En efecto lo que el relato histórico refleja es que portando una pistola "de juguete" el recurrente "asestó varios golpes con la culata de la pistola u otro objeto contundente en la cabeza de Ofelia..."

Es cierto que en el caso de pistolas de juguete cabe la apreciación de un uso de instrumento u objeto peligroso, cuando sus dimensiones y material con que está fabricado -de hierro o acero por ejemplo- permiten un uso de golpeo tan peligroso como pueda serlo cualquier otro objeto de esas características de tamaño y material.

Pero es necesario en tales casos algo más que la mera afirmación de que era una pistola "de juguete". No ser una pistola verdadera, es decir una verdadera arma, no expresa más que lo que no es, y no afirma nada por lo que tenga que ser objeto peligroso puesto que no se describen sus características de tamaño, peso o composición material. Deducirlas a su vez de las concretas lesiones causadas conduciría a la absurda consecuencia de estimar como objeto peligroso cualquier cosa con la que se produjeran las lesiones creando un subtipo agravado sobre presupuestos coincidentes con los que se precisan para el genérico, y aún más cuando constanding la reiteración del golpeo sobre la cabeza cabe que el alcance de las lesiones resultase de esa repetición de golpear y no de unas características del objeto que lo hicieran especialmente peligroso. Además en el caso presente tampoco se afirma

con certeza que se golpee la cabeza con la culata de la pistola de juguete, ya que sólo se expresa alternativamente con un posible uso de "otro objeto contundente", expresión ésta que nada dice de una especial peligrosidad justificativa del mayor desvalor del medio comisivo que es propio del subtipo, dado que contundente es todo lo que sirve para contusionar, lo que no basta para alcanzar la especial peligrosidad para la vida o la salud que el precepto exige.

Por lo tanto no es apreciable el subtipo del art. 148-1 del Código Penal de empleo de instrumento peligroso.

B) También con relación a las lesiones debe rechazarse la concurrencia del subtipo del art. 148-2 en su modalidad de haber mediado ensañamiento. La Sala de instancia no extrae su apreciación de un propósito de aumentar inhumana y deliberadamente el sufrimiento de la ofendida con padecimientos innecesarios para la ejecución del delito, sino del hecho de que la violencia ejercida sobre ella fue "totalmente superflua y gratuita por dos individuos contra una señora de más de cincuenta años".

Dado que se trataba de una violencia ejercida sobre su persona como medio del robo, la superfluidad o exceso de violencia respecto a la necesaria para vencer su voluntad contraria al desapoderamiento propio del robo con violencia es lo que permite precisamente castigar en concurso real las lesiones causadas, de conformidad con el art. 242-1 del Código Penal. No hay en el relato histórico nada que apoye un propósito de aumentar el sufrimiento con la cruel intención de intensificar un padecimiento físico, sino una violencia innecesaria y excesiva respecto a la que se precisaba para robar, golpeando a la víctima al tiempo que se la ataba para llevar a cabo ese delito. No hay por tanto subtipo del art. 148-2 en su modalidad de ensañamiento apreciado por la Sala de instancia.

C) Sí concurre en cambio el subtipo del art. 148-2 del Código Penal en su modalidad de alevosía con relación al delito de lesiones apreciado como delito autónomo en concurso real con el robo violento. No es una cuestión sólo de acometimiento sorpresivo en el interior de su vivienda por dos individuos. Es que en aquellas circunstancias de lugar y modo de ejecución del asalto, la agresión física a la víctima realizada por uno de ellos, pero con la presencia en la

casa del otro y en una vivienda sin posibilidad de escapatoria, y tampoco de defensa, ni de petición de auxilio o de recibir ayuda de la asistenta, que estaba de acuerdo con los asaltantes, constituye una agresión ejecutada sobre seguro, es decir empleando formas de ejecución que tendían a asegurarla sin riesgo alguno para el agresor que pudiera proceder por parte de la ofendida. Es más que una mera desproporción de fuerzas o un abuso de superioridad; es una indefensión total y absoluta creada o aprovechada por el autor, que tenía a la víctima totalmente a su merced sin el menor riesgo para sí mismo. Por lo tanto la conjunción de factores tales como tratarse de un lugar cerrado, estar la víctima completamente sola, no contar con la ayuda de la asistenta compinchada con los asaltantes, y ser éstos dos varones crea un cuadro de situación del que se extrae el total aseguramiento del hecho lesivo y la absoluta indefensión de la lesionada.

Concorre por tanto el subtipo agravado del art. 148-2, en su modalidad de alevosía.

D) Respecto a la autoría del delito de lesiones, cuya ejecución material y directa por el recurrente recoge el relato histórico debe aclararse que en realidad no es relevante que la prueba señale a uno o a otro de los asaltantes como directo ejecutor de la agresión física. Todos intervinieron en la planificación del robo en aquella vivienda y todos asumieron el cometido de entrar y realizar el delito conjuntamente. El empleo de la violencia sobre la víctima era por tanto parte del robo planeado y en cualquier caso era una incidencia de la sustracción absolutamente previsible en aquella manera de ejecutarla dentro de una vivienda ocupada por su dueña. El dato probado de ir provistos de elementos para atar a la víctima expresa la voluntad concorde y anticipada de usar la violencia física sobre ella siendo previsible que su resistencia u otra circunstancia cualquiera desembocara en la causación de lesiones, como así sucedió, en el asalto simultáneamente realizado por todos, y del que todos son autores, respondiendo cada uno por lo realizado por los demás, incluidas las lesiones causadas por uno en el uso de la violencia prevista en el plan para la ejecución del robo.

E) En cuánto a la supuesta falta de prueba que también en este motivo quinto se alega sobre el contenido de la caja fuerte, baste señalar que la testifical practicada por declaración de quien controlaba el negocio y sabía lo que la caja contenía constituye suficiente soporte probatorio para tener por cierta y probada la cantidad de dinero que la sentencia recoge, no advirtiéndose en casación que la valoración de esa prueba haya sido absurda o irracional.

Por lo expuesto el motivo séptimo se estima parcialmente.

SEXTO.- El motivo octavo, apoyado en el art. 849-1 de la LECriminal niega que haya incurrido en responsabilidad civil por las lesiones, al rechazar ser el autor de ellas.

El rechazo de este argumento sobre la autoría en el Fundamento anterior lleva a la desestimación de este motivo.

SÉPTIMO.- El noveno y último motivo, a través del art. 849-2 de la LECriminal denuncia error en la ponderación de la prueba con dos alegaciones que no merecen acogimiento.

A) Afirma que el trastorno bipolar que la Sentencia dice resultar de las lesiones sufridas no tiene apoyo alguno en la pericial practicada.

Sin embargo es lo cierto que en el Juicio Oral el perito dijo que aunque era una enfermedad anterior a la agresión, ésta le pudo influir. En todo caso es un dato que no afecta a la tipificación de las lesiones, por ser lo relevante para su calificación el que para curar de sus heridas precisara tratamiento médico con una previsión de alta con secuelas de dieciocho meses y unas secuelas de alteración sensitiva e inestabilidad en la marcha.

La supresión del llamado trastorno bipolar no afecta a la calificación, y tampoco al "quantum" indemnizatorio dado que en el Fundamento séptimo, último punto se atiende globalmente al tiempo de 18 meses preciso para obtener el alta y a unas secuelas en las que no se menciona el referido trastorno, pero sí el impedimento habitual para el trabajo y la asistencia diaria, que tienen obviamente relación con las secuelas en la sensibilidad y la deambulación, siendo la indemnización fijada globalmente en la cifra de 150.000 euros.

B) La segunda alegación se refiere a la supuesta necesidad de observar el baremo utilizable en accidentes de circulación para la fijación del importe indemnizatorio. No tiene fundamento jurídico esta pretensión, ni esto es un accidente de circulación, ni tal alegación mantiene relación alguna con el cauce casacional del art. 849-2 de la LECriminal dirigido a rectificar errores de hecho en el relato de hechos probados.

El motivo noveno se desestima.

B) Recurso de Sacramento.

OCTAVO.- El motivo primero, apoyado en el art. 849-1 de la LECriminal, plantea la aplicabilidad de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, en términos análogos a los ya formulados en el recurso anteriormente examinado, y cuya desestimación procede reiterar con los mismos argumentos que aquí se dan por reproducidos.

El motivo primero se desestima.

NOVENO.- Por el mismo cauce casacional, el motivo tercero denuncia la indebida apreciación de lesiones agravadas del art. 148, y la procedencia de calificarlas como genéricas según el art. 147.

Sobre esta cuestión ya hemos dicho en el Fundamento Quinto que es apreciable el subtipo agravado de lesiones del art. 148-2 en su modalidad de alevosía, y que no es apreciable la de ensañamiento (art. 148-2) ni la de empleo de instrumento peligroso.

Procede por tanto estimar parcialmente el motivo por las mismas razones expuestas en la parcial estimación del motivo séptimo del recurso anteriormente examinado; razones que reiteramos y damos aquí por reproducidas.

Se estima parcialmente el motivo tercero.

DÉCIMO.- En los motivos segundo y cuarto, apoyados en el art. 849-1 de la LECriminal, la recurrente impugna su autoría en el delito de lesiones por no haber tenido directa intervención en ellos (motivo segundo) y considerar que su actuación en los hechos constituye una participación a título de complicidad (motivo cuarto).

En el hecho probado consta su intervención en la planificación del hecho, obrando de acuerdo con su novio, después de que ambos tuvieran por su trabajo en la vivienda noticia de la existencia de la caja de caudales. En ejecución de ese plan la recurrente facilitó la entrada a los asaltantes abriéndoles la puerta, y simuló su ajenidad en el hecho haciéndose atar como aparente víctima del robo. Es obvio que su intervención aún siendo de cooperación tiene el carácter de necesaria por ser imprescindible para la entrada de los asaltantes en el interior de la vivienda. A partir de ahí la ejecución del apoderamiento y de las lesiones, perpetradas en el curso del robo, le son imputables a título de coautoría, por tratarse de la efectiva realización de lo que con su intervención planificaron previamente, con reparto de papeles, siendo el asumido por ella imprescindible para la ejecución de todos los delitos.

Damos por reproducidos los razonamientos ya expresados anteriormente con relación a la coautoría en el delito de lesiones.

Los motivos segundo y cuarto se desestiman.

Recurso de Óscar.

UNDÉCIMO.- De los tres motivos formalizados por este recurrente el tercero de ellos se canaliza a través del art. 849-2 de la LECriminal denunciando error en la apreciación de la prueba. Para justificar el error fáctico invoca diversas declaraciones prestada en instrucción y en el acto del Juicio Oral.

Este planteamiento basado en declaraciones personales se sitúa fuera de lo que este cauce casacional permite: el error valorativo que autoriza exige la concurrencia de ciertos requisitos reiteradamente señalados por esta Sala:

a) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase -como las pruebas personales por más que estén documentadas-.

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

c) Sin que el dato que el documento acredite se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

d) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de Derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998, entre otras).

Las declaraciones testificales son declaraciones personales que sometidas al juicio valorativo del Tribunal de la instancia, carecen de las características señaladas, y en cuanto a la pericial invocada es obvio que nada acreditan con relación a la autoría de las lesiones causadas ni en contra de los presupuestos fácticos en que se sustenta la apreciación de la alevosía como integrante del subtipo agravado de las lesiones.

El motivo tercero por ello se desestima.

DUODÉCIMO.- En los motivos primero y segundo se denuncia la vulneración de la presunción de inocencia al amparo del art. 852 de la LECriminal, (motivo primero) y la indebida aplicación del subtipo agravado de lesiones del art. 148-1 y 2 del Código Penal, así como la falta de autoría en su intervención en el hecho que reputa de mera complicidad, (motivo segundo, amparado en el art. 849-1 de la LECriminal).

Cuestiones todas planteadas ya en los motivos examinados anteriormente y que han sido resueltas con razonamientos que damos aquí por reproducidos en cuanto a la concurrencia del subtipo agravado del art. 148-2 en su modalidad de alevosía; y en cuanto a la coautoría de todos los intervinientes en el robo respecto a

las lesiones causadas a la víctima con independencia del papel desempeñado por cada uno en la acción conjunta planificada.

Igualmente para evitar repeticiones damos por reproducido lo razonado en Fundamentos anteriores respecto al trastorno bipolar de la víctima.

Procede en consecuencia estimar también en este recurso su motivo segundo, parcialmente, al no apreciarse el subtipo de empleo de instrumento peligroso (art. 148-1 del Código Penal) ni el de ensañamiento (art. 148-2 del Código Penal), pero sí el de lesiones alevosas (art. 148-2 del Código Penal).

Por lo expuesto se estima parcialmente el motivo segundo y se desestima íntegramente el primero.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y vulneración de preceptos constitucionales, interpuesto por Joaquín, contra Sentencia dictada por la Sección Segunda, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en causa seguida por delito de robo con violencia en concurso ideal con otro de allanamiento de morada, concurriendo las agravantes de abuso de confianza y disfraz, por estimación parcial del motivo séptimo, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal de instancia con declaración de las costas del presente recurso de oficio.

Así mismo debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de preceptos constitucionales interpuestos por Óscar, contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, por estimación parcial de su motivo segundo, con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Otrosí, debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y vulneración de preceptos constitucionales interpuesto por Sacramento, contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, por estimación parcial de su motivo tercero, con declaración de las costas de este recurso de oficio.

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.- José Manuel Maza Martín.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Manuel Marchena Gómez.- Diego Ramos Gancedo.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de julio de dos mil nueve.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Palma de Mallorca y fallada posteriormente por la Audiencia Provincial de Baleares (Sección Segunda), que por Sentencia de casación ha sido casada y anulada en el día de la fecha, que fue seguida por sendos delitos de robo con violencia, allanamiento de morada, detención ilegal y lesiones agravadas, contra Sacramento, Joaquín, Óscar, Alfonso y Leonardo, teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la sentencia recurrida; la Sala Segunda del Tribunal supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, hace constar los siguientes:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados, en cuanto a las lesiones causadas son constitutivas del delito del art. 147 en relación con el art. 148-2 (alevosía) por las razones ya expuestas en nuestra anterior sentencia de casación, que aquí damos por reproducidas.

SEGUNDO.- En lo demás se aceptan los Fundamentos de la Sentencia recurrida en cuanto no estén modificados por el anterior y por el siguiente.

