



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2816

Madrid, martes 12 de abril de 2010



## TS PENAL

2009/299721

TS Sala 2ª, Sentencia 4 diciembre 2009. Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

### Delitos de detención ilegal y contra la integridad moral cometidos por agentes de la autoridad

*Se desestiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de detención ilegal y contra la integridad moral. El TS considera que los agentes actuaron a sabiendas, de forma arbitraria, por cuanto acordaron la detención con el fin de dirimir una disputa que mantuvieron con el detenido con motivo de hallarse todos como particulares realizando una consumición en un local público, en el curso de la cual no se habían dado hechos indiciarios que permitieran hablar de actos propiamente delictivos, de lo cual eran plenamente conscientes los ahora recurrentes.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 10 de marzo de 2009 condenando a los acusados Juan, Mónica y Alberto, como autores de un delito de detención ilegal, a la pena cada uno de ellos de tres años de prisión e inhabilitación absoluta por el plazo de ocho años, y a que indemnizaran de forma solidaria a José Antonio en la cantidad de 6.000 euros, indemnización de la que ha de responder de forma subsidiaria el Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña. Juan y Alberto también han sido condenados como autores de un delito contra la integridad moral a la pena, cada uno de ellos, de un año de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de tres años.

Y como autores de una falta de lesiones, a la pena cada uno de ellos de una multa de cuarenta días, con una cuota diaria de diez euros, y a indemnizar solidariamente a José Antonio en la cantidad de 2.200 eu-

ros, con la responsabilidad civil subsidiaria del Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña.

A José Antonio se le condenó como autor de una falta de malos tratos a la pena de diez días de multa, con una cuota diaria de seis euros, y se le absolvió de un delito de atentado y de una falta de lesiones. Y la persona que lo acompañaba la noche de los hechos, Pedro, fue absuelto del delito de abuso sexual que se le atribuyó en su momento.

Los hechos que dieron pie a la condena, descritos muy sucintamente, consistieron en un incidente que se originó en la madrugada del día 2 de junio de 2006, en la discoteca "Bikini", de Barcelona, entre tres Mossos d'Esquadra que se hallaban fuera de servicio (los acusados Juan, Mónica y Alberto) y otras dos personas que estaban en el local realizando una consumición (los acusados José Antonio y Pedro). El incidente se inició cuando se produjo un roce entre Pedro y la agente Mónica que dio pie a la intervención de su compañero Juan, y seguidamente tam-

bién de la del otro Mosso d'Esquadra, Alberto. Al instante intervino también el amigo de Pedro, José Antonio, que agarró a Alberto y lo hizo caer al suelo, ignorando en ese momento que éste tuviera la condición de agente de la autoridad. Con tal motivo y a iniciativa de Juan, se acordó a la salida de la discoteca la detención de José Antonio, que fue trasladado por otros Mossos d'Esquadra a las dependencias policiales. En el recinto policial los dos agentes masculinos, según se reseña en la sentencia, golpearon a José Antonio y le amenazaron verbalmente con matarlo y follarse a su mujer en el caso de que los denunciara. La sentencia ha sido recurrida en casación por los tres Mossos d'Esquadra, tanto por quebrantamiento de forma como por infracción de ley.

A) Recurso de Juan.

SEGUNDO.- 1. En el motivo primero, y por la vía del art. 849.2 de la LECr., se denuncia la existencia de error en la apreciación de la prueba que determinaría la indebida aplicación del art. 163.2 del C. Penal, en relación con el art. 167 del mismo texto legal. La parte recurrente cita como documentos literosuficientes para apoyar el motivo del recurso: un acta de minuta policial; un informe médico de la Clínica Asepeyo de Barcelona; otro informe médico de la misma clínica; acta policial de información y lectura de derechos al detenido José Antonio; y varios informes médicos forenses.

2. Esta Sala viene exigiendo (SSTS de 1653/2002, de 14-10; 892/2008, de 26-12; 89/2009, de 5-2; y 148/2009, de 11-2) para que prospere ese motivo de casación (art. 849.2º LECr.), centrado en el error de hecho, los siguientes requisitos:

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

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

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Nulidad por simulación de compraventa de participaciones sociales 6

Jurisdicción civil competente en demanda interpuesta con anterioridad a la reforma de la LOPJ 19/2003 8

#### PENAL

Delitos de detención ilegal y contra la integridad moral cometidos por agentes de la autoridad 1

#### ADMINISTRATIVO

Obligación autonómica de financiar los gastos derivados de la coordinación de competencias locales 10

Ejecución de sentencia que indemniza al administrador por haberle cesado ilegalmente la DGRN 11

#### SOCIAL

Accidente ocurrido al regreso de una consulta médica 12

Responsabilidad de mutua en abono de indemnización derivada de póliza suscrita por la empresa 13

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

c) El dato acreditado por el documento no ha de hallarse en contradicción con lo evidenciado por otros elementos de prueba.

d) Por último, el dato acreditado documentalmente debe ser relevante, de modo que 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.

3. La precedente doctrina jurisprudencial impide, es claro, que prospere el motivo de impugnación. En primer lugar, porque ninguno de los documentos anteriormente referidos tiene el carácter de documento literosuficiente o autosuficiente a los efectos de demostrar de por sí el error del Tribunal de instancia. Ni los informes médicos que se citan ni las actas y minutas policiales tienen el carácter documental que requiere la jurisprudencia reseñada ni tampoco la literosuficiencia necesaria para evidenciar el error de la sentencia recurrida. A lo cual ha de sumarse que concurren otras pruebas de cargo, personales y de otra índole, que entran en contradicción con las tesis que postula el recurrente con los documentos que refiere. Así las cosas, el motivo debe decaer.

TERCERO.- Con base en lo que se dispone en el art. 851.1 de la LECr. y por la vía por tanto del quebrantamiento de forma, se invoca como segundo motivo la falta de claridad en el relato de hechos probados. Como argumento del recurso se expone que lo ocurrido en el interior de la discoteca está narrado de forma confusa y con "ambages contradictorios". Sin embargo, la lectura del desarrollo argumental del motivo denota de forma diáfana que no es la falta de claridad de los hechos descritos sino su repercusión en la fundamentación jurídica de la sentencia lo que cuestiona el impugnante. En efecto, en la argumentación de la parte recurrente no se especifican qué frases o palabras del "factum" se consideran poco claras o confusas, sino que el núcleo de los razonamientos y alegaciones se centra en enfatizar una contradicción entre la resultancia fáctica y la fundamentación jurídica de la sentencia, aduciendo el recurrente que al admitirse que hubo una agresión por parte de José Antonio contra uno de los Mossos no cabe

afirmar que la detención del agresor sea ilegal. Resulta patente por tanto que la impugnación no se centra en la redacción del hecho probado sino en la subsunción de la conducta del recurrente en el tipo penal de la detención ilegal, subsunción que considera incompatible con la admisión del hecho de que José Antonio agarró al Mosso d'Esquadra Alberto y lo hizo caer al suelo. No cabe duda, pues, que en el motivo se alega realmente una infracción de ley incardinable en el art. 849.1º de la LECr., cauce casacional que se halla fuera del marco propio de la infracción del quebrantamiento de forma que denuncia el impugnante. El motivo deviene, pues, inasumible.

CUARTO.- En el motivo tercero, y con apoyo en lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y art. 24.1 y 2 de la CE, se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y también del derecho a la tutela judicial efectiva. A este respecto se argumenta que la Sala de instancia valoró de forma indebida en contra del impugnante las declaraciones de José Antonio y de Pedro y también el informe médico forense, e hizo en cambio caso omiso a las declaraciones de los agentes acusados y al conjunto de los partes médicos.

Ello derivó -se dice- en la aplicación errónea del tipo penal de detención ilegal (arts. 167 y 163.2 del C. Penal). El cuestionamiento probatorio del recurso, como puede fácilmente constatarse, se centra en el análisis de las declaraciones de los distintos protagonistas del incidente en la discoteca, discrepando de forma reiterada la defensa del resultado probatorio que se acoge en la resolución recurrida. Se está pues ante los problemas propios de la apreciación de las pruebas de carácter personal que se practican ante el Tribunal de instancia.

Sobre esta modalidad probatoria, este Tribunal tiene declarado de forma reiterada que en la ponderación de las declaraciones personales (acusado, víctima, testigos) se debe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediatez y por tanto ajeno, en principio, al control en vía de recurso por un Tribunal superior que no ha contemplado la práctica de la prueba; y un segundo nivel, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la

inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos. Esta estructura racional del discurso valorativo puede ser revisada en casación, censurando aquellas argumentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (SSTS 227/2007, de 15-3; 893/2007 de 3-10; 778/2007, de 9-10; 56/2009, de 3-2; 264/2009, de 12-3; 901/2009, de 24-9; y 960/2009, de 16-10, entre otras).

Estas afirmaciones, ciertamente, deben ser matizadas, pues este mismo Tribunal también ha precisado que no cabe interpretarlas en el sentido de que el Tribunal de casación, operando con criterios objetivos, no pueda revisar la racionalidad con la que el Tribunal de instancia ha reconocido credibilidad a quien ha prestado declaración a su presencia, ni que, por lo tanto, el Tribunal que efectúa la revisión no pueda excluir de lo probado aquellos hechos respecto de los que considere que la prueba personal, tal como ha sido valorado su resultado, se muestra inconsistente.

Pues "el Tribunal sentenciador debe dar cuenta de la clase de uso que ha hecho de la inmediación y no ampararse en su mera concurrencia para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo ocurrido en el juicio y por qué se ha decidido de la manera que consta" (SSTS 1579/2003, de 21-11; y 677/2009, de 16-6). Y en la misma dirección, también se ha advertido que la inmediación no puede confundirse con la valoración de la prueba ni menos aun con la justificación de la misma, ya que la inmediación no blindará a la resolución judicial contra el control cognitivo por parte del Tribunal superior (STS 716/2009, de 2-7).

Pues bien, en el supuesto que ahora se contempla no se percibe que la Audiencia haya ponderado la prueba de forma irracional o contraviniendo las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos. En el recurso se afirma que el acusado José Antonio no ha identificado en rueda a los otros Mossos d'Esquadra que se hallaban en las dependencias policiales y que también intervinieron en la segunda fase de los hechos. Sin embargo, este argumento más que contradecir la

credibilidad y fiabilidad de la declaración de la víctima en cierto aspecto la refuerza, porque también indica que no ha querido inculpar a cualquier sujeto sino sólo a aquellos que realmente intervinieron en los hechos. De otra parte, tampoco resulta irrazonable la convicción que extrae la Sala de instancia sobre un extremo fáctico crucial para dirimir los indicios de un posible delito de atentado que legitimarían la detención de José Antonio. Nos referimos a si los Mossos d'Esquadra se identificaron o no como tales dentro de la discoteca con anterioridad a la reacción de aquél y de su amigo. Este es el punto clave para dilucidar la existencia de indicios delictivos sobre el delito de atentado que legitimaba la detención.

Y aquí la Sala de instancia acoge como cierta y veraz la versión de José Antonio y Pedro, en el sentido de que los recurrentes sólo se identificaron como Mossos d'Esquadra a la salida de la discoteca, aserto que se considera razonable y ajustado a las máximas de la experiencia. En efecto, al hallarse José Antonio y Pedro en el interior de la discoteca realizando una consumición y desatarse de forma repentina el incidente entre ellos y los Mossos d'Esquadra con motivo de un rozamiento entre Pedro y Mónica, no dio prácticamente tiempo para que los Mossos se identificaran como agentes policiales, de forma que el propio desencadenamiento del incidente y la forma de producirse impedía, en buena lógica, que hubiera margen de tiempo para los formalismos propios de las identificaciones.

Por lo cual, la convicción que, merced a la inmediación, obtuvo el Tribunal sentenciador no sólo no presenta signos de falta de verosimilitud y credibilidad, sino que se ajusta a la lógica de lo razonable y a las reglas de la experiencia aplicables a la situación concreta. El motivo por tanto se rechaza.

QUINTO.- Como motivo cuarto se alega, con apoyo en lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECr., la indebida aplicación del tipo penal de la detención ilegal prevista en los arts. 167 y 163.2 del C. Penal. En este caso los razonamientos impugnativos del recurrente van encauzados fundamentalmente a cuestionar el dolo del delito de detención ilegal. Y para ello, claro está, orilla los presupuestos fácticos que se han referido en el fundamento precedente. Pues aduce que no sabía que José Antonio ignorara que ellos eran Mossos d'Es-

quadra, a partir de lo cual estimó en ese momento, es decir, ex ante, que sí se daba un supuesto de atentado, toda vez que José Antonio, tal como se afirma en la sentencia recurrida, agarró al mosso Alberto y lo hizo caer al suelo.

El hecho probado de esta agresión y la creencia de que José Antonio conocía la condición de agente de la autoridad de Alberto serían, según el recurrente, datos suficientes para legitimar su conducta. La tesis del recurso no puede acogerse. Y ello porque, tal como se ha razonado en el fundamento precedente, el acusado conocía perfectamente que no se habían identificado como Mossos d'Esquadra y que por lo tanto José Antonio no estaba incurriendo en un delito de atentado cuando arrojó al suelo a Alberto.

Siendo así, la detención no estaba en modo alguno legitimada, puesto que sólo había indicios de una falta de lesiones o de malos tratos, como así acabó resultando a tenor del contenido de la sentencia. Por lo tanto, el recurrente era sabedor de que estaba practicando una detención en un supuesto fáctico ubicado "fuera de los casos permitidos por la ley", que es la expresión que utiliza el art. 167 del C. Penal para afirmar que la detención practicada por el funcionario es ilegal.

No puede prosperar, por consiguiente, la tesis de la parte recurrente de que ex ante la detención se ajustaba a derecho, habida cuenta que ya desde el momento anterior al traslado a las dependencias policiales sabía el acusado que, tal como se produjo el incidente, el detenido no tenía indicio alguno de estar enfrentándose a un agente de la autoridad. Y es que, además de la forma repentina en que se desencadenó el incidente, los Mossos iban vestidos de paisano y no se hallaban en modo alguno en el ejercicio de sus funciones cuando se inició la disputa.

Como se dice en la sentencia recurrida, no se daban los supuestos de los arts. 490 y ss. de la LECr. y los agentes actuaron, a sabiendas, de forma arbitraria, por cuanto acordaron la detención con el fin de dirimir una disputa que mantuvieron con el detenido con motivo de hallarse todos como particulares realizando una consumición en un local público, en el curso de la cual no se habían dado hechos indiciarios que permitieran hablar de actos propiamente delictivos, de lo cual eran plenamente conscientes los ahora recurrentes. Se desestima, en consecuencia, este motivo.

**SEXTO.-** En los motivos quinto, sexto y séptimo, el recurrente se remite expresamente a los motivos primero, segundo y tercero, sin ya desarrollarlos siquiera. Siendo así, sólo cabe ratificarse en los razonamientos de los fundamentos de derecho se-

gundo, tercero y cuarto, en los que resultaron aquéllos desestimados.

**SÉPTIMO.-** En el ordinal octavo, y por la vía de la infracción de ley prevista en el art. 849.1 de la LECr., se denuncia la indebida inaplicación del art. 14 del C. Penal en relación con el art. 167 del mismo texto legal. La tesis del recurrente es que concurre un error de tipo invencible en la conducta del acusado (art. 14.1 del C. Penal), y de no considerarlo procedente debiera aplicarse el error de prohibición invencible previsto en el art. 14.3 del C. Penal.

La defensa viene a sostener que el acusado actuó en la creencia errónea de que concurría una conducta delictiva subsumible en el atentado por parte de José Antonio. En virtud de lo cual, o concurriría un error de tipo o, subsidiariamente, un error de prohibición. Al alegar el recurrente que obró en la creencia de que se daba el supuesto legal de la detención por delito se invoca realmente la existencia de un error sobre un elemento normativo del tipo: que la detención se ejecutaba dentro de los supuestos permitidos por la ley.

Es un tema altamente conflictivo en la doctrina penal si los errores sobre los elementos normativos del tipo han de ser catalogados como errores de tipo o como errores de prohibición. En un caso también relativo a una detención policial esta Sala consideró los errores sobre el referido elemento normativo como errores de prohibición (STS 1516/2005, de 21-1). De todas formas, aquí la cuestión dogmática pasa a un segundo plano, puesto que, como ya se argumentó en el fundamento cuarto, se está ante un supuesto en que el dolo consta debidamente acreditado a través de la prueba practicada, por lo que ha de excluirse el supuesto de error que alega la defensa.

