



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVI. Número 2747

Madrid, martes 20 de octubre de 2009

 **TS CIVIL**  
2009/171692

TS Sala 1ª, Sentencia 17 julio 2009. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

## Inexistencia de enriquecimiento injusto Exclusión de responsabilidad de administradores por su política de autocartera

*El TS desestima el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, confirmando la de instancia, desestimó la demanda cuyo objeto versaba sobre acción de responsabilidad social por conducta ilegal y comportamiento negligente de los administradores de una sociedad anónima por haber diseñado y materializado una política de autocartera ilegal y realizado diversas compraventas cruzadas y una venta simulada de acciones a otra entidad para el aparcamiento temporal de los títulos y ocultación de la autocartera, todo ello con un grave daño económico para la sociedad anónima. A las que se acumulan otras de responsabilidad civil de los apoderados de la sociedad, invalidez de compraventa por autocontratación, y de restitución -"condiciones de prestación"- por el cobro de lo indebido y por enriquecimiento injusto.*

*Señala la Sala que no hay base alguna para sostener que hubo un acuerdo oculto entre los consejeros que gestionaron la venta y la entidad compradora para que la operación fuera solamente un aparcamiento temporal de acciones, con el fin de ocultar la autocartera ilegal. Se rechaza la autocontratación porque, además de que la compraventa se efectuó con la aprobación unánime del consejo de administración, no se aprecia donde podría darse el conflicto de intereses entre las sociedades contratantes, pues se trata de "entidades diferentes representadas por personas diferentes". Tampoco se aprecia la existencia de enriquecimiento injusto ya que no se especifica como se produjo el desplazamiento patrimonial, por lo que la doctrina jurisprudencial alegada no ha sido infringida ya que no concurre el requisito de "falta de causa" del desplazamiento patrimonial que es "condicio sine qua non" para que opere la "condictio" de restitución o recuperación ejercitada.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre acción de responsabilidad social por conducta ilegal y comportamiento negligente de los administradores de una sociedad anónima por haber diseñado y materializado una política de autocartera ilegal y realizado diversas compraventas cruzadas y una venta simulada de acciones a otra entidad para el

aparcamiento temporal de los títulos y ocultación de la autocartera, todo ello con un grave daño económico para la sociedad anónima; a cuya acción se acumulan otras de responsabilidad civil de los apoderados de la sociedad, invalidez de compraventa por autocontratación, y de restitución ("condiciones de prestación") por el cobro de lo indebido y por enriquecimiento injusto. Por la entidad mercantil "Administración Financie-

ra e Inmobiliaria, S.A. (en acrónimo AFISA) se dedujo demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, en la que solicita:

1º.- Se declaren nulas por autocontratación las ventas de 175.213 acciones de "AFISA" realizadas por "Urbanizadora Somosaguas, S.A." los días 18, 19 y 20 de julio de 1.990, a favor de la propia "AFISA", condenando a "Urbanizadora Somosaguas, S.A." a devolver a "Administración Financiera E Inmobiliaria, S.A." (AFISA) el precio recibido de 805.979.800 pesetas. La nulidad de las compraventas conllevará la anulación de la amortización de las acciones vendidas por "Urbanizadora Somosaguas, S.A.", ordenando la corrección de la inscripción 65ª de la hoja de "AFISA" en el Registro Mercantil, volviendo a ser dueña "Urbanizadora Somosaguas, S.A." de las referidas acciones.

2º.- Subsidiariamente con respecto al punto 1º, se condene a "Urbanizadora Somosaguas, S.A." a pagar a "Administración Financiera E Inmobiliaria, S.A." (AFISA) la cantidad de 91.565.050 pesetas, como enriquecimiento injusto obtenido por "Urbanizadora Somosaguas, S.A." durante el periodo de octubre de 1.989 a agosto de 1.990 en que se desarrolló la política de autocartera a través de "Santo Domingo 5, S.A." y "AFISA", a las que se les causó un correlativo daño por importe muy superior al enriquecimiento obtenido por "Urbanizadora Somosaguas, S.A."

3º.- Se declare la responsabilidad como Consejeros de D. Casiano, D. Federico y D. José Augusto y como Apoderado mandatario de D. Adrián por la dirección, control y ejecución de la política de autocartera desarrollada a través de "Santo Domingo 5, S.A." y de la propia "AFISA" desde octubre de 1.989 a agosto de 1.990, y de los mencionados Consejeros y los Apoderados mandatarios D. Rafael, D. Justo, Dª Isabel por la negociación, decisión y ejecución del contrato de compraventa de las acciones de "Santo Domingo 5, S.A." a favor de "Castellana de Inversiones y Negocios, S.A." celebrado el 22 de junio de 1.990, por el que se trataba de encubrir y aparcarse toda la autocartera indirecta acumulada en "Santo Domingo 5, S.A.", conde-

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Supresión del grupo mixto que impide a diputados provinciales a ejercer su función representativa 5

### TS

#### CIVIL

Exclusión de responsabilidad de administradores por su política de autocartera 1

#### PENAL

Inclusión de aseguradora como perjudicada en delito de incendio 8

#### ADMINISTRATIVO

Nulidad parcial del RD 1033/2007 a efectos del complemento general de puesto de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia 11

#### SOCIAL

Servicios prestados como personal estatutario con anterioridad a ser laboral 13

Inaplicación de topes máximos de cotización a períodos anteriores a la integración de la ONCE en el RGSS 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

INTERNET  
<http://www.elderecho.com>  
e-mail: [clientes@elderecho.com](mailto:clientes@elderecho.com)

nando a los mencionados Consejeros y Apoderados a indemnizar solidariamente a "Administración Financiera E Inmobiliaria, S.A." (AFISA) los siguientes daños producidos:

a) La cantidad de 3.135.743.545 pesetas de inversión neta en autocartera a través de "Santo Domingo 5, S.A." y de la propia AFISA desde octubre de 1.989 a agosto de 1.990, que ha supuesto una pérdida definitiva al resultar amortizadas las acciones adquiridas.

b) La multa impuesta por Orden Ministerial del Ministro de Economía y Hacienda de 14 de marzo de 1.994 por importe de 24.411.635 pesetas.

4º.- Se condene a "LUGARCE, S.A." a restituir a "Administración Financiera E Inmobiliaria, S.A." (AFISA) la cantidad de 399.840.000 pesetas cobradas indebidamente mediante las facturas 2, 3 y 4/90, más sus intereses legales desde el día 4 de septiembre de 1.990 hasta el completo pago de la devolución, incrementados en dos puntos desde que recaiga Sentencia firme en primera instancia.