TERCERO.- La penalidad del delito de lesiones exige ser modificada una vez rechazadas dos de las tres modalidades agravadas, es decir el uso de instrumento peligroso y el ensañamiento. Siendo la pena establecida en el tipo la de dos a cinco años de prisión, que ha de imponerse en su mitad superior por la concurrencia de la agravante de abuso de confianza en Joaquín y Sacramento, y la de disfraz en Joaquín y en Óscar, (art. 66.1-3 del Código Penal), es decir entre tres años y seis meses como mínimo y cinco años como máximo, la individualización de la pena que la Sala hizo de cinco años para Joaquín y cuatro años para Sacramento y Óscar, ha de reducirse en consonancia con la menor gravedad del hecho resultante de la concurrencia de una sola de las circunstancias del subtipo agravado. La pena procedente es la de cuatro años y diez meses y de tres años y diez meses, respectivamente por la especial gravedad que el actuar alevoso representa en las lesiones y la menor relevancia comparativa que suponen, con relación a ella, las otras circunstancias excluidas de

uso de instrumento peligroso y de ensañamiento.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Confirmamos la Sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos que aquí damos por reproducidos con excepción de la pena privativa de libertad impuesta por el delito de lesiones, y que sustituimos por las siguientes: cuatro años y diez meses de prisión para Joaquín y tres años y diez meses de prisión para Sacramento y para Óscar.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- José Manuel Maza Martín.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Manuel Marchena Gómez.- Diego Ramos Gancedo.

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.



TS Sala 1ª, Sentencia 20 julio 2009. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Por nacimiento de bebé con secuelas tras cesárea practicada con retraso Responsabilidad civil médica de centro sanitario pero no de ginecólogo

El TS declara no haber lugar a los recursos de casación formulados tanto por los padres del menor que sufrió un grave retraso psicomotor así como otras secuelas graves, como por el centro sanitario condenado al producirse dichas lesiones como consecuencia de un retraso en la práctica de la cesárea a la madre. La Sala confirma la sentencia de apelación que condenó a dicha clínica pero no al ginecólogo codemandado al apreciar que el médico actuó de acuerdo con la "lex artis", y que la causa de los daños fue la demora en la intervención ocasionada porque no funcionó adecuadamente el sistema de guardias del centro. Respecto a la cuantificación de la indemnización efectuada por la AP, señala el Alto Tribunal que resulta coherente, tanto por lo que se refiere a la aplicación de los factores de corrección por daño moral complementario y necesidad de ayuda de otra persona, como en lo relativo a la exclusión de la indemnización por permanente asistencia de una persona a su lado, pues tal concepto ya está incluido en el factor de corrección por lesiones permanentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recursos de casación interpuestos traen causa de la reclamación promovida por los padres de un menor, por las secuelas padecidas por éste a consecuencia de un retraso en la práctica de la cesárea a la madre, y que determinó que el niño naciera con un sufrimiento fetal agudo, encefalopatía hipoxicoisquémica grado II, pausa de apnea e infección pulmonar y renal por cándida, causante de un grave retraso psicomotor y encefalopatía hipoxica perinatal, así como otras secuelas.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por los padres y el recurso promovido por el centro sanitario, en lo que hace a la indemnización a favor de los padres y del menor. La sentencia considera hecho probado que la causa de las secuelas del me-

nor es debida al excesivo tiempo de duración del sufrimiento fetal provocado por la demora en la práctica de la cesárea, indicando que lo determinante de este retraso lo constituyó la falta del personal adecuado para tal práctica en el centro porque "si bien el sanatorio puede -reglamentariamente- tener un sistema de guardia de disponibilidad, el mismo no funcionó adecuadamente, produciéndose el resultado lesivo". En consecuencia absuelve al ginecólogo y condena al centro médico demandado.

Contra la citada resolución se interponen sendos recursos de casación por los padres del menor y por el centro sanitario.

RECURSO DE CASACIÓN DE LOS PADRES.

SEGUNDO.- Se articula en tres motivos: el primero y el segundo,

por infracción de los artículos 1101, 1103, 1104 y 1258, en relación con los artículos 1902 y 1903.4, todos ellos del Código Civil, pretendiendo una revisión del juicio de culpabilidad sobre la actuación del médico ginecólogo, invocando, principalmente, la doctrina del daño desproporcionado y la aplicación de la carga de la prueba, interesando su condena y la de las compañías de seguros que garantizan el riesgo, por cuanto consideran que no habría actuado conforme a las exigencias de la *lex artis* para evitar el daño cerebral causado, que entiende predecible. Los dos se analizan conjuntamente para desestimarlos.

El daño desproporcionado, según reiterada doctrina de esta Sala, no comporta en sentido propio un criterio de imputación por responsabilidad objetiva fuera de los casos previstos en la ley sustantiva ni la aplicación de una regla procesal de inversión de carga de la prueba en supuestos no previstos en la ley procesal. El daño desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga al médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el “onus probandi” de la relación de causalidad y la presunción de culpa (STS 23 de octubre de 2008, y las que en ella se citan).

Siendo así, no es posible sostener con arreglo a esta Doctrina que se ha producido un daño en la persona del menor, vinculado a la actuación del ginecólogo, que no haya podido ser explicado debidamente por este, como así resulta de los hechos probados que la sentencia expone de una forma minuciosa, coherente y convincente, de los que se infiere que actuó con la diligencia exigida para el acto médico concreto, no pudiendo ponerse a su cargo las consecuencias derivadas de una defectuosa prestación asistencial por parte del Centro. La diligencia del buen médico en todo acto o tratamiento, comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias (STS 19 de octubre de 2007, y las que en ella se citan).

La decisión de llevar a cabo la cesárea, dice la sentencia, “se efectuó sobre las 15 horas y la misma no se inició hasta las 16,45 horas por causas no imputables al citado Doctor; pues, hasta la toma de dicha decisión, de las pruebas practicadas se revela que el Doctor en cuestión actuó de conformidad con la diligencia exigible: examen de la paciente, estudio de gráficas, prescripción de tratamiento -postura de la paciente, administración de oxígeno-, práctica de ecografía, registro tococardiográfico...; y una vez decidida la cesárea (aproximadamente a las 15 horas), el sistema de “guardia de disponibilidad” del centro fue el causante de tal retraso en la práctica de la cesárea; no constando, como parece presumir la apelante, invirtiendo la carga de la prueba, que el citado Doctor tras dicha decisión abandonase el centro”, ni que formara parte de las decisiones sobre la gestión del centro médico.

Además, no solo consta probado que es a las 15 horas cuando se decide la práctica de la cesárea, sino incluso que previamente a tal hora, a pesar de la evolución favorable que hasta entonces había mostrado la paciente, se había alertado a los componentes del equipo sobre la “posibilidad de practicar una cesárea con el fin de que estuvieran localizables si realmente llegaba a realizarse... y ello por indicación del Doctor Erasmo”, sin que pueda imputársele “que a partir de las 13 horas no previniese que la situación acabaría con la práctica de cesárea pues...la paciente, tras el tratamiento otorgado, manifestó mejoría a las 14:20 horas”. La demora, en suma, no fue en la hora de decidir la cesárea sino en la de no haber podido efectuarse en el tiempo necesario para ello, no cabiendo argumentar que de ser urgente debió el médico haberla decidido antes, pues tomó la decisión cuando apreció que la misma era necesaria.

Por otra parte el hecho de que se considere probado que desde las 12 horas el menor estuviese permanentemente monitorizado, “en modo alguno puede considerarse como un error en la valoración de la prueba por el hecho de no constar en autos las gráficas de tal monitorización, pues la Juez de instancia fundamenta la valoración que efectúa en otro medio probatorio”; error que tampoco advierte por el hecho de no haberse practicado la prueba de microtomas de sangre fetal, al no existir dilatación cervical mínima imprescindible, o la de amnioscopia para determinar la presencia de meconio cuando esta prueba no ofrece datos sobre el sufrimiento fetal, pero no sobre su intensidad, de forma que no está acreditado que su realización hubiera aportado una información diferente a la obtenida a través del registro tococardiográfico, o que el traslado a otro centro hubiera procurado una solución más favorable, ya que a la vista de la secuencia temporal de los hechos y de las circunstancias que

concurrieron en los mismos se descarta que la decisión hubiera implicado una menor demora en la práctica de la cesárea.

Se trata, en suma, de sustituir el criterio del Tribunal por el propio de quien recurre, lo que no es posible con los datos fácticos que ha tenido en cuenta para establecer el juicio cuya revisión se pretende mediante el análisis y examen de las pruebas practicadas.

TERCERO.- En el tercero se solicita la revisión del “quantum” indemnizatorio, interesando el resarcimiento total y absoluto del menoscabo ocasionado, citando como infringidos los artículos 1902 y 1106 del Código Civil. Se desestima. La función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, atendidos los hechos probados y el principio de indemnidad de la víctima, al amparo de los artículos 1106 y 1902 del Código Civil, y esta función es el resultado de una actividad de apreciación para lo que goza de amplia libertad que abarca la posibilidad de servirse a efectos orientativos de sistemas objetivos, como el del baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, con el que se da el mismo trato indemnizatorio a las lesiones producidas en accidente de circulación que a las originadas por otra causa, con la consecuencia de que solo pueda ser revisada en casación si la determinación por el Tribunal “a quo” resulta manifiestamente errónea o ilógica (STS 14 de mayo 2008, y las que cita), lo que no ocurre en este caso, ya que desde la perspectiva de los hechos probados, y de la aplicación del baremo, la cuantificación efectuada por la Sala, mediante el criterio que explica, resulta coherente, tanto por lo que se refiere a la aplicación de los factores de corrección por daño moral complementario y necesidad de ayuda de otra persona, con exclusión de la indemnización por permanente asistencia de una persona a su lado, pues tal concepto ya está indemnizado en el factor de corrección por lesiones permanentes -grandes inválidos con necesidad de ayuda de otra persona-, como por la adecuación de la vivienda a la grave situación en que ha quedado el menor, puesto que este daño no ha sido acreditado por quien lo reclama, tratándose de un factor de corrección que resulta no solo de la gran invalidez, sino de la prueba de los perjuicios referidos a la adaptación de la vivienda y al coste de las obras que se han de ejecutar en la misma, a cargo de la víctima, conforme al principio establecido en la actualidad por el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fuera quedan también los gastos de fisioterapia, clases de natación y cuotas de APHISA, teniendo en cuenta que se trata de unos daños, perjuicios y gastos futuros hipotéti-

cos, que por tal circunstancia no pueden ser objeto de una condena de futuro, según la doctrina jurisprudencial entonces aplicable a tal tipo de condena, que, por cierto, era más flexible que la nueva configuración legal (en el art. 220 LEC 2000), como señala la sentencia de 2 de noviembre de 2005, y las que en ella se citan.

RECURSO DE CASACIÓN UNIMEQUI UNIVERSAL MEDICO QUIRÚRGICA, S.A Y SEGUROS.

CUARTO.- El recurso se basa en dos motivos. El primero por infracción de los artículos 26 y 28 de la Ley 26/1984, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y de los artículos 1089, 1101, 1104, 1902 y 1903 del Código Civil por cuando no ha existido culpa alguna de sus empleados. Se desestima. La deficiente prestación de un servicio médico puede comprometer tanto a los profesionales, como al establecimiento en que se lleva a cabo. A los primeros, por una actuación negligente o culposa, conforme a los criterios establecidos en el artículo 1902 CC; responsabilidad que, es a su vez, presupuesto necesario de la que se establece “por hecho ajeno” del establecimiento, con arreglo al artículo 1903. IV CC, salvo que no haya dependencia funcional con el profesional a quien se imputa la causación del daño, teniendo en cuenta que se basa en una relación de dependencia o subordinación entre quien lo causa y el empresario demandado, y en que el acto lesivo se realice en la esfera de actividad del responsable. No es una responsabilidad objetiva, sino que se funda en el principio culpabilístico inherente al vicio in eligendo o in vigilando respecto de las personas por quienes se debe responder, por infracción del deber de cuidado reprochable en la selección de dependiente o en el control de la actividad por éste desarrollada (STS 5 de enero 2007, por todas).

Al establecimiento médico, porque esta responsabilidad no descarta la del propio Centro por aplicación del artículo 1902 del CC, cuando le es directamente imputable una prestación de un servicio irregular o defectuoso por omisión o por incumplimiento de los deberes de organización, de vigilancia o de control del servicio. Estaríamos más que ante una responsabilidad por hecho ajeno en sentido propio, ante una responsabilidad por la deficiente prestación de un servicio al que está obligada la entidad y que se desarrolla a través de profesionales idóneos, cuya organización, dotación y coordinación le corresponde (STS 22 de mayo 2007).

La responsabilidad se imputa a partir de la concurrencia de los requisitos que informan el artículo 1902 del CC, y que, junto al daño, exige no solo el llamado reproche culpabilístico o incumplimiento de la buena práctica médica, sino la demostración de la rela-

ción de causalidad, en su doble vertiente fáctica y jurídica, entre la conducta activa o pasiva de quien causa el daño y el resultado producido, y que es requisito común a la responsabilidad por culpa como la objetiva o por riesgo, pues la exigencia de responsabilidad tanto de los médicos o del personal sanitario como de la institución o entidad sanitaria se funda en la falta de una actuación diligente o de medidas de prevención o de precaución, independientemente de que la omisión pueda residenciarse en un sujeto determinado, y no tiene carácter objetivo, mientras que la causalidad se establece entre la actuación del servicio hospitalario y el daño producido, y, sin que pueda fundarse en simples conjeturas o posibilidades, admite lo que lo que califica de "probabilidad cualificada" (SSTS 31 de noviembre de 2001 y 5 de enero de 2007).

También esta Sala ha venido admitiendo la invocación de los preceptos de la Ley de Consumidores y Usuarios por el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien advierte que los criterios de imputación de la expresada ley deben proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin alcanzar los daños imputables directamente a los actos médicos (SSTS de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero y 22 de mayo de 2007). Lo hizo a partir de la STS de 1 de julio de 1997, utilizado como criterio de imputación los artículos 26 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El art. 26 LCU establece la responsabilidad de los productores o suministradores de servicios por los daños y perjuicios ocasionados "a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad", mientras que el art. 28 apartado 2º hace expresa mención de los "servicios sanitarios" y vincula los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios al hecho de que "por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario" (SSTS 5 de febrero 2001; 5 de enero 2007).

Por tanto, como precisa la Sentencia de 5 de enero de 2007, "el principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC, no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita

objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario".

Siendo así, el motivo parece desconocer que la responsabilidad que se imputa a la recurrente se produce abstracción hecha de que hubiera quedado acreditada la culpa de algún concreto facultativo o, en general, de un profesional sanitario de los que hubieren intervenido en la asistencia al enfermo, y se concreta en la existencia de un daño ocasionado al menor bajo su control causalmente vinculado al fracaso del sistema organizativo de las guardias de disponibilidad establecido en el mismo, pues es evidente que un sanatorio que ofrece un servicio de "urgencias médico-quirúrgicas y tocológicas" esta obligado a instrumentar las medidas adecuadas que permitan que una cesárea pueda practicarse en un tiempo prudencial, el cual no lo es un retraso de una hora y cuarenta y cinco minutos.

QUINTO.- A través del segundo pretende que se modere el importe indemnizatorio reconocido por cuanto se aplicarían los márgenes más amplios del instrumento elegido para su cuantificación sin haber acontecido el supuesto más grave posible, ya que no ha concurrido ni una conducta temeraria ni dolosa.