En efecto, una vez que se ha argumentado holgadamente en el cuarto fundamento de derecho que el recurrente sabía que José Antonio ignoraba la condición de agentes policiales de los acusados recurrentes, no se precisa acudir a otros razonamientos complementarios, toda vez que decae de plano la existencia de un error al resultar del todo incompatible con el dolo incuestionable con que actuó el acusado.

No concurre, por tanto, el error de tipo ni el error de prohibición. El acusado conocía que no se daba el supuesto normativo de la detención (los indicios de una conducta delictiva) y por lo tanto no puede beneficiarse de la aplicación del art. 14 del C. Penal, ni en su apartado primero ni en el tercero. El motivo ha de ser, en consecuencia, desestimado.

**OCTAVO.-** Los motivos noveno y décimo los dedica el recurrente a alegar de nuevo el error de tipo y el de prohibición, si bien en este caso,

valiéndose igualmente de la vía del art. 849.1º, interesa su aplicación en la modalidad de error vencible. Al haberse descartado la existencia del error como presupuesto imprescindible para sostener la tesis del recurrente, deviene inaplicable también el art. 14 del C. Penal en su modalidad más liviana de error vencible, tanto de tipo como de prohibición, por lo que ambos motivos resultan inasumibles.

**NOVENO.-** En el motivo undécimo, y por el cauce del art. 849.2º de la LECr., se invoca el error en la valoración de la prueba que habría determinado la indebida aplicación del delito de atentado contra la integridad moral previsto en el art. 175 del C. Penal. La parte recurrente cita como documentos literosuficientes para apoyar el motivo del recurso los siguientes: acta de minuta policial; las ruedas de reconocimiento practicadas por José Antonio; el parte médico relativo a éste que obra en el folio 17 de la causa; los informes médicos forenses que figuran en los folios 30 y 32; el informe médico forense del folio 237; y el informe médico de Mutua Asepeyo del folio 14. La argumentación de la parte recurrente es la misma que la esgrimida para impugnar la base fáctica del delito de detención ilegal.

Por consiguiente, hemos de atenernos a las razones que se expusieron en el fundamento de derecho segundo para desestimar el motivo por no concurrir ninguno de los supuestos que prevé el art. 849.2º de la LECr. para apreciar el "error facti". Y ello porque ninguno de los documentos que se alegan tiene el carácter de documento literosuficiente o autosuficiente a los efectos de demostrar por sí mismos el error del Tribunal de instancia. Ni los informes médicos que se citan ni las actas y minutas policiales tienen el carácter documental que requiere la jurisprudencia ni tampoco la literosuficiencia necesaria para evidenciar el error de la sentencia cuestionada.

La parte interpreta los informes médicos de forma que concuerden con su versión de los hechos. Sin embargo, la lectura de esos dictámenes muestra la compatibilidad de su contenido con la narración fáctica de la sentencia de instancia. Y desde luego la minuta policial, con independencia de que no se ajusta al concepto de documento que contempla la norma procesal, tampoco corrobora el guión de los hechos que refiere el impugnante.

Y otro tanto puede decirse de las ruedas de reconocimiento, a tenor de lo que ya se expuso en su momento en relación con la veracidad de la prueba de cargo. El único dato probatorio distorsionante con la concordante y coherente prueba de cargo es el informe médico de fecha 12 de junio de 2006, obrante a folio 17 de la causa, que consta emitido a las 12,10 horas, esto es, unas ocho horas des-

pués de que José Antonio fuera ingresado en las dependencias policiales. La parte recurrente destaca el hecho de que en el informe, emitido por un médico del Instituto Catalán de la Salud, no se reseña ninguna contusión que constate el cabezazo que dice le fue propinado por el acusado Alberto. Se argumenta que, según la versión de la víctima, a esa hora el cabezazo ya le había sido propinado, pese a lo cual no se reseña en el parte médico ningún signo externo de ese acto agresivo.

Frente a ello debe argüirse que la Sala de instancia contó para corroborar esa agresión con el informe médico forense emitido el día 3 de junio de 2006, cuando el agredido se hallaba ya en libertad (folio 32 de la causa). En ese dictamen el médico forense hace constar que el rostro del acusado presenta "un hematoma pre-orbitario izquierdo". Está claro, pues, que el Tribunal de instancia, después de escuchar la versión del agredido y de calibrar los dos informes médicos, consideró como cierta la versión de José Antonio y estimó así más fiable el informe del médico forense que el emitido por el médico del Instituto Catalán de la Salud, informe de urgencia en el que, por cierto, no consta el lugar en que fue atendido el paciente (folio 17).

Ante esa valoración de la Sala de instancia, este Tribunal de Casación carece de argumentos para revisar el resultado probatorio, dado que se trata de pruebas de carácter fundamentalmente personal en cuya apreciación, como ya se ha advertido, no cabe entrar, a no ser que conste una vulneración palmaria de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos, eventualidad que en este caso no se percibe. Por lo demás, como ya se advirtió en el fundamento de derecho segundo, constan en el proceso otras pruebas de cargo personales y de otra índole que entran en contradicción de pleno con las tesis que postula el recurrente con los documentos que reseña. Así pues, el motivo debe rechazarse.

**DÉCIMO.-** Bajo el ordinal duodécimo, y con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 24.1 y 2 de la Constitución, se denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva en lo que respecta a la apreciación del delito de atentado contra la integridad moral (art. 175 C. Penal). La tesis básica que sostiene el recurrente es que no concurre prueba de cargo suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Sin embargo, lo cierto es que la propia argumentación del recurso revela con notable transparencia cuál es esa prueba, desde luego suficiente. En efecto, se afirma para apoyar el motivo que la Sala de instancia sólo fundamentó la condena en la declaración de la víctima y en el in-

forme en el plenario del médico forense. Pues bien, lo que la defensa considera como argumento probatorio precario o insuficiente, es claro que goza de entidad y solidez bastante para fundamentar la versión fáctica inculpativa. Y es que no debe olvidarse que se está ante un delito de atentado contra la integridad moral cometido en el interior de unas dependencias policiales, donde lo natural y habitual es que sólo puedan concurrir como elementos probatorios de cargo la declaración de la víctima y la acreditación del resultado lesivo mediante un informe pericial médico imparcial.

Y con ambos medios de prueba contó la Sala de instancia. Por consiguiente, si la Audiencia consideró veraz, fiable y creíble la narración de la víctima y las explicaciones del médico forense sobre los signos externos que presentaba el cuerpo de la víctima, poco puede argumentar este Tribunal de Casación para desvirtuar la convicción probatoria de los jueces que percibieron y examinaron las pruebas en la vista oral de la instancia, según ya se ha venido razonando en los fundamentos precedentes sobre la revisión y el control en casación de la ponderación de la prueba practicada por la Audiencia Provincial. El motivo ha de ser por tanto desestimado.

UNDÉCIMO.- En el motivo decimotercero, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECr., se invoca la infracción de ley con respecto al delito del art. 175 del C. Penal (atentado contra la integridad moral). Sin embargo, en el propio recurso se admite que este motivo opera de forma "tributaria y gregaria" -según expresiones de la propia parte- en relación con los dos motivos anteriores. De forma que si éstos no se estiman y no se modifica el "factum" de la sentencia recurrida es claro que no puede prosperar la infracción de ley. Y como los dos motivos precedentes no han sido acogidos, resulta incuestionable que la desestimación del presente emerge como única respuesta coherente y plausible. Se rechaza por tanto también este último motivo y la totalidad del recurso de esta parte, con imposición de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

B) Recurso de Alberto.

DUODÉCIMO.- Por la vía del art. 849.2 de la LECr., se denuncia el error en la valoración de la prueba con fundamento en la existencia de documentos que demostrarían de por sí el error del Tribunal de instancia. El motivo es sustancialmente el mismo que el formulado por la defensa del coacusado Juan de forma reiterada en su escrito de recurso. También en este caso se citan como documentos determinantes del error los informes médicos que figuran en los folios 17, 32, 237 y 238 de la causa con el objetivo de evidenciar que esas pericias resultan inconciliables

con la resultancia fáctica de la resolución recurrida. Nos remitimos, pues, a los fundamentos de derecho segundo, noveno y décimo de esta sentencia con el fin de no repetirnos. Debe quedar, pues, claro que ni se está ante los documentos literosuficientes que pregona la parte, ni tampoco éstos desvirtúan por sí mismos la versión fáctica inculpativa que acoge la Audiencia. Sobre la valoración de los informes médicos de los folios 17 y 32 y su aspecto contradictorio ya se ofrecieron razones suficientes en el fundamento noveno.

Y en cuanto a las lesiones del ahora recurrente (folio 237 de la causa) y su relevancia para la acreditación del cabezazo denunciado por la víctima, no puede afirmarse que las explicaciones de la Audiencia sean ilógicas ni irrazonables, dado que resulta muy factible, con arreglo a las máximas de la experiencia, que la contusión fronto-parietal que padeció el recurrente se debiera al cabezazo que le imputa José Antonio, cuyas consecuencias aparecen en el informe médico forense del folio 32 de la causa, que a su vez concuerda con el que se emitió el mismo día en que tuvieron lugar los hechos (folio 14).

Por lo demás, y en lo que concierne al argumento de que el denunciante tenía que haber presentado muchos más traumatismos vistos los múltiples actos agresivos que denunció, se trata de una mera conjetura, porque no todos los golpes que recibió han de dejar signos externos perfectamente visibles. Se está, pues, ante un argumento que no desdice los actos agresivos más graves que dejaron mayores vestigios en el cuerpo de la víctima. En consonancia con lo expuesto, el motivo no puede asumirse.

DECIMOTERCERO.- El recurrente utiliza el cauce de los arts. 849.1º y 852 de la LECr. y del art. 5.4 de la LOPJ para invocar en el motivo segundo la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. La argumentación la sustenta en que no se ha practicado prueba de cargo acreditativa del dolo con relación al delito de detención ilegal de los arts. 167 y 163.2 del C. Penal. Se afirma al respecto que el Tribunal de instancia, en el fundamento primero de la sentencia, expone un razonamiento del que se desprende que los acusados no tenían la certeza absoluta sobre si el denunciante los había identificado o no como policías, una vez que ellos mostraron las placas profesionales. Si la Sala admite que se identificaron -se argumenta en el recurso- y José Antonio no lo vio, no puede afirmarse que exista delito de atentado pero tampoco de detención ilegal. El párrafo de la fundamentación jurídica en que se apoya el recurso es el siguiente (folios 10 y 11 de la sentencia): "Pues bien, los Mozos de Escuadra acusados manifestaron en el acto del juicio oral que se identificaron ante Pedro, de manera

muy discreta, para preservar su honor e intimidad, llegando a realizar, en el acto del juicio oral, el gesto de sacar la placa del bolsillo e inmediatamente guardarla. Ninguno de los dos manifestó que hubieran enseñado su placa; eso sí, manifestaron que estaban seguros de que José Antonio la vio.

Tal acreditación como Agentes de la Policía no puede tenerse por probada, no sólo por lo ya consignado, sino por la rapidez en (sic) que ocurrieron los hechos, segundos para todos los intervinientes, y la rápida actuación de los servicios de seguridad del establecimiento. Lo que se puede tener por probado es que los Agentes se identificaron como tales cuando salían al exterior controlados por los servicios de seguridad, que es lo que manifestaron Pedro y José Antonio". Pues bien, lo que realmente hace la parte recurrente es valerse de que el párrafo transcrito de la sentencia presenta una redacción algo confusa y turbia para realizar una lectura descontextualizada del mismo y conseguir así decir lo que la Sala de instancia realmente no dice.

En efecto, el conflictivo párrafo expone en una primera fase lo que manifestaron los Mossos d'Esquadra en la vista oral del juicio: "que se identificaron ante Pedro, de manera muy discreta, para preservar su honor e intimidad, llegando a realizar, en el acto del juicio oral, el gesto de sacar la placa del bolsillo e inmediatamente guardarla. Ninguno de los dos manifestó que hubieran enseñado su placa; eso sí, manifestaron que estaban seguros de que José Antonio la vio".

Y a continuación el Tribunal plasma su criterio sobre la veracidad y credibilidad de lo que manifestaron, y argumenta al respecto: "Tal acreditación como Agentes de la Policía no puede tenerse por probada, no sólo por lo ya consignado, sino por la rapidez en (sic) que ocurrieron los hechos, segundos para todos los intervinientes, y la rápida actuación de los servicios de seguridad del establecimiento. Lo que se puede tener por probado es que los Agentes se identificaron como tales cuando salían al exterior controlados por los servicios de seguridad, que es lo que manifestaron Pedro y José Antonio". En este segundo apartado es claro que la Sala de instancia no acoge como cierto el contenido de las manifestaciones que realizaron los agentes policiales. Y para ello aporta dos argumentos.

El primero, "por lo consignado", es decir, porque ninguno de los dos manifestó haber enseñado su placa. Y el segundo, porque dada la rapidez con que ocurrieron los hechos no les dio tiempo realmente a identificarse. Y ello es lo que se ha argumentado ya por este Tribunal de Casación en el fundamento cuarto. A continuación la sentencia afirma en el último inciso del problemático párrafo "que

los Agentes se identificaron como tales cuando salían al exterior controlados por los servicios de seguridad, que es lo que manifestaron Pedro y José Antonio". Ello significa, ni más ni menos, que antes no realizaron la acción de identificarse y que se acoge la versión de la víctima de la detención y de la persona que le acompañaba esa noche, quienes en ningún momento vieron que los Mossos realizaran además de identificarse.

Por consiguiente, la Audiencia no acoge la versión de los Mossos d'Esquadra ni asume como cierto que realizaron el gesto o la acción de identificarse mostrando las placas, pues no declara probados tales actos relativos a la acreditación, ni siquiera en su modalidad fallida. Descarta así de facto la acción de intentar identificarse y afirma que el único momento en que se acreditaron los agentes fue cuando ya estaban todos fuera de la discoteca. Por lo demás, esa interpretación del párrafo es la única que concuerda con el relato de hechos probados, puesto que en él en ningún momento se dice que los Mossos hubieran realizado un intento de identificarse sin resultado positivo. Lo que se afirma en la premisa fáctica es que sólo se identificaron al salir de la discoteca "Bikini".

A la misma conclusión se llega al examinar los restantes fundamentos de la sentencia de instancia realizando una lectura contextualizada de la misma. Y así, en el fundamento cuarto (folio 18 de la sentencia) se afirma que "cuando José Antonio se lanzó contra Alberto desconocía que el mismo fuera agente de la autoridad, que estuviera actuando en el ejercicio de las funciones de su cargo, lo que además no era cierto, estaba fuera de servicio tomando una copa y el causante del incidente fue Juan, quien acordó de forma arbitraria, desproporcionada y clamorosamente ilegal la detención de José Antonio, sabiendo que el mismo no había cometido el delito de atentado".

La última frase citada, referida a Juan -"sabido que el mismo no había cometido el delito de atentado"-, es suficientemente evidenciadora de cuál es la convicción probatoria del Tribunal de instancia, pues en el párrafo que se acaba de transcribir no sólo habla de una detención arbitraria y clamorosamente ilegal, sino que también dice que el acusado sabía que José no había cometido el delito de atentado, y como sólo lo podía saber porque realmente no se había identificado, no cabe hablar de dudas de la Sala interpretadas en contra de los reos, sino de que el Tribunal en ningún caso se creyó el amago de identificación alegado exculpativamente por los Mossos d'Esquadra, y sí que acogió como cierta, en cambio, la narración de los denunciadores de la detención ilegal. Por último, al argüir la Sala que los Mossos d'Esquadra no probaron haber realizado la conducta de identi-

carse no se está invirtiendo la carga de la prueba, como se aduce en alguno de los escritos de defensa.

