



# 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 2800

Madrid, martes 2 de marzo de 2010



## TS PENAL

2009/265709

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

Declaraciones de los testigos como prueba de cargo

### Delitos de inmigración ilegal, prostitución y contra los derechos de los trabajadores

*Se desestima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delitos de inmigración ilegal, de prostitución y contra los derechos de los trabajadores. El TS verifica que no ha existido vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la sala de instancia ha percibido de forma directa e inmediata una prueba personal, como son las declaraciones de los testigos y su contenido, como prueba de cargo, y en la extensa justificación de la decisión se argumenta con lógica y racionalidad la convicción obtenida por el tribunal de instancia.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto de la presente censura casacional condena a los recurrentes como autores de un delito de inmigración ilegal, ocho delitos relativos a la prostitución y un delito contra los derechos de los trabajadores. En síntesis se declara probado que los dos acusados actuaban como dueños y gerentes de un local en el que se ejercía la prostitución de terceras personas que eran engañadas para que llegaran desde Brasil a España con el engaño de una actividad laboral que no llegaban a realizar y eran obligadas a prostituirse para abonar lo que afirmaban correspondía a los gastos de viaje por la adquisición de billetes.

Formalizan un primer motivo en el que denuncian la vulneración de su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a ser informados de la acusación. El motivo resulta de difícil inteligencia. Afirman los recurrentes que la lesión se produce cuando el Ministe-

rio fiscal, única parte acusadora, planteó en el trámite procesal correspondiente unas conclusiones definitivas, con modificación fáctica de los hechos de la acusación que suponían, según expone el tribunal de instancia en la página 28 de la sentencia un incremento notable del relato fáctico de la acusación. Entiende el tribunal de instancia que ese incremento en el relato fáctico puede perturbar la observancia del principio acusatorio al tratarse de una modificación que se realiza en un momento procesal no pertinente, "por lo que la sala entiende que ha de regirse en lo fundamental por el formulado inicialmente con el fin de no cercenar el principio acusatorio y el derecho de defensa de los acusados". Esa construcción, que el tribunal plantea para garantizar el derecho de defensa de los acusados, tiene como virtualidad práctica el que no se les condene como autores de un delito continuado, porque el escrito de calificación provisional no determinaba las fechas concretas de los actos integrantes del delito de inmigración ilegal, y sólo castiga

por uno delito de inmigración ilegal.

Los recurrentes alzan su queja casacional entendiendo que el tribunal de instancia si atisba la lesión al principio acusatorio la solución que ha de dar es la de apartar del objeto del proceso el extremo de la acusación que vulnera ese principio y no declarar, como hace la sentencia, que va a seguir el escrito de calificación provisional en detrimento de la definitiva.

El motivo, como se dijo, será desestimado. De acuerdo a nuestros precedentes jurisprudenciales, por todas STS 626/2007, de 5 de julio, el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal consagradas en artículo 24 de la Constitución. Aunque el principio no aparece expresamente nominado como derecho fundamental en el art. 24, sí que es un principio fundamental del proceso penal inmanente en el referido artículo. Como ha destacado la doctrina, el artículo 24 de la Constitución permite diseñar el proceso penal desde la perspectiva del sistema acusatorio y la vigencia del principio acusatorio.

La posición de tercero imparcial respecto al conflicto que siempre ha de adoptar el tribunal, impide que él introduzca, como si fuera una de las partes del conflicto, hechos que no han sido objeto del mismo, y ello porque le hace perder esa situación de tercero imparcial y, además, porque el acusado no ha podido defenderse en momento alguno de hechos de los que no ha tenido conocimiento, lesionando, en consecuencia, su derecho de defensa. Sin duda, la vigencia del principio acusatorio impone un órgano jurisdiccional imparcial ante un conflicto entre la acusación y la defensa, de manera que el órgano judicial no puede sustituir a las partes, sino presidir el debate y recepcionar la prueba que éstas han presentado.

De ahí que la jurisprudencia de esta Sala, en interpretación de las exigencias del principio acusatorio haya propiciado una interpretación muy restringida de instituciones como el planteamiento de la tesis del art. 733, o la aportación de testigos por el tribunal del art. 729, o la formulación de preguntas por el Presidente del tribunal enjuiciador previs-

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

- Amparo parcial por indebida inaplicación de la prescripción **5**
- Inexistencia de falta de legitimación activa de concejal demandante para impugnar **7**

### TS

#### CIVIL

- Concurrencia de culpas de establecimiento hotelero y lesionada en la caída por las escaleras **9**
- Carácter vinculante del dictamen pericial emitido a través del procedimiento del art. 38 LCS **12**

#### PENAL

- Delitos de inmigración ilegal, prostitución y contra los derechos de los trabajadores **1**
- Rebaja de la pena en delito de incendio **3**

#### SOCIAL

- Irresponsabilidad subsidiaria del INSS en pago de prestación por IT derivada de contingencia común **13**
- Jubilación forzosa de personal laboral conforme al Convenio Unico **15**

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

tas en el art. 708 de la Ley procesal, con la finalidad de apuntalar la imparcialidad del tribunal, y al tiempo asegurar la efectividad del derecho de defensa frente a imputaciones, o acreditaciones que el tribunal enjuiciador realice de hechos no sometidos a su enjuiciamiento y respecto a los que se forma una convicción de la que no puede defenderse, al haber sido aportada al tribunal por el propio órgano de enjuiciar. Desde luego a estas exigencias debe sujetarse todo tribunal en un Estado de derecho.

En el supuesto cuya casación analizamos se constata que el escrito de acusación del Ministerio fiscal refiere en el ordinal primero unos hechos que sustancialmente señalan unos hechos que aparecen mas concretados en la elevación a definitivas del escrito acusatorio. No hay hechos nuevos con relevancia penal que no fueran objeto de discusión en el juicio oral durante la práctica de la prueba y respecto a los que la defensa de los acusados hubiera podido defenderse. Tampoco lo refiere en el recurso de casación que se limita a expresar las garantías derivadas del principio acusatorio y a denunciar que una hipotética vulneración del principio merecería una determinada respuesta del órgano jurisdiccional.

Ninguna lesión se produce al principio en el que apoya su disensión cuando el tribunal de instancia actúa para evitar una posible lesión del principio acusatorio y rechaza determinadas expresiones del relato acusatorio que impiden la continuidad delictiva que el Ministerio fiscal instaba en la modificación de conclusiones elevadas a definitivas. Se trata de una actuación en la que el tribunal de instancia realiza una interpretación del principio acusatorio para favorecer la posición de la defensa de los imputados, y ninguna lesión les ha causado por lo que el motivo se desestima. En todo caso, el Ministerio fiscal se limitó a elevar a definitivas sus conclusiones y modificarlas para concretar unas fechas y para subsumir el delito objeto de la condena en la continuidad delictiva, extremo éste último que es tenido por no instado para no perjudicar el derecho de defensa del acusado, por lo que ninguna lesión se ha producido.

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos de la impugnación denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los recurrentes son conscientes de la reite-

rada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional resolviendo cuestiones similares y, no obstante, reiteran en su alegación para "reclamar una evolución doctrinal".

Basta con reproducir la STS 1120/2008, de 3 de enero de 2008, para la desestimación del motivo y referir la doctrina de esta Sala sobre el motivo de impugnación.

Por otra parte ya dijimos en nuestra Sentencia de 15 de octubre de 2007, que la Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2002 (recordada en las sentencias del Tribunal Constitucional 123/2005 y 136/2006) ubica esa cuestión en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías. Pero también ha advertido el Tribunal Constitucional que el art. 14.5 del PIDCP, aunque consagra el derecho a un doble grado de jurisdicción no establece propiamente una doble instancia es decir que el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, incluido dentro del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, a la vista del tenor literal del art. 14.5 PIDCP, e incluso conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c. Francia, y de 25 de julio de 2002, caso Papon c. Francia), se debe interpretar no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Y aun, se añade, por otro lado, que la libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena viene expresamente reconocida por el art. 14.5 PIDCP, lo que permite que dentro del ordenamiento, y en los delitos para cuyo enjuiciamiento así lo ha previsto el legislador, sea la casación penal el recurso que abra al condenado en la instancia el acceso a un Tribunal superior.

La doctrina del Tribunal Constitucional se cierra con la afirmación de que la casación penal "cumple en nuestro ordenamiento, el papel de 'Tribunal superior' que revisa las Sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civi-

les y políticos", y que también le corresponde "la función de velar por el derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido", de modo que su regulación ha de interpretarse en función de aquel derecho fundamental y "en el sentido más favorable para su eficacia" S Tribunal Constitucional 123/1986, de 22 de octubre, FJ 2). "En definitiva (concluye la S Tribunal Constitucional 70/2002), conforme a nuestra doctrina, existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional" (FJ 7).

Y en la Sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 2007 dábamos cuenta de que: Con posterioridad a Comunicación núm. 715/1996, de julio del 2000, el mencionado Comité consideró que la cuestión de la suficiencia del recurso de casación a los fines del art. 14.5 del Pacto dependía de la amplitud que la casación hubiera tenido en el caso concreto. Dicho Comité ha cambiado sustancialmente su doctrina y acepta que es suficiente con la existencia en el ordenamiento jurídico de recursos en los que el tribunal superior conozca de la existencia y suficiencia de la prueba, así como la racionalidad del Tribunal de instancia en cuanto a la valoración de la prueba y la legalidad de la obtención y la valoración de la prueba, así como de la concreta individualización de la pena impuesta a los efectos del artículo 14, párrafo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; específicamente refiriéndose al recurso de casación español aparece este cambio de criterio en los dictámenes siguientes: 1356/2005, de 10 de mayo de 2005; 1389/2005, de 16 de agosto de 2005; 1399/2005, de 16 de agosto de 2005; 1059/2002, de 21 de noviembre de 2005; 1156/2003, de 18 de abril de 2006; 1094/2002, de 24 de abril de 2006; 1102/2002, de 26 de abril de 2006; 1293/2004, de 9 de agosto de 2006; 1387/2005, de 11 de agosto de 2006; 1441/2005, de 14 de agosto de 2006; 1098/2002, de 13 de noviembre de 2006; 1325/2004, de 13 de noviembre de 2005 (en lo relativo a la revisión por el Tribunal Supremo de la condena impuesta por la Audiencia de instancia; en lo referente a la condena impuesta por el Tribunal Supremo respecto a delitos absueltos en la instancia, el Comité considera que existió violación del Pacto por no poder someter la condena a revisión

por un tribunal superior); y 1305/2004, de 15 de noviembre de 2006. En este sentido es de hacer notar que el tenor literal del art. 14.5 del Pacto deja en manos de los Estados que lo suscriben la regulación de los recursos y que en la medida en la que el razonamiento sobre la valoración de la prueba del Tribunal de instancia, la legalidad de las pruebas y de su obtención de las pruebas es objeto de la casación por infracción de ley, al menos en 1988, y que la medida de la pena es también un objeto admisible del recurso, por lo que no cabe sostener que el recurso de casación no cumple con las exigencias de la revisión "del fallo condenatorio" y "de la pena" que requiere el citado art. 14.5 del Pacto.

TERCERO.- En el tercero de los motivos denuncian la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia. Tras un alegato sobre el contenido esencial del derecho que invoca, refiere que los hechos probados surgen de las declaraciones inculpativas de los testigos víctimas de las conductas de los acusados y sobre ellas realiza una revaloración de la prueba testimonial. Así destaca, frente a la cuidada motivación del tribunal de instancia respecto de cada testimonio, los recurrentes realizan otra valoración, obviamente distinta del tribunal de instancia, destacando las contradicciones, lo que le lleva a concluir que la valoración de la prueba personal que realiza el tribunal es contradictoria y arbitraria.

El motivo se desestima. El tribunal ha percibido de forma directa e inmediata una prueba personal, como son las declaraciones de los testigos y su contenido, como prueba de cargo, es reflejado en la motivación de la convicción. En la extensa justificación de la decisión del tribunal se argumenta con lógica y racionalidad la convicción obtenida por el tribunal de instancia. Así refiere que las perjudicadas en el hecho, si bien gozaban de cierta libertad deambulatoria, de ahí que no fueran acusadas de delitos de detención ilegal, se veían constreñidas al ejercicio de la prostitución mediante actos de coacción que limitaban su libertad en la forma que se describe en el hecho probado y en al fundamentación, sin que las expresiones que los recurrentes destacan, como retirada de pasaportes y encerrarlas en el local, y posibilidad de salidas para realizar compras, sean contradictorias, pues de existir una total restricción deambulatoria la tipicidad sería otra distinta a la que es objeto de la condena.

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

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

DIRECTOR: Evaristo Moliné

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

De las declaraciones oídas en el juicio oral y la valoración realizada por el tribunal de instancia que documenta en la motivación de los hechos contenida en la fundamentación, permite constatar la existencia de la precisa actividad probatoria.

CUARTO.- En el cuarto de los motivos de la impugnación denuncia el error de derecho por la indebida aplicación, a los hechos probados, del art. 318 bis del Código penal.

El motivo se articula sobre la denuncia de un error de derecho, esto es, una denuncia cuya base es la de alegar la existencia de un error en la subsunción, por aplicación indebida o inaplicación, de preceptos penales sustantivos, lo que exige un respeto al hecho declarado probado.

Desde la perspectiva que se expone el relato fáctico es claro en la expresión de una conducta de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina de las personas que se relacionan las cuales fueron captadas en su país originario, Brasil, para trabajar en los locales que los acusados regentaban. Del relato fáctico resulta que eran los acusados quienes satisfacían el dinero para los pasajes de avión y eran ellos quienes recogían en el aeropuerto a las trabajadoras del local que regentaba, actos que deben ser integrados en la conducta típica de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración ilegal, por lo que el motivo se desestima.

QUINTO.- Con el mismo ordinal denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 188 del Código penal. Arguye, con cita de nuestra jurisprudencia, que no existe una determinación coactiva a la prostitución puesto que las testigos, declaradas perjudicadas en el hecho, declararon que sabían que venían a realizar la prostitución, y así lo reconoce la sentencia (pág. 29) por lo que descarta que los acusados realizaran actos de determinación coactiva a la prostitución.

El motivo se desestima. El tribunal de instancia descarta que en la determinación a la prostitución concurriría un engaño por parte de los acusados, pese a que las testigos manifestaron su concurrencia desmintiendo sus anteriores declaraciones del sumario. No obstante, y como el tribunal señala, el engaño no es el único medio comisivo en la determinación a la prostitución y el tribunal refiere la existencia de "empleo de intimidación, abuso de superioridad o de necesidad o la vulnerabilidad de la víctima" que concreta en el hecho de que los acusados impusieron unas condiciones de dominio explotador que concreta en la retirada de documentación, encierros en los locales exigiéndoles un dinero que no debían, pues incrementaron el importe de la deuda correspondiente a los billetes de avión, circunstancias que adquieren especial relevancia respecto a

personas en situación de ilegalidad y clandestinidad que carecían de todo medio de vida.

La sentencia impugnada concreta la utilización de medios de coacción que permiten la subsunción en el art. 188 del Código penal.