En su caso solicita se atienda a una alternativa indemnizatoria no tan gravosa como una renta vitalicia. Se cita en el motivo el artículo 1103 del Código Civil que faculta a los Tribunales para moderar la responsabilidad procedente de negligencia, entre otros casos cuando se da una concurrencia de culpas de la víctima y del agente, moderación de la que se hace eco el propio Baremo, que por ello contempla (Anexo Primero, apartado 7) que son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones "la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias".

Ocurre que la sentencia de la Audiencia en ningún caso hizo uso de la facultad moderadora que le corresponde y que además no sería revisable en casación, si se ha utilizado de modo racional, ponderado y lógico y no se ha aplicado indebidamente el sistema legal de baremación. La indemnización se fija mediante la aplicación del baremo sin atender a una posible concurrencia de culpas, y en el grado que la Sala de apelación ha estimado pertinente con base a unas reglas muy precisas y motivadas que atienden al concreto perjuicio que consideró acreditado y, en particular, a la edad y grado de incapacitación del menor, y esta forma y la cuantía resultante no es posible revisar a par-

tir de una simple diferencia de criterio con los márgenes utilizados.

La pretensión de atender a una alternativa indemnizatoria distinta, consistente en la fijación de una renta vitalicia, es algo que si bien se contempla en las reglas 8 y 9 del apartado 1º del Anexo del baremo, resulta inaceptable en estos momentos, no solo porque no ha sido ofrecida por los demandantes ni planteada por la recurrente en sus escritos iniciales, sino porque se desconoce las garantías que pudieran asegurar la subsistencia del capital sobre el que se calcula la renta y la forma de computarla en función de las circunstancias concurrentes que a la postre contribuyan para una correcta fijación.

SEXTO.- En materia de costas procesales, se imponen a los recurrentes de las de este recurso de casación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Declarar no haber lugar a los recursos de casación formulados por

los Procuradores D. Jaime Pérez de Sevilla y Guitard y Dª María Luisa Estrugo Lozano, en la representación que acreditan de D. Inocencio y los herederos de Dª Apolonia, D. Gaspar y D. Ambrosio, y Unimequi Universal Medico Quirúrgica, S.A y Seguros, respectivamente, contra la sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 7 de mayo de 2004, con expresa condena a los recurrentes de las costas causadas.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Roman García Varela.-José Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Firmaod y Rubricado.- Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 9 julio 2009. Ponente: D. Angel Aguallo Avilés

En relación con la tasa por publicación en boletines oficiales

Legitimación de la federación de municipios para impugnar los actos que afecten a la autonomía de sus asociados

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Federación Navarra de Municipios y Concejos contra la STSJ que declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo al haberse interpuesto por persona no legitimada. La Sala considera que la circunstancia del reconocimiento a la actora de legitimación a través de la desestimación del recurso de reposición instado mediante el acuerdo del Gobierno de Navarra, en la que se responde, punto por punto, de manera profusa, a cada uno de los pedimentos de la actora, se convierte en determinante cuando se pone en conexión con la doctrina que esta Sala ha sentado en relación con la legitimación activa de las Federaciones de Municipios, que no son meras asociaciones voluntarias, estando legitimadas para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de autonomía de los entes asociados, entendiéndose por "ámbito de autonomía" todos aquellos asuntos que afecten directamente al círculo de sus intereses.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone por la Fede-

ración Navarra de Municipios y Concejos (F.N.M.C.) contra la Sentencia de fecha 7 de febrero de 2003, dictada por la Sala de lo Contencio-

so-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que inadmite por falta de legitimación el recurso del citado orden jurisdiccional núm. 47/2002 interpuesto por dicha entidad contra el Acuerdo del Gobierno de Navarra, de fecha 19 de noviembre de 2001, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud presentada por la F.N.M.C., el 27 de abril de 2001, en relación con las tasas por publicaciones en el Boletín Oficial de Navarra.

Como se ha explicitado en los Antecedentes, la referida Sentencia inadmitió el recurso, de conformidad con el art. 69.b) LJCA, en relación con el art. 19 de la misma Ley, en esencia, con fundamento en los siguientes razonamientos:

a) La F.N.M.C. no postula la defensa de intereses propios, sino de los municipios a cuyo favor solicita el reconocimiento de la no sujeción, no siendo una entidad local, sino un ente asociativo entre cuyos fines no se encuentra tan amplia defensa de los intereses de los municipios.

b) Existe una difusa configuración del *petitum* que se contrae a múltiples relaciones tributarias en las que la recurrente no es sujeto pasivo.

c) La actora no es titular del derecho material cuya defensa se solicita, no ejercita derechos propios ni colectivos, por ser individuales de los municipios sujetos al ejercicio de la potestad tributaria ejercida por la Administración Foral.

SEGUNDO.- Contra la citada Sentencia de 7 de febrero de 2003, la representación procesal de la F.N.M.C. plantea tres motivos de casación:

a) En primer lugar, al amparo del art. 88.1.d) LJCA, denuncia que, al inadmitir por falta de legitimación el recurso que planteó contra Acuerdo del Gobierno de Navarra, la citada Sentencia infringe el art. 19 de la LJCA, la disposición adicional Quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (L.R.B.R.L.), y la jurisprudencia que el Tribunal Supremo ha dictado sobre dichos preceptos.

b) En segundo lugar, al amparo del art. 88.1.c) LJCA, la actora alega que la resolución judicial recurrida ha vulnerado el art. 359 de la L.E.C. al adolecer de falta de claridad y precisión, siendo incongruente en sus propios planteamientos.

c) Finalmente, al amparo del art. 88.1.c) LJCA, la Federación recurrente sostiene que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra cuestionada ha lesionado el art. 65.2.d) LJCA al apreciar de oficio la falta de legitimación activa sin haber dado antes traslado a todas las partes para que pudieran alegar sobre dicha

causa de inadmisibilidad. Frente a dicho recurso, la representación procesal de la Comunidad Foral de Navarra presentó escrito oponiéndose a cada uno de los citados motivos de casación por las razones que se han expuesto en los Antecedentes.

TERCERO.- Como hemos señalado, el presente recurso de casación se insta contra la Sentencia de 7 de febrero de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que declara la inadmisibilidad del recurso interpuesto por la F.N.M.C. por falta de legitimación de la misma para recurrir un Acuerdo de la Comunidad de Navarra que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de las siguientes peticiones:

a) Que, de conformidad con lo establecido en el art. 11 de la Ley Foral 7/2001 y la doctrina jurisprudencial, se declarara que, desde el 1 de abril de 2001, las entidades locales de Navarra no están sujetas -y, cuando sujetas, exentas- de la tasa por publicaciones en el "Boletín Oficial de Navarra" (B.O.N.).

b) Que, como consecuencia de lo anterior, no se les practicara a dichas entidades las liquidaciones de la referida tasa correspondientes al primer trimestre de 2001 y, en el caso de que se hubieran practicado, se revocaran.

c) Y, finalmente, que se revisaran las liquidaciones practicadas a tales entidades por publicaciones en el B.O.N. anteriores al 1 de enero de 2001 de conformidad con lo previsto en la Ley Foral General Tributaria, y se les abonara las cantidades satisfechas por dicho concepto en los últimos cuatro años.

Pues bien, pasando a resolver directamente la cuestión de fondo que, al amparo del art. 88.1.d) LJCA, se ventila en este proceso -la legitimación de la F.N.M.C. para recurrir un Acuerdo de la Comunidad de Navarra que desestima las peticiones antes enumeradas-, la Sala debe rechazar la causa de inadmisibilidad apreciada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en atención a la jurisprudencia que venimos sentando en relación con la legitimación en general, y la de las Federaciones de municipios en particular.

Para comenzar, debemos poner el acento en que la Administración demandada en el recurso contencioso-administrativo núm. 47/2002 reconoció a la F.N.M.C. legitimación en vía administrativa. En efecto, tras los Informes elaborados por el Servicio de Desarrollo Normativo y Fiscalidad del Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra (de 31 de mayo de 2001) y por el Director del Servicio de Boletín Oficial de Navarra (de 3 de septiembre de 2001), a Propuesta del Consejero de

Presidencia Justicia e Interior (de 19 de noviembre de 2001), mediante Acuerdo de el 20 de noviembre de 2001 el Gobierno de Navarra desestimó el recurso de reposición instado por la F.N.M.C. contra las solicitudes presentadas el 27 de abril de 2001 en relación con las tasas satisfechas por las entidades locales de Navarra por publicaciones en el B.O.N.; Acuerdo en el que - interesa destacarlo- se ponía de manifiesto que contra el mismo cabía "interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el plazo de dos meses a contar desde el siguiente a su notificación de conformidad con las disposiciones legales vigentes".

Esta primera circunstancia no resulta inocua porque, como viene señalando esta Sala, "la Administración no puede aducir la falta de legitimación que ella misma ha admitido" (Sentencia de 22 de abril de 2002 (rec. cas. núm. 3238/1997), FD Segundo; en el mismo sentido, Sentencia de 17 de febrero de 2001 (rec. cas. núm. 4565/1996), FD Tercero). Por esta razón, en ocasiones hemos llegado a rechazar la falta de legitimación del actor con el único fundamento de que "no se puede negar válidamente en derecho en vía judicial la legitimación que se ha reconocido en vía administrativa" (Sentencia de 9 de marzo de 2006 (rec. cas. núm. 7382/1999), FD Segundo; en parecidos términos, Sentencia de 23 de febrero de 1999 (rec. cas. núm. 388/1993), FD Tercero); o, en la misma línea, hemos afirmado que, "habiéndose reconocido, en vía administrativa, a (una) sociedad, su viabilidad impugnatoria, el mismo principio de los "actos propios" impide que, ya en la vía jurisdiccional, se intente desconocerla" (Sentencia de 21 de diciembre de 2000 (rec. cas. núm. 3622/1995), FD Cuarto, G)).

Ciertamente, también hemos precisado en otras ocasiones que el reconocimiento de legitimación en la vía administrativa no tiene por qué ser ratificada automáticamente en vía judicial. Así, por ejemplo, en un reciente pronunciamiento, hemos rechazado que el órgano judicial deba aceptar la legitimación de una sociedad disuelta y liquidada, aunque la Administración se la hubiera reconocido en la vía previa: "(E)ste trance -dijimos-, que impide franquear el umbral de los tribunales para ejercer acciones jurisdiccionales, debe ser apreciado en cualquier momento por los titulares del poder jurisdiccional, incluso de oficio, como impone el artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y, siendo así, poco importa que la Administración no reaccione y dialogue con un sujeto sin capacidad, pues de esa forma no puede dar vida a una personalidad ya extinta ni en consecuencia tener por satisfecho un presupuesto inexcusable para actuar en derecho" (FD Tercero). Porque en supuestos tan claros de falta de le-

gitimación -como el citado o el de ejercicio de acciones en nombre de un ente colectivo sin aportación de los Estatutos y del Acuerdo social (Sentencia de 25 de septiembre de 2003 (rec. cas. núm. 5188/2000), FD Cuarto)- no puede operar la teoría de los actos propios; esta Sala ha declarado que aunque, ciertamente, "la Administración no puede desconocer en vía judicial la legitimación que ha reconocido en vía administrativa, tal reconocimiento no vincula, en cambio, al órgano jurisdiccional, habida cuenta de que se trata de un requisito requerido para la válida constitución de la relación procesal que se rige por el principio de orden público" (Sentencia de 2 de septiembre de 1997 (rec. cas. núm. 2400/1994), FD Segundo, que resuelve un supuesto en el que no se había acreditado en los autos que la Sección Sindical recurrente estaba facultada por los Estatutos del Sindicato para interponer el recurso; y Sentencia de 15 de febrero de 2005 (rec. cas. núm. 1721/2002), FD Segundo); que el reconocimiento de legitimación en vía administrativa "no puede vincular a los tribunales de esta Jurisdicción", porque "lo contrario se opone al carácter esencialmente revisor de la misma respecto de los actos de la Administración" (Sentencia de 25 de julio de 1992 (rec. apel. núm. 3781/1990), FD Cuarto); o, en fin, que el hecho de que la Administración "no ha(ya) objetado en el proceso la falta de legitimación del recurrente", "por sí solo, no sería decisivo pues es verdad que corresponde al Tribunal comprobar la correcta constitución de la relación procesal" (Sentencia de 3 de noviembre de 2008 (rec. cas. núm. 7773/2004), FD Cuarto).

En definitiva, aunque no constituye un argumento definitivo, de conformidad con nuestra jurisprudencia, el reconocimiento de la legitimación en vía administrativa es un dato esencial a tener en cuenta por el órgano judicial ante quien se insta el recurso contencioso-administrativo.

Y, en este caso, la circunstancia del reconocimiento a la actora de legitimación a través de la desestimación del recurso de reposición instado mediante el Acuerdo del Gobierno de Navarra (en la que se responde, punto por punto, de manera profusa, a cada uno de los pedimentos de la F.N.M.C.) se convierte en determinante cuando se pone en conexión con la doctrina que esta Sala ha sentado en relación con la legitimación activa de las Federaciones de Municipios, doctrina -que, para dichos entes, mantiene una interpretación extraordinariamente flexible del art. 19.1 LJCA - que se contiene esencialmente en nuestra Sentencia de 30 de mayo de 2007 (recurso ordinario núm. 38/2006), en la que reconocimos la legitimación de la Federación Gallega de Municipios y Provincias con fundamento en una serie de razonamientos que cumple ahora reiterar.

CUARTO.- Así, en primer lugar, comenzamos subrayando que “las Asociaciones de municipios, sean de ámbito estatal o autonómico (como ocurre con la aquí recurrente), no son meras Asociaciones voluntarias - que es como viene a calificarlas la Sentencia aquí impugnada-, sino que fundan su existencia en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local”, que, en su actual redacción (debida al art. 1.1 de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), señala que “(l)as entidades locales pueden constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes, a las que se les aplicará su normativa específica y, en lo no previsto en él, la legislación del Estado en materia de asociaciones” (apartado 1); que

“(l)as asociaciones de entidades locales se regirán por sus estatutos, aprobados por los representantes de las entidades asociadas, los cuales deberán garantizar la participación de sus miembros en las tareas asociativas y la representatividad de sus órganos de gobierno”, y señalarán “la periodicidad con la que hayan de celebrarse las Asambleas Generales Ordinarias, en caso de que dicha periodicidad sea superior a la prevista, con carácter general, en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación” (apartado 2); y que “(d)ichas asociaciones, en el ámbito propio de sus funciones, podrán celebrar convenios con las distintas Administraciones públicas” (apartado 3). Como dijimos en la Sentencia de 30 de mayo de 2007, la citada disposición, “supuso dar carta de naturaleza a las asociaciones de Entidades Locales que venían funcionando en la práctica, sin un reconocimiento expreso del legislador, como cualquier otra asociación privada”.