Lo que sucede es que nos hallamos ante lo que, para las acusaciones, constituye la prueba de un hecho negativo: que los acusados no realizaron conducta alguna tendente a la identificación ante José Antonio y Pedro. Los denunciante de la detención ilegal no admiten que los acusados realizaran acto alguno de identificación en el interior de la discoteca, y este dato negativo es acogido como cierto por la Audiencia, tanto en virtud de las declaraciones de los denunciante como por lo explicado por los acusados, tal como ya se expuso. Y esto último porque el Tribunal consideró que las manifestaciones de los agentes tenían un contenido contradictorio y nada convincente, según se desprende de la sentencia, y porque, además, con arreglo a las máximas de la experiencia, dada la rapidez con que se produjeron los hechos (en unos segundos, se dice), resulta totalmente anómalo e inverosímil que les diera tiempo en esos momentos a identificarse.

Por lo tanto, cuando la sentencia dice que "la acreditación como agentes de policía no puede tenerse por probada", es llano que se está refiriendo, aunque quizá la redacción no sea la más adecuada y acertada, a que la Sala está convencida de que lo declarado por los denunciante es cierto y, en cambio, no lo son las manifestaciones y explicaciones de los Mossos d'Esquadra. Así las cosas, se desestima este motivo de impugnación.

DECIMOCUARTO. En el motivo tercero, y con base en lo dispuesto en los arts. 852 de la LECr., 5.4 de la LOPJ y 24.2 de la Constitución, se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con los hechos integrantes del delito de atentado contra la integridad moral. Incide por lo tanto de nuevo el recurrente en el cuestionamiento de la valoración probatoria del Tribunal de instancia sobre los hechos perpetrados en el interior de las dependencias policiales. Tales hechos ya los impugnó en el motivo primero, si bien allí lo hacía por la vía del art. 849.2º y en cambio ahora encauza la impugnación a través de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. De todas formas, los argumentos se reiteran de forma sustancial. En efecto, se vuelve a insistir en la prueba de los partes médicos y en los mismos términos argumentados en el motivo primero del recurso. Esto es, en los informes médicos relativos a José Antonio (folios 17 y 32 de la causa) y en hipotéticas contradicciones con lo que consta en los informes relativos a los dos Mossos d'Esquadra (folios 14, 30, 237 y 238).

Por lo cual, nos remitimos a lo argumentado en el fundamento duodé-

cimo. También vuelve a cuestionar el recurrente la credibilidad de la declaración de José Antonio. Y alega ahora diferentes circunstancias personales del denunciante del maltrato en comisaría: que seguía un tratamiento con orfidal y trankimazín para sanar un cuadro de ansiedad/depresión que padecía; que la noche de los hechos había bebido alcohol; y que actuaba excitado o irritado por el incidente en que se vio involucrado su amigo.

Por todo lo cual, acaba concluyendo que no se hallaba en condiciones de percibir los hechos y poder describirlos después verazmente y de una forma fiable. Sobre este particular sólo cabe argüir lo que se ha ya expresado de forma repetida en esta sentencia acerca de la valoración probatoria de las pruebas personales por la Sala de instancia, y en concreto sobre las manifestaciones de José Antonio Medida, recordando solamente que en la sentencia de instancia no se admite como probado que sus facultades psicofísicas se hallaran mermadas por el efecto del alcohol o de otras drogas. Por consiguiente, se desestima este motivo y la integridad del recurso de este acusado, que deberá abonar por tanto las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

C) Recurso de Mónica.

DECIMOQUINTO.- En el primer motivo, la recurrente, que sólo ha sido condenada por el delito de detención ilegal, invoca la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, apoyándose para ello en los arts. 852 de la LECr., 5.4 de la LOPJ y 24.2 de la Constitución.

Las alegaciones de la acusada coinciden con las formuladas por los otros dos recurrentes cuestionando la solidez de la prueba de cargo en que se fundamenta la condena por el delito de detención ilegal, y en concreto el examen de las manifestaciones de la víctima. Se vuelve a incidir en el hecho nuclear de la identificación de los agentes como tales en el interior de la discoteca y en la argumentación de la sentencia. Así las cosas, como el tema ha sido ya exhaustivamente tratado en esta sentencia, nos ratificamos en lo argumentado en los fundamentos cuarto y decimotercero. El motivo, por consiguiente, no prospera.

DECIMOSEXTO.- 1. En el segundo motivo utiliza la recurrente la vía de la infracción de ley, con cita del art. 849.1º de la LECr., y alega que se han vulnerado los arts. 167 y 163.1º y 2º del C. Penal (detención ilegal) por haber sido aplicados indebidamente. Sin embargo, la lectura del desarrollo argumental del motivo evidencia que no cuestiona de forma directa la subsunción del "factum" de la sentencia en la norma penal, sino que lo que realmente censura es el sustrato fáctico de la sentencia y

de forma indirecta la calificación jurídica. Con lo cual vuelve a incidir de nuevo en el tema probatorio. En efecto, en las primeras alegaciones de este motivo la acusada vuelve a objetar la prueba relativa a la identificación como policías de sus compañeros, citando una vez más los párrafos de la sentencia de instancia en los que se examina y resuelve ese extremo fáctico.

Y a continuación centra la argumentación en intentar acreditar que

■

*"...lo que la defensa considera como argumento probatorio precario o insuficiente, es claro que goza de entidad y solidez bastante para fundamentar la versión fáctica inculpativa. Y es que no debe olvidarse que se está ante un delito de atentado contra la integridad moral cometido en el interior de unas dependencias policiales, donde lo natural y habitual es que sólo puedan concurrir como elementos probatorios de cargo la declaración de la víctima y la acreditación del resultado lesivo mediante un informe pericial médico imparcial."*

■

ella ignoraba que sus compañeros no se habían identificado ante José Antonio como Mossos d'Esquadra, por lo cual concluye que faltó el elemento del dolo como presupuesto imprescindible para que pudiera exigirsele actuar como garante de aquél y obligarla a impedir la detención.

La tesis probatoria de la recurrente es, por tanto, la de que actuó sin dolo y en la creencia de que José Antonio había sido legalmente detenido al darse los supuestos que se prevén en los arts. 490.2º y 492.1º y 4º de la LECr.

Sin embargo, su argumento probatorio no cabe acogerlo, vistas las razones que se han vertido en los fundamentos precedentes de esta sentencia acerca del desarrollo de los hechos. Y es que, al hallarse la acusada presente cuando tuvo lugar el incidente, ya que de hecho se inició por un roce entre Pedro con ella, no cabe alegar que ignorara la forma en que se desarrollaron los hechos. Una vez que vio el inicio del enfrentamiento y cómo actuaban sus compañeros, es claro que fue consciente del hecho negativo que centra el debate: que los dos agentes no acreditaron su condición de Mossos d'Esquadra ante José Antonio.

Como ya se ha repetido en exceso en esta resolución, la dinámica de los hechos hacía imposible que, en el curso de un incidente que duró un tiempo mínimo y se inició de forma repentina, los dos Mossos d'Esquadra llegaran a identificarse mostrando a su oponente sus placas profesionales. Y como la ahora recurrente se hallaba presente en ese instante no puede alegar ignorancia de un dato crucial que, en su condición también de profesional del mismo Cuerpo policial, tenía necesariamente que conocer. Sí concurre, en consecuencia, el conocimiento de la situación generadora del deber de actuar con el fin de evitar la detención y también el conocimiento de su capacidad a tal efecto. Y tampoco puede cuestionarse que supiera las condiciones fácticas que condicionaban su actuación profesional, sin perjuicio de lo que posteriormente se argumentará sobre la calificación jurídica. Una vez descartada la ignorancia de la acusada y acogido como cierto el dolo del tipo de la detención ilegal que es el elemento que impugna, es claro que el motivo de impugnación carece de fundamento y ha de desestimarse.

2. Sin embargo, resta por resolver una cuestión que ha traído a colación el Ministerio Fiscal en el trámite de alegaciones del recurso de casación. Nos referimos a si la subsunción de los hechos en el tipo penal de comisión por omisión (art. 11 del C. Penal) se ajusta a derecho o si lo correcto hubiera sido la condena por la modalidad de comisión activa, que es la tesis que postula el Ministerio Fiscal y que fue ya la propuesta en la instancia. Ante todo, debe quedar claro que la parte recurrente no ha planteado esta cuestión, puesto que sólo impugnó la concurrencia de la base fáctica del dolo del delito de detención ilegal, no trayendo a colación que, aun admitiendo los hechos declarados probados, no se dieran los supuestos legales de la detención ilegal en comisión por omisión. Ni se cuestionó desde la perspectiva estrictamente jurídica la posición jurídica de garante de la acusada ni tampoco que se diera la equivalencia material que exige la ley entre la conducta omisiva y la activa. Y otro tanto debe decirse del otro acusado, Alberto, que fue condenado también en virtud de lo dispuesto en el art. 11 del C. Penal.

Ha sido el Ministerio Público quien, citando la STS 471/2006, de 6 de abril, ha discrepado del razonamiento jurídico sexto de la sentencia de instancia y ha argumentado (folio 10 de su escrito de alegaciones) que "aunque ello no altere la solicitud de confirmación de la sentencia impugnada, la actuación de la recurrente representa una ejecución directa de los elementos objetivos del tipo penal apreciado, actuación conjunta, previo pacto tácito, con sus dos compañeros acusados, siendo por tanto los tres funcionarios coautores ex a quo de la infracción penal apreciada". La acusación pública alega, en apoyo de su tesis inculpativa, que este Tribunal de Casación en la sentencia arriba citada sostiene que no cabe un delito de detención ilegal practicado por un policía en comisión por omisión si no existe subordinación jerárquica entre el supuesto garante y el ejecutor material. El Ministerio Fiscal introduce así en el debate de esta segunda instancia la viabilidad, por ser la solución acorde a derecho, de la condena por el delito de detención ilegal en la modalidad activa en lugar de la omisiva que acogió la sentencia recurrida. Con carácter previo, es preciso hacer dos matizaciones o aclaraciones. La primera, que al tratarse de una cuestión estrictamente jurídica y haberla planteado la acusación en esta instancia no se suscitan objeciones procesales para examinarla y resolverla, toda vez que las restantes partes han tenido un trámite para replicar a lo alegado por el Ministerio Público.

Y la segunda, que las partes afectadas no han impugnado en su recurso el hecho de que se modificara en la sentencia de instancia la condena por comisión activa que se imputaba por otra en la modalidad de comisión por omisión u omisión impropia. Aclarado lo anterior, sí ha de compartirse el criterio del Ministerio Fiscal de que, a tenor de lo narrado en la sentencia recurrida, la imputación por comisión activa del delito que postula el Ministerio Público es la que se ajusta a derecho. En primer lugar, porque si bien el acusado Juan fue la persona que llevó la iniciativa en la detención de José Antonio, al dar las órdenes a los Mossos d'Esquadra que comparecieron en el lugar de que se lo llevaran detenido, la conducta de los otros dos acusados también adquirió una especial relevancia, tal como se recoge en la sentencia rebatida. Pues ambos, en esa primera fase, se hallaban delante como protagonistas del incidente, conocían lo acaecido y pese a ello asintieron de forma tácita a la práctica de una detención que sabían que era ilegal.

Y ya en un segundo momento, en las dependencias policiales, la acusada, tal como se especifica en la sentencia, confeccionó la minuta policial de la detención, en la que se recogían datos inciertos -en concreto que se habían identificado como Mossos d'Esquadra ante José Anto-

nio- que legitimaban la detención de éste. Ello significa que, cuando menos, cooperó con actos necesarios para legitimar la detención y para que se prosiguiera consumando el delito permanente de detención ilegal. Y otro tanto puede decirse del coacusado Alberto, quien no sólo suscribió un atestado que no se ajustaba a lo realmente acontecido, consolidando la situación de detención, sino que después realizó incluso actos agresivos contra el detenido cuando se encontraba custodiado en el recinto policial, agresión por la que ya sido condenado como autor de un delito de atentado contra la integridad moral. Así las cosas, todo indica que la tesis de la comisión activa resulta más ajustada a derecho con arreglo a la narración de los hechos probados y lo realmente acontecido que la de la omisión impropia, toda vez que, cuando menos, los acusados Mónica y Alberto cooperaron de forma necesaria en que José Antonio prosiguiera detenido en las dependencias policiales al redactar y suscribir un atestado cuyo contenido sabían que no era cierto, atestado que operó como instrumento para legitimar y mantener la situación de detención.

Ciertamente, tampoco cabe obviar que los dos acusados, en su condición de agentes de la autoridad tenían asimismo, en virtud de lo dispuesto en el art. 5.2.a) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la obligación de impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral. Y la detención de José Antonio era sin duda ilegal y arbitraria, pese a lo cual no hicieron nada por evitarla. Ahora bien, la modalidad de comisión por omisión precisa de una posición jurídica de garante que la jurisprudencia de esta Sala no ha admitido en los casos en que, como aquí sucede con los acusados Mónica y Alberto, no ostentan una jerarquía con respecto al sujeto que imparte la orden de detención, sino que se encuentran todos en plano de igualdad. La posición de garante solamente se predica respecto del jefe o superior con relación a la conducta y actuación de sus subordinados. Así se afirma de forma clara en la STS 470/2006, de 28 de abril, que cita el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones. Y también se reitera esa doctrina en la STS 891/2008, de 11 de diciembre, sentencia en la que no se consideró suficiente para que los agentes adquirieran la condición de garantes las obligaciones genéricas que con respecto a un detenido les impone el art. 5.3.b) de la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado, exigiéndose al respecto a mayores una posición de jerarquía o mando sobre los compañeros que pudieran haber incurrido en una conducta delictiva.

Si bien en el voto particular se mantiene una postura discrepante

acerca de ese extremo, al entender que ese precepto sí otorga a los agentes la condición de garantes con respecto a la conducta ilícita de sus compañeros, condición que no se perdería por la intervención en los hechos de un superior jerárquico. A tenor de lo razonado, ha de ratificarse el fallo de la sentencia de instancia en el sentido de que los tres acusados son autores del delito de detención ilegal, aunque en lo que respecta a la fundamentación jurídica ha de entenderse que la conducta penada lo es en su modalidad activa y no en la omisiva.

Se desestima por tanto también este recurso de casación, con imposición de la recurrente de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

#### FALLO

Desestimamos los recursos de casación interpuestos por la representación de Juan, Mónica y Alberto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, de fecha 10 de marzo de

2009, dictada en la causa seguida por los delitos de detención ilegal y atentado contra la integridad moral, y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de los antecedentes remitidos a esta sala para la resolución del recurso, solicítense acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- Julián Sánchez Melgar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Alberto Jorge Barreiro.- Diego Ramos Gancedo.

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



2010/6383

TS Sala 1ª, Sentencia 3 febrero 2010. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

## Nulidad por simulación de compraventa de participaciones sociales

*El TS declara haber lugar al recurso de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, acuerda confirmar la de primera instancia que estimó la demanda declarando la nulidad por simulación del contrato de compraventa litigioso y condenó al demandado a restituir a la demandante las participaciones sociales señaladas en la demanda y a satisfacer los gastos que dicha transmisión ocasionase. Señala la Sala que la transmisión de las participaciones sociales debe constar en documento público, formalidad que sí se ha cumplido en el caso presente si bien mediante la expresión de una causa falsa del contrato aparentando la celebración de un negocio de compraventa. Añade que la falta de constancia documental de la aceptación del donatario hace que se trate de donación encubierta de bienes inmuebles que lleva a su nulidad. La doctrina ha de ser extendida necesariamente a supuestos como el presente en que se exige el otorgamiento de un documento público debiendo constar también por escrito la aceptación del donatario, sin que dicha aceptación pueda ser suplida por la suscripción de un contrato de compraventa simulado.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora Dª Belén interpuso demanda de juicio ordinario contra su hijo D. Aurelio interesando que se dictara sentencia por la cual:

1º) Se declare la nulidad, ineficacia e inexistencia del contrato de

compraventa formalizado en escritura pública ante la Notario de Madrid Dª Isabel Griffo Navarro, el día 24 de abril de 2002, bajo el número de protocolo 1.218, por haber empleado el demandado manifiesta mala fe contractual y dolo, así como por falta de causa por ausencia de precio, siendo éste uno de los elementos esenciales de la compraventa.

2º) Se condene a D. Aurelio a que restituya por medio de escritura pública a Dª Belén 48.390 participaciones sociales de la mercantil Iranzo Servicios Inmobiliarios S.A., así como los gastos que dicha transmisión ocasione.

3º) Se declare la nulidad del contrato de donación disimulado bajo la apariencia de compraventa por inexistencia de causa.