SEXTO.- Denuncia el error de derecho por la inaplicación al hecho probado del art. 74 en relación con el art. 188 del Código penal, esto es, la consideración de un delito continuado de determinación coactiva de la prostitución.

El recurrente arguye desde un planteamiento general de la continuidad delictiva, con olvido de que el art. 74 del Código penal excluye de la continuidad, y por lo tanto de la consideración de un único delito, cuando la agresión se efectúa contra bienes eminentemente personales, como lo es la libertad de la persona a la que se determina a la prostitución, criterio que es refrendado en una reiterada jurisprudencia (STS 767/2005, de 7 de junio, y las que cito).

SÉPTIMO.- Denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 312.2 del Código penal. En el desarrollo argumental del motivo reproduce anteriores argumentaciones sobre una realización voluntaria de la prostitución por parte de las testigos, extremo al que ya hemos dado respuesta.

La sentencia impugnada realiza una cuidada motivación sobre la subsunción de los hechos en el tipo penal del art. 312.2 del Código penal, con referencia a nuestra jurisprudencia al interpretar el tipo y su concurrencia con el delito de determinación coactiva y de inmigración ilegal, y con reproducción del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006 que declaro concurrente en régimen de concurso real de delitos entre el previsto en el art. 312 y en el art. 188 del Código penal. En este sentido las SSTS 372/2005 de 17 de marzo, y 651/2006, de 5 de junio.

Ningún error cabe declarar cuando la subsunción es acorde con nuestra jurisprudencia y la argumentación del recurso se limita a negar el hecho probado.

OCTAVO.- En el último de los motivos denuncia el error de derecho por la inaplicación, al hecho probado, de los arts. 21.1 en relación con el art. 21.6 del Código penal. Postula, al parecer una exigente incompleta por la existencia de dilaciones indebidas en la tramitación del proceso penal. Reproduce una Sentencia de la Sala II que realiza un planteamiento dogmático de la atenuación, su consideración como mecanismo de compensación de la pena por el perjuicio sufrido con una tramitación del proceso dilatado en el tiempo causando una lesión a su derecho a un proceso en plazo razonable.

Nada se discute e orden a la oportunidad de aplicar la atenuación de análoga significación a las situaciones de retraso injustificado en el funcionamiento del sistema público de resolución de conflictos sociales, como es el del ejercicio del ius puniendi, pero la asunción de esa doctrina jurisprudencial tiene como presupuesto la existencia de un retraso y la consideración de ese retraso como indebido. Nada de eso concurre en el hecho enjuiciado en el que el plazo de enjuiciar ha sido de 17 meses desde la incoación del proceso y la sentencia dictada sobre los hechos, con dos imputados, varios testigos y varios delitos objeto de la acusación. Los recurrentes tampoco justifican una duración excesiva del enjuiciamiento ni menos su carácter de injustificado.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación de los acusados Gerónimo y Tania, contra la sentencia dictada el día 30 de diciembre de dos mil ocho por la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa seguida contra ellos mismos, por delito de inmigración ilegal, de prostitución y contra los derechos de los trabajadores. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas causadas por mitad. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

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

2009/265713

TS Sala 2ª, Sentencia 23 octubre 2009. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

### Atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada Rebaja de la pena en delito de incendio

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le

condenó como autor de un delito de incendio. El TS dicta segunda sentencia por la que viene a rebajar en dos grados la pena aplicable, por cuanto la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada que aplicó correctamente la sala sentenciadora merecía una explicación acerca del grado de imposición de la pena, rebajando ésta imperativamente en uno o facultativamente en dos, toda vez que el art. 72 CP 95 le exigía que razonase en la sentencia "el grado y extensión concreta de la pena impuesta".

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Cádiz, Sección con sede en Algeciras, condenó a Remigio como autor criminalmente responsable de un delito de incendio provocado, del art. 351, párrafo primero e inciso segundo del Código penal, con la concurrencia de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, conceptuada como muy cualificada, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación, el aludido acusado en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO.- El primer motivo de su recurso se formaliza por vulneración de la presunción constitucional de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, reprochando que no ha existido prueba de cargo que enerve tal derecho fundamental.

Los hechos probados se refieren a un incendio provocado en la vivienda ocupada por Socorro, de la que el recurrente era copropietario, estando ambos a la sazón separados, de modo que apiló unos papeles sobre el sofá ubicado en salón del inmueble, para a continuación prender fuego y abandonar el edificio. El fuego se extendió por tal dependencia, causando daños en distintas partes del piso, y tanto por la acción del fuego, como por el calor y el humo, el edificio tuvo que ser desalojado, al llegar los bomberos, estando sus habitantes durmiendo, dada la hora en que se produjo el incendio. El acusado conocía que el edificio estaba ocupado por múltiples vecinos.

El Tribunal sentenciador, con un riguroso análisis de las pruebas practicadas, llega a la conclusión de que el recurrente fue el autor del incendio.

Para ello acude a prueba de contenido circunstancial, indirecto o de presunciones, perfectamente constitucional en punto a la enervación del principio de presunción de inocencia.

1. Hemos declarado con reiteración que la relación entre los indicios probados y el hecho determinante de la responsabilidad criminal del acusado permite, de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la lógica, llegar a la conclusión de que, si son ciertos los indicios, ha de serlo también el hecho determinante de la culpabilidad de cuya fijación se trate. Requisitos que, en su conjunto, dotando de consistencia y verosimilitud a la prueba indiciaria, la viabilizan en orden al acreditamiento de una actuación criminal. Si sólo se asentase ésta sobre una prueba directa, serían múltiples los supuestos que se sustraerían a la acción de los Tribunales; nacen las presunciones e indicios del conocimiento de la naturaleza humana, del modo de comportarse habitual del hombre en sus relaciones con otros miembros de la sociedad, de la índole misma de las cosas. La importancia de la prueba indiciaria en el procedimiento penal radica en que, en muy varios supuestos, es el único medio de llegar al esclarecimiento de un hecho delictivo y al descubrimiento de sus autores.

La función del Tribunal Casacional en los casos en que la condena se fundamente en prueba indiciaria, consiste, en consecuencia, en controlar el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia sin invadir las facultades valorativas del Tribunal de Instancia. Para ello es necesario constatar que en la resolución impugnada se cumplen una serie de requisitos, formales y materiales, exigibles jurisprudencialmente como son:

1.º) Desde el punto de vista formal:

a) Que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estiman plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia.

b) Que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación que aun cuando pueda ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de la prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2.º) Desde el punto de vista material es necesario cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o inferencia. En cuanto a los indicios es necesario:

a) Que estén plenamente acreditados.

b) Que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa.

c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar.

d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí. Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano". Ahora bien, esta labor de control casacional tiene también dos límites. El primero, se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación, como lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim. y la propia naturaleza del recurso de casación, impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de Instancia. Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no la valoración que de la prueba testifical, por ejemplo ha realizado el Tribunal sentenciador para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado. En segundo lugar el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y mucho menos por el del recurrente. Es evidente que el juicio relativo a si los indicios deben pesar más en la convicción del Tribunal sentenciador que la prueba testifical (de descargo), o la propia declaración exculpatoria del acusado, es una cuestión íntimamente vinculada a la inmediación que tuvo el Tribunal de los hechos, que no puede ser objeto de revisión por otro que no gozó de aquella inmediación y, por tanto, ni oyó ni vio la prueba practicada en su presencia. Este juicio podría únicamente ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

Es decir, que queda fuera del ámbito del recurso casacional la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas que el Tribunal valora con inmediación, otorgándoles o no credibilidad o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc.; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal "a quo", siempre que responda a las reglas de la lógica

y del criterio humano. En definitiva, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales anteriormente indicados, así como la concurrencia de indicios incriminatorios que cumplan las condiciones ya expresadas, no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal sentenciador de los indicios y contraindicios, sino únicamente de comprobar su racionalidad, así como la racionalidad del proceso deductivo que, desde dicha valoración, conduce a considerar acreditado el hecho consecuencia.

2. Desde esta perspectiva, el Tribunal sentenciador, en el segundo de sus fundamentos jurídicos, nos expresa cuáles son esos indicios, y los analiza, ciertamente, en condiciones de racionalidad. Maneja en su explicación para alcanza su convicción judicial, hasta siete elementos indiciarios o marcadores circunstanciales de probabilidad, todos ellos interrelacionados y de suficiente fuerza convictiva, que no pueden arrojar otro resultado que precisamente al que llegan los jueces "a quibus", esto es, que el acusado fue el autor material del incendio.

Así, valora sus manifestaciones previas, tanto a Socorro, como a otras mujeres, Edurne o Inmaculada, acerca de que iba a quemar el edificio. "Tengo que echar casa por casa a arder, cuando estéis todos durmiendo", o "este edificio lo tengo que quemar, cuando estéis todos dormidos", frases que fueron aportadas por tales testigos y valoradas por la Sala sentenciadora de instancia. El incendio en efecto se produce, intencionalmente provocado, y no existe sospechoso alguno, en forma de tercero, pues los indicios apuntan precisamente al acusado, el que tiene los contornos mentales ligeramente perturbados. Tiene llaves de la casa, que comparte con Socorro, y nadie más posee otro juego, siendo así que la cerradura no se encuentra forzada. Reconoce ante la policía de forma espontánea su participación en los hechos, admitiendo su autoría, lo que niega tras su declaración formal con presencia de letrado (este aspecto es introducido en el plenario a través de la declaración de los funcionarios policiales). Ningún elemento existe acerca de que fuera presionado para ello. El Tribunal igualmente valora indiciariamente la inverosímil explicación acerca de cómo se enteró del incendio, pues acude al lugar de los hechos cuando se encuentran ya los bomberos y la policía, y dice que le ha avisado un amigo, del que no ofrece más datos; su esposa señaló que le había avisado un amigo llamado Miguel, policía local, pero éste lo desmintió, y además, el acusado no tenía teléfono móvil cuando dijo recibir el aviso, y se encontraba en un bar. El acusado negó igualmente haber estado en el piso ese día, y una testigo lo vio allí, sobre las 19:00 horas, sin verle salir. Finalmente, los actos posteriores del acusado, que - con una botella de whisky en la

mano- manifiesta que " tenían que salir todos del bloque ardiendo puerta por puerta ", es otro elemento indiciario más.

En suma los indicios que tiene en consideración el Tribunal sentenciador cumplen los requisitos de racionalidad de la inferencia, y se encuentran suficientemente explicados en la resolución judicial recurrida, razones que aconsejan la desestimación de este motivo.

TERCERO.- El segundo motivo, formalizado por vulneración constitucional, censura la falta de motivación de la sentencia recurrida en orden a la individualización penológica, con anclaje en los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución española.

Ciertamente, la sentencia recurrida, a pesar de la grandísima calidad en su trama expositiva, con riguroso análisis jurídico de todas las cuestiones planteadas en la instancia, sin embargo, los jueces "a quibus", en el 14º de sus fundamentos jurídicos, no son lo explícitos que debieran, pues al concurrir la atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 66.1.2 del Código penal, debían aplicar "la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes", y que en todo caso, por mandato del art. 72, debían razonar la concreta dosimetría penal impuesta. En efecto, este precepto dispone que "los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta".

El Ministerio Fiscal echa en falta también "cualquier referencia a este extremo", en orden a la debida motivación de la no reducción de la pena en dos grados, o bien solamente en uno.

Como dice la STS 1387/2004, de 27 diciembre, en caso idéntico al ahora enjuiciado, "el Tribunal sentenciador ha omitido toda motivación relativa a la concreta extensión de la rebaja penal. En este control casacional, estimamos que existen datos objetivos en la causa (...) que imponen la rebaja en dos grados, de la pena correspondiente, desde las exigencias del principio de proporcionalidad, que, como dice la STS de 18 de junio de 1998, debe ser el eje definidor de cualquier decisión judicial, lo que en el presente caso aparece más ajustado a la vista de las reflexiones que efectuó la sentencia de instancia", que se enlazan con el que tal Sentencia citada denomina "principio de esperanza", es decir, "toda pena de prisión debe permitir la esperanza en un cambio de actividades al penado a quien se le impone, esencial para conseguir un derecho penal más humanizado".

En suma, la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada que aplicó correctamente el Tribunal sentenciador merecía una explicación acerca del grado de imposición de la pena, rebajando ésta imperativamente en uno o facultativamente en dos, por parte de tal Tribunal, toda vez que el art. 72 del Código penal, como ya lo hemos dejado apuntado, le exige que razone en la sentencia “el grado y extensión concreta de la imputada”. No lo han hecho así los juzgadores de instancia, quienes, sin embargo, indican el convencimiento de que “en casos como el presente, en el que el plazo transcurrido entre la comisión del delito y su enjuiciamiento es tan elevado, y no se aprecia una conducta dilatoria en el imputado”, se debe “tener en cuenta ello, y de forma muy decisiva, a la hora de fijar una pena”, ya que la dilación ha sido “particularmente grave”. En consecuencia, el acusado tiene derecho a que se razone por qué no se le impone la pena en su mínima extensión de su duración, rebajando un solo grado, que alcanzaría el periodo de dos años y seis meses de duración de la pena de prisión, o bien una disminución mayor, rebajando otro grado más y entrando en franjas punitivas que permitieran la suspensión de la pena. La falta de explicación de estas circunstancias, nos han de llevar a la estimación de esta censura casacional.

Además, en este caso se configurarían otros elementos a valorar, como el estado del acusado, que padece contornos de patología psiquiátrica, se ha intentado suicidar en varias ocasiones, es alcohólico y consumidor de sustancias estupefacientes, aunque tales circunstancias solamente se apunten en los autos como rasgos de su personalidad, sin la existencia de una verdadera probanza, pero que han de ser valorados para la rebaja en dos grados de la penalidad imponible, en función de las posibilidades individualizadoras que ofrece el art. 66.1.2 del Código penal.

En segunda sentencia individualizaremos la respuesta penológica.

Procede, pues, la estimación del motivo.

CUARTO.- En el tercer motivo, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y tras una extensa designación de documentos en la preparación del recurso, que es la documental completa del proceso, pretende una distinta valoración probatoria que la tenida por tal en la convicción de los jueces “a quibus”.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurran los siguientes requisitos:

a) Que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación su-

ficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios.

b) Que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido.

c) Que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales.

d) Que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa.

e) Que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación.

f) Que el recurrente proponga una nueva redacción del “factum” derivada del error de hecho denunciado en el motivo.

g) Que tal rectificación del “factum” no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Esta amplísima cita de documentos, que no ostentan el carácter de literosuficientes, no permite una nueva valoración probatoria que es lo que interesa al recurrente. El motivo esgrimido solamente ha de referirse a documentos concretos, en apartados específicos de la redacción del “factum”, y desde luego que no es posible la operación jurídica propuesta por el autor del recurso.

El motivo no puede prosperar.

QUINTO.- Al proceder la estimación parcial del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar, por estimación parcial, al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado Remigio contra Sentencia 417/2008, de 17 de noviembre de 2008, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Cádiz. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la refe-

rida Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta, a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Joaquín Delgado García.