En segundo lugar, destacamos que la disposición adicional Décimo Tercera de la L.R.B.R.L. (añadida por la referida Ley 57/2003), establece que “(e)l Gobierno adoptará las medidas necesarias para hacer efectiva la participación de las entidades locales, a través de la asociación de ámbito estatal más representativa, en la formación de la voluntad nacional, en la fase ascendente del proceso de elaboración de aquellas políticas comunitarias que afectan de manera directa a las competencias locales”. Con lo expuesto en la norma transcrita -decíamos-, “no hace sino darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, que fue ratificada por España, mediante Instrumento al efecto, de 20 de enero de 1988 (BOE de 24 de febrero de 1989)”, y que dispone:

a) Que “(l)as Entidades locales tienen el derecho, en el ejercicio de sus competencias, de cooperar y, en el ámbito de la Ley, asociarse con otras Entidades locales para la realización

de tareas de interés común” (apartado 1); que “(e)l derecho de las Entidades Locales de integrarse en una asociación para la protección y promoción de sus intereses comunes y el de integrarse en una asociación internacional de Entidades Locales, deben ser reconocidos por el Estado” (apartado 2); y, en fin, que “(l)as Entidades locales pueden, en las condiciones eventualmente previstas por la ley, cooperar con las Entidades de otros Estados” (apartado 3).

Sentado lo anterior, se añadía en la Sentencia de 30 de mayo de 2007 -y debemos añadir aquí- que “a la vista de la pretensión formulada en el presente recurso por la recurrente, aparece como evidente la existencia de un interés legítimo en los municipios integrados en la misma, lo que justifica su legitimación”, sin que -precisáramos- pueda oponerse a ello una interpretación restrictiva del art. 19.1.e) de la LJCA, precepto que solo reconoce a las entidades locales territoriales legitimación para impugnar “los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de los Organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales”.

Esta cuestión -recordamos- se planteó en relación con la legitimación de las Comunidades Autónomas para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad, dado que el art. 32.2 de la Ley 2/1979, de 3 de octubre, Orgánica del Tribunal Constitucional, exige que las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado, “puedan afectar a su propio ámbito de autonomía”. Y como ha recordado la Sentencia de la Sección Séptima de esta Sala, de 29 de abril de 2002 (rec. ordinario núm. 609/1998 y acumulados), aunque es cierto que en un primer momento el Tribunal Constitucional (STC 25/1981) entendió que el citado precepto “exigía la afectación de las competencias autonómicas por la ley estatal que se quisiera recurrir”, “más tarde, la jurisprudencia fue ampliando la inicial posición hasta el punto de que se ha llegado a considerar que se satisface la exigencia de aquel precepto siempre que haya afectación, no sólo de las competencias formalmente asumidas sino, también, de aquellas materias respecto de las que el estatuto de autonomía prevea cualquier tipo de intervención autonómica, bastando con que sobre esos asuntos se prevean facultades, cualquiera que sea su naturaleza, o se impongan mandatos a las Comunidades, pues en esas facultades o mandatos se halla el punto de conexión entre la regla impugnada y el interés para recurrir del que la legitimación emana” (STC 62/1990), estimando “suficiente para satisfacer la exigencia del artículo 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional el propósito de contribuir a la

depuración objetiva del ordenamiento jurídico (SSTC 199/1987, 56/1990, 62/1990, 28/1991)” (FD Segundo).

Y, de conformidad con esta doctrina, la expresada Sentencia de 29 de abril de 2002, confirmada por la de 16 de octubre de 2003 (rec. núm. 4/1998), FD Noveno, ha declarado que “(s)i trasladamos lo dicho al presente proceso”, “pues, ciertamente, el artículo 19.1 e) utiliza para el recurso contencioso-administrativo la misma fórmula que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional usa en ese artículo 32.2, nos encontramos con que la doctrina constitucional apunta a un entendimiento amplio del requisito de la legitimación”, “(d)e manera que “ámbito de autonomía” no equivale a haz de competencias”, sino que “(p)ienso, más bien, en esos intereses a los que se refiere el artículo 137 de la Constitución que, por lo demás, define a los municipios y provincias como elementos necesarios de la organización territorial del Estado”, “(i)nteresses que, inevitablemente tienen una dimensión general”; “(e)n efecto, municipios y provincias, como todos los entes territoriales de base democrática, son portadores de los intereses generales de los ciudadanos que los integran” (FD Segundo).

A la misma conclusión hemos de llegar -señalábamos en la Sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 2007-, si tenemos en cuenta que el art. 2.1 de la L.R.B.R.L. dispone que “(p)ara la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y las de las Comunidades Autónomas, reguladoras de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas, su derechos a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses”. Y así ha sido reconocido también por esta Sala, en la Sentencia de 30 de abril de 2001 (rec. ordinario núm. 618/1998), en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Municipios de Cataluña contra el Real Decreto 2346/1998 de 23 de octubre, por el que se modificaban determinados términos de la concesión de “Autopistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima”, Sentencia en la que, al pronunciarnos sobre la causa de inadmisibilidad del recurso que, al amparo del art. 69.b) LJCA, aducía la Administración General del Estado, por entender que se había interpuesto por persona no legitimada según lo dispuesto en el art. 19.1 LJCA, señalamos:

“Para desestimar dicha excepción procesal basta con remitirnos al contenido del Auto de fecha 23 de noviembre de 1999, dictado por esta Sala en el propio recurso contencioso-administrativo al resolver idéntica causa de inadmisibilidad que, plante-

ada en el trámite de alegaciones previas por la codemandada ACESA, la rechaza; sin más que señalar que se fundamentó en que no es posible una interpretación angosta y restrictiva del artículo 19.1 citado, sino que es preciso hacer una interpretación flexible del mismo, en cuanto en él se legitima a las Entidades Locales Territoriales para impugnar los actos y disposiciones que afecten “al ámbito de su autonomía”, que permita la impugnación atendiendo a un interés actual que indudablemente tienen las Federaciones, como la actora, “en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses”, tal como reza el artículo 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local. Flexibilización del título legitimador, que no hace sino continuar la evolución jurisprudencial del mismo, ratificada posteriormente, tal como se recoge, como más recientes, en las sentencias de esta Sala de 9 de junio de 2000 y 16 de abril corriente” (FD Segundo).

En particular, el Auto de 23 de noviembre de 1999 (rec. núm. 618/1998), dictado en la pieza de medidas cautelares del expresado recurso contencioso-administrativo, señaló lo que sigue: “En segundo término se alega que el Real Decreto objeto de esta impugnación no afecta al ámbito de autonomía de todos los municipios de Cataluña, por lo que resulta ajeno a los “intereses comunes” de todos ellos, intereses que, a su juicio, son los únicos a cuya defensa está legalmente habilitada la federación por la disposición adicional 5ª.1 de la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril.

La interpretación que se hace de esa disposición es excesivamente restrictiva. Si bien es cierto que en ella se dice que “las entidades locales pueden constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes...”, la expresión “intereses comunes” no ha de ser siempre omnicompreensiva de los de todos los asociados, pues si así fuera se frustraría en la mayoría de las ocasiones la finalidad federativa, habida cuenta de que siendo grande el número de asociados, como aquí ocurre, difícilmente habrá casos que afecten sin exclusión a los intereses de la totalidad de ellos. Es verdad que la federación no estaría legitimada para la protección del interés de un solo miembro, pero sí cuando se afecte el de un número de ellos que justifique una acción conjunta en interés de varios” (FD Tercero).

En el art. 19.1.e) LJCA -proseguía el Auto- “se legitima a las entidades locales territoriales para impugnar los actos o disposiciones que afecten “al ámbito de su autonomía”. Tratándose de Federaciones de municipios, con base en lo antes dicho, la legitimación comprenderá la impugnación de los actos y disposiciones que afecten al ámbito de autonomía de los entes asociados. De esta forma,

su legitimación precisa que el acto o disposición repercute en el territorio de los municipios federados y que éstos ostenten competencias normativas o de gestión, en relación con sectores sobre los que puede incidir dicho acto o disposición". "No debe olvidarse -se concluía- que el artículo 2 de la Ley de Bases del Régimen Local propicia la intervención de los municipios" en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses" (FD Cuarto).

Por último, en la tantas veces citada Sentencia de 30 de mayo de 2007 poníamos de manifiesto que "esta Sala ha reconocido legitimación activa a las Federaciones de Municipios, incluso para interponer recurso de casación en interés de la ley, reconociéndolas su carácter de defensoras de interés general".

En este sentido -decíamos-, no puede dejar de citarse que fue a instancia de la Federación Nacional de Asociaciones y Municipios afectados por Centrales Hidroeléctricas y Embalses, como la Sentencia de esta Sala de 15 de enero de 1998 (rec. cas. en interés de ley núm. 6614/1997), estimatoria del recurso de casación en interés de la Ley, declaró como doctrina legal, la sujeción al IBI de las presas y saltos de agua, como bienes inmuebles de naturaleza urbana en su conjunto unitario de presa, instalaciones, saltos de agua y terrenos inundados, así como las vías de acceso y demás instalaciones previstas en la legislación.

Y de una manera expresa, la Sentencia de 16 de abril de 2002 (rec. cas. en interés de ley núm. 152/2000), hizo este reconocimiento a la Federación Nacional de Asociaciones de Municipios con centrales hidroeléctricas y embalses, al señalar que no podía "aceptarse la tesis de la falta de legitimación propugnada por el Abogado del Estado (y, en cierto modo, también, por el Ministerio Fiscal)" "porque, como se ha de clarado en las sentencias de esta Sección y Sala de 21 y 29 de septiembre de 2001 (recaídas en asuntos semejantes, subjetiva y objetivamente, al de los presentes autos), precisamente una de las singularidades del recurso de casación en interés de la Ley consiste en la posibilidad de que lo interpongan quienes no han sido parte en el proceso de instancia, siempre que reúnan alguna de las condiciones que exige el artículo 100.1 de la Ley 29/1998, a saber: pertenecer a la Administración Pública Territorial (naturaleza que no puede negarse a los Ayuntamientos recurrentes), con interés legítimo (evidenciado en ser las Corporaciones Locales las que exaccionan el IBI), o ser una Entidad o Corporación que ostente la representación y defensa de intereses de carácter general, con interés legítimo en el asunto (circunstancia que concurre en la Federación Nacional de Asociaciones y Municipios con Centrales Hidroeléctricas y Embalses - cuya legitimación, a estos efectos, ya

le ha sido reconocida por esta Sala en ocasiones precedentes-), o bien se trate del Ministerio Fiscal o de la Administración General del Estado, en todo caso" (FD Segundo).

En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala que acabamos de sintetizar, las Federaciones de Municipios como la recurrente no son "meras Asociaciones voluntarias", estando legitimadas para impugnar "los actos y disposiciones que afecten al ámbito de autonomía de los entes asociados", entendiéndose por "ámbito de autonomía" (art. 19.1.e) LJCA) todos aquellos asuntos que "afecten directamente al círculo de sus intereses", entre los que, desde luego, hay que incluir los relacionados con la exigibilidad a los entes municipales incluidos en la F.N.M.C. de la tasa por la publicación de anuncios en el BON.

Por las razones expuestas, debemos concluir que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 7 de febrero de 2003, al negar la legitimación de la F.N.M.C. por ser un "ente asociativo" que no "postula la defensa de intereses propios, sino de los municipios" que la integran, y contraer su petitum a relaciones tributarias de las que no es sujeto pasivo, sino los citados municipios, interpretando de forma rigorista el art. 19.1 LJCA, ha apreciado una causa de inadmisión de forma improcedente, por lo que el motivo debe ser estimado.

Alcanzada la anterior conclusión deviene innecesario pronunciarnos sobre la infracción del art. 359 de la L.E.C. y la del art. 65.2.d) de la LJCA que, como motivos de casación segundo y tercero, respectivamente, denuncia la representación de la F.N.M.C. al amparo del art. 88.1.c) LJCA.

QUINTO.- Por lo expuesto, y sin entrar en la cuestión de fondo que plantea la entidad recurrente, procede que, con estimación del recurso, se case y anule la Sentencia impugnada, a fin de que siga la tramitación del procedimiento en la instancia.

SEXTO.- No hacemos especial declaración de condena en costas.

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

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por la Federación Navarra de Municipios y Concejos contra la Sentencia de 7 de febrero de 2003, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, recaída en el recurso del citado orden jurisdiccional núm. 47/2002, Sentencia que se casa y anula, a fin de que la Sala prosiga

la tramitación de dicho recurso. 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 Frías Ponce.- Ángel Aguillo Aviles.- José Antonio Montero Fernández.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Ángel Aguillo Aviles, estando constituida la Sala en audiencia pública, lo que, como Secretaria de la misma certifico.

2009/234700

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 24 septiembre 2009. Ponente: D. Manuel Martín Timón

Al haberse resuelto la anulación de la liquidación originaria Nulidad de la derivación de responsabilidad tributaria realizada al ayuntamiento

El TS declara la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Vigo contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, en el extremo referido a la declaración de responsabilidad tributaria por la liquidación correspondiente a la cesión de existencias; y le estima en lo que se refiere a la declaración de responsabilidad tributaria por la liquidación correspondiente a la cesión del inmovilizado material al Ayuntamiento de Vigo. La Sala, entrando a conocer del recurso contencioso en los términos en que fueron planteados, anula el acuerdo por el que se derivó la responsabilidad tributaria al Ayuntamiento por liquidación del IVA, ya que por sentencia de este Tribunal, se anuló la liquidación que en la resolución impugnada se deriva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Así pues la Sentencia aquí recurrida, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en 19 de diciembre de 2002, confirmó la declaración de responsabilidad tributaria del Ayuntamiento por las deudas de Emavisa derivadas de la liquidación por IVA del ejercicio 1991 con origen en la falta de declaración a efectos de dicho impuesto, de la transmisión del inmovilizado al Ayuntamiento de Vigo y de las existencias a UTE Seragua, S.A. Focsa.

La sentencia de referencia, en lo que interesa, tiene la siguiente fundamentación jurídica:

"Cuarto.- Entrando ya en el fondo del asunto que se discute, el Ayuntamiento recurrente alega que no se han cumplido los requisitos necesarios para declararle responsable de las deudas de Emavisa, ya que esta sociedad no ha sido disuelta y liquidada, y no se ha producido la cesión global de su patrimonio. No obstante lo anterior, consta en el expediente administrativo copia del Registro de la Propiedad de Pontevedra sobre la disolución de esta sociedad, que no fue liquidada al producirse la cesión global de su patrimonio a su único socio, el Ayuntamiento recurrente. Consta también en autos, que el neto patrimonial percibido por el Ayuntamiento de Vigo lo constituye una cantidad superior a la deuda que se reclama por responsabilidad a título de sucesor de las deudas de la sociedad a través de la cual se prestaba el servicio municipal de abastecimiento y saneamiento de aguas de Vigo.