4º) Subsidiariamente, que se reduzca la donación disimulada en 5.600 participaciones sociales de la mercantil Iranzo Servicios Inmobiliarios S.L. condenando a D. Aurelio a restituir a Dª Belén el resto de las participaciones sociales transmitidas de la mercantil antes mencionada.

5º) Se condene al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones así como al pago de las costas.

El demandado se opuso a la demanda y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Majadahonda dictó sentencia de fecha 17 de noviembre de 2003 por la que estimó la demanda declarando la nulidad por simulación del referido contrato de compraventa y condenó al demandado D. Aurelio a restituir por medio de escritura pública a la demandante 48.390 participaciones sociales de la mercantil Iranzo Servicios inmobiliarios S.L. y a satisfacer los gastos que dicha transmisión ocasione, así como al pago de las costas. El demandado recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) dictó nueva sentencia de fecha 5 de mayo de 2005 por la que estimó dicho recurso revocando la sentencia impugnada y desestimando la demanda con absolución del demandado e imposición a la actora de las costas de primera instancia sin expresa declaración sobre las de la apelación.

Contra esta última resolución interpone recurso de casación la parte demandante.

SEGUNDO.- La parte recurrida, en su escrito de oposición, invoca lo dispuesto por el artículo 485, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil para denunciar lo que considera causas de inadmisión del recurso, afirmando que los cuatro motivos mediante los que se articula incurren en la causa prevista en el ordinal 2º del artículo 483.2 de la misma Ley, en relación con el 477.1, pues nos encontramos ante una interposición defectuosa por falta de técnica casacional.

Es claro que, por su propia naturaleza, las causas de inadmisión no pueden ser objeto de una interpretación extensiva. El artículo 483.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que procederá la inadmisión "si el escrito de interposición del recurso no cumpliera los requisitos es-

tablecidos, para los distintos casos, en esta Ley", siendo así que a la interposición del recurso y sus requisitos se refiere el artículo 481, sin que la parte se refiera a la falta de requisito alguno de los previstos en dicha norma, por lo que no procede ahora decretar la inadmisión del presente recurso, sin perjuicio de las consideraciones que merezca la formulación de cada uno de sus motivos.

TERCERO.- El primero denuncia la vulneración de lo dispuesto en el artículo 618 en relación con el artículo 1253 del Código Civil, en cuanto se exige para la validez de la donación la existencia de "animus donandi" el cual no existe en el caso y no puede presumirse.

Incluso si se prescinde de la incorrecta invocación del artículo 1253 del Código Civil, sobre las presunciones, que había dejado de estar vigente con anterioridad a la interposición de la demanda en virtud de su derogación por la Disposición derogatoria única, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo no puede prosperar.

Es cierto que esta Sala ha venido declarando que el ánimo de liberalidad no se presume (sentencias de 6 octubre 1994, 12 noviembre 1997, 13 julio 2000 y 21 junio 2007, entre otras), pero en el caso presente consta, en primer lugar, la formalización ante notario de un contrato de compraventa en el cual el presunto comprador no satisface precio alguno -cuestión en la que coinciden ambas partes- sin que se alegue una finalidad distinta de la de encubrir una donación; y además es la propia parte recurrente la que admite la existencia de "animus donandi" cuando en el escrito de interposición del recurso (antecedente primero) viene a decir que lo que Dª Belén pretendía "era donar a su hijo la mitad del apartamento y plaza de garaje sitos en C/Pío XII de Madrid (como previamente había hecho con su hija con otro apartamento situado en la misma finca de las mismas características), que, por estar aportado a la sociedad, su hijo le aseguró que debía hacerse mediante la compraventa de participaciones sociales y que por motivos fiscales era mejor hacerlo "a través de una compraventa" "; lo que pone de manifiesto que el "animus donandi" existía aun cuando la donante pudo sufrir error sobre el objeto del contrato, lo que constituye cuestión distinta a la que plantea el motivo.

CUARTO.- Los motivos segundo y tercero merecen una consideración conjunta en cuanto ambos se refieren a la falta de requisitos necesarios para que pueda declararse la validez de la donación encubierta, al estar sujeto dicho negocio jurídico a una serie de rigurosos requisitos expresados en la ley que responden a la causa de liberalidad que le da sentido y que ha de considerarse como excepcional.

Así el motivo segundo denuncia la vulneración del artículo 618 del Código Civil, en relación con los artículos 623, 629, 632 y 633 del mismo código, por falta de aceptación expresa de la donación por parte del donatario y, en todo caso, falta de conocimiento de tal aceptación por el donante; mientras que el tercero se formula por infracción de los artículos 1261.3, 1274, 1275, 1276 y 1253 en relación con los artículos 618, 623, 629, 630 y 633, todos del Código Civil, por falta de los requisitos formales propios de la donación.

Los referidos motivos han de ser estimados por las siguientes razones. El artículo 26.1 de la Ley reguladora de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 exige que la transmisión de las participaciones sociales conste en documento público, formalidad que se ha cumplido en el caso presente si bien mediante la expresión de una causa falsa del contrato aparentando la celebración de un negocio de compraventa, sin que conste en tal documento la aceptación del donatario como exige el artículo 632 del Código Civil.

En tal caso, resulta de aplicación la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala en sentencia de 11 enero 2007 (Rec. 5281/1999), seguida por las posteriores 684/2007 de 20 junio, 956/2007 de 10 septiembre, 236/2008 de 18 marzo, 317/2008 de 5 mayo, 287/2009 de 4 mayo y 378/2009 de 27 mayo.

Se dice en dicha sentencia (fundamento jurídico cuarto) que "Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo "animus donandi" del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación.

El art. 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubre no reúne para su validez y eficacia aquellos".

Aun cuando dicha sentencia, como las posteriores que se han citado, se refieren a supuestos de donación encubierta de bienes inmuebles -cuyos requisitos de forma se contienen en

el artículo 633 del Código Civil - la doctrina ha de ser extendida necesariamente a supuestos como el presente en que se exige el otorgamiento de un documento público debiendo constar también por escrito la aceptación del donatario -artículo 632 del Código Civil - sin que dicha aceptación pueda ser suplida por la suscripción de un contrato de compraventa simulado.

La sentencia de 11 de enero de 2007 finaliza sus razonamientos contrarios a la validez de la donación encubierta bajo contrato de compraventa, afirmando que "el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad)".

QUINTO.- Procede por ello la estimación del presente recurso, casando la sentencia recurrida y confirmando la dictada en primera instancia, sin especial declaración sobre costas causadas en el mismo (artículo 398.2 LEC).

En cuanto a las costas causadas en ambas instancias, tampoco procede su imposición siguiendo el criterio legal del vencimiento sino que, por el contrario, atendiendo a las dudas de derecho existentes en relación con la cuestión planteada hasta su reciente definición por esta Sala, y teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC, cada parte habrá de abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

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

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª Belén contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) de fecha 5 de mayo de 2005 en Rollo de Apelación núm. 85/04, dimanante de autos de juicio ordinario número 217/03 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Majadahonda, en virtud de demanda interpuesta por la parte recurrente contra D. Aurelio, la que casamos y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia, sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias y en el presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, manda-

mos y firmamos. Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, 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.

2009/327291

TS Sala 1ª, Sentencia 2 diciembre 2009. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Plazo para constituir litisconsorcio Jurisdicción civil competente en demanda interpuesta con anterioridad a la reforma de la LOPJ 19/2003

*El TS desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación de la recurrente. Los hechos sobre los que se plantea el litigio, son la muerte de varias personas y las lesiones de otras, a causa del desplome de parte de la fachada de un edificio. Una de las pretensiones del INGESA -condenada solidariamente con la aseguradora-, es que se declare la incompetencia del orden jurisdiccional civil y la remisión de nuevo de las actuaciones a la jurisdicción contencioso-administrativa, alegando que cuando fue llamada al proceso ya estaba vigente el nuevo párrafo 4.º del artículo 9 LOPJ. El Tribunal señala, como argumento desestimatorio, que la jurisprudencia declara que los efectos de la litispendencia se producen desde la interposición de la demanda si luego ésta es admitida; es decir, una vez determinada la competencia de la jurisdicción civil, en el momento de admitir a trámite la demanda, no puede verse alterada por una modificación legislativa producida posteriormente, pues ello sería contrario al principio de tutela judicial efectiva.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. El 2 de noviembre de 1999 se produjo el desplome de parte de la fachada Noroeste del edificio conocido como de "Traumatología" del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, la cual cayó sobre la cubierta de otro edificio causando la

muerte de cuatro personas y lesiones a otras quince. Entre los fallecidos se encontraba una persona prestando sus servicios como auxiliar administrativa en el Servicio de Dirección Médica.

2. El 27 de junio de 2001 el marido y los hijos de la fallecida presentaron reclamación previa de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, la cual fue desestimada por silencio negativo.

3. Contra esta desestimación se formuló recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Cantabria. Por auto de 3 de junio de 2003 se declaró la falta de competencia para conocer de la reclamación por corresponder a los órganos de la jurisdicción civil. 4. Los reclamantes ejercitaron acción de reclamación de cantidad por culpa extracontractual contra la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno Regional (Servicio Cántabro de Salud) y la compañía de seguros Mapfre.

5. Mediante auto de 27 de enero de 2004 el Juzgado estimó la excepción de litis consorcio pasivo necesario y concedió plazo para ampliar la demanda al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA).

6. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a INGESA y a Mapfre a abonar la suma de 180 303,63 € a uno de los demandantes y 90 151,82 € a cada uno de los tres restantes y absolvió a la Consejería de Sanidad y Consumo. En el fallo se estableció que, en cuanto a Mapfre habrá de estarse a lo dispuesto en el FJ 7. En éste, después de establecerse que en el contrato de seguro se fijaba una cobertura por responsabilidad civil profesional de 120 millones de pesetas por siniestro (721 214,5 €), se añadía que la aseguradora únicamente respondería hasta el citado límite y que el importe satisfecho hasta el momento por la aseguradora por las diferentes reclamaciones se acreditaría en ejecución de sentencia.

7. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia fundándose, en esencia, en que:

(a) Es competente la jurisdicción civil, pues la reforma de la LOPJ 19/2003 no se hallaba vigente cuando se interpuso la demanda ni cuando la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Cantabria declaró su falta de competencia.

(b) No puede estimarse la excepción de falta de legitimación pasiva propuesta por INGESA.

(c) Las cuantías de las indemnizaciones señaladas se ajustan a las que han sido reconocidas en vía contencioso-administrativa a otros perjudicados en el mismo siniestro.

(d) Ha de ser mantenida la condena al pago de los intereses, teniendo

en cuenta que la entidad aseguradora, como consecuencia del límite pactado en la póliza, únicamente ha de satisfacer una parte de la indemnización reconocida en sentencia e INGESA carece, en su condición de codemandado, de legitimación para instar la revisión de la condena impuesta a la entidad aseguradora.

(e) Es procedente la imposición de los intereses del artículo 20 LCS, pues la aseguradora no pagó ni consignó la cantidad debida.

8. Contra esta sentencia se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por INGESA y recurso de casación por Mapfre. El recurso de casación por INGESA no ha sido admitido, y los demás recursos han sido admitidos, el de casación al amparo del artículo 427. 2.2.º de la LEC, por razón de la cuantía. Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por INGESA.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo primero. El motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal se interpone con la siguiente fórmula: "En orden a la infracción procesal relativa al artículo 469.1.1.º de la LEC al considerar que la sentencia infringe las normas relativas al orden jurisdiccional competente para conocer del asunto establecidas en el artículo 9 LOPJ vigente en el momento de incorporar a mi representada al procedimiento".

El motivo se funda, en síntesis, en que el orden competente para conocer y fallar este asunto es el contencioso-administrativo, pues la sentencia supone que la aseguradora estaba emplazada en el momento de la entrada en vigor de la reforma de la LOPJ 19/2003, pero según los datos del encabezamiento del auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 3 de junio de 2003 la aseguradora no era parte del recurso y la demanda civil subsiguiente se interpuso contra el Gobierno de Cantabria y sólo tras la audiencia previa el Juzgado por auto de 27 de enero de 2004 abrió el plazo para ampliar la demanda a INGESA, ya vigente la LO 19/2003. Añade que el principio de perpetuación de la jurisdicción no es aplicable aquí por ser apreciable de oficio y referirse al momento inicial de la litispendencia, que es el de la estimación de la excepción de litis consorcio (artículos 420.3 y 4 LEC) y que si la condena se hubiera referido únicamente al Gobierno de Cantabria se hubiera evitado el peregrinaje de jurisdicciones. El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Competencia del orden jurisdiccional civil. La parte recurrente admite que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la demanda interpuesta contra la Administración y contra su aseguradora no es aplicable sino a los procesos iniciados a partir de la entrada en vigor de

la LOPJ 19/2003. En efecto, esta Sala tiene declarado que en el periodo que se desenvuelve antes de la entrada en vigor de la reforma operada en la LOPJ mediante la LO 19/2003, de 23 de diciembre, la Sala de Conflictos de jurisdicción, así como esta Sala, han venido aceptando que, dado que el perjudicado no puede verse privado del ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración, que nace en virtud de una norma imperativa que afecta al seguro de responsabilidad civil como contrato legalmente caracterizado como de naturaleza privada, se mantiene excepcionalmente la vis atractiva (fuerza atractiva) del orden civil en los casos en que se demanda a la Administración junto con su aseguradora (AATS, Sala de Conflictos, de 17 de diciembre de 2001, 21 de octubre de 2002 y 28 de junio de 2004 y SSTS, Sala Primera, de 12 de diciembre de 2002, 30 de mayo de 2007, RC núm. 2049/2000, 28 de diciembre de 2007, RC núm. 4953/00). Sin embargo, la recurrente sostiene que en el caso examinado, aunque el proceso se inició con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPJ 19/2003, la Administración que resultó ser condenada no fue demandada ni emplazada sino en un momento posterior, como consecuencia de haber sido llamada por el Juzgado a raíz de las alegaciones formuladas en la audiencia previa sobre la competencia de la Administración del Estado, que tenía la competencia en materia de sanidad en el momento en que se produjo el hecho dañoso, frente a la Administración autonómica, que la había asumido con posterioridad.

Esta interpretación se sostiene por la parte recurrente fundándose en una interpretación del principio perpetuatio jurisdictionis (perpetuación de la jurisdicción), vinculada a la identificación del demandado en la demanda y al emplazamiento de éste, que no puede considerarse aceptable.

La jurisprudencia tiene declarado que los efectos de la litispendencia, a los que ha de anudarse la perpetuación de la jurisdicción, y a los que ha de estarse a la hora de establecer qué jurisdicción es competente para conocer del litigio (en contra de lo que sostiene la parte recurrente invocando el artículo 411 LEC) se producen, con arreglo al artículo 410 LEC, desde la interposición de la demanda si luego es admitida -SSTS de 8 de junio de 2006, 20 de abril de 2007, 30 de mayo de 2007, 21 de mayo de 2008, RC núm. 648/01- y este principio, fundado en razones de seguridad jurídica, no puede resultar alterado por el hecho de que con posterioridad a la interposición de la demanda se llame a otros sujetos al proceso, pues la perpetuación de la jurisdicción, además de los supuestos previstos en el artículo 411 LEC, abarca, por razones análogas a aquellas en las que se funda este artículo (el cual contempla la modificación

del objeto del proceso) y al amparo del principio general formulado en el artículo 410 LEC, los supuestos de sucesión e intervención de partes y la llamada al proceso a litisconsortes y se ha mantenido incluso en los casos en que ha existido una importante demora desde el momento de la interposición de la demanda hasta el momento del emplazamiento (STS 23 de diciembre de 2002, RC núm. 1812/97).