TC, Sección: 3, Sentencia 23 noviembre 2009. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo

Delitos contra la hacienda pública

## Amparo parcial por indebida inaplicación de la prescripción

*El TC otorga parcialmente el recurso de amparo, declarando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por la indebida inaplicación de la prescripción a los delitos referidos al impago del IRPF. El Tribunal señala, que la importancia de que la prescripción penal afecte de lleno a los derechos de libertad del art. 17 CE y que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abra paso a la posibilidad de dictar una sentencia condenatoria, nos indica que fijar como momento interruptivo del cómputo del plazo de prescripción, el de la mera recepción por parte del órgano judicial de la notitia criminis, supone atender “a una circunstancia no rodeada de una publicidad y cognoscibilidad mínima y, por ello, inidónea como soporte de una interpretación constitucionalmente admisible para delimitar una institución que sirve precisamente a la seguridad jurídica”.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de diciembre de 2006 y contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid de 11 de enero de 2006, que condenan al recurrente, por cuatro delitos contra la hacienda pública, a la pena de siete meses de prisión por cada uno de ellos, multa y penas accesorias.

Aparece fundada en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por la indebida inaplicación de la prescripción a los delitos referidos al impago del impuesto sobre la renta de las personas físicas en los ejercicios de 1993 y 1994, al haberse realizado una interpretación de la interrupción de la prescripción contraria a la doctrina constitucional establecida en la STC 63/2005, de 14 de marzo, y por la inaplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, así como en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por haber sido condenado el recurrente sin atender a las pruebas de descargo obrantes.

El Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, por su parte, solicitan la desestimación íntegra de la demanda, considerando, en lo referido a la alegación de prescripción, que, si bien es cierto que las resoluciones combatidas optan por inaplicar la doctrina constitucional en materia de interrupción de la prescripción, no cabe afirmar la vulneración del derecho fundamental porque con la aplicación de dicha doctrina al caso también podría considerarse interrumpida la prescripción.

SEGUNDO.- Para dar respuesta a las alegaciones del recurrente es procedente seguir el orden expuesto en la demanda y comenzar por las que llevarían, caso de ser estimadas, a la retroacción de actuaciones, con el fin de salvaguardar el carácter subsidiario del proceso de amparo (por todas, SSTC 100/2004, de 2 de junio, FJ 4; y 53/2005, de 14 de marzo, FJ 2).

Comenzando, por tanto, con el motivo de amparo referido a la defectuosa motivación sobre el instituto de la prescripción, procede en primer lugar exponer la doctrina constitucional existente al efecto.

Hemos reiterado, en primer lugar, que si bien la concurrencia o no de la prescripción es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional, ello no significa que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en un proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2), habiendo declarado que el canon aplicable para proceder en cada caso a la revisión de una decisión judicial apreciando o negando la existencia de prescripción es el propio del art. 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente (SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2), si bien el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación habrá de ser más riguroso en estos casos, por cuanto, como recordábamos en la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10, la prescripción penal afecta de lleno a los derechos de libertad del art. 17 CE, dado que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una Sentencia condenatoria que, por su propio contenido, supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, pues descarta que concurra uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo.

Esa tutela reforzada exige “tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución”.

Por tanto la decisión “debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución -que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanos-, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas.

De manera que no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de

los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica que sea respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal” (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2).

Por ello la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que la interpretación de la norma reguladora del instituto de la prescripción, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo.

“Y por ello también la expresión ‘(la) prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable’ (art. 132.2 CP) no pueda entenderse en sentido distinto al de su claro tenor literal, es decir, en el de que es indispensable para dicha interrupción que haya comenzado un procedimiento que, al tener que estar dirigido contra el culpable -cualquiera que sea la impropiedad con que este término haya sido empleado-, no puede ser otro que el procedimiento penal o, lo que es lo mismo, el abierto o iniciado por quien tiene atribuido el ejercicio del ius puniendi del Estado en el actual estado de la legislación; esto es, el Juez” (STC 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2, citando la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10).

Partiendo de esa conclusión hemos considerado que la exégesis del citado precepto que, frente a la acabada de mencionar, considera interrumpida la prescripción con la presentación de denuncia o querrela, sin necesidad de ningún acto de interposición judicial, no respeta las exigencias de tutela reforzada antes señaladas, al no tomar en consideración, ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad.

Concretamente, respecto de esa interpretación -que es la que han optado por aplicar las resoluciones ahora recurridas en amparo- hemos afirmado que genera indefensión e inseguridad jurídica (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5), y que fijar como momento interruptivo del cómputo del plazo de prescripción el de la mera recepción por parte del órgano judicial de la noticia criminis supone atender “a una circunstancia no rodeada de una publicidad y cognoscibilidad mínima y, por ello, inidónea como soporte de una interpretación constitucionalmente admisible para delimitar una institución que sirve precisamente a la seguridad jurídica” (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12); además en dichas Sentencias afirmamos también que la referida interpretación aparece absolutamente desvinculada del fundamento de la prescripción en la renuncia del Esta-

do al ejercicio del ius puniendi, puesto que -en el actual estado de la legislación- dicho ejercicio sólo puede ser realizado por los órganos judiciales (STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 3).

TERCERO.- Es importante resaltar también que con lo afirmado no pretende este Tribunal proporcionar la interpretación correcta del art. 132.2 CP, pues ello excedería del ámbito de nuestra jurisdicción; por el contrario, “nuestra doctrina tan solo establece un límite a las posibilidades interpretativas de la jurisdicción ordinaria, derivado de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los otros derechos fundamentales y valores constitucionales que están en juego cuando se aplica el instituto de la prescripción, señaladamente el derecho a la libertad, consagrado en el art. 17.1 CE: la exigencia de lo que hemos denominado acto de interposición judicial, que constituye un mínimo irrenunciable impuesto por los derechos fundamentales en juego.

Y ello supone el ejercicio propio de nuestra jurisdicción y entra de lleno en el ámbito de nuestras competencias, dado que se trata de un derecho susceptible de tutela en el proceso de amparo y que se alegan vulneraciones concretas y efectivas del mismo, operando, por tanto, el Tribunal dentro de los límites de su jurisdicción de amparo” (STC 195/2009, FJ 4).

Sentado lo anterior, y ante los argumentos esgrimidos en las Sentencias impugnadas para deliberadamente inaplicar la doctrina establecida en la STC 63/2005, resulta también procedente enfatizar que, como recuerda la citada STC 195/2009, “tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a la Constitución (art. 9.1 CE), y que al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), corresponde decir la última palabra sobre la interpretación de la misma, en el marco de los distintos procesos constitucionales y, por supuesto, dentro de los límites de éstos, que son los de su jurisdicción (SSTC 114/1995, de 6 de julio, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 5; 159/1997, de 2 de octubre, FJ 6).

El Tribunal Supremo es, ciertamente, el órgano superior en todos los órdenes, ‘salvo en materia de garantías constitucionales’ (art. 123 CE). Dicha materia y, en concreto, la definición del contenido y alcance de los derechos fundamentales corresponde en último término, a través de los diversos procesos constitucionales, a este Tribunal Constitucional, cuya doctrina han de respetar todos los órganos jurisdiccionales.

A esa lógica responden las previsiones del art. 5.1 LOPJ, cuando establece que todos los Jueces y Tribu-

nales interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos ‘según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos’, y del art. 7.2 LOPJ, cuando establece que los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.2 CE vinculan a los Jueces y Tribunales ‘de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido’ (FJ 4).

CUARTO.- La aplicación de la citada doctrina al presente caso ha de llevarnos a la estimación del motivo de amparo, y a declarar lesionado por las resoluciones judiciales recurridas el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Tal como con mayor detenimiento se expuso en los antecedentes, la Sentencia del Juzgado de lo Penal, aun asumiendo que la opción por ella seguida es contraria a lo dispuesto en la STC 63/2005, aplica al supuesto de hecho el criterio seguido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo -invocando a tal efecto el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 12 de mayo de 2005-, según el que basta para interrumpir la prescripción con la interposición de la denuncia o querrela, y es en virtud de tal doctrina por la que termina por rechazar la existencia de prescripción.

Así afirma que “aplicando esta doctrina al caso de autos, ha de rechazarse la prescripción alegada, al haberse formulado por el Ministerio fiscal denuncia por los ejercicios fiscales de 1991 y 1994 el día 17 de junio de 1997, antes del transcurso de cinco años a partir del día 22 de junio de 1992, para el ejercicio de 1991 y del día 21 de junio de 1995 para el ejercicio de 1994”.

Más concretamente, respecto del ejercicio fiscal del impuesto sobre la renta de las personas físicas de 1993, concluye que, “valorando además que la maniobra defraudatoria realizada ha dificultado la identificación del culpable, por haber utilizado a una persona interpuesta, ha de rechazarse igualmente la prescripción, por haber imputado al acusado los testigos... en las declaraciones prestadas el día 16 de febrero, 10 y 16 de marzo de 1999 ante la Brigada Provincial de la Policía Judicial, poniendo en conocimiento del Juzgado un determinado comportamiento punible, con anterioridad al transcurso del plazo de cinco años, plazo computable a partir del 21 de junio”.

Y respecto del ejercicio fiscal de 1994 considera interrumpida la prescripción “al haberse formulado la denuncia contra el acusado turnada al Juzgado número 34, el día 17 de junio de 1997 antes de vencer el plazo de cinco años previsto en la ley”.

Por su parte la Audiencia Provincial hace suyos tales argumentos, manifestando expresamente que la STC 63/2005 “es una resolución aislada que por ello no puede entenderse constituya doctrina consolidada del Alto Tribunal, máxime cuando fue objeto de voto particular y cuestionada por el Pleno del Tribunal Supremo en Acuerdo no jurisdiccional de 12 de mayo de 2005”.

Pues bien, “(s)in necesidad de entrar en las consideraciones que las Sentencias impugnadas realizan con respecto a la oposición existente entre el criterio de este Tribunal Constitucional y una de las líneas interpretativas de la prescripción de las infracciones penales que ha seguido el Tribunal Supremo, oposición que, en todo caso, queda resuelta en aplicación de la previsión del art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)” (STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2), la mera lectura de la argumentación seguida por las resoluciones impugnadas basta para declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por cuanto, expresado en los términos de la citada STC 147/2009, FJ 2, “la interpretación judicial que considera no prescrita la responsabilidad criminal por el citado ejercicio con base en la idoneidad de la denuncia como acto interruptivo del cómputo del plazo de prescripción existente para exigir la correspondiente responsabilidad criminal derivada de un ilícito penal, es lesiva del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuanto que dicha interpretación abrió paso a la condena por un delito contra la hacienda pública por el citado ejercicio, afectando a bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, como es el derecho a la libertad del actor ex art. 17 CE (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10)”.

QUINTO.- Frente a tal conclusión no puede oponerse la alegación que tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado esgrimen, referida a que la aplicación al caso de la tesis sobre la interrupción de la prescripción que exige un acto de interposición judicial habría llevado igualmente a concluir que no había transcurrido el plazo de prescripción.

Como hemos venido reiterando, la concurrencia o no de la prescripción es, en sí misma, una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios (SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2), proyectándose nuestro control exclusivamente sobre la motivación seguida por los órganos judiciales.

No nos corresponde, por tanto, enjuiciar si en el supuesto fáctico de referencia resulta o no aplicable el instituto de la prescripción, sino tan solo revisar la constitucionalidad del enjuiciamiento concretamente efectuado por los órganos judiciales, que en el caso presente hemos ya concluido que no satisface los estándares exigidos por el art. 24.1 CE en relación con el art. 17 CE.

En cuanto al alcance de la estimación del presente motivo de amparo, al estar fundada la declarada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en un déficit de motivación, procede, tal como hemos acordado ante un supuesto similar, anular las resoluciones recurridas y retrotraer las actuaciones, “a fin de que sean los órganos de la jurisdicción ordinaria quienes se pronuncien acerca de la suficiencia o insuficiencia de los actos de interposición judicial producidos en el caso para interrumpir el cómputo del plazo de prescripción, conforme al canon de motivación reforzada anteriormente expuesto” (STC 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 6). Ello nos exige en este momento de analizar las restantes vulneraciones alegadas.

#### FALLO

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por D. José Antonio y, en consecuencia:

1º Declarar que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular parcialmente -exclusivamente en lo referido a la condena por delitos contra la hacienda pública referidos a los ejercicios fiscales del impuesto sobre la renta de las personas físicas de los años 1993 y 1994- la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de diciembre de 2006, desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid de 11 de enero de 2006, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la primera de las Sentencias indicadas a fin de que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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

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

2009/275695

TC Sala 1ª, Sentencia 26 noviembre 2009. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes

### Tutela judicial efectiva Inexistencia de falta de legitimación activa de concejal demandante para impugnar

El TC estima el recurso de amparo interpuesto por la concejal demandante, por considerar que la solución adoptada por la sala en

la sentencia impugnada que, al negar legitimación a la demandante para impugnar, en vía contencioso-administrativa, un acuerdo municipal en cuya adopción no pudo intervenir, no sólo limitó o redujo la labor de control que obligatoriamente ha de realizar un representante de los ciudadanos, sino que cerró el acceso a la jurisdicción de quien, por existir una expresa previsión legal que presupone dicha legitimación, ostentaba un interés concreto y legítimo para impetrar en su defensa la tutela judicial efectiva, con claro desconocimiento del derecho reconocido en el art. 24.1 CE.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como resulta de los antecedentes, en la demanda de amparo se alega como queja principal la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la justicia, como consecuencia de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la demandante contra la resolución (confirmada en reposición) del Alcalde del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas por la que se aprobó el resultado del proceso de funcionarización convocado por el Pleno de dicho Ayuntamiento en sesión de 30 de mayo de 2000, nombrando funcionarios de carrera a los aspirantes declarados aptos por el Tribunal calificador, al apreciar la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en su Sentencia de 3 de mayo de 2005 la falta de legitimación activa de la demandante.

Si bien es cierto que la demandante aduce también como vulnerados los derechos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes (art. 23.1 CE) y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE), nuestro análisis debe centrarse en la pretendida lesión del art. 24.1 CE, pues lo que está en juego en el presente caso es el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, sin perjuicio de que el canon de constitucionalidad a aplicar sea un canon reforzado (por todas, SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3), ya que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de derechos sustantivos fundamentales, como son los reconocidos en el art. 23 CE, que encarnan el derecho de participación política en el sistema democrático.

Además de lo anterior, la demandante alega otras vulneraciones, referidas al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de derecho a una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho; al derecho al juez ordinario

predeterminado por la ley (art. 24.2 CE); y al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE).

Por su parte, el Ministerio Fiscal postula el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la vertiente de acceso a la jurisdicción, mientras que el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, solicita la inadmisión del recurso de amparo por no haberse agotado correctamente la vía judicial previa (art. 44.1 a) LOTC) o, subsidiariamente, la desestimación por no existir ninguna de las lesiones de derechos fundamentales que alega la demandante.