5º.- Se declare la responsabilidad de D. Adrián y D. Justo como mandatarios y apoderados que libraron el cheque con que se pagaron las facturas de "LUGARCE, S.A." por importe total de 399.840.000 pesetas, y de los demás Consejeros y Apoderados demandados en la medida en que ordenaran o autorizaran dicho pago, condenándoles, solidariamente entre sí y con "LUGARCE, S.A.", a indemnizar a "Administración Financiera E Inmobiliaria, S.A." (AFISA) del importe de 399.840.000 pesetas.

6º.- En todos los casos, se condene a satisfacer el interés legal de las cantidades a que se refiere cada condena, desde la fecha de la interposición de la presente demanda, salvo en el caso del punto 4º en que se devengan desde el 4 de septiembre de 1.990. E incrementados en dos puntos desde que recaiga Sentencia en primera instancia.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 44 de Madrid el día 27 de diciembre de 2.003 en los autos de juicio de mayor cuantía núm. 762 de 1.994, rechazó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, y desestimó la demanda de AFISA, absolviendo a los demandados. La Sentencia dictada por la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 27 de enero de 2.005 en el Rollo núm. 656 de 2.004, desesti-

mó el recurso de apelación de AFISA, y confirmó la resolución recurrida. Por la representación procesal de "Administración Financiera E Inmobiliaria, S.A." (AFISA) se interpuso recurso de casación articulado en seis motivos, que fue admitido por Auto de esta Sala de 1 de abril de 2.008, en el que suplica:

1º.- Con estimación del quinto motivo de casación.- Se declaren nulas por autocontratación las ventas de 175.213 acciones de "AFISA" realizadas por "Urbanizadora Somosaguas, S.A." los días 18 a 20 de julio de 1.990, a favor de la propia "AFISA" condenando a "Urbanizadora Somosaguas, S.A." a devolver a "Administración Financiera e Inmobiliaria, S.A." (AFISA) el precio recibido de 4.844.036,16 € (equivalente a 805.979.800 pesetas). La nulidad de las compraventas conllevará la anulación de la amortización de las acciones vendidas por "Urbanizadora Somosaguas, S.A.", ordenando la corrección de la inscripción 65ª de la hoja de "AFISA" en el Registro Mercantil, volviendo a ser dueña "Urbanizadora Somosaguas, S.A." de las referidas acciones.

2º.- Con estimación del sexto motivo de casación.- Subsidiariamente con respecto al punto 1º, se condene a "Urbanizadora Somosaguas, S.A." a pagar a "Administración Financiera E Inmobiliaria, S.A." (AFISA) la cantidad de 550.317,03 € (equivalentes a 91.565.050 pesetas), como enriquecimiento injusto obtenido por "Urbanizadora Somosaguas, S.A." durante el periodo de octubre de 1989 a agosto de 1990 en que se desarrolló la política de autocartera a través de "Santo Domingo 5, S.A." y "AFISA", a las que se les causó un correlativo daño por importe muy superior al enriquecimiento obtenido por "Urbanizadora Somosaguas, S.A."

3º.- Con estimación del primer motivo y/o del segundo motivo y/o del tercer motivo, hecho dañoso 1., de casación.- Se declare la responsabilidad como Consejeros de D. Casiano, D. Federico y D. José Augusto y como Apoderado mandatario de D. Adrián por la dirección, control y ejecución de la política de autocartera desarrollada a través de "Santo Domingo 5, S.A." y de la propia "AFISA" desde octubre de 1.989 a agosto de 1.990, y de los mencionados Consejeros y los Apoderados mandatarios D. Rafael, D. Justo, Dª Isabel por la negociación, decisión y ejecución del contrato de compraventa de las acciones de "Santo Do-

mingo 5, S.A." a favor de "Castellana de Inversiones y Negocios, S.A." celebrado el 22 de junio de 1.990, por el que se trataba de encubrir y aparcar toda la autocartera indirecta acumulada en "Santo Domingo 5, S.A.", condenando a los mencionados Consejeros y Apoderados a indemnizar solidariamente a "Administración Financiera E Inmobiliaria, S.A." (AFISA) los siguientes daños producidos:

a) La cantidad de 18.846.198,26 € (equivalentes a 3.135.743.545 pesetas) de inversión neta en autocartera a través de "Santo Domingo 5, S.A." y de la propia AFISA desde octubre de 1.989 a agosto de 1.990, que ha supuesto una pérdida definitiva al resultar amortizadas las acciones adquiridas. En el caso de que se estime esta petición conjuntamente con la del punto 1º de este suplico, y dado que la cantidad neta total gastada en autocartera engloba el precio de las compraventas celebradas entre el 18 y 20 de julio de 1.990, se aclarará que los Consejeros y Apoderados condenados en virtud de este punto 3º, a) del suplico responderán solidariamente entre sí y con respecto a "Urbanizadora Somosaguas, S.A." de la indemnización hasta dicho importe de 4.844.036,16 € (equivalentes a 805.979.800 pesetas), y dichos Consejeros y Apoderados responderán solidariamente entre sí del resto de las cantidades gastadas en la política de autocartera hasta completar los 18.846.198,26 € (equivalentes a 3.135.743.545 pesetas).

b) La multa impuesta por Orden Ministerial del Ministro de Economía y Hacienda de 14 de marzo de 1.994 por importe de 146.716,88 € (equivalentes a 24.411.635 pesetas).

4º.- Con estimación del cuarto motivo de casación.- Se condene a "Lugarce, S.A." a restituir a "Administración Financiera E Inmobiliaria, S.A." (AFISA) la cantidad de 2.403.086,80 € (equivalentes a 399.840.000 pesetas) cobradas indebidamente mediante las facturas 2, 3 y 4/90, más sus intereses legales desde el día 4 de septiembre de 1.990 hasta el completo pago de la devolución, incrementados en dos puntos desde que recaiga Sentencia firme.

5º.- Con estimación del tercer motivo, hecho dañoso 2., de casación.- Se declare la responsabilidad de D. Adrián y D. Justo como mandatarios y apoderados que libraron el cheque con que se pagaron las facturas de "Lugarce, S.A." por importe total de 2.403.086,80 € (equivalentes a

399.840.000 pesetas), y de los demás Consejeros y Apoderados demandados en la medida en que ordenaran o autorizaran dicho pago, condenándoles, solidariamente entre sí y con "LUGARCE, S.A.", a indemnizar a "Administración Financiera E Inmobiliaria, S.A." (AFISA) del importe de 2.403.086,80 € (equivalentes a 399.840.000 pesetas).