**CUARTO.-** Enunciación motivo segundo. El motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal se interpone con la siguiente fórmula: "En orden al recurso de casación por infracción procesal relativo al 469.1.2.º LEC por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Imputamos una infracción del 218 LEC al omitir, al menos, uno de los temas planteados en el recurso que debieron ser examinados en la sentencia 230/05 de la Audiencia Provincial de Cantabria. La sentencia omite un pronunciamiento sobre la limitación de la responsabilidad de la aseguradora que se hacía constar en el motivo quinto de nuestro recurso de apelación. Esta cuestión además trasciende al orden jurisdiccional competente, pues en definitiva está limitando o determinando los efectos de un contrato administrativo que trasciende al caso enjuiciado". El motivo se funda, en síntesis, en que el Juez de instancia al indicar que la responsabilidad de la aseguradora se enmarca en los límites del FD séptimo olvida que ese contrato no cubre solo este evento concreto ni siquiera todo el siniestro, sino todos los siniestros ocurridos durante el periodo de vigencia de la póliza en el territorio INSALUD y en la sentencia recurrida no se da contestación a esta cuestión, pues no se produce el exceso que supone el Juzgado salvo que se traigan a una ejecución ulterior todos los pagos de éste y otros siniestros, y el Juzgado mezcla la cuestión de los intereses de este concreto evento con límites a la responsabilidad de la aseguradora en todo el siniestro, cuando no puede ir más allá en orden a definir el límite de la responsabilidad de la aseguradora del propio evento que juzga.

El motivo debe ser desestimado.

**QUINTO.-** Inexistencia de incongruencia en la sentencia. El anterior motivo de casación debe ser desestimado por las siguientes razones:

a) La Administración recurrente carece de legitimación para denunciar como incongruente la omisión del tratamiento de las cuestiones derivadas del ámbito de cobertura del seguro. En este proceso no se han discutido las cuestiones que en este punto puedan plantearse entre la aseguradora y la Administración aseguradora, sino que la cobertura del seguro únicamente ha sido considerada en la medida en que afecta a la responsabilidad de la aseguradora fren-

te a los perjudicados que ejercitan la acción directa. La Administración recurrente únicamente resulta afectada por esta cuestión de manera refleja, en cuanto influye en la cuantía de los intereses legales que deberá abonar por la indemnización a la que se le condena en la medida en que no sean cubiertos por la aseguradora. En suma, la Administración recurrente carece de legitimación para instar un pronunciamiento que de manera directa no le afecta a ella, sino a la parte codemandada, que no lo ha reclamado ante esta Sala por la vía del recurso extraordinario de infracción procesal.

b) La sentencia recurrida, al confirmar la sentencia de primera instancia, advirtiendo la existencia de un límite de cobertura del contrato de seguro establece que la aseguradora "únicamente responderá hasta el citado límite por todas las reclamaciones formuladas por el mismo siniestro", pero, dado que "no se ha acreditado cuál ha sido el importe que hasta el momento (la aseguradora) ha satisfecho por las diferentes reclamaciones (...) la acreditación de este extremo se realizará en ejecución de sentencia".

La sentencia recurrida no acepta la posición de la Administración recurrente, según la cual el límite de cobertura del seguro no afecta a la reclamación formulada en este proceso. Considera que resulta imposible en este momento determinar si el límite de cobertura del seguro afecta a la reclamación objeto de este proceso, puesto que está en relación con el conjunto de reclamaciones que puedan formularse por el siniestro, que afectó a otras personas. Partiendo de estas premisas, da respuesta a la cuestión planteada previendo que en ejecución de sentencia podrá determinarse el expresado límite. No puede, en consecuencia, considerarse que se haya incurrido en incongruencia por omisión por el hecho de haber resuelto la cuestión de forma distinta a la propuesta por la parte que denuncia la infracción.

**SEXTO.-** Desestimación del recurso. No considerándose procedentes los motivos en que se funda el recurso extraordinario por infracción procesal, procede entrar en el examen del recurso de casación, con arreglo a la DF decimosexta, 6.ª, LEC con imposición de costas a la parte recurrente, por imponerle así el artículo 398 LEC. Recurso de casación interpuesto por Mapfre Industrial, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros.

**SÉPTIMO.-** Enunciación motivo primero. El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula: "Por vulneración de lo dispuesto por los artículos 1, 20, 73 y 107 de la Ley de Contrato de Seguro y la jurisprudencia dictada en su aplicación e interpretación y en cuanto al alcance de las obligaciones que se declaran de cargo de mi representada en su con-

dición de aseguradora de la responsabilidad del INSALUD (actual INGESA), así como en la imposición a mi principal de los intereses moratorios que se declaran". El motivo se funda, en síntesis, en que:

(a) No resulta conforme a Derecho la resolución dictada, en cuanto no considera la suma asegurada establecida en el contrato, la cual ha de ser (con la reducción correspondiente a las cantidades ya entregadas al asegurado por el mismo siniestro) el límite de la responsabilidad de la recurrente.

(b) No lo es tampoco en cuanto a la determinación del daño -que no se fija tomando en consideración los concretos elementos del proceso sino, con abstracción de éstos, basándose en circunstancias ajenas a la prueba practicada.

(c) No es ajustada a Derecho la imposición de los intereses moratorios del artículo 20 LCS a la entidad recurrente, pues Mapfre no goza de la disposición de la suma asegurada restante. El motivo debe ser desestimado.

**OCTAVO.-** Condena de la aseguradora. Las razones en las que se funda la desestimación del anterior motivo de casación son las siguientes:

a) En los fundamentos de este motivo se acumulan normas heterogéneas sobre el objeto del contrato de seguro, régimen de intereses por mora, objeto del seguro de responsabilidad civil y régimen del seguro de grandes riesgos. Este planteamiento puede ser por sí suficiente según reiterada jurisprudencia para determinar la no-admisibilidad del motivo (SSTS 20 de julio de 2005, 19 de julio de 2006, 11 de junio de 2008, 8 de octubre de 2008, 25 de noviembre de 2008, 13 de noviembre de 2009, RC núm. 611/2005), pues esta acumulación dificulta la determinación de las cuestiones planteadas y se opone a los principios de contradicción y de especialidad del recurso de casación. En consonancia con ello, esta Sala, en aras de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, únicamente debe dar respuesta a las cuestiones que más claramente se plantean como fundamento del motivo.

b) La sentencia recurrida, en el ejercicio de las facultades de valoración de la prueba que corresponden a los tribunales de instancia, considera que resulta imposible en este proceso determinar si el límite de cobertura del seguro afecta a la reclamación objeto de este proceso, puesto que está en relación con el conjunto de reclamaciones que puedan formularse por el siniestro, que afectó a otras personas, y da respuesta a la cuestión planteada sobre el límite de cobertura del seguro previendo que en ejecución de sentencia podrá determinarse el expresado límite. Independientemente del acierto de

esta decisión en el orden procesal no puede aceptarse que, en el orden sustantivo, que es el que corresponde examinar en este momento, no se ha considerado la suma asegurada establecida en el contrato.

c) Según reiterada jurisprudencia la valoración de la prueba corresponde en exclusiva a los tribunales de instancia, por lo cual no puede plantearse en casación el hecho de que la determinación del daño a juicio de la parte recurrente no se haya fijado de acuerdo con la prueba practicada, salvo si se alega, por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, la infracción del artículo 24 CE fundada en una valoración ilógica o arbitraria de la prueba.

d) El contrato de seguro de responsabilidad civil de las administraciones públicas no tiene la calificación de contrato administrativo, sino que expresamente nuestro ordenamiento lo califica de seguro privado, sujeto por consiguiente al régimen de la LCS. Por otra parte, el hecho de que pueda tratarse de un seguro de grandes riesgos significa la no-sujeción a las normas de la LCS como normas imperativas (artículo 44 LCS), pero, dado que el principio a que responde esta excepción sólo tiene sentido entre las partes contratantes, no exige a éstas del cumplimiento de las normas imperativas que rigen respecto de los terceros perjudicados, como ocurre respecto de la acción directa que corresponde a éstos y el régimen de intereses por mora de la aseguradora respecto de ellos. En suma, no se advierte que la sentencia recurrida haya incurrido en infracción legal alguna cuando considera que la naturaleza del contrato celebrado, la intervención en él de una Administración pública, y los pactos entre la Administración aseguradora y la aseguradora no pueden impedir el cumplimiento de las normas sobre fijación de intereses legales por mora en cuanto afectan al tercero perjudicado.

**NOVENO.-** Desestimación del recurso. La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.4 LEC, en relación con el 398 LEC

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

#### FALLO

1. Se desestiman los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos, respectivamente, por INGESA, por una parte, y por Mapfre Industrial, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, por otra, contra la sentencia de 5 de mayo de 2005 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria en el rollo de apelación

núm. 62/2005, cuyo fallo dice: “Falloamos.

“Que desestimamos los recursos de apelación interpuestos por la representación de la entidad aseguradora Mapfre y por la representación procesal del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria contra la Sentencia de fecha 21 de octubre de 2004 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cinco de los de Santander, que se confirma en su integridad, imponiendo a cada uno de los apelantes las costas de su recurso”.

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción pro-

cesal y del recurso de casación, respectivamente, a las partes recurrentes.

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

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

drán conceder ayudas y subvenciones” por la Comunidad Autónoma a las entidades locales para hacer frente a los gastos derivados de la homogeneización de los signos externos de identificación de las policías locales.

Pues bien, la sentencia recurrida estima la pretensión del Ayuntamiento de Las Palmas. Para ello, se apoya fundamentalmente en el art. 57 de la Ley de Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL), que establece el carácter voluntario de las relaciones de cooperación entre las entidades locales y las Comunidades Autónomas o el Estado, así como en el art. 71 del Texto Refundido de disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL), que establece que las entidades locales no estarán obligadas a costear los servicios del Estado o de las Comunidades Autónomas salvo en los casos de colaboración voluntaria y en los de financiación concurrente prevista por la ley.

De estos dos preceptos legales infiere la sentencia recurrida que las entidades locales canarias no están obligadas a hacer frente al coste adicional que puede suponer la homogeneización de signos externos de identificación de las policías locales.

La sentencia recurrida afirma, además, que la Orden de 3 de abril de 2003 habría sido ajustada a derecho si hubiera configurado como preceptivas las ayudas y subvenciones de la Comunidad Autónoma a las entidades locales.

Esta afirmación se basa en dos razones. Por un lado, entiende la sentencia recurrida que, en ausencia de ayudas y subvenciones preceptivas, mediante el ejercicio de la potestad de coordinación en la materia podría la Comunidad Autónoma vaciar de contenido efectivo la autonomía local. Por otro lado, aunque no haga un análisis detallado en este punto, la sentencia recurrida señala que la disposición adicional 3ª de la Orden de 3 de abril de 2003 se desvía de lo ordenado por el art. 40 de la Ley autonómica de Coordinación de las Policías Locales de 4 de julio de 1997, a cuyo tenor la Comunidad Autónoma de Canarias “concederá” ayudas a las entidades locales para sufragar los gastos derivados de la coordinación.

SEGUNDO.- El recurso de casación de la Comunidad Autónoma de Canarias se basa en cuatro motivos, formulados todos ellos al amparo del art. 88.1.d) LJCA. En el motivo primero, se alega infracción de los arts. 140, 142, 148 y 149 CE, del art. 34 del Estatuto de Autonomía de Canarias y de los arts. 21 y 25 LBRL. Sostiene la recurrente que la sentencia recurrida confunde la competencia material sobre las policías locales, que corresponde a las entidades locales, con la potestad autonómica de coordinación en dicha materia.

Así, dado que la competencia material no es autonómica, concluye que no se está en presencia de un servicio que deba ser financiado por la Comunidad Autónoma.

En el motivo segundo, se alega infracción de los arts. 7, 10 y 57 LBRL, así como del art. 71 TRRL. Dice la recurrente que las competencias propias de las entidades locales deben ser ejercidas dentro de los límites impuestos, en su caso, por la coordinación llevada a cabo por la correspondiente Comunidad Autónoma o por el Estado. A diferencia de las relaciones de colaboración, que son voluntarias, es obligatorio acomodarse a las reglas establecidas en el ejercicio de la potestad de coordinación; y, por consiguiente, no existe un deber estatal o autonómico de financiar los gastos derivados de la coordinación.

En los motivos tercero y cuarto, en fin, se alega infracción del art. 39 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que encomienda la homogeneización de las policías locales a las Comunidades Autónomas, y de la jurisprudencia relativa a la coordinación de competencias propias de las entidades locales.

TERCERO.- Esta Sala debe comenzar manifestando su discrepancia con la visión que de la potestad autonómica de coordinación de las policías locales tiene la sentencia recurrida.

Ninguna de las normas citadas por la sentencia recurrida dispone que la Comunidad Autónoma -o, en su caso, el Estado- deba sufragar los gastos adicionales que, para el ejercicio de una competencia propia por las entidades locales, pueda suponer la observancia de las reglas impuestas en uso de la potestad de coordinación.

En efecto, el art. 57 LBRL se refiere a las relaciones voluntarias de cooperación, no a la potestad estatal o autonómica de coordinación de competencias propias de las entidades locales; y el art. 71 TRRL se refiere a servicios de titularidad estatal o autonómica, entre los cuales no se encuentran las policías locales.

Por si esto no fuese suficiente, es preciso subrayar que, tal como se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional 27/1987, las competencias propias de las entidades locales pueden quedar delimitadas por lo que el Estado o la correspondiente Comunidad Autónoma dispongan en uso de la potestad de coordinación. De aquí se sigue que dichas competencias propias sólo podrán ser correctamente ejercidas por las entidades locales en tanto en cuanto cumplan con lo dispuesto a efectos de coordinación.

CUARTO.- Sentado cuanto precede, el recurso de casación de la Comunidad Autónoma de Canarias



TS Sala 3ª, Sección: 6, Sentencia 9 febrero 2010. Ponente: D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Al establecerlo la normativa territorial

## Obligación autonómica de financiar los gastos derivados de la coordinación de competencias locales

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria contra la Orden del Consejero de Presidencia e Innovación Tecnológica del Gobierno de Canarias, anulando la disposición adicional 3ª, debiendo entenderse obligatoria la financiación autonómica de los gastos que al Ayuntamiento recurrente le suponga la homogeneización de los signos externos de las Policías Locales de Canarias. La Sala indica que aún cuando la recurrente tiene razón en su planteamiento general de los efectos de la potestad de coordinación de las competencias propias de las entidades locales, en el presente caso se da una circunstancia que impide concluir que la sentencia recurrida haya vulnerado la legalidad, ya que la legislación autonómica sectorial configura como preceptivas las ayudas y subvenciones para la homogeneización de signos externos de identificación de las policías locales.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, de 11 de marzo de 2005.

El Ayuntamiento de Las Palmas impugnó la Orden del Consejero de Presidencia de la Comunidad Autónoma de Canarias de 3 de abril de 2003, sobre homogeneización de sig-

nos externos de identificación de las policías locales, que fue dictada en ejercicio de la potestad autonómica de coordinación de las competencias propias de las entidades locales en materia de policía local.

Esta potestad autonómica de coordinación está prevista en el art. 34 del Estatuto de Autonomía de Canarias, que se remite al art. 148.1.22 CE. En su disposición adicional 3ª, a la que principalmente iba dirigida la impugnación del Ayuntamiento de Las Palmas, la citada Orden de 3 de abril de 2003 establece que “se po-

no puede prosperar. Aun cuando la recurrente, como se acaba de explicar, tiene razón en su planteamiento general de los efectos de la potestad de coordinación de las competencias propias de las entidades locales, en el presente caso se da una circunstancia que impide concluir que la sentencia recurrida haya vulnerado la legalidad, a saber: que la legislación autonómica sectorial configura como preceptivas las ayudas y subvenciones para la homogeneización de signos externos de identificación de las policías locales.

Dice la sentencia recurrida que la Orden de 3 de abril de 2003 se desvía en este punto de lo ordenado por el art. 40 de la Ley autonómica de Coordinación de las Policías Locales, sin que la recurrente haga ningún razonamiento convincente en sentido contrario. Así las cosas, aunque en abstracto el razonamiento de la recurrente es correcto, resulta irrelevante en este caso concreto, ya que la ilegalidad de la Orden de 3 de abril de 2003 es consecuencia de su incompatibilidad con lo ordenado en una norma de rango superior. Si el legislador autonómico, aun no estando obligado a hacerlo, ha decidido que las ayudas y subvenciones sean preceptivas, no puede la Administración configurarlas como potestativas so pretexto de que la potestad de coordinación de las competencias propias de las entidades locales no comporta un deber de financiación adicional para el Estado o las Comunidades Autónomas.

QUINTO.- Con arreglo al art. 139 LJCA, la desestimación del recurso de casación trae consigo la imposición de las costas a la recurrente. Ajustándose al criterio usualmente seguido por esta Sección 6ª, quedan las costas fijadas en un máximo de tres mil euros en cuanto a honorarios de abogado.