SEGUNDO.- Antes de entrar a examinar las quejas formuladas por la demandante de amparo es obligado pronunciarse sobre la eventual concurrencia de la causa de inadmisibilidad alegada por el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, que sostiene, como ha quedado antes señalado, que el recurso de amparo debe ser inadmitido por no haber agotado correctamente la demandante la vía judicial previa, como exige el art. 44.1 a) LOTC, toda vez que aquélla no ha preparado recurso de casación contra la Sentencia impugnada en amparo.

En opinión del Ayuntamiento, la Sentencia que se impugna en amparo era susceptible de recurso de casación, conforme a lo establecido en el art. 86.2 a) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), al afectar el asunto planteado al nacimiento de la relación de funcionarios de carrera, no siendo, en consecuencia, procedente el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la demandante a efectos de entender agotada la vía judicial.

Pues bien, la alegación de inadmisibilidad que plantea el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas ha de ser rechazada, toda vez que el examen de las actuaciones pone de manifiesto que en la Sentencia impugnada se contiene una instrucción sobre recursos en la que se hace saber a las partes “que es firme y contra la misma no cabe recurso alguno”.

Teniendo esto en cuenta ha de concluirse que, aun en la hipótesis de que esta información pudiera considerarse errónea, ello no podría conducir a considerar incorrectamente agotada la vía judicial cuando la demandante ha seguido la indicación judicial, pues, como hemos tenido ocasión de precisar en la STC 241/2006, de 20 de julio, FJ 3, hay que considerar en todo caso excusable el error en que pueda incurrir el litigante a la hora de considerar agotada la vía judicial cuando haya sido inducido a tal error por una instrucción o información errónea acerca de los recursos facilitada por el órgano judicial, pues si éste ha ofrecido in-

dicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables, el interesado, aun contando con asistencia letrada, podría entender, dada la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones son ciertas y obrar en consecuencia.

De este modo, no es razonable exigir al interesado que contravenga o salve por sí mismo la instrucción o información de recursos consignada en la resolución judicial, aunque ésta pueda resultar o resulte errónea, dada la delicada disyuntiva en la que en caso contrario se le sitúa como consecuencia de la necesidad de cumplir simultáneamente las dos exigencias de agotar la vía judicial previa (arts. 43.2 y 44.1 a) LOTC) y de interponer el recurso de amparo dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial (arts. 43.2 y 44.2 LOTC).

Conforme a esta doctrina ha de entenderse debidamente cumplido el requisito de agotar la vía judicial previa.

Siendo dudosa la procedencia del recurso de casación en el presente caso a la vista del tenor del art. 86 LJCA y la cuestión planteada, la demandante se atuvo a la instrucción de recursos contenida en la Sentencia impugnada en amparo, en la que inequívocamente se hace constar que es firme y que contra la misma no cabe recurso, optando, en consecuencia, por no preparar recurso de casación, y formular en cambio un incidente de nulidad que tampoco cabe calificar como improcedente a efectos del agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo, sobre todo teniendo en cuenta que el órgano judicial entró a resolver el fondo de la pretensión suscitada en el incidente, desestimándolo (por todas, SSTC 148/2003, de 15 de julio, FJ 2; 85/2005, de 18 de abril, FJ 2; y 127/2005, de 23 de mayo, FJ 2).

**TERCERO.-** Descartado el óbice de admisibilidad alegado por el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, procede comenzar por el análisis de la queja referida a la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), pues su eventual estimación conllevaría la retroacción del proceso al momento anterior a la composición misma del órgano judicial encargado de resolver el asunto, haciendo innecesario un pronunciamiento de este Tribunal sobre las restantes lesiones alegadas por la demandante, como bien advierte el Ministerio Fiscal.

Respecto a la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley conviene recordar que este Tribunal tiene declarado, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, que este derecho constitucional exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de ju-

risdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (SSTC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 17; 32/2004, de 8 de marzo, FJ 4). Exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente (AATC 42/1996, de 14 de febrero, FJ 2, y 102/2004, de 13 de abril, FJ 4).

De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta -y que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el art. 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales-, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse (SSTC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 2, por todas).

La demandante de amparo sostiene que ha sido lesionado su derecho al juez ordinario predeterminado por la ley porque ha sido designado como Ponente de la Sentencia impugnada en amparo un Magistrado que fue nombrado a propuesta de la Asamblea Regional de la Comunidad Autónoma de Murcia para ocupar una plaza en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, por lo que dicho Magistrado no puede formar parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal.

Tanto el Fiscal como el Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas coinciden en rechazar que se haya producido la lesión del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que alega la demandante por las mismas razones por las que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en su Auto desestimatorio del incidente de nulidad promovido contra dicha Sentencia descartó que se hubiera producido la pretendida lesión del referido derecho fundamental, esto es, porque el Magistrado en cuestión fue adscrito a tiempo parcial a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de conformidad con lo previsto en el art. 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre), por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de 20 de febrero de 2001, en atención a la diferente carga de tra-

bajo entre las distintas Salas de dicho Tribunal.

Pues bien, como acertadamente recuerda el Fiscal, el Pleno de este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en ATC 102/2004, de 13 de abril, sobre la supuesta inconstitucionalidad del art. 330.4 LOPJ, concluyendo que la previsión contenida en este precepto sobre la adscripción de un Magistrado de una Sala a otra Sala del Tribunal Superior de Justicia, en función de la distinta carga de trabajo de las Salas, no resulta contraria al art. 117.1 CE, en cuanto propugna un Poder Judicial constituido por Jueces y Magistrados independientes e inamovibles, ni supone vulneración alguna del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que garantiza el art. 24.2 CE.

En consecuencia, esta queja de la demandante de amparo ha de ser desestimada.

**CUARTO.-** Llegados a este punto ha de resolverse seguidamente si la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por apreciar la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia -de acuerdo con la interpretación que ha realizado del art. 20 a) LJCA- la falta de legitimación activa de la demandante, concejal del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas, ha vulnerado el derecho de ésta a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su faceta de acceso a la jurisdicción. Como ha quedado expuesto, la demandante sostiene -pretensión que apoya el Ministerio Fiscal- que se halla legitimada, en virtud de lo dispuesto en los arts. 20 a) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) y 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local (LRBL), para impugnar la resolución del Alcalde por la que se aprobó el resultado del proceso de funcionalización convocado por el Ayuntamiento, nombrando funcionarios de carrera a los aspirantes declarados aptos por el Tribunal calificador, del que formaba parte la propia demandante como concejal de dicho Ayuntamiento, en representación del grupo municipal de Izquierda Unida, y que además votó en contra de la calificación como aptos de algunos de los aspirantes aprobados, por discrepar de la forma en que se desarrollaba el proceso selectivo.

Para resolver esta queja debemos partir, como postulan tanto la demandante de amparo como el Ministerio Fiscal, de la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 173/2004, de 18 de octubre, en la que se otorga el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un concejal cuyo recurso contencioso-administrativo contra un Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Castro Urdiales sobre nombramiento de funcionaria interina fue finalmente inadmitido en apelación, al apreciar entonces el órgano

judicial la falta de legitimación activa del concejal demandante para impugnar dicho acuerdo.

Doctrina que se reitera en la STC 108/2006, de 3 de abril, que otorga a su vez el amparo por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva a un diputado provincial al que le fue inadmitido su recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un Decreto del Presidente de la Diputación Provincial de Alicante que acordaba suscribir un contrato de trabajo para la prestación de servicios en la unidad de recaudación, por apreciar igualmente en este caso los órganos judiciales que el diputado demandante carecía de legitimación activa para impugnar dicha resolución.

Así, en la STC 173/2004, tras referirnos (FJ 3) a la conocida doctrina de este Tribunal acerca del interés legítimo como título de legitimación activa, señalábamos a continuación (FJ 4) que, al lado de esa legitimación, que en definitiva es la general para poder acceder al proceso contencioso-administrativo según el art. 19.1 a) de la vigente LJCA, existe una legitimación ex lege, que corresponde "concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico".

No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto -inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local".

De este modo, como ya dijimos en la citada STC 173/2004, FJ 4, para el caso de los concejales -y reiteramos en la STC 108/2006, FJ 3, para el supuesto de los diputados provinciales-, doctrina a la que es obligado remitirse, sin necesidad de incurrir en reiteraciones innecesarias, el concejal, por su condición de miembro -no de órgano- del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido "mediante sufragio universal, libre, directo y secreto" de los vecinos (art. 19.2 LBRL, en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funciona-

miento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado -Pleno o Junta de Gobierno Local, allí donde ésta exista-, no hubiera votado en contra de su aprobación.

Pues bien, en el presente caso es notorio que la resolución impugnada por la concejal demandante en vía contencioso-administrativa, por la que se nombran funcionarios de carrera del Ayuntamiento de Las Torres de Cotillas a los aspirantes declarados aptos por el Tribunal calificador de las pruebas selectivas, fue dictada por el Alcalde del municipio, por lo que ni siquiera cabe entender que se trate de una impugnación por un miembro de un órgano colegiado municipal (Pleno o Junta de Gobierno Local) de un acto en cuya adopción haya intervenido dicho miembro, sin perjuicio de recordar que, en cualquier caso, la demandante, que fue miembro del Tribunal calificador, manifestó expresa y reiteradamente su disidencia con el desarrollo de las pruebas selectivas y su oposición a que fuesen declarados aptos determinados aspirantes, como anteriormente ha quedado expuesto.

QUINTO.- Por tanto, como en los casos enjuiciados en la citadas SSTC 173/2004, FJ 5, y 108/2006, FJ 4, constatada la existencia de un interés concreto de la demandante respecto del objeto del proceso del que deriva este recurso de amparo -distinto del interés abstracto en la legalidad que subyace en el soporte de las acciones populares en los casos en que son admitidas por la Ley- y no pudiendo existir duda alguna de que ese interés, por estar dirigido a la consecución de un funcionamiento ajustado a Derecho de la corporación local de la que forma parte, como medio de lograr la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, es un interés legítimo, la conclusión no puede ser otra que la imposibilidad de compartir la solución adoptada por la Sala en la Sentencia impugnada que, al negar legitimación a la concejal demandante para impugnar, en vía contencioso-administrativa, un acuerdo municipal en cuya adopción no pudo intervenir (si bien manifestó previamente su discrepancia respecto del desarrollo del proceso selectivo al que pone fin el acuerdo impugnado), no sólo limitó o redujo la labor de control que obligatoriamente ha de realizar un representante de los ciudadanos, sino que cerró el acceso a la jurisdicción de quien, por existir una expresa previsión legal que presupone dicha legitimación, ostentaba un interés concreto y legítimo para impetrar en su defensa la tutela judicial efectiva, con claro desconocimiento del derecho reconocido en el art. 24.1 CE.

SEXTO.- La constatación de la indicada lesión, que comporta la nulidad de la Sentencia impugnada con el alcance que inmediatamente se determinará en el fallo, hace innecesario un pronunciamiento sobre el resto de las quejas aducidas en la demanda de amparo.

#### FALLO

Otorgar el amparo solicitado por D<sup>a</sup> Josefa y, en su virtud:

1º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2º Anular la Sentencia dictada el 3 de mayo de 2005 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el recurso contencioso-administrativo núm. 1569-2001, así como el Auto de 21 de septiembre de 2005 del mismo Tribunal, que desestima el incidente de nulidad promovido contra dicha Sentencia.

3º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictarse la mencionada Sentencia, a fin de que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con plenitud de jurisdicción pero con respeto al derecho fundamental reconocido, dicte la resolución que proceda.

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

Dada en Madrid, a veintiséis de noviembre de dos mil nueve. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.



2010/1109

TS Sala 1ª, Sentencia 5 enero 2010. Ponente: D. Francisco Marín Castán

Inclusión de ganancia dejada de obtener en la indemnización

## Concurrencia de culpas de establecimiento hotelero y lesionada en la caída por las escaleras

*Acuerda el TS desestimar el recurso de casación dirigido contra sentencia que, revocando la de instancia, acogió en parte la demanda por lesiones y secuelas sufridas por la demandante en la habitación del hotel al caerse por las escaleras del mismo en el momento en el que funcionaban las luces de emergencia, condenando a la compañía mercantil propietaria del hotel y absolviendo al director.*

*Confirma la Sala que la conducta desarrollada por la actora-lesionada resulta imprudente, lo que lleva a concretar porcentualmente el aporte causal de la actora en un 75% y el correspondiente a la propietaria del establecimiento hotelero en un 25%, así como se confirma la exclusión de responsabilidad del director ya que en el caso examinado debe ser considerado como un dependiente del empresario. Sí que se estima el motivo que impugna la sentencia recurrida por no haber incluido en la indemnización la ganancia dejada de obtener por la actora-recurrente al no poder cumplir su contrato con la productora de cine australiana, en tanto que una interpretación de los arts. 1902 y 1106 CC, acorde con la realidad social, no puede llevar a aplicar un criterio tan rígido que por la mera coincidencia temporal parcial de dos contratos de una misma actriz para aparecer en dos películas diferentes, aunque una se rueda en España y la otra en Australia, quede descartado su trabajo en una de ellas.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación a examinar ahora por esta Sala se interponen por la demandante, la actriz de cine, teatro y televisión D<sup>a</sup> María Dolores, de nombre artístico "L.", contra la sentencia de apelación que, revocando la de primera instancia, totalmente desestimatoria de la demanda, aco-

gió ésta parcialmente y condenó a solamente uno de los dos demandados, la compañía mercantil Anca Hoteles S.A., propietaria del hotel "Santo Mauro" de Madrid, a indemnizar a la demandante en la cantidad de 41.226'852 euros por sus lesiones y secuelas a consecuencia de una caída por las escaleras de una habitación del referido hotel, absolviendo en cambio a su director, que era el otro demandado.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en cuatro motivos amparados en el ordinal 2 del art. 469.1 LEC de 2000 y dedicados a impugnar, tres de ellos, la valoración de la prueba y, el cuarto, el pronunciamiento sobre costas de la primera instancia. Y el recurso de casación se articula en otros cuatro motivos, dedicados a impugnar, el primero, la absolución del director del hotel, el segundo la apreciación de culpa de la víctima o al menos el porcentaje en que se aprecia para reducir la indemnización, el tercero la suma indemnizatoria por pérdida de contratos y el cuarto la denegación de indemnización por daño moral.

La parte recurrida, integrada por los dos demandados que en su día contestaron a la demanda conjuntamente y de igual modo se oponen a los recursos, alega con carácter previo su inadmisibilidad por las razones que ya señaló dicha parte antes de dictarse por esta Sala auto de admisión, aduciendo ahora en su escrito de oposición que el recurso extraordinario por infracción procesal no pretende más que una nueva valoración de la prueba totalmente inviable, ya que la contenida en la sentencia impugnada no es ilógica, absurda, irracional ni contraria a la ley y, además, los motivos se fundan en las pruebas pericial y testifical.

SEGUNDO.- Los óbices de admisibilidad alegados en su día por la parte recurrida en el trámite de alegaciones previsto en el art. 473.2 LEC de 2000 han de entenderse implícitamente rechazados por el auto de admisión de 22 de julio de 2008.