La demanda de la entidad recurrente, se fundamenta en el incumplimiento de una serie de trámites formales que, tratándose de una sociedad unipersonal, carecen de trascendencia puesto que suponen que el único socio aprueba las operaciones de liquidación realizadas. Sin embargo, el fundamento de la derivación de responsabilidad del art. 89.4 de la L.G.T. no se encuentra en el cumplimiento de estas formalidades, sino en el hecho de haber recibido el socio la cuota de liquidación que se le adjudica, lo que se demuestra por el hecho de ser éste el límite de la responsabilidad del socio.

Quinto.- En cuanto a la prescripción, el recurrente entiende como "die a quo" el 21 de diciembre de 1990, fecha del Acuerdo de disolución de Emavisa, pero esta fecha no opera como fecha inicial del cómputo de prescripción ya que las deudas en esa fecha, no estaban ni liquidadas ni notificadas, cosa que ocurrió el 18 de marzo de 1992. A este respecto, carecería de sentido admitir que comienza antes el cómputo del plazo de prescripción para el responsable que para el deudor principal. En consecuencia no ha prescrito la acción administrativa de cobro.

Finalmente, en cuanto a la falta de los elementos esenciales de la liquidación, obra en el expediente administrativo, copia de la liquidación, en la que, claramente se exponen dichos elementos. A este respecto, nuevamente hemos de señalar que el Ayuntamiento de Vigo, es el único socio de Emavisa, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de valorar si ha tenido ocasión de conocer los elementos esenciales de la liquidación que se le notificó. Tanto es así, que el propio Ayuntamiento y Emavisa, interpusieron recurso contra esta liquidación que fue desestimado por Sentencia de la Sección Sexta de

esta Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 1999 “.

Sin embargo, y según hemos expuesto en los Antecedentes, esta Sala dictó Sentencia, de fecha 26 de septiembre de 2005, posterior no solo a la aquí recurrida, sino incluso a los escritos de interposición del recurso de casación contra la misma y de oposición. Dicha Sentencia, tras casar la que había dictado la Audiencia Nacional en 30 de noviembre de 1999, estimó el recurso contencioso-administrativo de Emavisa y parcialmente el del Ayuntamiento de Vigo, anulando la liquidación por IVA correspondiente a la transmisión del inmovilizado por la primera al segundo y ordenando la devolución de las cantidades que hubieran sido ingresadas por dicho concepto con intereses legales; en cambio, y como se dijo también en los Antecedentes, confirmó la liquidación correspondiente a la transmisión de existencia a la U.T.E. Seragua, S.A., Focsa.

La fundamentación de dicha Sentencia es la siguiente:

“Cuarto.- El IVA es, desde luego, un tributo de naturaleza indirecta que incide sobre el consumo, exigiéndose fundamentalmente con ocasión de las transmisiones, entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional (art. 1 LIVA/1985).

Pero es cierto que si bien la habitualidad califica la actividad realizada por empresarios y profesionales, a efectos del hecho imponible, el artículo 3.1 LIVA/1985 somete a gravamen la totalidad de las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas por aquéllos tanto si tienen carácter habitual como ocasional. Y al conceptuar las correspondientes actividades el artículo 4.5.b) LIVA/1985 incluía “las transmisiones o cesiones de uso a terceros de la totalidad o parte de cualquiera bienes o derechos que integren el patrimonio empresarial o profesional de los sujetos pasivos, incluso las efectuadas con ocasión del cese en el ejercicio de las actividades económicas que determinen la sujeción al Impuesto”.

En concordancia con la referida delimitación, el artículo 6.3 LIVA/1985 conceptuaba como entrega el autoconsumo sujetando al impuesto las transferencias de bienes del patrimonio empresarial o profesional al patrimonio personal de los sujetos pasivos y, más concretamente, el apartado 3.2º de dicho artículo:

“La transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales o la cesión de derechos reales de goce o disfrute sobre bienes inmuebles que integren el patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, efectuada a título lucrativo”.

Sin embargo, el artículo 5.6 LIVA/1985, de conformidad con el

artículo 4.5 de la Sexta Directiva Comunitaria, del Consejo de las Comunidades Europeas de 17 de mayo de 1977, declaraba no sujetas al Impuesto las entregas de bienes o prestaciones de servicios realizadas directamente por el Estado, las Entidades en que se organiza territorialmente y sus organismos autónomos, cuando se efectúen sin contraprestación o mediante contraprestación de naturaleza tributaria, exceptuando de dicha no sujeción una serie de operaciones entre las que se encuentra la de distribución de agua.

Quinto.- De la expresada normativa resulta que, en principio, la transmisión contemplada podría conceptuarse como una operación de autoconsumo sujeta, y la definitiva sujeción o no al Impuesto depende, de un lado, del alcance que se otorgue al supuesto de operación no sujeta contemplado en el reiterado artículo 5.6 LIVA/1985, en el bien entendido de que, desde luego, no se trata de “distribución de agua”, que estaría sujeta al IVA, ya que se encuentra excluida expresamente de la no sujeción por el subapartado b) del precepto, sino de la transmisión del inmovilizado material de la sociedad al Ayuntamiento, socio único, en el momento del cambio de gestión del servicio; y, de otro, del significado de la transmisión teniendo en cuenta la naturaleza del referido inmovilizado.

El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a las demandas de la instancia señala que “con el fin de salir al paso de una determinada interpretación del mencionado artículo 5.6 LIVA/1985, según la cual, los servicios prestados en régimen de “gestión directa”, de acuerdo con la normativa local, (que reconduce a esta forma de gestión directa la de empresa cuyo capital pertenece íntegramente al Ayuntamiento) deberían entenderse prestados “directamente” por el ente público y, en línea con la jurisprudencia del TJCE a la que se ha hecho mención, con motivo de la aprobación de la vigente Ley 32/1992 de 28 de diciembre, tuvo oportunidad de añadir al actual (en el momento en que se redacta el escrito) artículo 7.8 de la misma, que viene a sustituir al antiguo artículo 5.6, entre otras cosas que “los supuestos de no sujeción a que se refiere este número, no se aplicarán cuando los referidos entes actúen por medio de empresa pública, privada o mixta o en general de empresas mercantiles”.

Pues bien, situado el problema en los indicados términos, ha de señalarse que esta Sala, precisamente hasta la modificación introducida por la referida Ley 37/1992, de 28 de diciembre, ha mantenido una tesis contraria a la expuesta por el Abogado del Estado, consistente en que la gestión de un servicio público municipal a través de una sociedad mercantil cuyo capital social pertenece íntegramente a la entidad local es una gestión directa que se incluía en

el ámbito de aplicación del supuesto de no sujeción contemplado en el artículo 5.6 LIVA/1985, sin que ello fuera contrario al artículo 4.5 de la Sexta Directiva ni a la doctrina del TJCE.

La referida doctrina contenida en múltiples sentencias, ad exemplum, de 10 de marzo de 2000, 25 de septiembre) y 3 de octubre de 2002, 23 y 24 de junio de 2003) y 22 de enero de 2004, entre otras muchas puede resumirse en los siguientes términos.

a) La modalidad de gestión directa mediante una sociedad mercantil, cuyo capital pertenece íntegramente a la Entidad local, tiene una honda raigambre en el Derecho Local español, así el artículo 41 del Reglamento de Servicios, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 ya dispuso que: “Se entenderá por gestión directa la que para prestar los servicios de su competencia realicen las Corporaciones Locales por si mismas o mediante Organismo exclusivamente dependiente de ella”, y en este sentido su artículo 67 dispuso: “La gestión directa de los servicios comprenderá las siguientes formas:

1ª) Gestión por la Corporación:

a) Sin órgano especial de administración.

b) Con órgano especial de administración.

2ª) Fundación pública del servicio.

3ª) Sociedades privadas, municipal o provincial”. Los artículos 89 a 94 regulaban las sociedades privadas, destacando la exigencia de que la Corporación fuera propietaria exclusiva del capital social de la sociedad, que necesariamente debería adoptar una de las formas propias de las sociedades de responsabilidad limitada.

b) El texto del artículo 8, apartado 9º, del Reglamento del IVA, de 30 de octubre de 1985), que después de reproducir literalmente el artículo 5, apartado 6º de la Ley del I.V.A. añadió el siguiente párrafo: “Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará cuando los referidos entes (se refiere a los entes territoriales) actúen por medio de empresa privada o empresa mixta o en general de empresas mercantiles”. Y La Sala compartió el criterio de que se trataba de “una extralimitación de este precepto reglamentario en relación con las normas legales invocadas sobre el I.V.A. y sobre las técnicas de actuación de los entes locales”, porque el segundo párrafo (el añadido) del apartado 9º, del artículo 8, del Reglamento del I.V.A. no ha sabido distinguir entre las sociedades mercantiles, pertenecientes íntegramente a las Entidades Locales que son una modalidad de la prestación directa de los servicios públicos municipales y provinciales, y las sociedades mercantiles, pertenecientes parcialmente

a las Entidades Locales, que como dispone claramente el artículo 85, apartado 4, letra e) de la LRBRL constituyen una modalidad de la gestión indirecta al preceptuar:

“4. La gestión indirecta adoptará alguna de las siguientes formas:

a) Concesión (...).

e) Sociedad mercantil y cooperativa legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local”. El artículo 8, apartado 9º, del Reglamento del I.V.A. era contrario a Derecho, porque ignoraba la diferenciación dicotómica de las sociedades mercantiles, según sea la participación de las Entidades Locales en el capital social de las mismas, total o parcial, diferenciación que comporta un régimen distinto de prestación de los servicios públicos directo o indirecto que el Reglamento no ha sabido distinguir al tratarlas por igual.

c) La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del I.V.A., ha corregido la extralimitación del artículo 8, apartado 9º, del Reglamento del I.V.A., al disponer que: “Que los supuestos de no sujeción a que se refiere este número (las entregas de bienes y prestación de servicios realizadas directamente por los entes públicos mediante contraprestación de naturaleza tributaria) no se aplicarán cuando los referidos entes actúen por medio de empresa pública, privada o mixta o, en general, de empresas mercantiles”, precepto que denota claramente la ilegalidad del segundo párrafo, del apartado 9º del artículo 8 del Reglamento del I.V.A. de 30 de octubre de 1985, y que muestra cómo ha sido necesario dictar un precepto con rango de Ley que excluya del concepto de prestación por gestión directa, según nuestro Derecho Local, y a efectos puramente del I.V.A., la prestación de servicios públicos mediante sociedades privadas, pertenecientes íntegramente a los entes locales”.

d) El artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva, del Consejo de la Comunidad Económica Europea 77/388/CEE, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros, relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios -Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: Base imponible Uniforme- dispone: “Los Estados, las regiones, las provincias, los municipios y los demás organismos de Derecho público no tendrán la condición de sujetos pasivos en cuanto a las actividades y operaciones que desarrollen en el ejercicio de sus funciones públicas, ni siquiera en el caso de que con motivo de tales actividades u operaciones perciban derechos, rentas, cotizaciones o retribuciones. No obstante, cuando efectúen tales actividades u operaciones deberán ser considerados como sujetos pasivos en cuanto a dichas activida-

des u operaciones, en la medida en que el hecho de no considerarlas sujetos pasivos lleve a distorsiones graves de la competencia. De todos modos los organismos anteriormente citados tendrán la consideración de sujetos pasivos especialmente en cuanto a las operaciones enumeradas en el Anexo D y en la medida en que éstas no sean de mínima entidad”.

Precepto que ha de ser examinado teniendo en cuenta que, como ha quedado señalado, en el presente caso no se trata realmente de la distribución de agua sujeta, como se ha dicho, al Impuesto.

Así se aprecia de modo indubitado que el artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva es mucho más amplio que el artículo 5, apartado 6º, de la LIVA/1985, pues no exige que las funciones públicas (servicios públicos) sean desempeñadas directamente por los municipios, y porque además permite contraprestaciones de muy diversa índole, en tanto que nuestra Ley sólo permitía dos supuestos, a saber, no exigencia de contraprestación, o contraprestación de naturaleza tributaria. En cuanto a la mención de la prestación de los servicios públicos por “(..) municipios y los demás organismos de Derecho público”, no implica que queden fuera las sociedades privadas municipales, en cuanto que conforme a nuestro Derecho son una modalidad de gestión directa de los servicios públicos, por los municipios, es decir, se cumple la norma del artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva que dispone: “los municipios (..) no tendrán la condición de sujetos pasivos en cuanto a las actividades y operaciones que desarrollen en el ejercicio de sus funciones públicas”, circunstancia que se cumple en el caso de autos, en el que sin duda el Ayuntamiento de Vigo prestó directamente el servicio de abastecimiento y saneamiento de aguas, sin que el precepto de la directiva exija que tal prestación se halle sometida al Derecho público, pues la mención de: “y además otros organismos de Derecho Público”, es una expresión que se refiere sólo a la enumeración de los entes públicos, utilizando una cláusula abierta para comprender el repertorio múltiple de entes distintos (condados, consorcios, mancomunidades, áreas metropolitanas, etc.) existentes en la Comunidad Económica Europea.

En definitiva, esta Sala ha venido manteniendo la tesis de que el artículo 4, apartado 5, de la Sexta Directiva, no contradice en absoluto, sino que apoya la interpretación que ha defendido, del artículo 5, apartado 6º, de la Ley 30/1985, de 2 de abril, del I.V.A., toda vez que corresponde a España como Estado miembro de la Unión Europea el regular conforme a nuestro Derecho las modalidades de prestación de los servicios públicos, no sujetos al I.V.A., dada la extraordinaria ambigüedad del texto de dicha Directiva.

e) El problema interpretativo se halla en delimitar, ante el amplísimo abanico de posibles actuaciones municipales, las que son auténticas funciones públicas y las que no (así, entre otras, las Sentencias de 25 de julio de 1991 -Asunto C-202/90-, de 26 de marzo de 1987 -Asunto 235/95- y de 17 de octubre de 1989 -asuntos acumulados 231/87 y 129/88-), pudiéndose afirmar como conclusión de sus razonamientos relativos a la interpretación de párrafo primero, del apartado 5, del artículo 4 de la Sexta Directiva, lo que sigue:

“19. Procede pues responder a la primera cuestión que el párrafo 1 del apartado 5, del artículo 4 de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que las actividades desarrolladas por los organismos públicos “en el ejercicio de sus funciones públicas” en el sentido de esta disposición, son aquellas que realizan los organismos de Derecho público en el marco del régimen jurídico que les es propio, salvo las actividades que ejercen en las mismas condiciones jurídicas que los operadores económicos privados. Corresponde a cada Estado miembro elegir la técnica legislativa apropiada para adaptar su Derecho nacional a la norma de no imposición establecida por dicho precepto”.

Y conforme a la indicada doctrina, cabe señalar:

1º) El servicio de abastecimiento y saneamiento de agua corresponde a las funciones públicas atribuidas por nuestro Derecho interno a los Ayuntamientos (art. 25.2.1) LRBRL).

2º) El servicio había sido realizado hasta el cambio de gestión que determina la debatida transmisión en el marco del régimen jurídico que le es propio, por gestión directa del propio Organismo Público, de conformidad también con nuestro Derecho interno (art. 85.3, letra c) LRBRL).