6º.- En todos los casos, se condene a satisfacer el interés legal de las cantidades a que se refiere cada condena, desde la fecha de la interposición de la demanda, salvo en el caso del punto 4º en que se devengan desde el 4 de septiembre de 1.990. E incrementados en dos puntos desde que recaiga Sentencia firme.

SEGUNDO.- En el motivo primero se denuncia la infracción de los artículos 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas que regulan la acción social de responsabilidad de los Administradores. En el motivo se plantean dos cuestiones jurídicas con sustantividad jurídica suficiente para tratarlas con autonomía, y con la interrelación conveniente para examinarlas como submotivos.

El primer submotivo se fundamenta en que la sentencia recurrida no declara la responsabilidad de los administradores demandados por los actos contrarios a la ley o realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo, según contempla el art. 133.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, a pesar de que la sentencia considera probado que "efectivamente pudieron llegar a materializar esa política de autocartera", y que la denominada política de autocartera "resultase ilegal". El examen del submotivo suscita diversas cuestiones si bien es suficiente para resolverlo con detener la atención en la relativa a la hipotética contradicción de la sentencia recurrida y en la referente a si hay soporte fáctico en ésta para apreciar la existencia de una conducta ilegal y/o negligente de los administradores codemandados que pueda servir de sustento, caso de existir daño social y nexo causal (que, en su caso, sería objeto de análisis posteriormente), a la declaración de responsabilidad postulada en la demanda.

Respecto del primer aspecto (contradicción) insiste repetidamente el motivo en las apreciaciones de la sentencia recurrida que reconocen la intervención de los codemandados en la política de autocartera ilegal que dio lugar a los daños sufridos por AFISA. Ciertamente, con impre-

cisión, la sentencia impugnada emplea las expresiones “no son imputables con carácter exclusivo” y “no pudiéndose atribuir la responsabilidad de manera exclusiva” con referencia a los codemandados Consejeros de AFISA, vinculados al Grupo Lugarce S.L., sin embargo no cabe atribuir a tales apreciaciones la trascendencia que le otorga la recurrente por diversas razones.

En primer lugar, como vamos a ver seguidamente, no es tal la conclusión que resulta del contenido de la Sentencia, por lo que de haberse entendido que hay una contradicción interna por incoherencia entre los fundamentos o argumentaciones debió haberse denunciado deficiencia de motivación por falta de coherencia formal (arts. 218.2 y 469.1.2º, ambos LEC). En segundo lugar, la resolución recurrida sienta la siguiente conclusión: “que la política de autocartera resultase ilegal no implica su atribución a los demandados”. Por otro lado, dicha resolución asume el contenido de la de primera instancia, en la cual se resume la argumentación que efectúa en la siguiente conclusión:

“En definitiva, de la prueba examinada y valorada no aparece que pueda imputarse a los administradores demandados ningún acto contrario a la ley o a los estatutos sociales, sino más bien, mientras formaron parte del Consejo de Administración de AFISA, pese a que el grupo que representaban, LUGARCE, S.A., era minoritario en el capital, aparecen como los promotores de las soluciones del exceso de acciones en autocartera, y que si esta situación se reprodujo (se alude a una vez producida la resolución del contrato de venta de acciones a Castellana de Inversiones cuando ya los codemandados no formaban parte del Consejo de Administración), en ningún modo es consecuencia directa de su conducta como administradores”.

Y finalmente, lo que parece (de ahí su imprecisión) que pretende significar la argumentación de la resolución recurrida es que los codemandados como minoritarios en el Consejo no decidieron el diseño y ejecución de la política de autocartera, y si participaron en la materialización fue por acordarse en el seno de la sociedad, resaltando la perplejidad o paradoja que produce la imputación sólo a ellos, los minoritarios, de las consecuencias de toda la política, dejando fuera de cualquier reproche jurídico a los mayoritarios que la acordaron, o dieron instrucciones al respecto, al socaire -abrigo jurídico- de la solidaridad, que posiblemente debiera merecer un tratamiento distinto en las perspectiva litisconsorcial necesaria cuando se trata de miembros de órganos como el del caso, si bien no resulta oportuna, aquí y ahora, mayor digresión sobre el tema. El segundo aspecto del primer submotivo se refiere a si hay base para sentar la atribución de una

conducta ilegal o negligente en el diseño, aprobación y materialización de la política de autocartera.

En el motivo, y a lo largo de un gran número de páginas, se efectúa un importante, y plausible, esfuerzo intelectual y material para crear una versión que fundamenta la atribución de una conducta ilícita a los codemandados. Sin embargo, la propia parte recurrente es consciente de la falta de sustento de su planteamiento. Ello es así, no sólo ya por la reiteración con que incurre en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión (por cierto, tanto por las apreciaciones fáctica “ex novo” como por las que contradicen las de los juzgadores que conocieron en primera instancia), sino, además, porque:

a) Alega repetidamente la falta de motivación, sin advertir que sin ella no es posible la impugnación, y que el vicio (hipotético) tiene carácter procesal, y procedía denunciarlo mediante el recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 218.2 y 469.1.2º LEC).

b) Solicita la “integración del “factum” que es mecanismo excepcional solo utilizable para tomar en cuenta hechos complementarios, y que no contradigan la valoración de la prueba efectuada en la resolución recurrida.

c) Ataca la apreciación de la sentencia impugnada porque no considera vinculante para la jurisdicción civil las conclusiones de unas resoluciones administrativas y una sentencia de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal. Se alega que “causaría gran perplejidad, y dañaría la seguridad jurídica, que la jurisdicción no asumiera en su integridad la misma declaración de hechos probados, basada en la investigación objetiva de Instructores especializados designados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores”, pero tal argumentación no tiene en cuenta dos reparos: que el juzgador civil ha de fijar los hechos de conformidad con los elementos de prueba obrantes en su propio proceso, pudiendo separarse motivadamente de las apreciaciones fácticas realizadas por resoluciones de Tribunales de otro orden jurisdiccional, y que en todo caso la polémica suscitada no es susceptible de ser examinada en el ámbito del recurso de casación, de lo que va a resultar la inconsistencia de las consideraciones que desarrolla el motivo al basarse en apreciaciones desechadas por el Juzgador “a quo”.

En definitiva, como la parte recurrente sienta sus propias premisas -presupuestos- y de ellos extrae sus propias conclusiones, el problema es que al divergir, o no estar reconocidas, las primeras por la sentencia impugnada, se incide en petición de principio haciendo imposible el juicio propio de la casación; por lo que el primer submotivo decae.