En cualquier caso, además, el planteamiento de dicha parte en aquella ocasión era inviable, pues consistía en oponerse a la admisión del recurso de casación, señalando primero su preparación defectuosa y luego su desajuste con los hechos declarados probados para, a continuación, mantener que la inadmisión del recurso de casación determinaba automáticamente la del recurso por infracción procesal. Con este planteamiento la parte recurrida no advertía que tal resultado sólo cabe, según el párrafo segundo de la regla 5ª de la D. Final 16ª LEC de 2000, cuando los recursos se hubieran formulado por la vía del número 3 del art. 477.2 de la misma ley, ya que en los otros dos casos, cual es el ahora examinado de recursos por razón de la cuantía (número 2), tal efecto automático sólo se produce no por la preparación defectuosa del recurso de casación sino porque la sentencia impugnada no sea susceptible de recurso de casación (párrafo primero de la citada regla 5ª de la D. Final 16ª), y buena prueba de ello es que la regla 2ª de esta misma D. Final admite que pueda presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1 y 2 del apartado segundo del art. 477.

En suma, la parte recurrida antepuso la inadmisibilidad del recurso de casación para, así, eludir que precisamente mediante el recurso extraordinario por infracción procesal se podía producir una modificación de los hechos probados con la consecuencia prevista en la regla 7ª de la referida D. Final, es decir, que esta Sala dictara entonces nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado en el recurso de casación.

Por lo que se refiere a lo alegado en el escrito de oposición, relativo solamente ya al recurso extraordinario por infracción procesal aunque se contenga en una alegación titulada "Previa. Inadmisión de ambos recursos", tampoco puede ser acogido, ya que el recurso extraordinario por infracción procesal se articula correctamente desde el punto de vista formal, separando en motivos distintos la valoración de diferentes pruebas, y será por lo que materialmente plantean por lo que deban ser estimados o, en su caso, desestimados en vez de declarados inadmisibles.

**TERCERO.-** La respuesta de esta Sala a los dos recursos interpuestos por la demandante pasa necesariamente por reseñar la valoración de la prueba que el tribunal sentenciador hace combinándola con razonamientos jurídicos sobre la posible responsabilidad del director del hotel y la influencia de la conducta de la propia demandante en el resultado dañoso.

No hay controversia en que los hechos sucedieron en la madrugada del 9 de octubre de 1999 cuando la demandante y otras dos personas, una de ellas huésped del hotel "Santo Mauro", acompañaron al actor británico D. Jeremy hasta la habitación que éste se alojaba, la suite núm. 107, y al encontrársela totalmente a oscuras D. Jeremy volvió hacia recepción para comunicar esta circunstancia mientras la demandante se adentraba en la habitación palpando las paredes en busca de algún interruptor hasta caer por unas escaleras que, desde el espacio de entrada a la habitación, daban acceso a la zona habitable propiamente dicha. Tampoco se discute la naturaleza de las lesiones y secuelas que sufrió la demandante, fractura de pelvis y muñeca derecha con un periodo de curación de 94 días, de los que 36 fueron de estancia hospitalaria, y unas secuelas de limitación en la movilidad de la muñeca derecha hasta una flexión de solo 55°, siendo lo normal de 90°, y un cuadro de lumbalgia persistente. Tampoco se discute la aplicación, para cuantificar la indemnización, del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor según las cuantías vigentes en la fecha de los hechos, aprobadas por resolución de la Dirección General de Seguros de 22 de febrero de 1999, aunque sí,

como se ha indicado ya, la apreciación o no de daño moral independiente tanto del tiempo de incapacidad como de la lumbalgia.

La referida valoración de la prueba, combinada con los indicados razonamientos jurídicos, se contiene en los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia recurrida, que rezan literalmente así:

"Tercero.- Sentado lo anterior en el presente caso ha de atenderse, de una parte, a la ubicación y características del lugar donde se produjo la caída y, de otra, a la actuación de la actora-lesionada cuando se produjeron los hechos, según resulta acreditado de la prueba practicada.

El lugar del siniestro se corresponde con la habitación núm. 107 del Hotel Santo Mauro, con categoría de cinco estrellas (lujo) -situado en la calle Zurbano núm. 36 de Madrid-, con una superficie aproximada de 62 m<sup>2</sup>, distribuidos en dos plantas, la primera tiene una entrada de 5 m<sup>2</sup>, al fondo de la cual, y a su derecha, existe una escalera descendente de un tramo con 10 u 11 peldaños que da acceso al piso inferior donde se encuentra el dormitorio, el salón y el cuarto de baño; en la pared izquierda del vestíbulo de entrada se encuentran los interruptores de la luz, y a dos metros de altura el automático general de la habitación; en la parte superior de la pared izquierda del hall, frente a la escalera descendente, existe un dispositivo de alumbrado de emergencia, con alumbrado de señalización de vía de evacuación, que no se encontraba activado, sin que haya resultado acreditada su instalación reciente, posterior a la caída; la palanca del automático diferencial del cuadro eléctrico había saltado, por fallo del alumbrado general, quedando sin suministro eléctrico la habitación, que se encontraba en total oscuridad. El testigo D. Ángel, al ratificar el informe pericial emitido por la entidad aseguradora de la sociedad demandada, manifestó que el alumbrado de emergencia posee dos pequeños focos de luz que permanecen siempre encendidos, que son los indicadores de que el aparato funciona, y cuando falla la luz se enciende la lámpara.

De otra parte, la autonomía de funcionamiento del alumbrado de emergencia no es de una hora, como viene a sostener la demandada, sino que es como mínimo de ese tiempo, de conformidad con lo dispuesto en la instrucción 025.2.1 párrafo segundo del Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión aprobado por Orden de 31 octubre 1973 (derogado por el actual Reglamento 842/2002, de 2 de agosto). De otro lado, la Circular de 10 de abril de 1980 de la Dirección General de Empresas y Actividades Turísticas, aclarando normas sobre prevención de incendios en establecimientos turísticos, refiere la intensidad y lugar donde debe instalarse el alumbrado de emergencia, expre-

sando que, como mínimo, deberá instalarse en todas las vías de evacuación, como pasillos y escaleras, y, en todo caso en los accesos y escaleras, principal o de servicio. Asimismo, debe destacarse el requerimiento efectuado por el Ayuntamiento a la sociedad demandada, mediante escrito de 5 de julio de 2001 (folios 623 y 624), en el que se recoge el deber de instalar alumbrado de emergencia en las habitaciones que cuentan con dos alturas, conforme a lo reflejado en la documentación que sirvió de base para la concesión de licencia de actividad (3 marzo 1997, según acta de inspección municipal obrante al folio 626).

A la luz de todo lo cual, no cabe aceptar la postura de la demandada, interpretando el artículo 6.6.1 de la Norma Básica de Edificación NBE-CPI/81, que el origen de evacuación para determinar el recorrido de evacuación esté en la puerta de la habitación del hotel, pues debe tenerse presente que aquella cuenta con dos alturas, salvada la distancia por una escalera con desnivel de dos metros de altura, y, precisamente tal extremo, como se infiere del mencionado requerimiento municipal, fue reflejado en la documentación presentada para la concesión de la licencia, de fecha bastante anterior al accidente de autos, y, todo ello, aunque en la habitación núm. 107 hayamos de considerar acreditada la existencia de dicho dispositivo al tiempo de ocurrir el accidente, al no haber resultado demostrado lo fuera con posterioridad, sin embargo, el mismo como ya se adelantara no funcionaba, pues la habitación se encontraba en absoluta oscuridad, como así lo manifestaron los testigos a instancia de la actora, ésta misma, y se recoge en el informe de la aseguradora del establecimiento hotelero, no constando que éste, en la fecha del siniestro, tuviera contratado el mantenimiento de las instalaciones eléctricas, pues el contrato suscrito con la empresa PROYDET lo era para el mantenimiento de sistemas contra incendios, no incluyendo el de las luces de seguridad (folio 424), y, el contrato con Dalkia Energía y Servicios, SA era de mantenimiento de equipos centrales de producción de climatización y agua caliente sanitaria (folio 461), siendo el 28 de abril de 2000 cuando contrató con Ferrovia Servicios, SA el mantenimiento -preventivo, correctivo y técnico legal- de las instalaciones existentes del Hotel, englobando, entre otras, además de las objeto de los dichos anteriores contratos, la instalación eléctrica.

Todo lo cual, nos ha de llevar a la conclusión de considerar acreditada la negligencia de la sociedad demandada. Sin que por el contrario pueda imputarse responsabilidad alguna al director del hotel demandado, D. Leopoldo, por no encontrarse comprendido el mismo en el supuesto del párrafo 4º del artículo 1903 CC.

Cuarto.- Ahora bien, también debemos valorar la conducta desarrollada por la actora-lesionada, y, al respecto merece destacarse la conducta imprudente de la misma al introducirse en la habitación del hotel que se encontraba totalmente a oscuras, cuya dimensión, características y distribución desconocía, palpando las paredes tratando de encontrar algún interruptor de la luz, comportamiento muy alejado de lo que aconseja la prudencia y lógica ante tal situación, pues lo razonable hubiera sido actuar como hizo el huésped de la habitación, esto es, ir a recepción a pedir ayuda para restablecer la luz en su habitación, por lo cual entendemos se aprecia una relevante contribución de la lesionada al acaecimiento lesivo, produciendo tal actuación negligente una interferencia notable en el nexos causal, si bien no llega a ocasionar su ruptura, y nos lleva a concretar porcentualmente el aporte causal de la actora en un 75% y el correspondiente a la propietaria del establecimiento hotelero en un 25%, lo que habrá de tener reflejo, lógicamente, en la reducción proporcional de la indemnización a percibir por aquella."

**CUARTO.-** Entrando a examinar ya el recurso extraordinario por infracción procesal, su motivo primero, fundado en infracción de los arts. 319 y 326.1 LEC de 2000, impugna la sentencia recurrida por declarar probada la existencia de alumbrado de emergencia y no probada la instalación de éste después de cuando sucedieron los hechos pese a que, según la recurrente, del documento público consistente en acta de inspección del Ayuntamiento de Madrid de 17 de mayo de 2001 resultaría la inexistencia de alumbrado de emergencia en las habitaciones de doble altura del hotel, lo mismo resultaría de un requerimiento del propio Ayuntamiento para que se subsanara esta deficiencia, fechado el 23 de julio siguiente y, en fin, otro tanto se desprendería de la falta de licencia de funcionamiento del hotel al tiempo de suceder los hechos por, entre otras razones, no cumplir la normativa de protección y evacuación contra incendios y no tener subsanadas las deficiencias reiteradas en el informe de 5 de julio de 2001. Por lo que se refiere a los documentos privados que coadyuvan a la tesis de la recurrente, en el motivo se invocan el núm. 213 de los acompañados con la contestación a la demanda y un oficio dirigido a la empresa de mantenimiento de los elementos de seguridad contra incendios del hotel constatando que entre sus funciones no estaba el mantenimiento del alumbrado de emergencia, no existiendo ningún parte de mantenimiento en más de 10 años de funcionamiento, a todo lo cual, en fin, se uniría el informe pericial aportado en su día por la propia parte hoy recurrente, que constató signos externos de haberse instalado recientemente el lux de señalización.

Así planteado, el motivo ha de ser desestimado. En primer lugar no son aplicables al caso las normas citadas, ya que iniciado el litigio antes de la entrada en vigor de la LEC de 2000, como juicio ordinario declarativo de menor cuantía de la LEC de 1881, la valoración de la prueba necesariamente se regía por las normas de esta última y del CC según la D. Transitoria 2ª de la LEC de 2000, no pudiendo entenderse las referencias de ésta misma disposición transitoria y de las dos siguientes a la sustanciación de la apelación y la casación según la nueva regulación más que a los efectos estrictamente procesales, pues de otra forma se daría el contrasentido de regirse la valoración de la prueba por unas determinadas normas en la primera instancia y por otras diferentes en la segunda (SSTS 18-6-09 en rec. 1783/04 y 11-11-08 en rec. 2447/03). En segundo lugar, el motivo encierra una contradicción materialmente insalvable, porque si al final del mismo se hace referencia al informe pericial acompañado en su día por la propia parte hoy recurrente con su demanda, según el cual "se aprecia que recientemente ha sido instalado un equipo autónomo de emergencia en el hall de la habitación" (folios 74 y 75), y este informe necesariamente es de fecha anterior a la presentación de la demanda (27 de julio de 2000), entonces la propia parte no puede invocar otros documentos, oficiales o privados, según los cuales tal equipo de emergencia no existía en mayo de 2001.

En tercer lugar, porque ante tamañas contradicciones en el resultado de las pruebas documentales practicadas a instancia de la parte actora hoy recurrente, la conclusión del tribunal sentenciador sobre la falta de prueba de que el alumbrado de emergencia se instalara después de sucedidos los hechos no tiene nada de arbitraria, ilógica ni irrazonable, máxime cuando ninguno de los documentos públicos y privados citados para acreditar el error del tribunal se refiere específicamente a la habitación 107 y, en cambio, el informe de una aseguradora acompañado con la contestación a la demanda como documento núm. 3, ratificado por su autor en declaración testifical, y también las declaraciones testificales de los empleados del hotel, permiten afirmar la existencia de alumbrado de emergencia en esa habitación. En definitiva, el tribunal no hace caso omiso de los documentos señalados en el motivo, como alega la recurrente, sino que por el contrario es esta misma parte quien pretende hacer valer el contenido de algunos documentos sin advertir su manifiesta contradicción con el de otros documentos que la propia parte también considera igualmente indiscutibles.

QUINTO.- El segundo motivo por infracción procesal, fundado en infracción de los arts. 326 y 316 LEC de 2000 para impugnar la apreciación de coincidencia del ámbito tem-

poral de dos contratos celebrados por la recurrente con sendas productoras cinematográficas, coincidencia que determinó una reducción de la indemnización solicitada por este concepto al entender el tribunal que de los dos contratos sólo podía cumplirse uno de ellos, ha de ser desestimado tanto por la inidoneidad de las normas citadas como infringidas, según se ha razonado ya al desestimar el motivo primero, como por demostrar los propios documentos invocados en el motivo la coincidencia de ámbito temporal, al menos parcial, de los dos contratos (18 de noviembre al 24 de diciembre de 1999 el contrato con la productora española y 1 de noviembre al 17 de diciembre del mismo año el contrato con la productora australiana), sin que, por otro lado, el interrogatorio de la propia demandante haga prueba de los hechos que la favorecen, ni conforme al art. 316.1 LEC de 2000 ni conforme al hoy derogado art. 1232 CC aplicable en este litigio.

Realmente lo que se pretende en este motivo es que la coincidencia en el ámbito temporal de los dos contratos no sea una razón para que la indemnización por lucro cesante se limite a lo que la recurrente habría percibido por solamente uno de ellos, alegándose a tal efecto la posibilidad de simultanear el cumplimiento de ambos. Pero esto tiene más que ver con el juicio de valor sobre los perjuicios indemnizables, que se impugna en el motivo tercero del recurso de casación, que con el contenido de unos documentos que la sentencia recurrida no pone en duda.