3º) La actividad era realizada hasta el momento de la modificación de la gestión por una sociedad mercantil, pero no en las mismas condiciones jurídicas que los operadores económicos privados.

Sexto.- La doctrina científica ha distinguido y matizado lo que son las sociedades de entes públicos, surgidas a partir del momento en que la Administración adoptó como técnica de funcionamiento el de las sociedades mercantiles, para gestionar así con mas eficacia (relaciones laborales, contabilidad, etc.) las actividades industriales, comerciales y de servicios que venían realizando mediante determinados organismos autónomos.

Y la realidad es que las sociedades mercantiles constituidas por la Administración como socio único, se hallan mas cerca de la fundación de un servicio público, que de una figura asociativa (art. 1665 del Código

Civil, art. 116 del Código de Comercio, etc.), tan es así que el artículo 10, párrafo segundo, de la Ley de 17 de julio de 1951, de Sociedades Anónimas y luego el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, han tenido que “exceptuar de lo establecido en el apartado anterior (número de socios fundadores no inferiores a tres) a las sociedades constituidas por el Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales, o por organismos o entidades de ellos dependientes”.

Es cierto que externamente estas sociedades mercantiles se relacionan con los usuarios bajo formas jurídicas propias del Derecho privado,

■

*“...en los casos de
acumulación o de
ampliación de
pretensiones, aunque la
cuantía del recurso
venga determinada por
la suma del valor de las
mismas, no se comunica
a las de cuantía inferior
la posibilidad de
casación, a lo que hay
que añadir que,
tratándose en el asunto
que nos ocupa de actos
de naturaleza tributaria,
hay que atender
exclusivamente al débito
principal...”*

■

pero en cambio internamente actúan casi como un órgano del ente público. En especial, desde el punto de vista de su régimen económico-financiero, forman parte del Sector público y se hallan sometidas a determinadas disposiciones de la Ley General Presupuestaria, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y quedan sometidas a la fiscalización del Tribunal de Cuentas, y particularmente, es menester traer a colación el Texto articulado de la Ley especial para el Municipio de Barcelona, aprobado por Decreto de 23 de mayo de 1960, cuyo artículo 3, apartado 1, disponía:

“1. Las Entidades municipales autónomas y las Sociedades municipales, excepto las de economía mixta, estarán consideradas como órganos técnico jurídicos de gestión del

Ayuntamiento, les serán aplicables los beneficios reconocidos a éste por las Leyes, especialmente disfrutará de las exenciones y bonificaciones fiscales, prestación de créditos y demás que correspondan a las Corporaciones municipales”, régimen que es fiel expresión de la consideración interna de las sociedades municipales (participadas al 100% por el Ayuntamiento), como gestión directa de los servicios, o sea como prestados por un órgano técnico- jurídico del mismo.

Por todo ello es una simplificación afirmar sin mas, que se trata de sociedades mercantiles idénticas a las pertenecientes a socios privados en todo o en parte, razón por la cual la Sala ha considerado que hasta la promulgación de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del I.V.A., el apartado 6º del artículo 5 de la LIVA/1985, anterior, permitía, conforme a nuestro Derecho interno, afirmar que una sociedad mercantil municipal, participada al 100 por 100 por el Ayuntamiento, que presta un servicio público, lo hace como gestión directa de un Organismo Público, respetando así las prescripciones de la Sexta Directiva.

El Tribunal de Justicia de Luxemburgo lo que ciertamente hace es distinguir dos campos de actuación distintos, uno es el de las actividades para el cumplimiento de competencias públicas y funciones públicas y otro el de las actividades no estrictamente públicas que pueden realizar los entes locales.

En el caso de autos, es indiscutible que el abastecimiento y saneamiento de agua, aunque su distribución se halle específicamente mencionada como actividad excluida de la no sujeción al IVA, es un servicio público municipal obligatorio, que de acuerdo con nuestro Régimen Local se prestaba directamente por una sociedad municipal, como mero instrumento técnico, que permite agilizar y prestar dicho servicio público con mayor eficacia, relacionándose con los usuarios del servicio, mediante formas propias del Derecho privado mercantil, pero respetando en su relaciones internas, y sobre todo en su financiación, un régimen jurídico-público. Dicotomía que permite considerar sujeto al IVA, como consecuencia de la referida exclusión la distribución del agua, y no sujeta la transmisión al Ayuntamiento, socio único, del inmovilizado afecto a la prestación de dicho servicio que se produce en el momento del cambio en la forma de gestión.

Séptimo.- La transmisión del poder de disposición a que se refiere la LIVA no coincide con el concepto de transmisión de la propiedad, ya que contempla supuestos de entrega de bienes en los que no existe posesión a título de dueño y ni siquiera se requiere el poder de disposición sobre la propiedad, sino sobre su uso y disfrute. Pero aún así, no cabe igno-

rar que tratándose de bienes afectos a un servicio público, el tráfico jurídico de los mismos es el que corresponde a su demanialidad, de acuerdo, en este caso, con las previsiones del artículo 80 LRRL, por lo que con respecto a ellos la titularidad pertenece a la Administración territorial correspondiente admitiendo sólo la adscripción a un organismo personificado para la prestación del correspondiente servicio, por lo que puede entenderse que se trata de la desaparición de la adscripción (“desadscripción”) como consecuencia del cambio en la forma de gestión del servicio no incluíble en la transmisión del poder de disposición a que se refería el artículo 6.3.2 LIVA/1985.”

SEGUNDO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2002, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 1601/01, articula la representación procesal del Ayuntamiento de Vigo dos motivos de casación.

En el primero de ellos se invoca el artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional para reprochar a la sentencia que “basándose la resolución inicialmente impugnada en un supuesto de cesión global del patrimonio y habiéndose acreditado en la demanda la inexistencia de tal cesión no se contiene ni la más mínima referencia a la misma, ni se explican las razones por las que considera que se produjo tal cesión”.

En el segundo de los motivos, formulado por el cauce del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se alega:

1º) Infracción de los artículos 89.4 de la Ley General Tributaria y 10.3 del Reglamento General de Recaudación, por cuanto no se ha producido liquidación de la sociedad, por inexistencia de cesión global y por falta de recepción de la cuota de liquidación.

2º) Infracción del artículo 266 del Real Decreto Legislativo 1564/1989 en relación con el 246 del Reglamento del Registro Mercantil.

3º) Vulneración del artículo 23 de la Ley General Tributaria.

4º) Vulneración de la jurisprudencia representada por las Sentencias de la Sala Primera de lo Civil de 18 de diciembre de 2000 y 10 de marzo de 2001 y

5º) Infracción del artículo 64 de la Ley General Tributaria y 12.3.2 del Reglamento General de Recaudación.

TERCERO.- Sin embargo, antes de dar respuesta a tales motivos debemos plantear el tema de nuestra competencia para conocer del presente recurso, habida cuenta de que dicha cuestión

es materia de orden público y debe suscitarse de oficio (artículo 7.2 de la Ley Jurisdiccional).

A tal efecto, debemos recordar que la declaración de responsabilidad realizada conforme a lo dispuesto en el artículo 89.4 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 tiene su origen en la liquidación de IVA girada a Emavisa como consecuencia de la transmisión, de un lado, del inmovilizado con valor neto contable de 7.411.584.045 ptas., al Ayuntamiento de Vigo y de las existencias, con valor contable de 124.564.335 ptas. a la U.T.E. Seragua, S.A. Focsa.

Pues bien, si tenemos en cuenta que el tipo aplicable es el del 12% debemos llegar a la conclusión de que el recurso es inadmisibles respecto de la declaración de responsabilidad por la liquidación correspondiente a la cesión de existencias.

En efecto, la casación contencioso-administrativa es un recurso extraordinario y limitado por razón de la cuantía, pues el artículo 86.2.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa excluye de la misma a las sentencias recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 25 millones de pesetas (salvo que se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, que no es el caso).

Para la fijación de la cuantía, que según el artículo 41 de la Ley Jurisdiccional viene determinada por “el valor económico de la pretensión”, debe tenerse en cuenta la reiterada doctrina jurisprudencial que tiene declarado que conforme al artículo 41.3 de la LJCA, en los casos de acumulación o de ampliación de pretensiones, aunque la cuantía del recurso venga determinada por la suma del valor de las mismas, no se comunica a las de cuantía inferior la posibilidad de casación, a lo que hay que añadir que, tratándose en el asunto que nos ocupa de actos de naturaleza tributaria, hay que atender exclusivamente al débito principal (cuota) para cada ejercicio económico y no a cualquier otro tipo de responsabilidad, como recargos, intereses de demora o sanciones, según dispone el artículo 42.1.a) de la LJCA, salvo que cualquiera de éstos conceptos, eventualmente, superase a aquélla.

Por otra parte, debe quedar claro que como señalara la Sentencia de 23 de diciembre de 1998, “esta Sala mantiene en numerosas sentencias y autos doctrina reiterada y consolidada, que excusa de su cita concreta, que en materia tributaria, el elemento identificador de la cuantía a efectos de la admisión del anterior recurso de apelación y ahora del recurso de casación, es cada acto administrativo de liquidación o cada actuación de los obligados tributarios, como son entre otras las autoliquidaciones y las declaraciones-liquidaciones, sin

que tenga trascendencia alguna a estos efectos, el hecho de que por razones de eficacia, economía y celeridad, puedan los particulares o la Administración Tributaria, acumular en unidad de expediente administrativo o de reclamación económico-administrativa varias liquidaciones o autoliquidaciones, porque tal acumulación no elimina la individualidad intelectual y jurídica de las mismas”.

Por último, debe aplicarse al responsable la misma regla que al deudor principal, según se ha puesto de manifiesto, entre otras, en la Sentencia de esta Sala y Sección de 8 de abril de 2008, que a su vez se remite a la doctrina contenida en el Auto de la Sección Primera de 18 de diciembre de 2003 y los que en el se recoge.

Por lo tanto, y según se anticipó, procede declarar la inadmisibilidad del recurso de casación en lo que respecta a la declaración de responsabilidad por la transmisión del Ayuntamiento de Vigo por la deuda de Emavisa, en la parte correspondiente a la liquidación por IVA derivada de la transmisión de existencias a la U.T.E. Seragua, S.A. Focsa (artículo 95.1 en relación con el 93.2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

CUARTO.- En lo que respecta a la declaración de responsabilidad por la cesión del inmovilizado material, la sentencia recurrida se ha visto contradicha posteriormente por la de esta Sala y Sección de 26 de septiembre de 2005, que anuló la liquidación determinante de aquella y declaró procedente la devolución de cantidades que se hubieran ingresado con abono de intereses de demora desde la fecha del ingreso.

Esta última ha de prevalecer necesariamente frente a la recurrida que no puede permanecer subsistente, pues en otro caso no otorgaríamos tutela judicial efectiva.

De ahí la necesidad de estimar el motivo basado en la infracción del artículo 89.4 de la Ley General Tributaria, ante la nulidad de la liquidación tributaria que justificó la declaración de responsabilidad.

QUINTO.- La estimación del motivo supone la casación de la sentencia impugnada, lo que obliga a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, conforme exige el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y ello ha de hacerse estimando en parte el recurso contencioso-administrativo y anulando la declaración de responsabilidad en cuanto a la liquidación girada por la cesión del inmovilizado material, así como las resoluciones que la confirmaron.

SEXTO.- No ha lugar a la imposición de costas y en cuanto a las de instancia cada parte abonará las suyas.

Por las razones expuestas, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el Pueblo español en la Constitución.

FALLO

Primero.- Que debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del presente recurso de casación, número 1706/2003, interpuesto por el Letrado del Excmo. Ayuntamiento de Vigo, en la representación que legalmente ostenta, contra sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 19 de diciembre de 2002, en el extremo referido a la declaración de responsabilidad tributaria por la liquidación correspondiente a la cesión de existencias de Emavisa a la U.T.E. Seragua, Focsa.

Segundo.- Que debemos estimar y estimamos presente recurso de casación, número 1706/2003, interpuesto por el Letrado del Excmo. Ayuntamiento de Vigo, en la representación que legalmente ostenta, contra sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 19 de diciembre de 2002, sentencia que se casa y anula en lo que se refiere a la declaración de responsabilidad tributaria por la liquidación correspondiente a la cesión del inmovilizado material de Emavisa al Ayuntamiento de Vigo.

Tercero.- Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo núm. 1601/01 interpuesto por el Letrado del Excmo. Ayuntamiento de Vigo, en la representación que legalmente ostenta y anulamos el acuerdo de la Dependencia Regional de Recaudación de 14 de marzo de 1997, por el que se derivó la responsabilidad tributaria a dicho Ayuntamiento por liquidación del IVA, del ejercicio 1991, correspondiente a la cesión del inmovilizado material por parte de Emavisa, así como las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia y Económico-Administrativo Central, de 27 de abril de 2000 y de 5 de julio de 2001, respectivamente, en cuanto la confirmaron.

Cuarto.- No ha lugar a la imposición de costas procesales y en cuanto a las de instancia cada parte abonará las suyas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Manuel Vicente Garzón Herrero.- Manuel Martín Timón.- Ángel Agualló Aviles.- Óscar González González.

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



2009/217639

TS Sala 4ª, Sentencia 14 septiembre 2009. Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Corresponde a la jurisdicción contenciosa

Incompetencia del orden social para conocer de la procedencia de retención practicada a no residentes

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandando Mº de Asuntos Exteriores, contra sentencia que declaró la competencia del orden social para conocer sobre la procedencia o no de las retenciones para no residentes que el mismo practica sobre unos conceptos salariales -pagas de "aguinaldo"- percibidas por los demandantes, trabajadores por cuenta ajena que prestan servicios en una embajada de España en el extranjero y sujetos a la legislación laboral del país en que está ubicado su centro de trabajo.

Entiende la Sala que los litigios que versan sobre si procede o no la retención fiscal aplicada por una empresa a las cantidades que abona al trabajador por razón de su relación laboral, deben ser resueltos por el orden contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se debate en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar la procedencia o improcedencia de las retenciones que practica la Administración Pública empleadora demandada sobre unos de los conceptos salariales (las denominadas pagas de "aguinaldo") que perciben los demandantes, trabajadores por cuenta ajena que prestan sus servicios en una Embajada de España en el extranjero y sujetos a la legislación laboral del país en que está ubicado su centro de trabajo, en alegada aplicación de una retención del 8% en concepto de impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR), contemplada en el art. 25.1.c) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes.

2.- La sentencia de suplicación ahora recurrida (STSJ/Madrid 1-julio-2008 -rollo 1503/2008), revocando la sentencia de instancia que declaró la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión planteada (SJS núm. 12 Madrid 28-enero- 2008 -autos 644/2007), proclama la competencia del orden social, argumentando, en esencia, que "la cuestión objeto del litigio versa sobre una cuestión laboral, como es la determinación del salario, que está incardinada en una concreta e individualizada relación contractual del trabajo", añade que "resulta competente materialmente este orden jurisdiccional para cono-

cer y resolver la demanda que ha dado origen al procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el art. 2 a) LPL ", pues " nos encontramos... ante un proceder o actuar de la Administración Pública en su condición de empresario frente a sus trabajadores en una materia típicamente laboral como es el abono del salario, lo que determina la competencia de esta jurisdicción del orden social".