#### FALLO

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Canarias, con sede en Las Palmas, de 11 de marzo de 2005, con imposición de las costas a la recurrente hasta un máximo de tres mil euros en cuanto a honorarios de abogado.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Agustín Puente Prieto.- José Manuel Sieira Míguez.- Luis María Díez-Picazo Giménez.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Octavio Juan Herrero Pina.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Luis María Díez-Picazo Giménez, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

2010/9993

TS Sala 3ª, Sección: 4, Sentencia 3 febrero 2010. Ponente: D. Segundo Menéndez Pérez

### Aunque la jurisdicción civil anulase la junta general que le nombró Ejecución de sentencia que indemniza al administrador por haberle cesado ilegalmente la DGRN

*El TS estima el recurso de casación interpuesto contra el auto dictado por el TSJ de Madrid que acordó tener por ejecutada la sentencia que anuló una resolución de la DGRN que ordenaba cesar en sus funciones a los miembros del consejo de administración de la entidad aseguradora y que además condenaba a la Administración a indemnizar a los iniciales administradores en la cuantía de sus retribuciones correspondientes al año 1996, resolución que se anula, declarando en su lugar que continúe por sus trámites la ejecución de la referida sentencia. La Sala considera que aunque existe un pronunciamiento firme del orden jurisdiccional civil que declaró la nulidad radical y absoluta de la junta general ordinaria, que arrastra como consecuencia que el hoy recurrente en casación no dispusiera de un nombramiento de reelección válido, no llega a constituir una causa de inejecución que regule el art. 105, 2 LJCA, por lo que el auto recurrido contradice los términos de la sentencia a ejecutar, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva en la doble vertiente, del derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la ejecución en sus propios términos de la sentencia.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación que ahora resolvemos se interpone sólo por una de las ocho personas físicas que en su día recurrieron en súplica el auto de la Sala de instancia de 17 de julio de 2008, en el que acordó, literalmente, "tener por ejecutada la sentencia recaída en el presente proceso". Auto confirmado por otro de 22 de octubre del mismo año, al desestimar aquellos recursos de súplica.

SEGUNDO.- Las circunstancias relevantes para definir el supuesto que nos ocupa son las siguientes:

a) La sentencia de cuya ejecución se trata, dictada el 17 de mayo de 2004 en el recurso contencioso-administrativo núm. 2355/1997 y con-

firmada por la que dictó esta Sala del Tribunal Supremo el 3 de mayo de 2007 en el recurso de casación núm. 7424/2004, anuló una resolución de la Dirección General de Seguros de 22 de mayo de 1997 que había acordado, entre otras y como medida de control especial de las que preveía el art. 39 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, la de cesar en sus funciones a los miembros del Consejo de Administración de la entidad aseguradora Previsión Sanitaria Nacional, Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija (P.S.N.), sustituyéndolos por dos Administradores provisionales. Pero además, al entender que concurrían todos los requisitos necesarios para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos y, en concreto, "que la sustitución del órgano de administración ha producido un perjuicio a los iniciales administradores que debe ser resarcido por quien lo (sic) ha ordenado", condenó "a la Administración al abono de las indemnizaciones a que se refiere el fundamento noveno de la presente". Fundamento noveno que literalmente dice, en lo que aquí importa, que "la Administración deberá indemnizar a los administradores cesados en la cuantía de sus retribuciones correspondientes al año 1996; la indemnización comprenderá todo el tiempo que les restara cumplir de su mandato, dividiéndose proporcionalmente los años que no fuesen completos".

b) Dada la fecha de esa resolución de la Dirección General de Seguros (22 de mayo de 1997) y la del acuerdo del Subsecretario de Economía y Hacienda que la confirmó en vía administrativa (5 de noviembre de 1997), hemos de entender que aquel recurso contencioso-administrativo núm. 2355/1997 se interpuso en noviembre o diciembre de ese año. Y hemos de deducir con toda lógica, pese a ser un dato del que nada nos consta, que el escrito de contestación a la demanda que en él presentara la Administración del Estado hubo de llevar como fecha una del año 1998, o una posterior. Dato que traemos a colación y sobre el que llamamos la atención por razón de lo que decimos a continuación.

c) El 12 de diciembre de 1997 dictó la Audiencia Provincial de Madrid sentencia en la que declaraba "la nulidad radical y absoluta de la Junta General Ordinaria de la misma entidad (Previsión Sanitaria Nacional PSN Mutua de Seguros a Prima Fija) celebrada el día cinco de abril de mil novecientos noventa y cinco". Junta, esa, en la que, como dice el auto aquí recurrido en casación, fue reelegido en su cargo de miembro del Consejo de Administración el hoy recurrente en casación. Dicha sentencia de la Audiencia Provincial fue confirmada por la de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de fecha 14 de mayo de 2004, dictada en el recurso de casación núm. 1945/1998.

Llamamos de nuevo la atención sobre esta última fecha, dado lo que a continuación decimos.

d) El recurso de casación interpuesto contra aquella sentencia de este orden jurisdiccional contencioso-administrativo de 17 de mayo de 2004, desestimado, como dijimos, por la sentencia de esta Sala Tercera de 3 de mayo de 2007, se tuvo por preparado por providencia de la Sala de instancia de 6 de julio de 2004. Por tanto, el escrito de interposición del recurso de casación formulado por la Administración del Estado hubo de presentarse después de esta fecha y bastante después de aquella, 14 de mayo de 2004, en que la Sala Primera de este Tribunal Supremo dictó la sentencia antes dicha.

e) Ninguna de las dos sentencias dictadas en este orden jurisdiccional (las tantas veces citadas de 17 de mayo de 2004 y 3 de mayo de 2007) mencionan, al tratar la cuestión de la indemnización de los Administradores cesados, aquella circunstancia de la nulidad radical y absoluta de la Junta General Ordinaria de 5 de abril de 1995.

f) Por fin, el auto aquí recurrido en casación, dictado, como dice en sus antecedentes de hecho, en un incidente de ejecución de sentencia en el que se interesaba el percibo de las indemnizaciones a que el fallo hace referencia, toma en cuenta esa circunstancia y entiende, sin más razonamiento, que por causa de ella se debe considerar ejecutada la sentencia.

TERCERO.- Criterio que no podemos compartir.

Lo que en realidad hace la Sala de instancia en dicho auto es dejar sin efecto un pronunciamiento de la sentencia en ejecución, vulnerando de entrada el art. 105.1 de la Ley de la Jurisdicción en cuanto dispone, tajantemente, que no podrá declararse la inejecución total o parcial del fallo. Y también la reiterada doctrina constitucional y la jurisprudencia de este Tribunal en las que se afirma que el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias comprende, como parte integrante de su contenido, la garantía de la inmodificabilidad del fallo.

Así, en la STC 149/1989, cuya doctrina se ha reiterado en otras muchas, puede leerse lo siguiente: "(...) los principios de seguridad jurídica y de legalidad en materia procesal de los artículos 9.3 y 117.3 de la Constitución impiden que los Jueces y Tribunales puedan revisar el juicio efectuado en un caso concreto, si entienden con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad aplicable. Ha de admitirse, en consecuencia, que la inmodificabilidad de una Sentencia integra también el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de efectividad

si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme.

De este modo, el derecho fundamental del justiciable a la tutela judicial efectiva actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las Sentencias y demás resoluciones firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley (...).

En el mismo sentido, se lee en la STC 322/2006 que "(...) el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (SSTC 119/1988, de 20 de junio, F. 2; 231/1991, de 10 de diciembre, F. 5; 19/1995, de 24 de enero, F. 2; 48/1999, de 22 de marzo, F. 2; 218/1999, de 29 de noviembre, F. 2; 69/2000, de 13 de marzo, F. 2; 111/2000, de 5 de mayo, F. 12; 262/2000, de 30 de octubre, F. 2; 286/2000, de 27 de noviembre, F. 2; 140/2001, de 18 de junio, F. 3; 216/2001, de 29 de octubre, F. 2; 187/2002, de 14 de octubre, F. 6; 256/2006, de 11 de septiembre, F. 3 (...)).

Es cierto que aquel pronunciamiento firme del orden jurisdiccional civil que declaró la nulidad radical y absoluta de aquella Junta General Ordinaria arrastra como consecuencia que el hoy recurrente en casación no dispusiera de un nombramiento de reelección válido; lo cual, aparentemente, elimina la situación jurídica en la que como presupuesto previo descansa el pronunciamiento indemnizatorio. Pero dejando ahora de lado otras consideraciones que no nos atañen, como lo es por ejemplo la referida a si el nombramiento inicial de los Administradores reelegidos habría de entenderse jurídicamente prorrogado tras la nulidad de la reelección y hasta la convocatoria y celebración válida de una nueva Junta, lo que aquí importa destacar es que aquella declaración de nulidad radical y sus consecuencias jurídicas no constituyen en sentido propio una causa de las que prevé el art. 105.2 de la Ley de la Jurisdicción, ni más en concreto una de imposibilidad legal de ejecutar ese pronunciamiento indemnizatorio, pues no equivalen a la modificación del ordenamiento jurídico mediante la aprobación de una nueva norma distinta y opuesta a las consideradas en el proceso que lícitamente impida hacer aquello que la sentencia ordena.

La hipotética contradicción entre el derecho indemnizatorio declarado y los efectos de aquella nulidad radical no deja de tener en nuestro ordenamiento jurídico un cauce hábil para su remedio, cuál es el del recur-

so de revisión contra sentencias firmes, al que la Administración del Estado no ha acudido.

Por fin, no para completar el conjunto de razones que nos llevan a no compartir el criterio de la Sala de instancia, pues son las antes expuestas las que lo invalidan; pero sí para resaltar que con él se incurre en el defecto o incorrección de introducir en la ejecución cuestiones que pudieron y debieron ser planteadas en la fase declarativa del proceso, debemos destacar, por ser una conclusión lógica que se deriva de lo antes expuesto, que la Administración del Estado sí pudo poner de manifiesto aquella circunstancia de la nulidad radical de aquella Junta General Ordinaria en el proceso contencioso-administrativo, planteando en éste el obstáculo que ahora hace valer para oponerse al pago de la indemnización. Lo pudo hacer en la instancia, pues la sentencia de la Audiencia Provincial estaba al alcance de ser conocida por los Administradores provisionales de la entidad aseguradora que aquella había nombrado en el procedimiento de medidas de control especial y era de fecha anterior a aquella en que hubo de formular su escrito de contestación a la demanda. Y lo podría haber hecho en el recurso de casación, resaltando entonces que la declaración de nulidad era ya firme, pues lo era cuando formuló el escrito de interposición de ese recurso.

CUARTO.- Procede por lo razonado estimar el primero de los motivos de casación, pues denuncia al amparo del art. 87.1.c) de la Ley de la Jurisdicción que el auto recurrido contradice los términos de la sentencia a ejecutar, alegando finalmente que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en la doble vertiente, según dice, del derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la ejecución en sus propios términos de la sentencia.

En consecuencia, deviene ya innecesario pronunciarse sobre los restantes motivos; y en concreto sobre la hipotética causa de inadmisibilidad que para ellos opone el Sr. Abogado del Estado por fundarse en el art. 88.1.d) de aquella Ley y no en el citado art. 87.1. c).

QUINTO.- Es inexistente la causa de inadmisibilidad que por defecto de cuantía opone también esa representación procesal, pues el hoy recurrente en casación solicitó en el escrito de fecha 23 de noviembre de 2007 una indemnización de 210.029,47 euros de principal.

SEXTO.- No procede imponer las costas causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emana del pueblo español, nos confiere la Constitución,

## FALLO

Ha lugar al recurso de casación que la representación procesal de D. Indalecio interpone contra el auto de 17 de julio de 2008 -confirmado en súplica por el de 22 de octubre del mismo año-, dictado por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en incidente de ejecución de la sentencia recaída en el recurso núm. 2355/1997. Autos que casamos, dejándolos sin efecto y acordando en su lugar que continúe por sus trámites y para dicho recurrente la ejecución de la referida sentencia. Sin que proceda imponer las costas causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Marti García.- Celsa Pico Lorenzo.- Enrique Lecumberri Marti.- Ricardo Enríquez Sancho.- Santiago Martínez-Vares García.- Segundo Menéndez Pérez.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.



TS Sala 4ª, Sentencia 10 diciembre 2009. Ponente: D. Mª Lourdes Arastey Sahún

No es "in itinere"

## Accidente ocurrido al regreso de una consulta médica

*Frente a sentencia que no consideró accidente "in itinere" el de tráfico sufrido cuando acudía de la revisión con la matrona recurre en casación para la unificación de doctrina la trabajadora, siendo desestimado el recurso por el TS.*

*Entiende la Sala que acudir a una consulta médica, aun cuando es con autorización de la empresa, es una diligencia de tipo privado, sin relación alguna con el trabajo y, por ello, no es posible otorgar al accidente de motocicleta sufrido por la recurrente la calificación pretendida.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la parte actora en casación para unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 19 de septiembre de 2008 (rollo 647/08), que estimó el recurso de suplicación de la Mutua de accidentes, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Murcia, y desestimando la demanda.

En ésta se impugnaba la calificación de la contingencia por la que se había reconocido el proceso de incapacidad temporal iniciado el 31 de marzo de 2006. Mientras que la sentencia dictada en la instancia, estimando la demanda, declaró que la baja obedecía a accidente de trabajo, la Sala de suplicación mantiene el criterio del INSS que había atribuido aquella a accidente no laboral. El recurso contiene un único motivo en el que se denuncia la infracción del art. 115.2 del Texto Refundido de la Ley

General de la Seguridad Social. Se ofrece, como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (Valladolid) el 15 de marzo de 1999 (rollo 54/1999).

Siento el elemento de al contradicción requisito básico del recurso de casación unificadora, se hace necesario efectuar el juicio de comparación entre las dos resoluciones de suplicación que se contrastan por la parte recurrente, a fin de determinar si, existiendo doctrina contraria, la recurrida contiene la que resulte ajustada a derecho. Con arreglo al art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, tal requisito exige que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, la sentencia recurrida y aquella que se aporta como contraste hubieran dado lugar a pronunciamientos distintos. La sentencia recurrida se refiere al accidente de motocicleta sufrido por la actora cuando volvía al trabajo tras acudir a la consulta de la matro-

na en el ambulatorio -por hallarse embarazada-, previa autorización de la empresa.

Para la Sala de suplicación de la Comunidad Autónoma de Murcia, es aplicable al caso la doctrina sentada en la STS de 29 de marzo de 2007 (rcud. 310/2006), concluyendo que no es relevante la L.O. 3/2007 a efectos de la calificación del accidente, pues la misma no depende "del sexo del trabajador/a afectado/a". La sentencia ofrecida como referencia da respuesta a un supuesto en el que la empresa había autorizado al trabajador para acudir a la consulta médica, produciéndose el accidente cuando el trabajador se desplazaba a su domicilio a fin de coger la cartilla médica. La Sala de Valladolid argumenta que la asistencia médica no puede ser considerada como una cuestión ajena al trabajo y, por ello, declara que hay conexión entre el accidente y el trabajo, calificando al primero de accidente laboral.

Concurre en el presente caso la necesaria contradicción puesto que, si bien en el caso de la sentencia recurrida el accidente se produce a la regresión de la gestión médica para la que se había autorizado al trabajador y, en cambio, en la de contraste el accidente de tráfico tiene lugar cuando el trabajador se estaba desplazando entre el trabajo y su domicilio, como etapa intermedia para acudir a la consulta médica, lo cierto que el debate gira en ambos supuestos en torno a los efectos de la autorización empresarial para atender a una asistencia médica, tratándose en los dos casos de decidir si dicha autorización extiende la cobertura del accidente de trabajo a los desplazamientos efectuados con aquella finalidad, sin que en la sentencia referencial se entrara a analizar si el desvío hasta el domicilio para recoger la cartilla sanitaria excedía de aquella autorización.

Son los elementos definidores del accidente de trabajo in itinere los que se examinan en los dos supuestos puestos en comparación; y, aunque en la recurrida se hace mención a la cuestión de la situación de embarazo de la trabajadora y al argumento de la eventual incidencia de la igualdad por sexo -circunstancias que no se dan en el supuesto de la sentencia de contraste-, se hace tal razonamiento a mayor abundamiento y, por ello, no constituye el núcleo de la decisión.