SEXTO.- El tercer motivo por infracción procesal, asimismo fundado en infracción de los arts. 316 y 326 LEC de 2000 pero para impugnar ahora la exención de responsabilidad de la persona demandada como director del hotel, ha de ser igualmente desestimado porque, además de reiterarse la cita de normas inidóneas, tan exención no responde en la sentencia recurrida a que el director de un hotel no tenga la obligación de supervisar las instalaciones, sino en la inaplicabilidad al mismo del párrafo cuarto del art. 1903 CC, cuestión jurídica sustantiva ajena al recurso extraordinario por infracción procesal y que, por ende, la propia parte recurrente vuelve a plantear en el primer motivo de su recurso de casación.

SÉPTIMO.- Finalmente, por lo que se refiere al recurso extraordinario por infracción procesal, su cuarto y último motivo, fundado en infracción del art. 24.1 de la Constitución por la indefensión que la recurrente habría sufrido al no justificarse en la sentencia recurrida, conforme al art. 394.1 LEC de 2000, la no imposición de costas a la compañía mercantil demandada, carece de consistencia, pues tanto según el apdo. 2 de ese mismo art. 394 como según el párrafo segundo del art. 523 LEC de

1881, que en verdad era el aplicable a las costas de la primera instancia conforme a la D. Transitoria 2ª LEC de 2000, las costas no se imponen a ninguna de las partes en caso de ser parcial la estimación o desestimación de sus pretensiones, y como la sentencia acordó una indemnización de 41.226'852 euros a favor de la actora cuando resulta que ésta había pedido en su demanda 551.376'94 euros (91.741.405 ptas.), y por ende apreció culpa de la propia actora-recurrente en un 75%, apenas era preciso razonamiento alguno en materia de costas de la primera instancia ni, desde luego, cabe sostener, como hace la recurrente, que la norma aplicable al respecto fuera el apdo. 1 del art. 394 LEC de 2000, como tampoco lo era el párrafo primero del art. 523 LEC de 1881.

OCTAVO.- Desestimados todos los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y entrando a conocer por tanto del recurso de casación, su motivo primero, fundado en infracción del art. 1903 CC y del art. 6 de la Orden del Ministerio de Información y Turismo de 25 de septiembre de 1979 (publicada en el BOE de 20 de octubre de 1979), impugna la exoneración de responsabilidad de la persona demandada como director del hotel porque, según el alegato del motivo, la sentencia recurrida habría realizado una interpretación "deficiente, por literalista", del párrafo cuarto del citado art. 1903, ya que en el caso examinado el director del hotel debe ser considerado como un dependiente del empresario y por ello, una vez declarada la culpa de la empresa hotelera, "entiende esta parte que dicha responsabilidad se halla indisolublemente unida a la culpa in operando del director del hotel, que en el caso de la presente litis reviste los caracteres de una culpa in ommittendo, transgresora de la lex artis que rige su profesión, pues a nadie escapa que la obligación fundamental de dicho dependiente es velar por el buen régimen de gobierno y funcionamiento del hotel" como se lo exige la citada Orden Ministerial.

Así planteado, el motivo ha de ser desestimado porque la sentencia recurrida absuelve de la demanda al director del hotel "por no encontrarse comprendido el mismo en el supuesto del párrafo 4º del artículo 1903 C. Civil" e, incomprensiblemente, el propio alegato del motivo, lejos de desvirtuar este razonamiento, no viene sino a corroborarlo, hasta el punto de que el motivo podría tener cierto fundamento si sostuviera la responsabilidad del director del hotel con base en el art. 1902 CC, como por demás señala la jurisprudencia sobre la posibilidad de simultáneo ejercicio de las acciones respectivamente fundadas en los arts. 1902 y 1903 que cita la recurrente, pero no cuando se pretende lo contrario de lo que dispone el art. 1903, porque si ciertamente, como se aduce en el motivo, el director del hotel

es un empleado de la empresa hotelera, y ciertamente, como igualmente se aduce en el motivo y declara la sentencia recurrida, la empresa hotelera es responsable por culpa o negligencia propia, difícilmente puede derivar de ello la responsabilidad de su empleado, que en ningún pasaje del alegato del motivo es considerado "director del establecimiento" que deba responder de los perjuicios causados por sus dependientes sino, muy al contrario, dependiente él mismo que incurrió en negligencia propia por incumplimiento de las funciones que le impone la citada Orden Ministerial.

NOVENO.- El segundo motivo del recurso de casación, fundado en infracción de los arts. 1902, 1103, 1104 y 1105 CC, impugna la sentencia recurrida por reducir arbitrariamente en un 75% las sumas indemnizatorias que en principio serían procedentes de no haber mediado culpa de la propia víctima en lo sucedido. Según el alegato del motivo, esta decisión no se corresponde con las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, a considerar según los arts. 1104 y 1105 en su relación con el 1902, ni con la previsibilidad y el principio de confianza, pues ni la demandante pudo hacer el juicio de previsibilidad con la misma intensidad que D. Jeremy, ya que éste sí conocía la distribución de la habitación, ni el principio de confianza justifica sospechar que en un hotel de gran lujo no funcione el alumbrado de emergencia de la habitación y las escaleras de ésta carezcan de elementos reflectantes.

También este motivo debe ser desestimado, porque el juicio del tribunal sentenciador sobre la influencia causal de la conducta de la propia víctima en lo sucedido no puede calificarse de arbitrario.

Ya la sentencia de primera instancia apreció culpa de la víctima en un grado tan elevado que desestimó totalmente su demanda, por haberse adentrado en la habitación completamente a oscuras sin esperar a que regresara D. Jeremy y éste entrara por delante. Y la sentencia recurrida aprecia esa misma culpa, aunque en un grado no tan elevado como para exonerar totalmente de responsabilidad a la empresa hotelera.

Pues bien, precisamente en atención a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, no puede concluirse que la hoy recurrente se ajustara a la normal previsibilidad y al principio de confianza, porque si ella misma no era huésped del hotel y, según su propia versión de los hechos, nunca había estado en la habitación, y además quien sí era huésped del hotel y conocía la habitación optó por no entrar para, por el contrario, comunicar a recepción la falta de luz, no cabe duda de que la posibilidad de un percance por tropiezo o caída distaba mucho de ser remota. Por ello la caída se presenta

también como una consecuencia de la conducta un tanto ligera e inofensiva de la recurrente, porque si D. Jeremy no la animó a entrar advirtiéndole de la existencia de la escalera, entonces la conducta que cabía esperar de una persona razonable era aguardar el retorno de aquél y no adentrarse totalmente a oscuras en la habitación.

Cierto es que en la instancia cabría plantearse si el porcentaje o grado de influencia causal de la conducta de la víctima en lo sucedido, con su consiguiente reflejo en la cuantía de la indemnización, era del 75%, como considera la sentencia recurrida, u otro distinto, y de hecho el juzgador del primer grado lo consideró tan alto que acabó exonerando totalmente de responsabilidad a la empresa hotelera demandada. Pero en casación, indiscutida ya la responsabilidad de la empresa hotelera y compartido por la Sala el juicio del tribunal sentenciador sobre la relevancia causal de la culpa de la víctima, el grado o porcentaje de esa relevancia apreciado por dicho tribunal debe respetarse, al no merecer calificarse de arbitrario ni irracional, porque cualquier otra decisión se adoptaría entonces por esta Sala como tribunal de instancia y no de casación, razón por la cual la jurisprudencia suele rechazar la revisión en casación de la concurrencia de culpa de la víctima (SSTS 6-5-97, 11-7-97, 12-7-99, 15-12-99, 6-11-02, 20-6-03, 4-11-04 y 31-10-07 entre otras).

DÉCIMO.- El tercer motivo del recurso de casación, fundado en infracción de los arts. 1902 y 1106 CC en relación con la jurisprudencia, impugna la sentencia recurrida por no haber incluido en la indemnización la ganancia dejada de obtener por la actora-recurrente al no poder cumplir su contrato con la productora de cine australiana, pérdida cifrada en 2.040.000 ptas., ya que, según se alega en el motivo, la coincidencia temporal de tal contrato con el celebrado por la propia recurrente con una productora española era solamente parcial, esta última productora tenía conocimiento de los compromisos previamente contraídos por la recurrente con la productora australiana, es uso habitual en la profesión que los intérpretes compaginen o simultaneen diferentes rodajes y, en fin, "es perfectamente entendible y asumible que una actriz pueda contratar y simultanear su trabajo con distintas productoras, en intervalos temporales parcialmente coincidentes".

Así planteado, este motivo sí debe ser estimado porque una interpretación de los arts. 1902 y 1106 CC acorde con la realidad social no autoriza un criterio tan rígido que por la mera coincidencia temporal parcial de dos contratos de una misma actriz para aparecer en dos películas diferentes, aunque una se rueda en España y la otra en Australia, quede descartado su trabajo en una de ellas, pues no sólo el tiempo requerido por

la productora australiana se limitaba a dos semanas de rodaje y una de ensayo sino que, además, la experiencia enseña que los actores suelen esforzarse al máximo por aprovechar las épocas en que les ofrecen papeles, dado su siempre incierto futuro profesional, y en la actualidad es habitual la participación simultánea en películas y series de televisión, incluso en lugares distantes entre sí, gracias a la facilidad y rapidez de desplazamiento que brindan los modernos medios de transporte.

UNDÉCIMO.- Finalmente, el cuarto y último motivo del recurso de casación, fundado en infracción del art. 1902 CC y jurisprudencia que lo desarrolla por no haber apreciado la sentencia recurrida un daño moral indemnizable por las secuelas psicológicas del hecho lesivo, esto es un daño moral independiente del subsumido en la cantidad prevista para el resarcimiento de las secuelas físicas, ha de ser desestimado porque la decisión del tribunal sentenciador se corresponde con el resultado de la prueba pericial específica practicada en la segunda instancia, de suerte que cualquier modificación al respecto pasaría por una alteración de la valoración de la prueba, no sólo de todo punto improcedente en casación sino, además, contraria al resultado de aquella prueba específica y con la única base de lo meramente alegado en el motivo. En consecuencia, la jurisprudencia verdaderamente aplicable al pronunciamiento sobre este motivo es la que considera cuestión de hecho, excluida de revisión casacional, la existencia o inexistencia del daño (SSTS 19-10-92, 13-2-93, 28-7-95, 18-7-96, 31-1-97, 29-5-98, 7-6-03 y 31-10-06 entre otras muchas).

DUODÉCIMO.- La estimación del tercer motivo del recurso de casación determina, conforme al art. 487.2 LEC de 2000, que proceda casar en parte la sentencia recurrida para incrementar la suma indemnizatoria en 3.065'16 euros, 25% de los 2.040.000 ptas. pedidos en dicho motivo como importe del contrato con la productora australiana.

DECIMOTERCERO.- El referido incremento de la indemnización no altera la estimación solamente parcial de la demanda, por lo que no influye en el pronunciamiento de la sentencia recurrida sobre las costas de ambas instancias, que procede mantener.

DECIMOCUARTO.- Conforme al art. 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la LEC de 2000, procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, y conforme al apdo. 2 de dicho art. 398 no procede condenar a ninguno de los litigantes en las costas del recurso de casación.

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

## FALLO

PRIMERO.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la demandante D<sup>a</sup> María Dolores, representada ante esta Sala por el Procurador D. José Luis Ferrer Recuero, contra la sentencia dictada con fecha 20 de abril de 2005 por la Sección 12<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 726/02.

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

TERCERO.- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por dicha litigante contra la misma sentencia.

CUARTO.- Casar en parte la sentencia recurrida, únicamente para incrementar la suma indemnizatoria en tres mil sesenta y cinco euros con dieciséis céntimos (3065'16€).

QUINTO.- Confirmar la sentencia impugnada en sus restantes pronunciamientos, incluido el relativo a las costas de ambas instancias.

SEXTO.- Y no condenar en las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Román García Varela.- Francisco Marín Castán.- Encarnación Roca Trías.- Firmado y rubricado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, 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.

2009/259059

TS Sala I<sup>a</sup>, Sentencia 11 noviembre 2009. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

## Carácter vinculante del dictamen pericial emitido a través del procedimiento del art. 38 LCS

*Recorre en casación el actor la sentencia de instancia, pretendiendo se declare la nulidad del dictamen pericial emitido para fijar el importe de la indemnización que*

*ha de resarcirle la aseguradora demandada, declarando la Sala no haber lugar al recurso interpuesto, considerando que dicho dictamen ha sido emitido de conformidad con lo previsto en la LCS, siendo vinculante para la parte recurrente. Señala la Sala que el art. 38 de la citada Ley instaura un procedimiento extrajudicial para la liquidación del daño, con el nombramiento y actuación de peritos en la forma y condiciones que en él se indican, y que en situación de discrepancia meramente cuantitativa se convierte en un trámite preceptivo e imperativo para las partes, ninguna de las cuales es libre para imponer a la otra una liquidación del daño a través de un procedimiento judicial, impidiendo que el asegurado inicie un procedimiento de esta clase para fijar el valor del daño en caso de que el dictamen del perito de la aseguradora contradiga las conclusiones valorativas alcanzadas por el perito designado por la parte.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, confirmando la dictada en 1<sup>a</sup> Instancia, desestima el recurso de apelación declarando la nulidad del dictamen pericial reflejado en el acta de manifestación de fecha 25 de enero de 2000, entendiéndose que el dictamen se realizó al amparo del artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro, el cual contiene un derecho de carácter imperativo y sustraído a la disponibilidad de las partes, a través del cual se resuelven las divergencias que surjan, sobre valoración del daño, entre aseguradora y asegurado. Para resolver el problema litigioso el Tribunal a quo acoge el razonamiento de la sentencia dictada por esta Sala de 20 de enero de 2001 en un litigio entre las mismas partes, aunque referido a un siniestro diferente, que fue silenciada en el procedimiento hasta el escrito de oposición al recurso, por el hoy apelado, y que resuelve el caso al margen de las consideraciones que ahora plantea sobre la naturaleza jurídica del peritaje, como laudo arbitral. En aplicación de tal doctrina, considera que el dictamen pericial aprobado no se ajustó en lo más mínimo a las reglas exigibles normativa y contractualmente. La parte recurrente articula su recurso en dos motivos. El primero denuncia infracción, por indebida aplicación, del artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro, alegando que el sistema de impugnación del dictamen pericial de valoración de los daños derivados del siniestro no es el que establece, con carácter general, el citado artículo, sino el previsto en la Ley de Arbitraje, por considerar que referido dictamen es un genuino laudo arbitral. Añade, además, que el procedimiento de impugnación previsto en el artículo 38 tiene marcado carácter supletorio para las partes y

concluye que el carácter y función que desarrollan los peritos en la valoración de los daños en este procedimiento es de naturaleza arbitral y no técnica. En el segundo motivo, relacionado con el anterior, se denuncia la infracción de los artículos 1 y 46 de la Ley de Arbitraje de 1988, por entender que el sometimiento de las partes al dictamen de los peritos para la valoración de los daños entra de plano en el concepto de arbitraje que estipula el artículo 1, al no excluir de su concepto la intervención de terceros para completar una relación jurídica. Considera que las partes estipularon en el propio contrato de seguro un genuino convenio arbitral y que con este planteamiento se infringe, además, el artículo 46 sobre regulación de la impugnación judicial del dictamen. Lo que se sostiene, en suma, es que el procedimiento de impugnación del dictamen de peritos del artículo 38 tiene carácter meramente supletorio para las partes, por lo que solo cabe su aplicación si no hay otra regulación específica de la misma, añadiendo que la regulación concreta para la impugnación del informe pericial es la establecida en el artículo 46 de la Ley de Arbitraje de 1988, puesto que la función realizada por los peritos constituye un "genuino arbitraje de derecho privado".