3.- La sentencia invocada por la parte empresarial recurrente como de contraste (STSJ/Madrid 12-mayo-2008 -rollo 153/2008), en un supuesto en el que se cuestionaba la procedencia o no de la retención fiscal sobre salarios de tramitación, al igual que el momento en que la misma debió de hacerse y su cuantía, concluye que las cuestiones relacionadas con retenciones a cuenta del IRPF constituyen problemática sujeta a normativa fiscal cuya interpretación y aplicación corresponden en exclusiva a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

4.- Concorre el presupuesto o requisito de contradicción exigido en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para viabilizar el recurso de casación unificadora, pues ante hechos sustancialmente idénticos, la interpretación jurídica que de los mismos se efectúa en las sentencias objeto de comparación es divergente con las derivadas consecuencias en la decisión final.

SEGUNDO.- 1.- Invoca la empresa recurrente que la sentencia impugnada infringe lo dispuesto en los arts. 9.4 y 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), 1, 2 y 3.1.c) de la LPL, 25.1.c) y 50 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004 de 5 -marzo - LIRNR, 108 de la Ley 35/2006 de 28 -noviembre (del impuesto sobre la renta de las personas físicas -LIRPF) y 2.a) de la Ley 29/1998 de 13 -julio (reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa -LJCA).

2.- En el invocado art. 25.1.c) LIRNR, relativo a la cuota tributaria, se dispone que "Los rendimientos del trabajo de personas físicas no residentes en territorio español, siempre que no sean contribuyentes por el IRPF, que presten sus servicios en misiones diplomáticas y representaciones consulares de España en el extranjero, cuando no proceda la aplicación de normas específicas derivadas de los tratados internacionales en los que España sea parte, se gravarán al 8 por 100 "; preceptuando, en cuanto al orden jurisdiccional competente, el art. 50 LIRNR que

"La jurisdicción contencioso-administrativa, previo agotamiento de la vía económico-administrativa, será la única competente para dirimir las controversias de hecho y de derecho que se susciten entre la Administración y los contribuyentes, retenedores y demás obligados tributarios en relación con cualquiera de las cuestiones a que se refiere esta Ley".

TERCERO.- 1.- Es doctrina consolidada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo la que declara la incompetencia del orden jurisdiccional social para la determinación de la procedencia o no de los descuentos o para la fijación de las cantidades a retener por el empresario en concepto de impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) sobre indemnizaciones o salarios.

2.- Esta doctrina ha recaído tanto en sentencias dictadas en recursos de casación unificadora (entre otras, SSTS/IV 25-mayo- 1992 -recurso 855/1991, 20-junio-1992 -recurso 2134/1991, 17-octubre-1994 -recurso 898/1994, 16-marzo-1995 -recurso 2969/1994, 9-octubre-1995 -recurso 814/1994 Sala General, 24-noviembre-1995 -recurso 394/1995, 23-enero-1996 -recurso 2799/1994, 4-junio-1996 -recurso 2926/1995, 4-febrero-1998 -recurso 1479/1997, 6-julio-1998 -recurso 5093/1997, 18-noviembre-1998 -recurso 4879/1997, 8-julio-1999 -recurso 3896/1998, 4-abril-2002 -recurso 2649/2001, 2-octubre-2007 -recurso 2635/2008) como en recursos de casación ordinaria (entre otras, SSTS/IV 3-diciembre-1993 -recurso 2947/1992, 25-noviembre-1994 -recurso 3461/1993, 5-marzo-2003 -recurso 59/2002 Sala general,

23-julio-2008 -recurso 110/2007, 16-marzo-2009 -recurso 170/2007); y tanto cuando el problema se ha suscitado en el ámbito de un proceso declarativo con relación a salarios ordinarios, a salarios de tramitación o incluso a salarios en especie o con respecto a las liquidaciones o indemnizaciones por extinción contractual (entre otras, las citadas SSTS/IV 3-diciembre-1993, 25-noviembre-1994, 23-julio-2008 y 16-marzo-2009), -cual acontece en el supuesto ahora enjuiciado afectante a salarios ordinarios-, como también cuando se plantea en el ámbito de un proceso de ejecución con respecto a las cantidades retenidas en alegado cumplimiento de la obligación empresarial de abono del IRPF (entre otras, las citadas SSTS/IV 25-mayo-1992, 20-junio-1992, 17-octubre-1994, 16-marzo-1995, 9-octubre-1995, 24-noviembre- 1995, 23-enero-1996, 4-junio-1996, 4-febrero-1998, 6-julio-1998, 18-noviembre-1998, 8-julio-1999, 4-abril-2002, 2-octubre-2007).

Incompetencia del orden jurisdiccional social que en esta última fase procesal podría ser más discutible en determinados casos en los que deberá estarse a la necesaria interpretación del contenido y alcance del concreto título ejecutivo que constituya la base delimitadora de todo proceso de ejecución, como cabe deducir, entre otras, de las SSTS/IV 16-marzo-1995 (recurso 2969/1994) y 4-abril-2002 (recurso 2649/2001), en las que se suscitaba la interpretación de títulos ejecutivos constituidos, respectivamente, por una conciliación extrajudicial y otra judicial.

3.- En las citadas sentencias casacionales, como recuerda la STS/IV 9-octubre-1995, dictada en Sala General, se declara que "la determinación de si han de realizarse o no retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas, y en su caso por qué importe, es tema que está sujeto a leyes de naturaleza fiscal y no laboral, cuya interpretación y aplicación corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo"; o, como se refleja en la STS/IV 25-noviembre-1994 (recurso 3461/1993), que

"el art. 26.3 ET dispone que el trabajador debe soportar a su cargo las cargas fiscales y que el pacto contrario es nulo" pero que "la cuestión que versa sobre la determinación de la procedencia o no de las retenciones a cuenta del IRPF y el importe de las mismas es materia sujeta a leyes fiscales y no laborales, cuya interpretación y aplicación corresponden a los Tribunales del orden contencioso-administrativo".

4.- En esta misma línea interpretativa, se matizaba acertadamente en la STS/IV 3-diciembre-1993 (recurso 2947/1992), en un supuesto en el que las retenciones cuestionadas afectaban al salario en especie, con funda-

mento en el carácter de la actuación del empresario en su condición de "retenedor del impuesto", indicándose que "el fundamento de la pretensión que se ejercita, aunque tenga causa remota en el contrato de trabajo, pues se trata de impugnar una actuación del empresario en orden al pago de la retribución, tiene su origen inmediato en la retención de haberes que practica este para ingresarlos en la Hacienda Pública a cuenta del IRPF del trabajador, actuando en esta materia no como empleador, sino en la condición que le viene atribuida de retenedor del impuesto, como sujeto pasivo sustituto del contribuyente, colaborando en la gestión recaudatoria de la Administración Tributaria según le impone el art. 32 de la Ley General Tributaria 230/1963, de 28-diciembre y 98 de la Ley 18/91, de 6-junio y, por tanto, la esencia de este proceso es una relación jurídica tributaria pues consiste en saber si se debe repercutir sobre el trabajador la retención sobre los salarios en especie, para lo cual se deben estudiar los artículos correspondientes de la Ley 18/1991 y del Reglamento de 30-diciembre-1991, lo que constituye el objeto de un pleito contencioso administrativo y no laboral".

Precisándose en otras resoluciones que el empresario efectúa por obligación legal la retención de unas cantidades que son "a cargo del trabajador" y "respecto de las cuales el empresario actúa tan solo como intermediario obligado a retener sin ser el deudor de las mismas" (STS/IV 5-diciembre-2007 -recurso 4066/2006).

CUARTO.- 1.- Solución distinta aceptando la competencia del orden jurisdiccional social se ha sustentado cuando en el litigio no se cuestiona la procedencia o la cuantía de la exacción del impuesto de IRPF sino una resolución empresarial adoptada de forma unilateral en orden a la corrección de los afirmados errores experimentados por ella en el descuento de ese impuesto durante los ejercicios tributarios precedentes, razonándose, como elemento diferenciador en la solución jurídica adoptada, que tal concreta cuestión "reviste, sin la menor duda..., un claro carácter laboral, por cuanto se orienta a la anulación de una decisión empresarial con la que no están de acuerdo los trabajadores de la empresa demandada sin poner en tela de juicio la obligación del trabajador de abonar las cargas tributarias respecto de las que, ciertamente, se constituye en sujeto pasivo directamente obligado al pago de las mismas" y que "aunque tenga relación con la exacción de un impuesto público, no discute para nada la procedencia o cuantía de la expresa carga tributaria "(STS/IV 23-julio-2008 -recurso 110/2007 con cita de las SSTs/IV 20-marzo-2002 -recurso 2203/2002 y 27-enero-2005 -recurso 755/2004; STS/IV 16-marzo-2009 -recurso 170/2007).

Destacándose específicamente que "igual que dijimos en nuestra sentencia de 27-enero-2005 (R. 755/2004), con cita de la dicta en Sala General el 20 -marzo-2002 (R. 2203/2002), no cabe duda de que estamos en presencia de una cuestión de naturaleza laboral, puesto que se trata de decidir únicamente si el empleador está legitimado por su propia decisión para efectuar descuentos, en los términos expresados, de la nómina de sus trabajadores, lo cual configura el problema como una cuestión entre trabajadores y empresarios, derivada del contrato de trabajo e incardinable en las previsiones del art. 2 (a) y 1) de la LPL "(STS/IV 16-marzo-2009 -recurso 170/2007).

2.- La competencia del orden social también se ha proclamado cuando, sin discutirse entre las partes la cuantía de lo descontado, entre otros, por el concepto de IRPF, se debatía estrictamente si la empresa tenía derecho a descontar de los salarios que había de abonar al trabajador con motivo de la liquidación por fin de contrato, las cantidades correspondientes al IRPF cuando efectuaba el abono de los mismos, o si, por el contrario, sólo podrá descontarlos si acreditaba haber hecho previamente el ingreso de aquellas cantidades en Hacienda (STS/IV 25-noviembre-1994 -recurso 3461/1993).

3.- En esta línea interpretativa, como señala la STS/IV 12-junio-2001 (recurso 4608/2000), con referencia al Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de fecha 12-julio-2000, que "los litigios que versan sobre si procede o no la retención fiscal aplicada por una empresa a las cantidades que abona al trabajador por razón de su relación laboral deben ser resueltos por el Orden Contencioso-Administrativo" y que "así lo declaró esta Sala Especial de Conflictos de Competencia en su ya lejano auto de 27-noviembre-1989, afirmando que 'la realización de retenciones a cuenta del IRPF viene impuesta, en su caso, por leyes de naturaleza fiscal y no laboral y que, en consecuencia, determinar la procedencia o improcedencia de tales retenciones requiere la aplicación de normas de naturaleza fiscal, por lo que, no siendo subsumible el conflicto planteado, por la materia sobre que versa, entre los que menciona el art. 9.5 LOPJ, cuando delimita el ámbito jurisdiccional del orden social, no corresponde a éste el conocimiento de tal conflicto, sino al contencioso-administrativo, por afectar a una relación jurídica tributaria'" y que "esa es también la doctrina que estableció la Sala IV de este Tribunal Supremo en su sentencia de 2-octubre-1990 y ha reiterado luego en otras muchas como son las de 25-mayo-1992, 16-marzo-1995, 23-enero y 4-junio-1996, 6-julio y 18-noviembre-1998, 8-julio-1999 y 4-mayo-2000, dictadas todas ellas en controversias

suscitadas por el trabajador en fase de ejecución de sentencia, pretendiendo que Tribunal social se pronunciara sobre la procedencia y cuantía de las retenciones efectuadas por la empresa condenada a cuenta del IRPF sobre el importe de la condena", pero que, como destaca la propia resolución conflictual referida, tal criterio competencial no es, sin embargo, aplicable al caso por aquella enjuiciado en el que el litigio no versaba directamente sobre la procedencia o no de efectuar determinadas retenciones fiscales a las prestaciones complementarias de seguridad social abonadas por el empresario, dado que "la relación jurídica que en materia tributaria pueda corresponder, a uno como retenedor o pagador y a otro como sujeto pasivo, con la Administración Tributaria aparece en este proceso como lejano telón de fondo, sin protagonismo alguno en la verdadera disputa".

QUINTO.- 1.- En el supuesto ahora enjuiciado se cuestiona directamente la procedencia de una retención impositiva efectuada por la empresa, pues el tema objeto de debate consiste en determinar la procedencia o improcedencia de las retenciones que practica la Administración Pública empleadora demandada sobre unos de los conceptos salariales (las denominadas pagas de "aguinaldo") que perciben los demandantes, trabajadores por cuenta ajena que prestan sus servicios en la Embajada de España en San José de Costa Rica y sujetos a la legislación laboral del dicho país en que está ubicado su centro de trabajo, en alegada aplicación de una retención del 8% en concepto de impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR), contemplada en el art. 25.1.c) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes.

2.- La aplicación de la doctrina expuesta al actual supuesto comporta declarar la incompetencia del orden jurisdiccional social para su conocimiento, de conformidad con el informe emitido por el Ministerio Fiscal, entendiéndose como doctrina correcta la contenida en la razonada sentencia de contraste.

Se debe reiterar la jurisprudencia consolidada de esta Sala que declara la incompetencia del orden social para la determinación de la procedencia o no de los descuentos o para la fijación de las cantidades a retener por el empresario en concepto de impuesto sobre la renta de las personas físicas -o, como en este caso, del impuesto sobre la renta de no residentes-, sobre indemnizaciones o salarios; al no ser encuadrable, por otra parte, el problema ahora debatido entre los supuestos en los que se ha aceptado la competencia del orden social, por no plantearse en estos últimos la procedencia o no de los descuentos o el cuánto que había que descontar, sino otras cuestiones relativas bien a la legalidad de una reso-

lución empresarial adoptada de forma unilateral en orden a la corrección de los afirmados errores experimentados por ella en el descuento de ese impuesto durante los ejercicios tributarios precedentes, o bien a determinar si la empresa solamente tenía derecho a descontar de los salarios, con motivo de la liquidación por fin de contrato, las cantidades correspondientes al IRPF cuando acreditaba haber hecho previamente el ingreso de aquellas cantidades en Hacienda.

3.- Procede la estimación del recurso de casación unificadora, casar la sentencia de suplicación impugnada, confirmando la sentencia de instancia que declaró la incompetencia del orden jurisdiccional social; sin imposición de costas (art. 233.1 LPL).