Como indica el Ministerio Fiscal, concurre, por tanto, el requisito de la contradicción del art. 217 antes mencionado.

SEGUNDO.- El análisis del art. 115.2 de la Ley General de la Seguridad Social, invocado por la parte recurrente, ha de hacerse concentrándonos en el apartado a) del mismo, en el que se define el llamado accidente de trabajo in itinere, como

aquel que sufre el trabajador "al ir o al volver del lugar de trabajo". El accidente in itinere es figura que corresponde, "a la idea básica de que el accidente no se hubiera producido de no haber ido a trabajar" (STS de 20 de febrero de 2006 -rcud. 4145/2004-). Se trata de una figura de larga elaboración jurisprudencial sustentada en la idea básica de que "el desplazamiento viene impuesto por la obligación de acudir al trabajo" (STS de 29 de marzo de 2007 -rcud. 210/2006-). Por tal razón, "la noción de accidente "in itinere" se construye a partir de dos términos (el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador) y de la conexión entre ellos a través del trayecto" (STS de 29 de septiembre de 1997 -rcud. 2685/1996-). El accidente de trabajo in itinere, "exige, como requisitos ineludibles, el que el camino de ida y regreso al trabajo carezca de interrupción voluntaria y se lleve a cabo siempre por el itinerario usual" (STS de 20 de junio de 2002 -rcud. 2297/2001-). En esa línea la STS de 29 de septiembre de 1997 (rcud. 2685/1996, antes citada), reiterada por la de 28 de febrero de 2001 (rcud. 3493/1999) establece que "lo esencial no es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, lo esencial es ir al lugar del trabajo o volver del lugar del trabajo". Partiendo de estos criterios generales, en la STS de 29 de marzo de 2007, que se ha mencionado y sobre la que se asienta la decisión de la Sala de Murcia, se analizaba la incidencia de la finalidad principal del viaje sobre la calificación del accidente de trabajo, aun con independencia de que el mismo hubiera sido autorizado por la empresa.

En ella se concluía que, no sólo en aquel caso se trataba de una gestión personal, ajena al trabajo, sino que también había de considerarse así la situación que suscitaba la sentencia de contraste, consistente precisamente en una visita médica. Para esta Sala tanto en el caso de quien acudía a realizar una gestión de tipo tributario, como en el de quien lo hacía a una consulta médica, estábamos ante una diligencia de carácter privado, sin relación alguna con el trabajo y, por ello, negábamos que cupiera la calificación de accidente laboral in itinere pretendida. Es por ello que la doctrina que sentábamos en aquel supuesto es precisamente la que se ajusta plenamente al supuesto ahora contemplado. Al entenderlo así la sentencia recurrida, hemos de desestimar el recurso, puesto que es en ella, y no en la de contraste, en donde se contiene la doctrina correcta.

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

#### FALLO

Que, desestimando el recurso de casación para unificación de doctrina formulado por D<sup>a</sup> Elisabeth contra la

sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, dictada el 19 de septiembre de 2008 (rollo 647/2008), en el recurso de suplicación planteado por Mutua Ibermutuamur contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Murcia, recaída el 3 de abril de 2008 en los autos 614/2007, seguidos a instancia de aquella y en los que también fueron parte Manipulados Malupas, S.L., el Servicio Murciano de Salud, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos confirmar y confirmamos la misma. Sin costas. Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de Procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Milagros Calvo Ibarlucea.- José Luis Gilolmo López.- Jordi Agusti Julia.- María Lourdes Arastey Sahun.

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

2009/315148

TS Sala 4<sup>a</sup>. Sentencia 24 noviembre 2009. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

### Nulidad de cláusula Responsabilidad de mutua en abono de indemnización derivada de póliza suscrita por la empresa

*Recorre en casación para la unificación de doctrina la aseguradora codemandada contra sentencia que la condenó a abonar al actor la cantidad reclamada en concepto de indemnización.*

*La Sala General del TS desestima el recurso pues considera correcta la interpretación que la sentencia recurrida hizo de la póliza suscrita por la empresa como mejora voluntaria, de forma que el accidente laboral sufrido por el trabajador, y por el cual fue declarado afecto de IPA para todo tipo de trabajo, estaba cubierto por aquella pues el mismo ocurrió durante la vigencia del contrato de trabajo y de la mencionada póliza. Añade el Alto Tribunal, que la*

*existencia en la póliza de una cláusula que fija los efectos económicos en una fecha no comprendida durante la vigencia de la misma, no contradice lo resuelto por la sentencia recurrida, pues la cláusula, al ser limitativa de derechos, es nula por no reunir los requisitos de validez, ya que no es clara ni precisa y, sobre todo, no ha sido destacada de modo especial. Formulan voto particular los Excmos. Sres. Magistrados D. Juan Francisco García Sánchez, y D<sup>a</sup> María Milagros Calvo Ibarlucea.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se debate en el presente recurso de casación unificado la cuestión relativa a si de la mejora voluntaria para caso de incapacidad permanente, consistente en una póliza de seguro pactada conforme a lo establecido en convenio colectivo, debe responder la compañía aseguradora o la empresa, en el caso de que exista una cláusula en la póliza fijando los efectos económicos en una fecha no comprendida en la vigencia de la repetida póliza. Del relato histórico de la resolución combatida, literalmente transcrito en el lugar oportuno de la presente, interesa destacar aquí lo siguiente:

-La empresa "Automóviles Luarca, S.A." (ALSA) había concertado una póliza colectiva de seguro de accidentes con la "American Life Insurance Company" (ALICO) en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 40 del Convenio Colectivo de Transportes por Carretera de la provincia de Asturias, en el que aquella estaba encuadrada, póliza que cubría expresamente los riesgos y capitales establecidos por el Convenio. La vigencia de la póliza se extendía desde el 1 de septiembre de 1998 hasta el 1 de septiembre de 2003, y su cláusula 9 -señalada en la póliza como "especial"- establecía en su apartado 4: "En caso de siniestro, las fechas a considerar serán las siguientes:

b) En caso de invalidez por accidente garantizada en la presente póliza: la fecha de efectos económicos de la Resolución ó Declaración de Invalidez Permanente efectuada por el Organismo Oficial competente ó de Sentencia firme del Organismo Judicial competente". -El 26 de febrero de 2003 un trabajador de ALSA sufrió un accidente laboral, como consecuencia del cual fue declarado afecto de incapacidad permanente absoluta por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de fecha 28 de marzo de 2005, que cobró firmeza. La aseguradora ALICO negó su responsabilidad, acogiéndose a la transcrita cláusula 9 de la póliza. Formuló el trabajador demanda contra la empresa y la aseguradora, y por el Juzgado se estimó parcialmente la pretensión, condenando a ALSA a abonar al actor la suma de 23.027 euros más el

correspondiente interés y absolviendo a ALICO. Pero, en sede de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó la Sentencia de 11 de octubre de 2007, que revocó la de instancia y condenó a ALICO, absolviendo a la empresa.

SEGUNDO.- Contra la reseñada Sentencia de suplicación ha interpuesto ALICO el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, citando como infringidos los arts. 1 de la Ley de Contrato de Seguro y 1091, 1255, 1256, 1278 y 1281 y siguientes del Código Civil. Aporta la recurrente para el contraste nuestra Sentencia de 21 de diciembre de 2004 (rec. 549/04). Enjuició ésta el supuesto de un trabajador que sufrió un accidente laboral el 7 de mayo de 1999 y por Resolución del INSS de 17 de mayo de 2001 se le reconoció el derecho a percibir, como consecuencia de él, una prestación por incapacidad permanente total. La empresa tenía suscrita desde el 1 de enero de 1999 una póliza de seguros de accidentes con ALICO, en la que se hizo constar que, a efectos de invalidez, "la aseguradora tomaría como fecha del siniestro la fecha de efectos económicos de la Seguridad Social". Conviene poner de manifiesto que el aludido grado de invalidez (total) no estaba contemplado por el Convenio allí aplicable como objeto de aseguramiento obligatorio, por lo que la empresa lo había concertado como mejora voluntaria. A partir del 1 de enero de 2001 el seguro de accidentes pasó a estar cubierto con "Catalana Occidente, S.A.", pactándose expresamente en la cláusula 6ª que en ningún caso cubriría las secuelas de accidentes sobrevenidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la póliza. La Sala, reiterando doctrina, resolvió que ninguna de ambas aseguradoras tenía responsabilidad, pues la fecha de efectos económicos de la prestación reconocida por la Seguridad Social se hallaba fuera de la asumida en el clausulado de las respectivas pólizas.

Lo relatado pone de manifiesto que ambas resoluciones en presencia son legalmente contradictorias, en el sentido que refleja el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), tal como acertadamente sostiene el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, pues concurren entre ellas todas las identidades sustanciales (situaciones de hecho, petición y causas de pedir y de resolver) a las que el precepto alude, ya que en ambos casos se trata de accidentes sufridos por trabajadores cuyas empresas tenían suscrita una póliza de seguro para el caso, con cláusulas en las que específicamente se pactaba cuál sería la fecha a tener en cuenta para que entrara en juego la responsabilidad de la aseguradora y, pese a ello, el signo de cada una de las aludidas resoluciones ha tenido signo divergente. Incluso concurriría la contradicción aun cuando

una de las resoluciones en presencia contemplara el supuesto de un seguro concertado con carácter meramente voluntario por la empresa y la otra hubiere enjuiciado el caso de que el aseguramiento se hubiera concertado en cumplimiento a lo dispuesto en un convenio colectivo, pues esta situación fue precisamente la acaecida en el caso de la citada resolución de contraste (nuestra reseñada Sentencia de 21-XII-2004 -rec. 549/04-), y la Sala razona al respecto (FJ 1º) en los siguientes términos: concurre, a tenor de lo dispuesto, el requisito de contradicción entre las sentencias citadas, sin que a ello obste, como dictamina el Ministerio Fiscal, la alegación de que en la sentencia referencial el aseguramiento viniera impuesto por Convenio Colectivo y en la recurrida se trate de una mejora voluntaria pura y simple, pues lo que se debate es la responsabilidad de la Compañía Aseguradora en función del contrato suscrito con la empresa, para lo que no tiene influencia que la empresa hubiese concertado la póliza de seguros como consecuencia de lo dispuesto en Convenio Colectivo o por su voluntad unilateral como mejora voluntaria. Pues en ambos supuestos, lo que se discute es si la póliza debe producir sus efectos en función del momento en que se produce el accidente o de lo estipulado en la propia póliza.

Si resolviéramos ahora en sentido contrario, vulneraríamos el mandato constitucional (art. 14 de la Ley Fundamental) consistente en el deber de igualdad en la aplicación de la ley, pues supuestos de hecho sustancialmente idénticos serían objeto de tratamiento diferente en cuanto al signo de su decisión. Y tampoco es óbice a la existencia de la contradicción el hecho de que la cláusula que ahora nos ocupa ("en caso de siniestro, las fechas a considerar serán las siguientes:

b) En caso de invalidez por accidente garantizada en la presente póliza: la fecha de efectos económicos de la Resolución ó Declaración de Invalidez Permanente efectuada por el Organismo Oficial competente ó de Sentencia firme del Organismo Judicial competente") y la contemplada por la resolución de contraste ("a efectos de invalidez, ALICO tomará como fecha del siniestro la fecha de efectos económicos de la Seguridad Social") -hecho probado 7º de la sentencia de instancia, cláusula que fue objeto de interpretación en la nuestra de contraste-, no estén concebidas en términos literales materialmente idénticos, pues la identidad que nuestra doctrina requiere a efectos de contradicción es la meramente sustancial y no la material o absoluta; y la verdad es que la redacción de ambas cláusulas -las dos procedentes de sendas pólizas de la aseguradora ALICO- nos lleva a concluir que su significado es idéntico en su sustancia, esto es, que la responsabilidad de la aseguradora en caso de accidente la han limitado las partes con-

tratantes en el tiempo, estableciéndola en la fecha de efectos económicos de la prestación que se reconozca al accidentado.

La única diferencia entre ambas redacciones estriba en que la de la cláusula que aquí nos ocupa es más explícita que la de la referencial, al aludir la primera específicamente a los órganos -administrativo o judicial- competentes para fijar la fecha de tales efectos económicos de la prestación de la Seguridad Social. Este mismo criterio de la identidad sustancial y no absolutamente literal fue el que siguió nuestra repetida Sentencia de 21 de diciembre de 2004 (rec. 549/04) -la contraste- para decidir que en el caso por ella enjuiciado concurría el requisito de la contradicción. La sentencia recurrida era la del TSJ de Valencia de fecha 28 de octubre de 2003, en la que, como ya antes dijimos, la cláusula litigiosa consignada en la póliza de ALICO decía: "a efectos de invalidez, ALICO tomará como fecha del siniestro la fecha de efectos económicos de la Seguridad Social". La resolución referencial en el caso fue la Sentencia del TSJ de Murcia de fecha 2 de abril de 2001, en cuyo supuesto la redacción de la cláusula estampada en la póliza de ALICO era del siguiente tenor: "la fecha de efecto de los siniestros por invalidez, amparados por la póliza, será la que corresponda a la fecha de declaración de la invalidez, es decir, a la fecha de resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social o sentencia firme, si hubiera lugar".

Como se ve, más próxima en su redacción a la del caso que aquí nos ocupa que a la del enjuiciado por la tan repetida resolución de contraste, pero tampoco en total coincidencia literal con ella, no obstante lo cual, en los tres casos a los que acabamos de aludir las respectivas condiciones particulares en sendas pólizas de ALICO han dejado lo suficientemente clara la conclusión en el sentido de que no es en modo alguno la fecha del accidente, sino aquella otra posterior que en cada caso se explicita, la que determina la asunción de la responsabilidad asumida por la aseguradora y aceptada por la empresa tomadora del seguro. Así pues, el aludido deber de igualdad en la aplicación de la ley nos impone una vez más resolver en el sentido de que, también en el supuesto que aquí contemplamos, concurre la condición de contradictorias en las dos resoluciones que vienen siendo objeto de cotejo. Con ello evitamos incidir en el error de eludir la realidad de la situación de igualdad sustancial, para caer en un "formalismo enervante", reiteradamente proscrito por el Tribunal Constitucional (cfr., por todas, la STC 187/2009 de 7 de septiembre, por citar una de las más recientes), y que podría menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte recurrente si inadmitiéramos el recurso con apoyo en esta supuesta falta de contradicción, apreciada única-

mente en esta ocasión y no en las anteriores, en las que se enjuiciaron situaciones fácticas sustancialmente idénticas a la presente. Por consiguiente, procede entrar a decidir el fondo del debate planteado por el recurso, ya que, además, el escrito en el que tal recurso se interpuso se ajusta a las exigencias del art. 222 de la citada Ley procesal.

TERCERO.- 1. El recurso no puede prosperar, porque la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina sentada por esta Sala, tanto a la hora de interpretar los contratos de seguro, como a la de fijar la fecha del hecho causante de las prestaciones derivadas de accidente laboral, bien se trate de las prestaciones básicas de la Seguridad Social, bien de las mejoras que las complementan. En efecto, cual se estable en nuestras sentencias de 10 julio 1995, 22 julio 2002 (Rec. 1276/01), 15 marzo 2002 (Rec. 4633/00) y 24 septiembre 2002 (Rec. 3436/01) entre otras, cuando se trata de seguros de grupo las definiciones de los riesgos y contingencias objeto de cobertura deben ser las precisadas en la póliza de seguro y sólo en caso de silencio u oscuridad de la póliza puede acudir al concepto que de esos riesgos dan las normas de la Seguridad Social, pues, sobre todo, para interpretar la póliza debe estarse a la intención de las partes contratantes, lo que obliga a estar a la literalidad de la póliza cuando es fiel reflejo de la intención de quienes suscribieron el contrato de seguro. Por otro lado, desde nuestra sentencia de 1 de febrero de 2000 (RCUD 200/99), esta Sala viene entendiendo que la fecha del accidente de trabajo determina la normativa aplicable y, consecuentemente, las prestaciones debidas, las mejoras que las complementan y la entidad aseguradora responsable del pago de las mismas. Con base en los artículos 100 y 104 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, se ha estimado que una cosa es la fecha del siniestro asegurado, el accidente, y otra la fecha en que se consolidan las secuelas derivadas del mismo y se actualiza el riesgo cubierto naciendo la obligación de pagar el capital asegurado (S.TS., además de la ya citada, de 4 de octubre de 2001 (Rec. 3902/00), 24 de mayo de 2000 (Rec. 1549/99), 10 de junio de 2002 (Rec. 713/02), entre otras).