SEGUNDO.- Ambos se desestiman. El art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro instaura un procedimiento extrajudicial para la liquidación del daño, con el nombramiento y actuación de peritos en la forma y condiciones que en él se indican, y que en situación de discrepancia meramente cuantitativa se convierte en un trámite preceptivo e imperativo para las partes, ninguna de las cuales es libre para imponer a la otra una liquidación del daño a través de un procedimiento judicial, impidiendo que el asegurado inicie un procedimiento de esta clase para fijar el valor del daño en caso de que el dictamen del perito de la aseguradora contradiga las conclusiones valorativas alcanzadas por el perito designado por la parte.

Como tal, se garantizan unos mínimos de Derecho necesario, de marcado interés público, impuestos por la Ley y sustraídos a la voluntad de las partes, que obligan a la consideración de la función de los intervinientes en el mismo como peritos decisores de acuerdo con criterios que exceden de la misión que éstos, en otros casos, tengan como asesores técnicos de cada parte y la aproximan a la de los árbitros, no obstante las salvedades que se derivan de las diferencias notables entre impugnación del laudo e impugnación del dictamen pericial (SSTS 14 y 17 de julio 1992; 20 de enero 2001; 9 de diciembre de 2002; 2 de febrero 2007 y 28 de enero 2008, entre otras). Ahora bien, el hecho de que dictamen pericial en cuestión se puede considerar como una institución "sui generis", en el que los peritos

no actúan como asesores sino como decisores, en una actividad próxima a la propia de los árbitros, no permite negar carácter pericial al trabajo que realizan para asimilarla a un arbitraje de equidad, por más que pudiera entenderse que el arbitraje puede ofrecer más ventajas al asegurado en cuanto a rapidez, eficacia, economía y vinculación, en tanto no se modifique la norma de aplicación y se dote al procedimiento del artículo 38 de una mayor eficacia en lo que hace a su ejecutividad. Lo cierto es que una y otra son instituciones jurídicas distintas con régimen jurídico igualmente distinto.

En primer lugar, la acción ejercitada es la de impugnación y nulidad del dictamen derivado de un contrato de seguro, al amparo del artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro, procedimiento cuyo carácter imperativo impide que, una vez surgida la controversia, las partes puedan acudir al arbitraje por impedirlo el artículo 1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, vigente en el momento de los hechos, puesto que no se trata de una materia disponible conforme a derecho, que permita a las partes decidir o no si acuden a este procedimiento, sin perjuicio de que puedan acomodar la solución al arbitraje en supuestos de controversia distinta de la que regula la norma para la liquidación del daño y determinación de la indemnización a pagar por el asegurador, que es a la que exclusivamente se refiere. En segundo lugar, existen diferencias notables entre la impugnación de un laudo y la impugnación del dictamen pericial establecido en el artículo 38. A diferencia del arbitraje, que solo podrá anularse por motivos tasados, no se impide a los Jueces y Tribunales conocer con plenitud la impugnación de un peritaje.

Además, mientras los árbitros deciden motivadamente, en derecho o en equidad, la total controversia existente entre las partes, el procedimiento de peritos queda circunscrito a la evaluación y valoración de los daños a abonar por el asegurador producidos por un siniestro, y su informe resulta inatacable transcurridos los plazos de impugnación judicial; diferencias que se hacen más llamativas si cabe a partir de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil hecha por Ley 60/2003, de Arbitraje, que cambia el sistema de ejecución del laudo para atribuir fuerza ejecutiva a "los laudos o resoluciones arbitrales", sin hacer mención alguna al dictamen que resulta del artículo 38 LCS, de tal forma que el procedimiento de impugnación no se hace a través de los artículos 1 y 46 de la Ley de Arbitraje, sino en la forma prevista en la citada norma.

En tercer lugar, no se trata de un procedimiento que se aplique con carácter supletorio, conforme a la Póliza del seguro agrario concertado entre las partes. En la cláusula preliminar de las condiciones gene-

rales, aprobadas por la Orden de 8 de junio de 1981, en ningún caso se alude a que los contratantes puedan dirimir sus controversias mediante un arbitraje privado al margen de la jurisdicción ordinaria, y la obligación de someter la cuestión a la intervención de los peritos, a que se refiere la Condición General Doce, no es más que el resultado de un imperativo legal que tiene su adecuada concreción en la Condición Catorce cuya regulación se acomoda al procedimiento del artículo 38, que tiene como función la liquidación técnica de los seguros y la propuesta del importe líquido de la indemnización, y sin que tenga la consideración de un convenio arbitral y sin que haya sido derogado de una forma expresa y nominativa por la Disposición Derogatoria única de la Ley de Arbitraje de 1988.

TERCERO.- En materia de costas procesales, se imponen a la recurrente las causadas por el recurso de casación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

Declarar no haber lugar al recurso de casación formulado por el Procurador D. Argimiro Guillén, en la representación que acredita de D. Porfirio, contra la sentencia dictada por la Sección 21 Bis de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 15 de diciembre de 2004, con expresa condena a la recurrente de las costas causadas. Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana. Firmado y Rubricado.

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



2009/265822

TS Sala 4ª, Sentencia 15 noviembre 2009. Ponente: D. Benigno Varela Aufrán

En caso de insolvencia de la empresa

## Irresponsabilidad subsidiaria del INSS en pago de prestación por IT derivada de contingencia común

*El TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el INSS codemandado frente a sentencia sobre responsabilidad en el pago de prestaciones por IT derivada de enfermedad común.*

*La Sala declara que la mutua ha de anticipar el pago de la prestación reclamada, sin perjuicio de repetir contra la empresa, pero el INSS no tiene que responder subsidiariamente por insolvencia de dicha empresa, solo por insolvencia de la mutua pues en este caso el pago del subsidio era asumido por la mutua, en régimen de colaboración, y el presente procedimiento se inició ante el pertinaz incumplimiento empresarial en materia de cotización por parte de la empleadora a la que venía prestando servicios el trabajador demandante, beneficiario de la prestación de IT.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha 10 de enero de 2006, hoy recurrida contiene una parte dispositiva del si-

guiente tenor literal: "Estimando el recurso de la Unión de Mutuas revocamos la sentencia de fecha 16-3-05 del Juzgado de lo Social núm. 4 de Valencia parcialmente, declarando la responsabilidad directa de la empresa Doo Llump Montajes Eléctricos,

S.L., sin perjuicio de que la Mutua anticipe el pago y posteriormente repita contra los responsables.....”.

La citada resolución judicial, ahora, impugnada se produjo en un pleito de reclamación del subsidio de I.T. por enfermedad común, cuya prestación, en régimen de colaboración, venía siendo asumida por la Unión de Mutuas y en función del pertinaz incumplimiento empresarial en materia de cotización por parte de la empleadora a la que venía prestando servicios el trabajador beneficiario de la prestación de I.T.

El INSS interpone, ahora, este recurso unificador de doctrina y si bien es cierto, como dictamina, en principio, el Ministerio Fiscal, que en el fallo de la sentencia recurrida para nada se le menciona -al contrario de lo que sucede en la dictada en la instancia que, expresamente, lo absuelve-, por lo que podría pensarse en la inexistencia de una legitimación procesal y de un interés jurídico que justificase el planteamiento del presente recurso, sin embargo la Sala no puede desconocer el contenido del único fundamento jurídico de la sentencia de recurrida en el que, expresamente, se habla de la responsabilidad subsidiaria de INSS y de los términos del fallo de la sentencia recurrida que literalmente se refiere a la facultad de repetición frente “a los responsables” término plural, este, que puesto en relación con la ya aludida responsabilidad del INSS obliga a entender que en la voluntad enjuiciadora que resuelve el recurso de suplicación se halla implícita la posible responsabilidad subsidiaria del INSS.

Ha de admitirse, por ende, la legitimación procesal del Organismo recurrente para plantear el presente recurso unificador de doctrina.

SEGUNDO.- Admitida la legitimación procesal del hoy Organismo recurrente para interponer el presente recurso unificador de doctrina ha de analizarse, antes de nada, la concurrencia del requisito, básico e ineludible, de la contradicción entre las sentencias comparadas dentro del mismo.

Al respecto la concurrencia de las identidades esenciales requeridas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral entre la sentencia ahora impugnada y la propuesta como término referencial, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 13 de julio de 2004, dictada en el recurso de suplicación núm. 219/2004, resulta manifiesta, por cuanto en ambas se aborda una misma temática litigiosa, referida a la responsabilidad subsidiaria del INSS en los casos de abono de un subsidio por I.T. derivado de enfermedad común cuando la empresa resulta insolvente y se ha llevado a cabo el anticipo de dicho abono por parte de una Mutua de Accidentes, que actúa como entidad colaboradora al respecto. En tanto la sentencia recurrida parece imponer esa responsabilidad

subsidiaria la propuesta como término referencial releva al INSS de ese tipo de responsabilidad.

Concorre, por tanto el requisito de la contradicción judicial, lo que se refuerza con la admisión del mismo por esta Sala, en un caso similar al hoy enjuiciado y con la misma sentencia de contraste, -recurso 3392/2005, sentencia de 8 de noviembre de 2005 -.

TERCERO.- Por el INSS recurrente se alega infracción en la sentencia de instancia de los artículos 71.1 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de octubre en relación con el artículo 126.2 y 3 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de 20 de junio de 1994 y artículo 68. 2 de la Ley General de Seguridad Social de 21 de abril de 1966.

La denuncia de la infracción jurídica de la que se deja hecha mención tiene que merecer una favorable acogida, por cuanto la doctrina judicial correcta es la que recoge la sentencia propuesta como término referencial.

La cuestión hoy sometida a enjuiciamiento de esta Sala ha sido ya abordada y resuelta por ella, entre otras, en sus sentencias de 1 de junio de 2004 -recurso 4465/2003- 26 de octubre de 2004 -recurso 3482/2003-, 16 de febrero de 2005 -recurso 136/2004- y, más específicamente, en la de 8 de noviembre de 2006 -recurso 3392/ 2005 -, en todas las que se perfila con meridiana claridad el tema de la responsabilidad en el abono de prestaciones de Seguridad Social en los diferentes casos de incumplimientos empresariales en las obligaciones de alta y cotización.

De toda esta doctrina jurisprudencial se infiere que cuando se trata de una falta absoluta de alta en la Seguridad Social la responsabilidad recae, única y exclusivamente, en la empresa incumplidora de este deber empresarial, sin que, por tanto exista obligación alguna de anticipo ni para el INSS ni para la Mutua colaboradora si es, esta, la aseguradora, ya que no rige el principio de automaticidad de las prestaciones. Tampoco surge responsabilidad subsidiaria para el INSS.

Si de lo que se trata es de un defecto de aseguramiento, bien por infracotización o por la cualificación, cuantía y reiteración de los descubiertos en el abono de las cotizaciones a la Seguridad Social, la obligación de la Entidad Aseguradora, sea, esta, el Inss o la Mutua Patronal de Accidentes, es la proceder al adelanto del subsidio, sin perjuicio del ulterior resarcimiento a cargo de la empresa incumplidora, siendo de significar que en aquellos casos, como el hoy sometido a enjuiciamiento de la Sala, en los que la Mutua Patronal asume, en función colaboradora, la protección de las contingencias comunes además de las derivadas de accidente de trabajo, el INSS sólo asume la responsabi-

dad subsidiaria cuando se produce una situación de insolvencia de la Mutua pero no de la empresa incumplidora de sus obligaciones de cotización con la Seguridad Social.

Las razones que avalan esta exclusión de la responsabilidad subsidiaria del Inss se hallan, en relación con la I.T. que es objeto de consideración en el presente recurso, en que se está ante una contingencia común sometida al régimen jurídico de la Seguridad Social que no es susceptible de reaseguramiento por parte de la Entidad que asume su cobertura -en este caso la Mutua Patronal de Accidentes- para garantizar el riesgo derivado de la falta de cotización, de lo que deriva la imposibilidad jurídica de resarcimiento de lo que se llegue a satisfacer al trabajador beneficiario del subsidio, respecto de la que habrá de actuar, en tales casos, como responsable subsidiaria la propia Mutua de Seguros.

No ocurre lo mismo cuando se trata de I.T. derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional para la que subsiste la responsabilidad subsidiaria del Inss, en virtud de haber sido, este organismo, sucesor del extinguido Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, conforme a lo previsto en la Disposición Final Primera del Real Decreto 36/1978, de 16 de noviembre, en relación con lo previsto en los artículos 39 a 41 del Decreto de 22 de junio de 1956 que venían a garantizar tanto la insolvencia empresarial como la de la Mutua Patronal.

Para los supuestos de I.T. derivados de enfermedad común protegida por la Mutua Patronal de Accidentes no existe una norma similar y no cabe, por ende, implicar al INSS en la responsabilidad subsidiaria que, ahora, se discute, lo que, sin duda, tiene su razón de ser en el carácter de Entidad Colaboradora de la gestión de la Seguridad Social que, en tales casos, asume aquella Mutua que se halla sujeta a las facultades de dirección y tutela del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social -artículos 67 y 71 de la LGSS - con lo que la protección del beneficiario queda cumplidamente garantizada, siendo de significar, además, que por tal función aseguradora y como contraprestación la Mutua percibe “la fracción de cuota que se determine” por dicho Ministerio.

CUARTO.- Cuestión distinta es la de la responsabilidad subsidiaria del Inss en los casos de insolvencia de la Mutua Patronal aseguradora de la contingencia común, por cuanto, en ellos, no se puede desconocer el deber impuesto a los Poderes Públicos por el artículo 41 de la Constitución Española en orden a la instauración de un sistema protector de Seguridad Social a favor de todos los ciudadanos lo que se reitera en los artículos 1, 2 y 4 de la Ley General de Seguridad Social en cuyo artículo 38.1.c) se atribuye a la I.T. el carácter de contingencia básica.