El segundo submotivo se refiere a que, asimismo, la sentencia recurrida vulnera el régimen de responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración previsto en el art. 133.2 LSA al aplicar indebidamente la causa de exoneración por oposición expresa al acto lesivo. La Sentencia recurrida, razona al respecto que “la propia recurrente reconoce la denuncia de los demandados de la política de autocartera pero argumenta que tal denuncia no era real y eficaz y venía a encubrir una actuación encaminada precisamente en sentido contrario, extremo éste que debe ser rechazado careciendo de sentido la oposición formal y pública a una determinada línea de actuación, y luego sin embargo la ejecución por su cuenta de la misma”.

Para la parte recurrente no basta la oposición formal si no va acompañada de una actuación coherente con dicha oposición, exigiéndose, según la jurisprudencia, una actuación positiva para evitar el daño.

El submotivo se desestima porque su planteamiento fáctico no es congruente con la relación de hechos de la Sentencia de 1ª Instancia (asumida implícitamente en la recurrida), y porque, a los efectos del art. 133.2 (apartado 3 desde Ley 26/2.003) - que exonera de responsabilidad a los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel-, hay que estimar como actitud diligente, suficiente para fundamentar la exoneración, la denuncia de la política de autocartera y de su ilegalidad una vez entrada en vigor la LSA de 1.989, lo que dio lugar al nombramiento de una comisión para afrontar el problema de la que no formaron parte los Consejeros minoritarios, y la actividad de gestión desplegada, a causa de la inactividad de dicha comisión, en orden a conseguir la transmisión de la autocartera ilegal mediante contrato de venta de las acciones a la entidad Castellana de Inversiones, con lo cual quedaba resuelta la situación de las acciones en autocartera, según declara probado la resolución de primera instancia.

Por todo ello, decae también el submotivo segundo, cuya desestimación opera como refuerzo de la exclusión de responsabilidad para los Consejeros codemandados desde la perspectiva de la solidaridad prevista para todos los miembros del órgano de administración en el art. 133 de la LSA.

TERCERO.- En el motivo segundo se alega infracción, por vulneración, del art. 1.282 del Código Civil, en relación con el art. 1.281.2 del mismo Texto Legal, al interpretar que el contrato de compraventa de

acciones suscrito entre AFISA y Castellana de Inversiones y Negocios, S.A. tenía “aptitud de producción de plenos efectos jurídicos”, cuando los actos coetáneos y posteriores al contrato demuestran que “Castellana de Inversiones y Negocios, S.A.” no tenía intención de cumplir tal contrato, por lo que se trataba de un mero “aparcamiento” de acciones temporal, para encubrir la autocartera ilegal. La Sentencia de la Audiencia Provincial, aquí recurrida, declara en relación con el contrato de compraventa de acciones celebrado entre AFISA y Castellana de Inversiones y Negocios, S.A. de 22 de junio de 1.990 que se trataba de un “contrato válido con aptitud de producción del plenos efectos jurídicos”.

El motivo combate esta última apreciación relativa a la aptitud afirmando que esta interpretación resulta ilógica a la luz de los actos anteriores, coetáneos y posteriores que evidencian que Castellana de Inversiones y Negocios S.A. no tenía intención de cumplir tal contrato, sino que se trataba de un mero “aparcamiento” de acciones temporal para encubrir la autocartera ilegalmente acumulada en “Santo Domingo 5, S.A.” (filial de AFISA), y añade que todos los actos precedentes, actos coetáneos, actos posteriores, y la propia evolución de la cotización, demuestran, sin lugar a dudas, que Castellana de Inversiones y Negocios S.A. no tenía intención de cumplir el contrato y de pagar el precio aplazado, y, en síntesis, que la operación convenida con Castellana fue decidida, negociada y ejecutada por los Consejeros y Apoderados del Grupo Lugarce, Consejeros que una vez perfeccionada aquélla abandonaron el cargo en AFISA.

El motivo no puede ser estimado.

Dejando a un lado que la interpretación de los contratos es función soberana de los tribunales que conocen en primera o segunda instancia, y solo excepcionalmente tiene acceso a la casación; asimismo, que no cabe confundir, ni mezclar, las cuestiones interpretativas con las probatorias, debiendo ser muy cuidadosos (los planteamientos casacionales) en evitar hacer apreciaciones fácticas sin base en la resolución recurrida (lo que es tema probatorio) para luego atribuirle una determinada significación hermenéutica, pues una conducta en tal sentido vicia el mecanismo utilizado y deja desnudo el esfuerzo propedéutico jurisprudencial que le sirve de pórtico; y también dejando a un lado que no hay en la parte recurrente un criterio claro respecto a la validez del contrato y no se da una explicación razonable del porqué se resolvió el contrato por la mera petición de la otra parte (con pago de la prima y con devolución de la cantidad correspondiente a la pena), acerca de cuyo punto incluso resulta más verosímil la versión de la parte recurrida, aunque ninguna de ellas tiene

base fáctica que permita formar un juicio casacional a favor de una de las dos, sucede que el planteamiento del motivo resulta incoherente e infundado.

No resulta coherente porque no toma en cuenta la génesis del contrato. La existencia de una autocartera ilegal en poder de una sociedad filial determinó la denuncia en el seno del Consejo de Administración de AFISA de los Consejeros vinculados a LUGARCE, lo que dio lugar a la creación de una comisión para dar salida al problema de la que no formaban parte dichos Consejeros. Ante la inactividad de dicha comisión, los Consejeros vinculados a LUGARCE gestionaron la compraventa por Castellana de la autocartera ilegal transmitiendo de tal modo Santo Domingo 5, S.A. a la compradora de aquella. La operación fue gestionada por aquellos Consejeros, pero fue aceptada (como declara probado la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia) por todo el Consejo de Administración.

Y no hay base alguna para sostener que hubo un acuerdo oculto entre los Consejeros que gestionaron la venta y la entidad compradora para que la operación fuera solamente un aparcamiento temporal de acciones, con el fin de ocultar la autocartera ilegal de AFISA. Si ello hubiera sido así habría existido una simulación, la cual supone acuerdo, dando lugar a una especie de situación fiduciaria, pero ello es un tema de prueba, y lo que se plantea en el motivo es de interpretación contractual. Lo cierto es que hubo un contrato válido -aspecto no impugnado-, autorizado o aprobado por el Consejo de Administración, y que dio salida a la situación de autocartera ilegal. Otro tema es el relativo a la resolución contractual, pero cualquier disgresión aquí no añadiría nada a la decisión del motivo.