2. La aplicación de la doctrina reseñada nos muestra que ha sido correcta la interpretación que de la póliza ha realizado la sentencia recurrida: cual consta en la relación de hechos probados la póliza de seguro fue suscrita por la empresa para cubrir las obligaciones que le imponía el artículo 40 del Convenio Colectivo para con sus empleados, aserto que corroboran la sentencia recurrida en la declaración de hechos probados y en la fundamentación jurídica, así como la condición particular tercera de la póliza, donde se dice que ese es el objeto del contrato y que una copia de ese precepto convencional se incorpora a la póliza.

Por tanto, si esa era la intención de las partes, es claro que la póliza cubría el siniestro que nos ocupa, por cuánto el accidente ocurrió durante la vigencia del contrato de trabajo del actor y de la póliza. El hecho de que las consecuencias del accidente no se consolidaran de forma definitiva antes de la rescisión de la póliza no desvirtúa lo dicho porque, cual se dijo antes, una cosa es la fecha del accidente y otra aquella en que se actualiza el riesgo asegurado y nace la obligación de pagar el capital asegurado, como se deriva de lo dispuesto en los artículos 100 y 104 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre. Tal conclusión interpretativa no se ve contradicha por lo dispuesto en la condición particular 9-4ª de la Póliza, donde se establece: "En caso de siniestro las fechas a considerar serán:

a) En caso de fallecimiento por accidente: la fecha del fallecimiento.

b) En caso de invalidez por accidente garantizada en la presente póliza: la fecha de efectos económicos de la Resolución o Declaración de invalidez permanente efectuada por el organismo oficial competente o de la Sentencia firme del organismo judicial competente". Ciertamente que parecida cláusula ha sido interpretada por esta Sala en sus sentencias de 21 de diciembre de 2004 (Rec. 549/04) y de 24 de septiembre de 2008 (Rec. 562/07) en el sentido que propone la recurrente de considerar que la mejora se causa el mismo día que la pensión mejorada, lo que supondría la necesidad de que la póliza se encontrara vigente ese día. Pero tal doctrina debe rectificarse por no ajustarse a la mayoritaria que hemos reseñado antes, sobre que la interpretación de la póliza debe ajustarse a la intención de los contratantes que la suscribieron. La cuestionada cláusula particular 9-4 no dice lo que el recurso alega, sobre que el derecho a la indemnización nace el mismo día que la pensión básica que mejora, ni que es preciso que ese día esté en vigor la póliza para que se pueda causar el derecho a la indemnización asegurada. La póliza se limita a decir que "en caso de siniestro", esto es, cual se dice la condición general primera, de producirse "el hecho cuyas consecuencias dañosas están cubiertas por la póliza", las fechas a considerar serán: "en caso de invalidez por accidente garantizada por la presente póliza: la fecha de efectos económicos de la Resolución o Declaración de invalidez permanente...". De ese tenor literal no se deriva claramente que la voluntad de las partes fue, como dice la aseguradora, que el derecho se causara al tiempo de consolidarse las secuelas del accidente, en la fecha del hecho causante de las prestaciones mejoradas.

Por contra, es más fácil entender que lo querido fue precisar y matizar lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley 50/1980, a fin de determinar que los efectos económicos de la invalidez permanente asegurada sólo se

producían a partir de la declaración de ese estado por el órgano administrativo o judicial competente. Con ello se determinaba, a los efectos del citado artículo 104, quien debía certificar la existencia de la invalidez permanente y su grado, así como cuando nacía la obligación de pagar de la aseguradora, cuestión relevante a los efectos de los intereses por mora que están previstos en el artículo 20 de la Ley antes citada. Esta interpretación se considera más correcta y acorde con lo dispuesto en los artículos 100 y 104 de la mencionada Ley y en nuestra doctrina sobre que lo asegurado es el accidente y que las secuelas del accidente ya no son el riesgo, sino los efectos de la actualización del mismo.

3. En cualquier caso debe reconocerse que la cláusula controvertida no es clara, sino oscura y poco concreta, lo que hace que la misma, aparte de la interpretación que consideramos correcta admita otras interpretaciones. Pero, como se deriva de lo dispuesto en el artículo 1284 del Código Civil, las cláusulas de los contratos que admiten varios sentidos deben interpretarse en el sentido más adecuado para que produzcan efecto, esto es en el sentido más adecuado para satisfacer la intención de quienes conciertan un seguro para cubrir los riesgos de un posible accidente, así como en el sentido que facilita cubrir ese objetivo, conforme a ley, determinando como se acredita la producción del riesgo asegurado y la fecha en que nace el deber de pagar el capital cubierto. Además, la falta de claridad perjudica a la recurrente por aplicación del canon hermenéutico "contra proferentem" (contra el proponente) que se deriva de lo dispuesto en el artículo 1.288 del Código Civil, precepto que obliga a que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no favorezca a la parte causante de la nulidad. La causante de la oscuridad en este caso fue la entidad aseguradora recurrente, experta conocedora del sector de seguros, que fue quien redactó la póliza de seguro que normalmente es manifestación de un contrato de adhesión, razones todas por las que se viene entendiendo que las cláusulas oscuras de los contratos de seguro deben interpretarse en favor del asegurado. En este sentido la sentencia de esta Sala de 24 de septiembre de 2002 (Rec. 2750/91), así como las de la Sala 1ª de este Tribunal de 15 y 22 de julio de 2008 (Recs. 1839/01 y 780/02), entre otras que las mismas citan.

4. La cláusula estudiada, caso de admitirse la interpretación que propone la recurrente y que en otras ocasiones aceptó esta Sala, sería limitativa de derechos y nula por no reunir los requisitos que el artículo 3 de la Ley 50/80 establece para la validez de este tipo de cláusulas, porque no es clara y precisa y, sobre todo, porque no ha sido destacada de modo especial. Conviene recordar que las cláusulas delimitativas de de-

rechos son las que delimitan el riesgo asegurado, lo individualizan de forma objetiva determinando el riesgo, la cuantía de los capitales asegurados y la duración del contrato. Pero estas cláusulas delimitativas, como viene señalando la Sala Primera de este Tribunal (sentencias, entre otras, de 11 de septiembre de 2006 (Rec. 3260/99), 17 de octubre de 2007 (Rec.3937/00), 15 de julio y 26 de septiembre de 2008 (Recs. 1839/01 y 2344/02) deben ser claras y deben establecerse para eliminar ambigüedades, sin que quepa que delimiten el riesgo de forma contradictoria con el objeto del contrato, porque en ese caso tienen carácter limitativo, pues, como señalaron las sentencias de esa Sala de 16 de mayo y 16 de octubre de 2000 "la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido". Eso es lo que ocurre con la cláusula que nos ocupa, por cuánto, tras asegurarse los riesgos derivados de un accidente, se trata de limitar y reducir los derechos del asegurado. Sobre la validez de las "cláusulas limitativas" la Sala 1ª del T.S. se ha pronunciado en su sentencia de 18 de mayo de 2009 (Rec. 40/04) donde se resume su doctrina diciendo:

"Así, las sentencias de 11 de septiembre de 2.006 y 15 de julio de 2.008 pusieron de manifiesto que "deben excluirse del concepto de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada". "Sin embargo, ese criterio de distinción no debe llevarse a sus últimas consecuencias en relación con el artículo 3, pues lo determinante, según la norma, es que el asegurado vea limitados o restringidos sus derechos -por ejemplo, los que le han sido atribuidos en la póliza que negoció- y ello también puede ser una consecuencia de las propias cláusulas que cumplen la función de delimitar el riesgo. Debemos por ello, entender que en tal caso dichas reglas contractuales, además de tener una redacción clara y precisa, tendrán que haber sido destacadas de modo especial y aceptadas por escrito, como exige la norma de que se trata". En atención a esa doctrina, debemos concluir que, caso de aceptarse interpretación que propone el recurso, nos encontraríamos ante una cláusula limitativa de derechos que sería nula por no haberse redactado de forma clara y precisa y por no haber sido destacada de forma especial (en negrita como dice la póliza que figuran las condiciones limitativas). Como se dice en la sentencia de la Sala 1ª de este Tribunal de 18 de mayo de 2009, las condiciones que delimitan el riesgo, cuando restringen derechos, deben destacarse de manera especial.

Y no se destaca de forma especial una cláusula de ese tipo cuando la delimitación del riesgo se incluye en otro lugar del contrato. No se puede en las condiciones particulares 2ª y 3ª definir el riesgo cubierto y el colectivo asegurado y expresar que el objeto de seguros es cubrir las obligaciones que el artículo 40 del Convenio impone al tomador, incluso que se incorpora a la póliza copia de ese precepto convencional, para luego limitar el riesgo cubierto en un párrafo de la condición 9ª. Si, realmente, se querían limitar los derechos del asegurado y no cubrir todas las obligaciones del tomador del seguro esa cláusula debió destacarse en negrita e incorporarse a las que estaban dedicadas a identificar los riesgos asegurados, esto es a las cláusulas 2ª o 3ª, pues en otro caso se limitaban los derechos de forma irregular: sin destacar esa limitación, cual requiere el art. 3 de la Ley 50/80. 5. Por todo lo razonado procede desestimar el recurso con expresa condena a la recurrente al pago de las costas y a la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

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 unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora Dª María del Carmen Armesto Tinoco en nombre y representación de American Life Insurance Company, contra la Sentencia dictada el día 11 de octubre de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el Recurso de suplicación 1602/06, interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Oviedo en auto núm. 796/05, seguidos a instancias de D. Carlos Manuel contra Automóviles Luarca S.A. (ALSA), American Life Insurance Company (Ali-co-Aig Life), sobre reclamación de cantidad. Confirmamos la sentencia recurrida. Se condena al recurrente al pago de las costas y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal. Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamboero.- Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Jesús Gullón Rodríguez.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Jesús Souto Prieto.- José Luis Gilolmo López.- Jordi Agusti Julia.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- José Manuel López García de la Serrana.- Rosa María Viroles Piñol.- María Lourdes Arastey Sahun.- Juan Francisco García Sánchez.



## RESEÑA

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



TS  
CIVIL

2010/3503

TS Sala 1ª, Sentencia 22 enero 2010.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

### Extinción del derecho de opción de compra por transcurso del plazo pactado para su ejercicio

El TS declara no haber lugar al rec. de casación en el que la cuestión esencial que se ha planteado en la instancia y que se reproduce en casación es el alcance o, con mayor precisión, la limitación de efectos que establece el art. 207 LH respecto a la inmatriculación que se ha hecho conforme el art. 205 que es el caso presente. Confirma la sentencia impugnada que, considerando que la inmatriculación no se asimila a una carga o gravamen, desestimó la demanda por entender que se extinguió el derecho de opción de compra por el transcurso del plazo pactado para ejercitarlo, al considerar que la parte demandante y titular del derecho de opción de compra de la finca libre de cargas conocía previamente que no se encontraba inscrita en el Registro.

2009/327292

TS Sala 1ª, Sentencia 19 diciembre 2009.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Reducción de condena al tratarse de una novación modificativa en compraventa de acciones

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que estimó parcialmente la demanda reduciendo la condena de la demandada a pagar a la actora por los pagos pendientes a raíz de la venta de las acciones que hizo a la demandada, al entender la Sala, a diferencia del juez "a quo", que el contrato litigioso representaba una novación modificativa de lo pactado en la escritura pública de la venta variando las condiciones de pago establecidas en ésta, además de no tener ninguna de las partes la consideración legal de tercero respecto de dicho contrato y no ofrecer éste duda de su autenticidad.



TS  
PENAL

2009/271325

TS Sala 2ª, Sentencia 10 noviembre 2009.  
Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

### Absolución del delito contra la salud pública por falta de prueba

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por las acusadas contra sentencia dictada en causa seguida a las mismas y otro por delito contra la salud pública. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve a una de las recurrentes del expresado delito, pues con respecto a ésta, no existen esos elementos indiciarios, salvo que igualmente no es consumidora de heroína, lo que por sí solo no puede ser dato corroborante, ya que la droga aparece en el domicilio de la otra recurrente, y no en el suyo, y compartiera o no tal vivienda, no sabemos si continua u ocasionalmente, no es dato suficiente para verificar tal control sobre la actividad probatoria, y particularmente sobre la credibilidad del coimputado.

2009/271343

TS Sala 2ª, Sentencia 26 octubre 2009.  
Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

### Absolución de los delitos contra la salud pública y blanqueo de capitales

Se estiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos contra la salud pública y blanqueo de capitales. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve a los recurrentes de los expresados delitos respectivamente, pues no es admisible la solución apuntada por un sector doctrinal minoritario para resolver la dificultad probatoria, afirmando la inversión de la carga de la prueba, esto es, que incumba al imputado acreditar el origen regular de los bienes. Es un planteamiento claramente contrario al principio constitucional de la presunción de inocencia, conforme al cual corresponde a quien sostiene la acusación, cuidar de que queden

demostrados los hechos punibles y la participación que en ellos hubiera tenido el inculpado.



TS  
CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO

2009/300047

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 9 diciembre 2009.  
Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

### Prescripción de la deuda tributaria reclamada a la entidad bancaria en régimen de declaración consolidada

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad bancaria contra la resolución del TEAC, que desestimó la reclamación económico-administrativa relativa al impuesto sobre sociedades, ejercicio 1989, al considerar prescrito el derecho de la Administración. La Sala considera que la argumentación del Abogado del Estado no tiene en cuenta el régimen de declaración consolidada, a que se refiere la representación del banco recurrido, y que exigía la presentación, en el plazo de seis meses siguientes al ejercicio de que se trate de los estados contables y autoliquidación, de manera que cabía entender, como hace la sentencia recurrida, que el periodo voluntario de declaración para el Impuesto y ejercicio de que se trata finalizó el 30 junio 1990; y si ello es así, que el plazo de prescripción había transcurrido en su totalidad el 20 julio 1995.

2009/300027

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 9 diciembre 2009.  
Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

### Desestimación del incidente de extensión del fallo por plantearse fuera de plazo

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Abogado de la

Generalitat Valenciana contra los Autos del TSJ de la Comunidad Valenciana, que se casan y anulan y en su lugar se desestima la petición de extensión de efectos de la sentencia que declaró la nulidad de la resolución del TEAR de Valencia, por el concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por considerar que el sistema de comprobación de valores utilizado por la Generalitat Valenciana consistente, en síntesis, en tomar el valor catastral y multiplicarlo por el coeficiente 2.00 en el caso de transmisiones sujetas al Impuesto, era contrario a derecho. La Sala anula los autos recurridos toda vez que la solicitud de extensión de efectos se formuló fuera del plazo que al efecto, establece el art. 110, 1, c) LJCA, la formulación de la solicitud de la extensión en el plazo de un año desde la última notificación de la sentencia cuyos efectos pretenden extenderse.



TS  
SOCIAL

2009/327314

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 24 noviembre 2009. Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate

### Legitimación del sindicato para ejercer la acción judicial en defensa del empleo público

El TS estima el recurso de casación interpuesto frente a sentencia que declaró inadmisibile la pretensión deducida por la Confederación CSI-CSIF contra el Decreto 117/1998, del Consejo de Gobierno de Andalucía, por el que se modifica otro anterior que autorizó la constitución de la empresa de gestión medioambiental, S.A. Reconocida la competencia del sindicato recurrente, la Sala considera que como la disposición impugnada no tiene naturaleza de reglamento ejecutivo y su alcance organizativo no afecta directa e inmediatamente los derechos de los administrados, no era necesario el dictamen del órgano consultivo, no obstante, diferente resultado lleva el análisis relativo al defecto del trámite de audiencia, pues atendida su naturaleza, la participación del sindicato era necesaria en la elaboración de la disposición general cuestionada, que, al faltar, implica la nulidad radical del Decreto impugnado, pues existe un "riesgo potencial de fuga del derecho administrativo" que tiene lugar con el decreto objeto de recurso, y que tiene su concreción en un diferente sistema de contratación administrativa.