La instauración de un régimen de colaboración en el marco de la gestión de la Seguridad Social Pública obligatoria cuyo objetivo, en concordancia con lo previsto en el artículo 129 de la Constitución Española, aparece reflejado en la Exposición de Motivos de la Ley General de Seguridad Social de 1974 cuando dice “reforzar el sentido de responsabilidad de las personas y entidades interesadas, premisa mayor del éxito de un programa de Seguridad Social y al mismo tiempo facilitar y garantizar la eficacia del sistema. La colaboración o intervención ha de tener, en todo caso, el límite impuesto por las exigencias del bien común” pone de relieve la necesidad ineludible de que la Entidad Gestora INSS, como garante último del sistema público de Seguridad Social, se haga cargo de la responsabilidad derivada de la insolvencia de la Mutua Patronal aseguradora de contingencias comunes, máxime tratándose de una prestación como la I.T. que, por sus características, se halla precisada de una protección sin fisuras.

No puede ser obstáculo a cuanto se deja razonado la inexistencia de una concreta previsión legal al respecto, en atención a que lo principal para la Mutuas Patronales es el aseguramiento de los riesgos profesionales y no las contingencias comunes y, por otra parte, la ratificación por España del Código Europeo de Seguridad Social -B.O.E. 17 de marzo de 1995 - que sustituyó al Convenio número 102 de la O.I.T. constituye un argumento más y de peso para establecer la responsabilidad en casos de insolvencia de la Mutua Patronal en cuanto establecen la garantía de las “prestaciones monetarias o indemnizaciones- de enfermedad a las personas protegidas.

QUINTO.- En conclusión, debe ser estimado el recurso, casando y anulando la sentencia recurrida en el único extremo referidos al responsabilidad subsidiaria del INSS. No ha lugar a la imposición de costas.

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

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina, promovido por el Letrado D. Andrés Ramón Trillo García, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 10 de enero de 2006, en recurso de suplicación núm. 3325/2005, correspondiente a autos núm. 509/2005 del Juzgado de lo Social núm. 4 de Valencia, en los que se dictó sentencia de fecha 16 de marzo de 2005, deducidos por D. Benito, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Doo Llump Montajes Eléctricos, S.L. y Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades

des Profesionales de la S.S. núm. 267, Unión de Mutuas, sobre Seguridad Social. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y al resolver en suplicación en términos ajustados al principio de unidad de doctrina se declara que la Unión de Mutuas ha de anticipar el pago de la prestación reclamada de I.T. derivada de enfermedad común, sin perjuicio de repetir contra la empresa Doo Llump Montajes Eléctricos, sin que el INSS tenga que responder subsidiariamente por insolvencia de dicha empresa y sí solo por insolvencia de las citadas Mutuas. No ha lugar a la imposición de costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- José Luis Gilolmo López.- Jordi Agusti Julia.- María Lourdes Arastey Sahun.- Benigno Varela Autrán.

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

2009/271402

TS Sala 4ª, Sentencia 14 octubre 2009. Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

No procede

## Jubilación forzosa de personal laboral conforme al Convenio Unico

*Frente a sentencia que entendió justificado su cese recurre la trabajadora en casación para la unificación de doctrina, siendo estimado el recurso por el TS.*

*Entiende la Sala, que el art. 59 del II Convenio Único para el Personal Laboral al servicio de la Administración General del Estado, en el que se basó el ministerio para proceder a la jubilación forzosa de la recurrente, no cumple los objetivos de política de empleo previstos en la disp. adic. 10ª ET, pues no puede considerarse como tal el mero hecho de haber convocado en concurso la plaza dejada vacante por aquélla.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se debate en el presente recurso consiste en determinar si la jubilación for-

zosa de la actora acordada con efectos de 27 de abril de 2007, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 del II Convenio Único para el Personal Laboral al servicio de la Administración General del Estado (BOE 14.10.2006), está amparada por la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores. La sentencia recurrida, revocando la de instancia, que había declarado la improcedencia del despido, entiende que el cese está justificado, de conformidad con lo establecido en el artículo 59 del convenio aplicable, que debe completarse con lo dispuesto en la oferta de empleo y ello en atención a que se aprecia en estas disposiciones una mejora del empleo público y al hecho de que la plaza de la actora ha sido convocada en concurso de traslado. Contra este pronunciamiento recurre la demandante, aportando como sentencia contradictoria la de la misma Sala de lo Social de Madrid de 14 de noviembre de 2007, que declara la improcedencia del despido de un trabajador al servicio de la Administración que fue jubilado forzosamente con fecha de 9.11.2006 por la aplicación de la misma norma del convenio colectivo. Los supuestos son los mismos y las decisiones opuestas. La única diferencia consiste en que mientras en la sentencia de contraste consta que el puesto del actor no se ha ocupado por persona alguna, en la sentencia recurrida se acredita que el puesto ha salido a concurso de traslado. Pero el dato es irrelevante, pues una nueva provisión por traslado o por nuevo ingreso no constituye en absoluto una medida de fomento del empleo; es simplemente una sustitución de personas en el mismo puesto de trabajo. Por lo demás, existiría en todo caso contradicción doctrinal, pues para la sentencia de contraste "la vacante ha de ser inmediatamente sacada a concurso y servida de forma interina", lo que no sucede en el caso que decide la sentencia recurrida, en el que la vacante no fue convocada inmediatamente después del despido, ni se ha cubierto interinamente. Objeta la parte recurrida que no está acreditada la firmeza de la sentencia de contraste en tiempo hábil -es decir, antes de la fecha de la sentencia recurrida-, porque la certificación aportada lleva fecha de 7 de octubre de 2008, posterior al 15 de septiembre de 2008, fecha en que se dictó la sentencia recurrida. Pero se trata de un defecto de la certificación que no puede imputarse al recurrente y que ha sido subsanado como consta en la diligencia obrante en el rollo, en la que se indica que la sentencia núm. 926/07 dictada en fecha 14 de noviembre de 2007, recurso 3994/07, adquirió firmeza con fecha 11 de diciembre de 2007.

SEGUNDO.- Hay que aclarar que en el presente caso se trata de un convenio colectivo negociado y aprobado bajo la vigencia de la nueva redacción de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores en la redacción de la Ley

14/2005, por lo que no se plantea el problema de la cláusula de convalidación retroactiva de las regulaciones convencionales anteriores que contiene la disposición transitoria única de la mencionada ley. Se trata aquí de determinar si una cláusula convencional, como la que contiene el artículo 59 del II Convenio Único, cumple la exigencia de la justificación que establece el apartado a) de la disposición adicional 10ª, a tenor del cual estas medidas deberán "vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo". Por su parte, el artículo 59 del II Convenio Colectivo Único prevé que "de acuerdo con los criterios que sobre estabilidad y mejora del empleo público se establezcan anualmente en el Real Decreto de oferta de empleo público, la jubilación será obligatoria con carácter general al cumplir el trabajador los sesenta y cinco años de edad". La redacción es la misma que ya contempló el Pleno de esta Sala para el artículo 61 del I Convenio Colectivo Único en sus sentencias de 22 de diciembre de 2002, que, en síntesis y en lo que aquí interesa, establecen que para la validez de las medidas de jubilación forzosa previstas en la negociación colectiva es necesario que:

1º) Se cumplan de forma efectiva los objetivos de política de empleo que establece la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, sin que baste a estos efectos una mera remisión a estos objetivos, sin determinar las medidas concretas que los aplican e instrumentan, y

2º) Las medidas han de adoptarse en el marco de la negociación colectiva e incorporarse al propio convenio colectivo que apruebe la jubilación forzosa, lo que supone un enlace directo entre ambas; enlace que normalmente no puede producirse en el ámbito de las Administraciones públicas, sometidas al principio de legalidad y de jerarquía, por lo que, al estar vinculadas por las normas presupuestarias y por la oferta pública de empleo, difícilmente pueden negociar en un convenio colectivo las medidas previstas en el apartado a) de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores.

Por otra parte, no basta para cumplir estos objetivos la previsión de que se procederá a la cobertura de la vacante producida por el cese del trabajador jubilado, pues con ello no se mejora, ni se aumenta el empleo, sino que simplemente se sustituyen unos trabajadores por otros, posiblemente con una reducción del coste final para el empleador.

Por ello, ha de concluirse que la cláusula convencional examinada no cumple los requisitos previstos para el establecimiento de la jubilación

forzosa en la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, ya que se limita a realizar una referencia genérica a los objetivos genéricos de estabilidad y mejora del empleo público que establezca la oferta de empleo público. De la consideración general del convenio tampoco se deduce el establecimiento en la negociación colectiva de las acciones en materia de empleo que exige la disposición adicional citada, siendo por lo demás obvio que la convocatoria en concurso de la plaza no puede ser una medida de esta clase.

Por todo ello, procede la estimación del recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación desestimando el recurso de la Administración demandada, con la consiguiente condena en las costas de aquel recurso.

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

### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª María Purificación, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de septiembre de 2008, en el recurso de suplicación núm. 2401/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 15 de octubre de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Madrid, en los autos núm. 552/07, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Ministerio de la Presidencia, sobre despido. Casamos la sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, anulando sus pronunciamientos y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por la Administración demandada, y confirmamos la sentencia de instancia. Sin imposición de costas en este recurso de casación. Condenamos a la Administración demandada al abono de las costas del recurso de suplicación en la cuantía que, dentro de los límites legales, fijará la Sala de suplicación si a ello hubiera lugar.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Jordi Agusti Julia.- Rosa María Viroles Piñol.

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



## RESEÑA

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



2009/259056

TS Sala 1ª, Sentencia 3 noviembre 2009.  
Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

### Caducidad en el uso del nombre comercial "Hotel Ritz Barcelona"

Declara la Sala no haber lugar los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por las mercantiles actora -Hotel Ritz Madrid- y demandadas contra la sentencia de instancia, que estimaba parcialmente la demanda interpuesta por la primera -en la que solicitaba que se declare la nulidad del nombre comercial y rótulo de establecimiento "Hotel Ritz Barcelona"-, declarando caducado el nombre comercial de la demandada y condenando a la misma y a la otra codemandada a dejar de utilizar en el futuro el signo distintivo de la actora, considerando la Sala ajustados los razonamientos de la sentencia recurrida, sin que quepa acoger las pretensiones de la demandada de considerar nula la marca de la actora.

2009/271311

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

### Falta de valor convalidante de la fe pública registral

Declara el TS no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por los demandados contra sentencia dictada por la AP, revocatoria de la desestimatoria de instancia, que acogió las pretensiones del actor, propietario de la finca de litis, y condenó de forma solidaria a los recurrentes a abonarle una indemnización equivalente al valor de la vivienda a determinar en ejecución de sentencia. Indica el TS que la adición realizada en el suplico por el recurrido es ajustada a derecho por existir cuestión nueva y que no puede alegarse caducidad de la acción ejercitada, por ser el actor ajeno al procedimiento hipotecario, aunque sí se han derivado para él efectos perjudiciales. Aclara que sí en la adquisición de un derecho el acto es

inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no será convalidante, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido registralmente, por lo que el vendedor demandado debe responder de forma solidaria con la entidad bancaria y con la persona que le transmitió a su vez a él la finca, ya que actuaron de mala fe, debiendo el tercero, nuevo adquirente también demandado, quedar absuelto.



2009/251515

TS Sala 2ª, Sentencia 22 octubre 2009.  
Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

### Robo con intimidación, extorsión y detención ilegal

Entiende el TS que no ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de robo con intimidación, extorsión y detención ilegal. Señala la Sala que aunque realmente se acreditase una relación de enemistad, animadversión o malquerencia entre acusador y acusado, ello no implica necesariamente la imputación falsa de los hechos, ya que puede existir entre ambos esa situación -como consecuencia del hecho delictivo imputado o por razones preexistentes- y sin embargo, ser veraces esos hechos, correspondiendo en cualquier caso a los jueces "a quibus", de manera privativa, valorar la credibilidad que les merecen las declaraciones prestadas a su directa presencia en condiciones de intermediación y contradicción.

2009/251520

TS Sala 2ª, Sentencia 7 octubre 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

### Concurrencia de "animus necandi" en tentativa de homicidio

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delitos de homicidio en grado de tentativa, atentado, y tenencia ilícita de armas. El TS verifica que la intención

de matar por parte del recurrente se basa en datos tales como el número de disparos efectuados, tres en total; en la distancia a que se encontraba el objetivo, unos cuatro o cinco metros al comenzar a disparar; el arma empleada, que fueron dos escopetas de cañones recortados; y el lugar hacia donde se dirigieron los disparos, acreditado por los impactos recibidos por el vehículo, principalmente en la zona que ocupaban los agentes.



2009/300067

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 17 diciembre 2009. Ponente: D. Manuel Vicente Garzón Herrero

### Derivación al administrador social de las sanciones tributarias impuestas al deudor principal

El TS desestima el recurso de casación formulado contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo deducido contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, por la que se confirmaba el acuerdo de la Dependencia de Recaudación de la Delegación Especial de Madrid de la AEAT, sobre derivación de responsabilidad por deudas tributarias. La Sala considera que el incumplimiento del deudor principal de la obligación de incluir determinadas cuotas en las declaraciones de IVA, ha sido imputado a los recurrentes, y lo que ellos debían haber acreditado, y no lo han hecho, es que tales hechos se dieron pese a que pusieron la diligencia debida para que no sucedieran.

2009/265797

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 17 noviembre 2009. Ponente: D. Luis María Díez-Picazo Giménez

### Competencia de la APD para examinar los contratos que justifiquen el tratamiento por cuenta de terceros

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad mer-

cantil contra la sentencia de la Audiencia Nacional que confirmaba la resolución de la Agencia de Protección de Datos, por la que se imponía una sanción de multa, por una infracción del art. 11 LO 15/1999, consistente en la comunicación de datos no consentida y tipificada como infracción muy grave. La sala rechaza el argumento central de la recurrente de que corresponde exclusivamente a los tribunales civiles examinar los contratos aportados a efectos de cumplir con los requisitos del art. 12 LOPD, pues si la Agencia razonablemente concluye que un contrato no reúne las condiciones exigidas por dicho precepto legal o sencillamente que no merece credibilidad, puede y debe concluir que ese contrato no es idóneo.



2009/245807

TS Sala 4ª, Sentencia 22 septiembre 2009.  
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

### Prescripción de reclamación por revisión de cuantía de jubilación de ex trabajador de la ONCE

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS demandado frente a sentencia que declaró el derecho del actor -ex trabajador de la ONCE- a percibir la nueva cuantía de la pensión de jubilación objeto de revisión desde la fecha de efectos iniciales de la pensión a pesar de que la solicitud revisoria se había producido tras la reforma del art. 43 LGSS.

La Sala señala que la disp. final 3ª Ley 42/2006 incluyó en el art. 43 LGSS que los efectos económicos de la nueva cuantía de la pensión objeto de revisión tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud salvo cuando la rectificación hubiese tenido lugar por errores materiales, de hecho o aritméticos, cosa que no ocurre en el presente supuesto ya que la revisión se debió a la defectuosa calificación de la naturaleza del vínculo laboral de los agentes de la ONCE, que antes se regían por una relación de carácter especial y, tras la STS de 26 septiembre 2000, se estableció que la verdadera naturaleza de la relación era de carácter común, lo que provocó un cambio en su cotización; esta situación, no fue debida a un error que impida aplicar la limitación de los efectos retroactivos de la pensión revisada a los tres meses, por lo que la sentencia ha de ser revocada.