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio de Asuntos Exteriores contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 1-julio-2008 (rollo 1503/2008), en el recurso de suplicación interpuesto por los trabajadores demandantes contra la sentencia de instancia, de fecha 28-enero-2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid (autos 644/2007), en autos seguidos a instancia de Don/D^a Rogelio, Juan Luis, Sofía, Cipriano, Heraclio, Paulino, Rosaura, Luis Miguel, Borja, Celestina, Modesta, Almudena, Jacobo, Roque, Juan Pedro y Josefa frente a la Agencia Española de Cooperación Internacional, Ministerio de Asuntos Exteriores. Casamos la sentencia de suplicación impugnada, confirmando la sentencia de instancia que declaró la incompetencia del orden jurisdiccional social; sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Jesús Gullón Rodríguez.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Mariano Sampedro Corral.

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

2009/217641

TS Sala 4ª, Sentencia 15 septiembre 2009. Ponente: D. Luis de Castro Fernández

Competencia de la CIVEA para fijar la fecha de efectos económicos de pacto colectivo

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el ayudante de mantenimiento accionante contra sentencia que rechazó su pretensión frente a la confederación hidrográfica demandada sobre fecha de efectos de complementos de jornada partida y prolongación de jornada.

Señala el Tribunal que el acuerdo de la CIVEA, al fijar la fecha de efectos económicos de la modificación de los complementos, no infringió ninguna norma de derecho necesario, puesto que la fijación de los efectos económicos de un pacto colectivo compete en exclusiva a quienes lo negocian.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por sentencia dictada en 25/09/08 por el Tribunal Superior de Castilla y León/Burgos (recurso de Suplicación 408/08), se resolvió confirmar la sentencia -desestimatoria de la demanda- pronunciada por el Juzgado de lo Social núm.

Uno de los de Burgos en 10/Junio/2008 (autos 680/07), que había desestimado demanda en reclamación de cantidad frente a la «Confederación Hidrográfica del Duero», por los complementos de jornada partida y prolongación de jornada, a los que por Acuerdo de la CIVEA se les dio efectos de 01/04/05 y que el actor pretendía retrotraer a 01/01/03.

SEGUNDO.- 1.- Se formula recurso de casación para la unificación de la doctrina, señalándose como decisión de contraste la STSJ Castilla y León/Valladolid 23/05/07 (recurso de Suplicación 721/07) y denunciando infracción del punto 7º del Acuerdo sobre la Racionalización de los Complementos de Puestos de Trabajo previstos en los arts. 72.3 y 75.3.1 y 2 del Convenio Único (BOE 29/12/03), así como del art. 9.3 CE y de las DDTT 19 y 22 del Convenio Único.

2.- La sentencia referencial contempla la reclamación de un trabajador de la misma «Confederación Hidrográfica del Duero», por idénticos conceptos de jornada partida y prolongación de jornada, con fecha de efectos económicos fijados por la

«CIVEA» a 01/04/05 y que la Sala retrotrae a 01/01/03, estimando íntegramente la demanda.

Las precedentes referencias ponen de manifiesto que en el presente caso se cumple plenamente la exigencia de contradicción que para la viabilidad del RCUD impone el art. 217 LPL (entre las más recientes, SSTS 23/06/09 -rcud 1618/08-; 24/06/09 -rcud 622/08-; y 01/07/09 -rcud 2573/08 -), en tanto que en ambos procesos se trata de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, y pese a ello las decisiones contrastadas han llegado a opuesta conclusión.

TERCERO.- 1.- El objeto de debate en las presentes actuaciones se concreta en determinar la fecha a partir de la cual el actor tiene derecho a percibir los complementos de jornada partida y prolongación de jornada que fueron asignados a su puesto de trabajo por la Comisión de Vigilancia, Estudio y Aplicación (CIVEA) del I Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado (CCU); materia en la que -como vimos- las decisiones contrastadas son opuestas, y en cuyo enjuiciamiento se impone una mínima referencia histórica.

Se trata -en éste y en los restantes supuestos ya examinados por la Sala-de trabajadores que percibían un complemento de jornada conforme al Convenio Colectivo por el que se regían con anterioridad a la vigencia del CCU, y que realizada una primera RPT se les reconoció un nuevo complemento por jornada partida con efectos de 01/01/03, lo que fue aprobado por la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones (CECIR), mediante Resolución de 31/03/05.

Posteriormente, la CIVEA aprobó -por Acuerdo de 07/02/06- una modificación de la RPT inicial y la atribución de nuevos complementos de jornada (jornada partida y prolongación de jornada), a los que se atribuyeron efectos iniciales de 31/03/05.

2.- La cuestión ya ha sido resuelta por la Sala en diversas ocasiones (SSTS 18/09/08 -rcud 222/08-; 04/02/09 -rcud 270/08-; 07/04/09 -rcud 2542/08-; 08/04/09 -rcud 2624/08-; y 22/04/09 -rcud 4120/07-), y a su criterio hemos de estar por elemental seguridad jurídica. Y al efecto, resumimos algunos de los argumentos de la primera de las resoluciones citadas (reproducidos en las posteriores), en la que con notable profusión -de la que prescindimos, por considerarla a la fecha presenta ya de innecesaria reiteración- se afirmaba:

a).- Fue el Acuerdo de la CIVEA de fecha 07/02/06 -debidamente aprobado por la CECIR, tal y como dispone el art. 3, número 4.b) del CCU - el que acordó que la modifi-

cación de los complementos de la RPT inicial tuviera efectos económicos desde día 31/03/05; y dicho Acuerdo fue adoptado al amparo del art. 75, número 3.2.9 del C.C.U., que expresamente lo autoriza, al afirmar que

«La asignación o supresión de los complementos por el desempeño de trabajo en horario o jornada distinta de la habitual a los puestos de trabajo ocupados será objeto de negociación colectiva en la CIVEA».

b).- Por ello, mientras no sea impugnado por los sujetos colectivos enumerados en el art. 163 LPL, el Acuerdo colectivo mantiene su vigencia y la fuerza de obligar que le es propia (art. 82.3 ET); y si un trabajador pretende, en proceso ordinario, que no sea aplicable a su caso, habrá de demostrar que es ilegal por no respetar una norma de derecho mínimo necesario, o por ser contrario al art. 14 CE.

c).- El tan referido Acuerdo de la CIVEA, al fijar como fecha de efectos económicos la de 31/03/05, no infringe ninguna norma de derecho necesario, puesto que la fijación de los efectos económicos de un pacto colectivo compete en exclusiva a quienes lo negocian (art. 85.3.b ET). Dicho Acuerdo es un producto de la negociación colectiva (art. 75, número 3.2.9 del CCU) a la que expresamente se remite el art. 26.3 ET, y que según dispone el art. 82 ET vincula, con la misma fuerza de obligar que el Convenio en el que se integra, a todos los trabajadores dentro del ámbito de aplicación del CCU en el que se encuentran los hoy recurrentes.

d).- Tampoco el Acuerdo contra- viene lo dispuesto en los números 3.2.4 y 3.2.5 del art. 75 del Convenio, que se limitan a describir las características generales de los complementos de jornada partida y de prolongación de jornada, y el Acuerdo, respetando esas previsiones, les da contenido concreto al adjudicar tales complementos a los puestos de trabajo de los recurrentes.

e).- Y otro tanto cabe afirmar de la DT Decimonovena del Convenio, pues conforme a ella, el derecho de los trabajadores a percibir los complementos no nace «hasta que por la CIVEA se proceda a la adaptación que en cada caso corresponda»; y en el caso, esa adaptación se produjo con el Acuerdo de la CIVEA de 07/02/06, con el carácter vinculante al que ya hemos aludido y que deriva directamente de la previsión del art. 75, número 3.2.9 del CCU. Y

f).- Siendo posible siempre una modificación de la RPT que adapte la inicial a las nuevas circunstancias, el art. 75 CCU (3.2.9.) establece «la posibilidad de asignar o suprimir complementos de puesto de trabajo

no sólo inicialmente, sino en todo momento» y la atribuye a la CIVEA, por lo que a su Acuerdo de 07/02/06 no le es aplicable la previsión del apartado 7º del Acuerdo de 24/09/03 (sobre racionalización de complementos de puestos de trabajo del CCU para el personal laboral de la Administración General del Estado suscrito por la Administración y las Centrales Sindicales CCOO y CSI-CSIF, BOE. de 29/12/03), respecto de su mandato de que los nuevos complementos tengan «efectos económicos desde el 1 de enero de 2003», pues tal previsión sólo rige para los complementos adjudicados en las «relaciones iniciales de puestos de trabajo» y ello se respetó con la inicial RPT, sin que haya lugar a extender el mandato a posteriores RPT, cuyos efectos económicos serán los que en cada caso acuerde la CIVEA, en uso de la autonomía colectiva.

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

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Juan Pablo y confirmamos la sentencia dictada por el TSJ Castilla y León/Burgos en fecha 25/Septiembre/2008 (recurso de Suplicación núm. 408/08), que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 10/Junio/2008 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Uno de los de Burgos (autos 680/07), y resolviendo el debate en Suplicación rechazamos el de tal clase formulado frente a la «CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL DUERO».

Sin imposición de costas.

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

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

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



RESEÑA

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



2009/165898

TS Sala 1ª, Sentencia 17 julio 2009.
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

Pensión compensatoria: no concurre interés casacional

Declara la Sala no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de instancia, confirmando el pronunciamiento impugnado relativo a la concesión de una pensión compensatoria, considerando, tras analizar la naturaleza de ésta y la posibilidad de limitarla temporalmente, que en el caso de autos no se ha acreditado el interés casacional, ya que las sentencias citadas por el recurrente se basan en situaciones concretas y diferentes unas de otras, sin que puedan generalizarse como doctrina que sea contradictoria.

2009/165900

TS Sala 1ª, Sentencia 16 julio 2009.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Demanda de declaración de error judicial: caducidad del plazo para interponerla

El TS desestima la demanda de declaración de error judicial frente a la sentencia de la AP, ya que ha transcurrido el plazo de caducidad de tres meses para interponerla, teniendo en cuenta que el cómputo del plazo debe arrancar desde el momento de la notificación de la resolución tildada de errónea porque desde tal momento se pudo ya ejercitar la acción, y aunque es cierto que no procedería la declaración judicial de error mientras no se agoten previamente los recursos previstos en el ordenamiento, ello ha de entenderse referido a los recursos procedentes, pero no cuando el recurso es manifiestamente improcedente como ocurre en este caso, en el que el ahora demandante pretendió utilizar el rec. de infracción procesal para denunciar la incongruencia de la sentencia que considera errónea, siendo el rec. especialmente establecido para denunciar esa

incongruencia la nulidad de actuaciones ante la propia AP que dictó la sentencia.



2009/143633

TS Sala 2ª, Sentencia 5 junio 2009.
Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Delito de enaltecimiento del terrorismo: bien jurídico protegido

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delito de enaltecimiento de terrorismo. Subraya el TS que ni se trata en modo alguno de una simple criminalización de opiniones discrepantes, ni el fundamento y el bien jurídico protegido en este caso es la defensa de la superioridad de ideas contrarias a aquellas que animan a esta clase de delinquentes, sino que, muy al contrario, la finalidad es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático.

2009/143769

TS Sala 2ª, Sentencia 7 mayo 2009.
Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

Rebaja de penas de prisión impuestas por allanamiento, robo con intimidación y detención ilegal

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de allanamiento, robo con intimidación y violencia y de detención ilegal. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a aminorar las penas de prisión impuestas al recurrente, ya que la pretensión de pena era adecuada a la previsión legislativa para estos supuestos de concurrencia, por lo que el tribunal de instancia no podía extravasar la pretensión penal instada desde las

acusaciones. El tribunal de instancia, sin plantear la tesis del art. 733 LECr, impuso una pena mayor de la solicitada por las acusaciones, que era procedente, y aplicó erróneamente las previsiones del concurso ideal, pues la punición de los delitos por separado era más beneficiosa que la resultante del delito más grave en su mitad superior.

Formula voto particular el Magistrado D. José Antonio Martín Pallín.

2009/143772

TS Sala 2ª, Sentencia 2 junio 2009.
Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer

Maltrato familiar en concurso ideal con delito de quebrantamiento de condena

Desestimando el recurso de casación interpuesto por el acusado, la Sala acoge el formulado por la acusación particular, ambos contra sentencia que condenó al primero por un delito de maltrato familiar. El TS dicta segunda sentencia por la que condena al acusado por un delito de maltrato familiar en concurso ideal con un delito de quebrantamiento de condena, pues el art. 153,3 CP 95 contiene un subtipo agravado cuando concurren en la ejecución del hecho determinadas circunstancias que enumera, unidas, de forma disyuntiva. Por ello, bastando la concurrencia de una de ellas -el uso de armas- para integrar el subtipo agravado, la otra -quebrantamiento de la pena-, constituiría el delito previsto en el art. 468,2 CP 95.



2009/205387

TS Sala 4ª, Sentencia 28 mayo 2009.
Ponente: D. Joaquín Samper Juan

Negativa empresarial a readmitir a trabajador declarado no inválido

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en el trabajador demandante frente a sentencia que, revo-

cando la de instancia, rechazó su demanda por despido, por falta de reincorporación tras ser declarado el actor no inválido en expediente de revisión por mejoría, y ello al no existir reserva de puesto de trabajo por haber transcurrido más de dos años desde que fue declarado en situación de IPA hasta la fecha de la resolución del INSS que revisó su estado.

La Sala señala que el art.48,2 ET dispone que subsistirá la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente y, tal periodo de suspensión, que comienza a contar, lógicamente, a partir de la fecha en que alcanza firmeza la resolución que declara al trabajador en situación de IP, concluye, inexorablemente y sin posibilidad de extensión alguna, dos años después de dicha fecha y, la fijación de ese plazo extremo u otro próximo a la fecha final del plazo de suspensión, puede ser combatido por el trabajador en proceso de Seguridad Social, si considera que le puede perjudicar su derecho a reincorporarse a la empresa.

2009/205402

TS Sala 4ª, Sentencia 21 julio 2009.
Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

Reducción proporcional de días libres coincidentes con disfrute de vacaciones

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Compañía Aérea demandada frente a sentencia que declaró el derecho de los trabajadores -tripulantes de cabina de pasajeros- al disfrute de los 9 ó 10 días libres al mes regulados convencionalmente, aunque en el mes de que se trate disfruten de parte de sus vacaciones, y declaró nula la práctica que la empresa viene realizando en relación con el disfrute de los días libres mensuales.

La Sala señala que de la interpretación de la normativa convencional resulta que los tiempos, tanto de actividad laboral como de descanso, se ven afectados en dicho cómputo mensual cuando en el mes de que se trata se disfruta de un periodo vacacional pues el art. 28 de la norma -I Convenio Colectivo Estatutario de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de Spanair SA- dispone expresamente la reducción proporcional tanto de la actividad como de los días libres, precepto que se vulneraría si tras el disfrute de un periodo vacacional de veinte días se acumularan los diez días libres establecidos en el art. 20 para ese mes sin reducción proporcional, ya que entonces no existiría ningún periodo de actividad en los términos previstos en el art. 28, al que aplicar la reducción proporcional.