Decíamos anteriormente que el planteamiento de la parte recurrente adolecía del defecto de falta de coherencia formal, lo que referimos exclusivamente, como hemos visto, a la explicación del tema relativo a la contratación con Castellana, y también de falta de fundamento. Con esta alusión queremos significar que, para justificar la ilogicidad de la apreciación de la sentencia recurrida de que el contrato tiene "aptitud de producción de plenos efectos jurídicos", la parte recurrente crea su propia versión sobre los actos anteriores, coetáneos y posteriores, en la que se acumulan consideraciones fácticas sin soporte en las resoluciones recurridas, apreciaciones derivadas de elementos de prueba, afirmaciones apodícticas y consideraciones subjetivas que tratan de convertir al juicio casacional en una tercera instancia.

Por todo ello, e incluso también porque, tanto por la naturaleza del problema suscitado, como por la for-

ma en que fue tratado (más allá de los enunciados que pretenden soslayar la dificultad de acceso de las cuestiones probatorias al recurso extraordinario), no nos hallamos realmente ante un tema de interpretación contractual, el motivo decae.

CUARTO.- En el motivo tercero se alega infracción, por no aplicación, de los arts. 1.719, 1726 y concordantes del Código Civil al no declarar la responsabilidad de los apoderados demandados con respecto a dos hechos dañosos:

1. La política de autocartera y su encubrimiento a través del contrato suscrito con Castellana de Inversiones y Negocios, S.A.

2. El pago de las facturas emitidas por Lugarce, S.A. En cuanto al apartado 1 se dice en el cuerpo del motivo que la política de autocartera fue materialmente realizada por el apoderado D. Adrián que impartió personalmente todas las órdenes de compra y venta de acciones en nombre de Santo Domingo 5 S.A. y de la propia AFISA, participó en la estrategia de ventas cruzadas en los días previos para elevar artificialmente la cotización entre los días 18 a 20 de julio de 1.990 y firmó la orden de comprar directamente a Urbanizadora Somosaguas, S.A. mediante una aplicación a precio determinado del 460%, que se ejecutó el día 20 de julio de 1.990 en la Bolsa de Bilbao, cuando ese mismo día se ofrecía papel en la Bolsa de Madrid a un cambio del 45% sin encontrar comprador. Más adelante se añade que D. Adrián no era un mero apoderado que se limita a cumplir instrucciones sino que era el Director Financiero y de Administración de "AFISA" y que desarrollaba su labor con un alto grado de autonomía, observando, como atestiguan los Consejeros de "AFISA" no vinculados al Grupo Lugarce, una manifiesta deslealtad para la sociedad a la que estaba representando, actuando en beneficio del Grupo Lugarce. También se alude a la participación de D. Justo, D<sup>a</sup> Isabel y D. Rafael en la negociación y suscripción del contrato de 22 de julio de 1.990 de aparcamiento de acciones suscrito con Castellana de Inversiones y Negocios, S.A. para encubrir la autocartera ilegalmente acumulada en Santo Domingo 5, S.A.; y los dos primeros (Srs. Justo y Isabel) también representan a AFISA en la póliza de pignoración de acciones y en la póliza de depósitos de acciones, firmadas ambas el 4 de septiembre de 1.990, el mismo día en que se formalizaba el cese de los Consejeros vinculados al Grupo Lugarce.

El submotivo del apartado 1 se desestima porque no hay base fáctica en la sentencia recurrida (ni en la de primera instancia en cuanto asumida por la de apelación) que permita sostener que los apoderados (mandatarios) no se arreglaron a las instrucciones del Consejo de

Administración (mandante), bien al contrario la Sentencia impugnada sienta la apreciación de que actuaron conforme a "lo acordado por la sociedad en su conjunto y con participación de su Consejo de Administración"; y como tal consideración tiene carácter fáctico no se ha desvirtuado por el mecanismo procesal adecuado resulta incólume y vinculante en el recurso de casación. La versión del motivo reitera apreciaciones subjetivas de la parte recurrente e incluso incide en valoraciones probatorias, lo que supone incurrir en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión. Por consiguiente, se descarta la existencia de una conducta dolosa o culposa en relación con el diseño y ejecución de la política de autocartera determinante de responsabilidad de los apoderados codemandados por falta de soporte fáctico en la resolución recurrida, por lo que ésta no ha infringido los arts. 1.719 y 1.726 CC, pues la referencia a "concordantes" carece de sustancialidad casacional.

Y en lo que hace referencia a la compraventa celebrada con Castellana debe tenerse en cuenta también que no se ha estimado que dicho contrato fuera simulado para encubrir temporalmente la autocartera ilegalmente acumulada. Por lo que atañe al segundo submotivo -pago de las facturas emitidas por Lugarce, S.A., cuyo cheque firmaron D. Adrián y D. Justo - se aduce que no vienen respaldadas por ningún tipo de contrato previo, ni autorización del órgano de administración, y que su abono contradice frontalmente la exigencia de que todo mandatario actúe con la diligencia de un buen padre de familia de conformidad con el art. 1.719 CC. El submotivo se desestima por dos razones:

a) En las facturas se describen los conceptos a que responden las sumas facturadas y corresponden a la ejecución de obras y servicios concretos. Por lo tanto hay un negocio causal. Y no hubo ocultación alguna porque fueron recogidas en la contabilidad social.

b) Los codemandados estaban facultados para pagar, y si bien es cierto que la inclusión en la contabilidad social no basta para presumir la realización de las obras o servicios facturados, y la carga de la prueba al respecto incumbe a los demandados y no a la actora, en cuyo particular se equivoca la resolución de primera instancia, sin que explicité otra cosa la de apelación, sin embargo, la infracción al respecto de los arts. 1.214 CC y 217 LEC 2.000 (que deroga, y sustituye a aquél) no es analizable en el recurso de casación, por corresponder al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1.2º LEC). Por todo ello, el motivo tercero decae.

QUINTO.- En el motivo cuarto se alega infracción, por no aplicación, de los artículos 1.895 y concordantes

del Código Civil, que regulan el cobro de lo indebido, al no condenar a Lugarce, S.A. a restituir las facturas cobradas por el mero hecho de que fueron incluidas en la contabilidad; vulnerándose, asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el principio de facilidad probatoria, establecido, entre otras, en las Sentencias de 18 de mayo de 1.988 y 6 de junio de 1.994. El motivo se desestima por las razones siguientes:

a) Porque no es cierta la inexistencia de negocio causal toda vez que, si bien es cierto que la resolución de primera instancia dice que el negocio causal de que se derivan las facturas "es desconocido", sin embargo a continuación expresa que "en las facturas se describen los conceptos que se facturan y corresponden a actuaciones de la acreedora en la ejecución de obras concretas". Cosa diferente es si los servicios facturados fueron o no prestados, pero, como ya se dijo en el fundamento anterior, la impugnación de la apreciación sobre la carga de la prueba realizada por el juzgador de primera instancia (asumida implícitamente por el de segundo) solo cabía cuestionarla mediante el recurso extraordinario por infracción procesal. Y por lo que respecta a la necesidad del gasto no es posible emitir un juicio en casación sin un soporte fáctico y práctica de prueba adecuada en orden a determinar si se hallaba o no justificado.

b) Por lo que respecta a la alegación de vulneración del principio de facilidad probatoria debe señalarse, en primer lugar, que no se trata de un principio sino de una regla especial de carga de la prueba que, si bajo la LEC de 1.881 se configuró por la jurisprudencia como una adaptación de la doctrina del "onus probandi" a las circunstancias del caso a fin de evitar la indefensión derivada de la imposibilidad o extrema dificultad para la parte interesada de acreditar determinados hechos controvertidos y de necesaria constancia para la decisión del litigio, en la LEC 2.000 se recoge expresamente en el art. 217.6 (desde Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, apartado 7). Pues bien, la carga de la prueba viene regulada en la LEC 2.000 dentro de la Sección correspondiente a los requisitos internos de la sentencia y sus efectos, y, por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el art. 469.1, 2º LEC, la infracción de la regla especial de facilidad probatoria ha de denunciarse por medio de recurso extraordinario por infracción procesal, y lo mismo sucede con la falta de motivación también aludida en el motivo (art. 218.2 LEC).

c) Finalmente, en lo que atañe a la alegación de infracción, por no aplicación, de los artículos 1.895 y concordantes del Código Civil que regulan el cobro de lo indebido, y concretando la denuncia en el art. 1.895 pues la expresión concordantes carece de sustantividad casacional para delimitar la infracción, no

puede ser estimada porque la "condictio" de prestación ejercitada no es aplicable a supuestos regidos por reglas contractuales (SS. 28 de junio y 12 de julio de 2.007), no hay base fáctica para entender que el pago fue indebido (S. 10 de febrero de 2.009), y falta la prueba del hipotético error que incumbe al demandante (SS. 30 de septiembre de 1.987, 11 de diciembre de 2.000, 13 de marzo de 2.007, y 10 de febrero de 2.009).

**SEXTO.-** En el motivo quinto se alega infracción, por no aplicación, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara nulos los supuestos de autocontratación en los que concurren determinados requisitos, según las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1.977, 9 de mayo de 1.978, 1 de febrero de 1.980 y 31 de enero de 1.991, entre otras. El motivo se desestima por las razones siguientes:

a) La cita de la jurisprudencia, en cuya infracción se basa exclusivamente el motivo, adolece del defecto de no identificar adecuadamente las sentencias con referencia a su número, o el del recurso, o el de repertorio o colección donde pueda ser consultado o contrastado su contenido. Ello explica que en el escrito de oposición de la parte recurrida se afirme que las tres primeras sentencias no han podido ser encontradas. Lo mismo le ha sucedido al Tribunal con las indicadas en segundo y tercer lugar.

b) Pero, además, la alegación de infracción de la doctrina jurisprudencial exige expresar la doctrina concreta de las Sentencias que se invocan y en que medida hay similitud entre los casos en ellas resueltos y el que es objeto de enjuiciamiento, lo que no se ha hecho en el motivo, aunque, a mayor abundamiento, procede añadir que no hay semejanza entre los supuestos de las Sentencias de 23 de mayo de 1.977 y 31 de enero de 1.991 y el que se plantea en el motivo.

c) Con independencia de que la autocontratación exige que una persona actúe con doble condición y una de ellas sea en nombre propio (la otra faceta es en nombre de otro) y que cabe, aparte la autorización previa, la ratificación y confirmación de forma tácita que actúa con función saneadora y hace válidos y plenamente existentes estos negocios desde el principio (por todas, S. 20 de enero de 2.005), en cualquier caso, la concurrencia de los requisitos para que pueda apreciarse una invalidez de contrato -actuación de una persona por sí misma y en representación de otra, conflicto de intereses en cuanto contrapuestos, incompatibilidad derivada del evidente peligro de parcialidad en perjuicio de los representados (todo ello en sintonía con la propia Sentencia de 31 de enero de 1.991 citada en el recurso), ha de quedar suficientemente demostrada. Y sucede que en la sentencia recurri-

da (con asunción de lo razonado en la de primera instancia) se rechaza la autocontratación porque, además de que la compraventa se efectuó con la aprobación unánime del Consejo de Administración, no se aprecia donde podría darse el conflicto de intereses entre las sociedades contratantes, pues se trata de "entidades diferentes representadas por personas diferentes", y ello constituye un presupuesto fáctico vinculante para este Tribunal, pues no basta para desvirtuarlo una versión diferente ofrecida en el recurso de casación, al que son ajenas las cuestiones de hecho.

**SÉPTIMO.-** En el motivo sexto se alega infracción de la jurisprudencia de esta Sala que acoge la figura del enriquecimiento sin causa. En el enunciado se indican varias Sentencias y en el cuerpo se transcriben textos de las mismas, y de otras, en las que se recoge la doctrina tradicional de esta Sala sobre el enriquecimiento injusto, la que en lo sustancial se sigue manteniendo actualmente, y si bien en cierto aspecto ha sido matizada, la puntualización, para ciertos casos, no incide en el que se examina. En el cuerpo del motivo se fundamenta la pertinencia de la infracción denunciada poniendo de relieve que tiene carácter subsidiario respecto de la anterior de nulidad por autocontratación y se afirma que AFISA ha tenido un daño patrimonial de 3.135.743.545 ptas. en tanto Urbanizadora Somosaguas, S.A. ha experimentado un correlativo enriquecimiento por importe de 91.565.050 ptas., beneficio éste que ha de ser calificable como injusto, al haberse obtenido sobre la base de una política de autocartera contraria a las normas prohibitivas, tanto relativas al límite máximo del 5% de autocartera que se puede acumular, como a la prohibición de influir artificialmente en la cotización (infracción de norma prohibitiva que motivó la sanción firme de la Comisión Nacional del Mercado de Valores). El motivo se desestima porque la denuncia de la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento sin causa exige concretar los hechos históricos que integran los requisitos necesarios para su posible operatividad, sin que quepa deferir tal labor al tribunal para que indague en el resto de los motivos la hipotética concurrencia.

En el caso no se especifica como se produjo el desplazamiento patrimonial, y ello es importante porque si los respectivos enriquecimiento y empobrecimiento derivan de compraventas de acciones, contratos que no han sido declarados nulos, la doctrina jurisprudencial alegada no ha sido infringida porque no concurre el requisito de "falta de causa" del desplazamiento patrimonial que es "condicio sine qua non" para que opere la "condictio" de restitución o recuperación ejercitada. El problema radica no en la injusticia (beneficio desproporcionado) sino en la existencia o no de causa jurídica (legal o contractual) en el desplazamiento.

La jurisprudencia viene declarando que la pretensión de enriquecimiento injusto, injustificado o sin causa, que responde al principio que veda a una persona enriquecerse injustificadamente a cuenta de otra, es inviable cuando el desplazamiento patrimonial se halla determinado o viene justificado por una norma o por un negocio jurídico válido y eficaz (SS., entre otras, 11 de octubre y 16 de diciembre de 2.005; 10 de octubre de 2.006; 28 de febrero, 1 y 30 de marzo, 4 de junio, 7 y 12 de julio, 10, 29 y 30 de octubre, y 5 de noviembre de 2.007, y 29 de enero de 2.008). Si se ha producido en virtud de un contrato que no ha sido inválido hay una "causa" de la transferencia o atribución patrimonial que la justifica (SS. 29 de febrero, 19 de junio y 23 de octubre de 2.008). Y no cabe utilizar la figura del enriquecimiento injustificado y su prohibición como un concepto-válvula para poder introducir elementos valorativos y decidir sobre la justificación de las atribuciones patrimoniales realizadas (S. 1 de marzo de 2.007).

**OCTAVO.-** La desestimación de los motivos conlleva la del recurso de casación y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas, de conformidad con lo establecido en los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos ellos de la LEC.

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

## FALLO

Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Administración Financiera E Inmobiliaria, S.A. (en acrónimo AFISA) contra la Sentencia dictada por la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid el 27 de enero de 2.005, en el Rollo núm. 656 de 2.004, dimanante de los autos de juicio de mayor cuantía núm. 762 de 1.994 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 44 de Madrid, cuya Sentencia de 27 de diciembre de 2.003 se confirma en apelación, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvase a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

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

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, 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.



2009/171603

TC Sala 1ª, Sentencia 9 julio 2009. Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio

## Supresión del grupo mixto que impide a diputados provinciales a ejercer su función representativa

*Se pretende dilucidar si el Acuerdo de la Diputación Provincial de Alicante por el que, en virtud de lo dispuesto en el art. 73,3 LBRL, se consideró como miembros no adscritos de la referida corporación a los ahora recurrentes en amparo, vulnera sus derechos de participación política. El TC otorga parcialmente el amparo solicitado reconociendo lesionado el citado derecho. Afirma la Sala que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones, pero no el derecho a votar en las comisiones informativas, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial, lo que determina que se haya producido la lesión alegada.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión que plantea el presente recurso de amparo

consiste en analizar si el Acuerdo de la Diputación Provincial de Alicante de 15 de abril de 2004 por el que, en virtud de lo dispuesto en el art. 73.3



de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), en la redacción que otorgó al referido precepto la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, se consideró como miembros no adscritos de la referida corporación a los ahora recurrentes en amparo, vulnera o no sus derechos de participación política reconocidos en el art. 23 CE. Como se ha indicado en los antecedentes, los recurrentes aducen que el referido Acuerdo ha lesionado sus derechos al haber restringido algunas de las facultades que como diputados provinciales les correspondían, colocándolos así en una situación de desventaja respecto de los diputados adscritos a un grupo político. El Ministerio Fiscal, por su parte, considera que el Acuerdo impugnado lesiona los derechos consagrados en el art. 23 CE al haber efectuado una interpretación de lo establecido en el art. 73.3 LBRL contraria al referido precepto constitucional. Por el contrario, la Diputación Provincial de Alicante, autora del Acuerdo impugnado, entiende que éste no incurre en las vulneraciones del art. 23.2 CE que le imputan los demandantes de amparo, puesto que su contenido no restringe los derechos de participación política de los diputados que tienen la consideración de no adscritos.

**SEGUNDO.-** Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, existe una directa conexión entre el derecho de participación política de los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), puesto que “puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. De suerte que el derecho del art. 23.2 CE, así como, indirectamente, el que el art. 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio” (SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3.a; 203/201, de 15 de octubre, FJ 2; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 40/2003, de 27 de febrero, FJ 2).

Es también doctrina de este Tribunal, recientemente reiterada en la STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 3, que “el art. 23.2 CE garantiza el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, así como que quienes hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga... Esta faceta del derecho fundamental hace que lo hayamos definido como un derecho de configuración legal”, en el sentido de que corresponde primeramente a las leyes fijar y ordenar los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de

manera que “una vez creados, quedan integrados en el status propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren (por todas, STC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4)”. Por esta razón, para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el art. 23.2 CE, es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten en cada caso de aplicación. Sin embargo, la vulneración del derecho fundamental no se produce con cualquier acto que infrinja el status jurídico aplicable al representante, “pues a estos efectos sólo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa” (STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 3; en el mismo sentido, SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3).

**TERCERO.-** Para determinar si existen las lesiones alegadas es preciso, por tanto, analizar si la decisión de considerar a los ahora recurrentes como diputados no adscritos y suprimir, como consecuencia de ello, el grupo mixto de la corporación, ha menoscabado los derechos de estos diputados provinciales a ejercer las funciones de representación inherentes a su cargo o, dicho en otros términos, si las limitaciones o restricciones que se derivan del referido Acuerdo inciden en el núcleo de su función representativa, ya que sólo en este caso podría apreciarse la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Sin perjuicio de lo que más adelante destacaremos respecto de las Diputaciones Provinciales, en relación con los parlamentarios, hemos de indicar que la STC 141/2007, de 18 de junio, precisó que “el ejercicio de la función legislativa o de control de la acción del Gobierno” pertenece “al núcleo de su función representativa parlamentaria” (FJ 3) y, en aplicación de este criterio, llegó a la conclusión de que “la facultad de constituir grupo parlamentario, en la forma y con los requisitos que el Reglamento establece, corresponde a los diputados, y que dicha facultad pertenece al núcleo de su función representativa parlamentaria. Dada la configuración de los grupos parlamentarios en los actuales Parlamentos, como entes imprescindibles y principales en la organización y funcionamiento de la Cámara, así como en el desempeño de las funciones parlamentarias y los beneficios que conlleva la adquisición de tal status, aquella facultad constituye una manifestación constitucionalmente relevante del ius in officium del repre-

sentante (STC 64/2002, de 11 de marzo, FJ 3)” (FJ 4).

De la afirmación de que forma parte del núcleo de la función representativa de los parlamentarios el ejercicio de la función legislativa y de la función de control de la acción del Gobierno cabe deducir que este núcleo esencial se corresponde con aquellas funciones que sólo pueden ejercer los titulares del cargo público por ser la expresión del carácter representativo de la institución. Por esta razón, entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación provincial se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno provincial, la de participar en las deliberaciones del pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores. Como a continuación se verá, sin embargo, ninguna de estas facultades se ve necesariamente comprometida como consecuencia de la supresión del grupo mixto. La aplicación del criterio establecido por la STC 141/2007, de 18 de junio, a propósito de los parlamentarios sobre otro objeto, como es el relativo a la función de representación política de los miembros de las Diputaciones Provinciales, conduce a un resultado asimismo diferente en cuanto a la relevancia constitucional de la facultad de constituir un grupo político. Cuestión distinta es que las facultades que, según lo expuesto, pertenecen al núcleo de la función de representación política de los diputados provinciales, puedan verse afectadas, más allá de por la propia disolución del grupo mixto, por alguna otra de las decisiones adoptadas por la corporación a través del Acuerdo impugnado.

**CUARTO.-** A tenor de lo alegado por los propios recurrentes, las limitaciones al ejercicio de su derecho de participación política que se derivan del Acuerdo impugnado consistirían, como ya se ha indicado, en no poder formar parte de la Junta de portavoces; en no poder formar parte como grupo político de las comisiones informativas; en que tres de los ahora recurrentes no pueden ejercer su cargo en régimen dedicación exclusiva, como lo ejercían con anterioridad de haberse dictado el Acuerdo impugnado (uno de los recurrentes ejercía como portavoz del grupo mixto y tenía reconocido por esta condición la dedicación exclusiva y, además, en virtud de un Acuerdo corporativo tenían derecho a ejercer este cargo en régimen dedicación exclusiva un diputado por cada tres miembros del grupo o fracción igual o superior a dos, por lo que, al haberse constituido el grupo con cinco diputados, tres de los diputados integrantes del grupo tenían derecho a ejercer su cargo con dedicación exclusiva); y, por último, en perder los beneficios econó-

micos y la infraestructura que se había puesto a disposición del grupo mixto. De conformidad con el criterio expuesto en el fundamento jurídico anterior, la pérdida de la posibilidad de desarrollar su actividad en régimen de dedicación exclusiva, así como los beneficios económicos y la infraestructura asociada al grupo, son limitaciones que, con carácter general, no pueden considerarse lesivas de los derechos que consagra el art. 23 CE.

La toma en consideración del régimen jurídico de la Junta de portavoces permite llegar a la misma conclusión respecto de la imposibilidad de formar parte de la misma que para los diputados provinciales no adscritos se deriva de la supresión del grupo mixto, toda vez que ni la Junta de portavoces ejerce competencias decisorias de ninguna clase, ni la participación en ella resulta determinante desde el punto de vista de la actividad de control o de la obtención de información necesaria para el desarrollo del resto de las funciones que pertenecen al núcleo de la función representativa que constitucionalmente corresponde a los diputados provinciales. Por otro lado, según se comprobará en el fundamento jurídico 6 estas medidas contenidas en el Acuerdo impugnado pueden considerarse adecuadas, necesarias y proporcionadas respecto de la satisfacción de un fin legítimo, como es el perseguido por el legislador al reformar el art. 73.3 LBRL para dar al precepto su redacción vigente. Ni la consideración de estos diputados provinciales como miembros no adscritos de la corporación, con la consiguiente supresión del grupo mixto, ni las consecuencias que de ello se derivan respecto de estos extremos de su régimen jurídico, vulneran, por tanto, el derecho de los recurrentes a ejercer su ius in officium.

La cuestión es, sin embargo, más compleja respecto de la participación de los recurrentes en las comisiones informativas. Para comprobarlo basta con reproducir la parte del Acuerdo impugnado en la que se precisan las consecuencias que se derivan de haber considerado a los ahora recurrentes diputados no adscritos: “Esta consideración como miembro ‘no adscrito’ a ningún grupo no impedirá a tales Diputados además del desarrollo de las funciones propias de su cargo de Diputado Provincial, las de asistir a las sesiones de las Comisiones Informativas como Diputados ‘no adscritos’ y en este supuesto se consideran que forman parte de aquellas con voz pero sin voto, percibiendo en tales casos la asistencia económica que corresponda. Asimismo podrán presentar escritos y mociones para ser debatidos en el Pleno e intervenir en sus debates en el turno de intervenciones”. Como se desprende del tenor literal de esta Resolución, la consideración de los diputados como miembros no adscritos no impide a los recurrentes ejercer las funciones de control del go-

bierno provincial (pueden presentar mociones y escritos), ni tampoco su plena participación en el Pleno de la corporación (pueden participar en las deliberaciones en el turno de intervenciones y ejercer el derecho al voto, que es un derecho individual de todos los miembros de la corporación), quedando, además, garantizado su derecho a asistir a las comisiones informativas y participar en sus deliberaciones. En relación con esta última cuestión, sin embargo, la circunstancia de que no puedan votar en estas comisiones debe conducir al otorgamiento del amparo.

A pesar de que la función de estas comisiones no es adoptar acuerdos, sino preparar el trabajo del Pleno, que será el órgano que, en su caso, adopte las decisiones correspondientes, en la STC 32/1985, de 6 de marzo, ya dijimos, a propósito del papel de estas comisiones informativas en el proceso de toma de decisiones del Pleno, que “sólo un formalismo que prescinda absolutamente de la realidad puede ignorar la trascendencia que en este proceso tiene la fase de estudio y elaboración de las propuestas”, “que se adoptarán por mayoría de votos y recogerán el voto particular de quien así lo desee” (FJ 2). A la vista de la relevancia de los dictámenes o informes adoptados en su seno de cara al ejercicio de la función de control así como a la formación de la voluntad de la corporación a través del Pleno, ha de concluirse que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones, pero no el derecho a votar en las comisiones informativas, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial, lo que determina que se haya producido la lesión de los derechos contenidos en el art. 23.2 CE alegada por los recurrentes.

De lo anterior no se deriva, sin embargo, que los concejales no adscritos tengan derecho a que su voto compute en los mismos términos que el de los miembros de la comisión informativa adscritos a grupo. Si así fuera, teniendo en cuenta que la comisión informativa es una división interna del Pleno de la corporación, sus miembros no adscritos disfrutarían en su seno de una posición de sobrerrepresentación. Tal y como señalamos en la STC 32/1985, de 6 de marzo, “la composición no proporcional de las Comisiones informativas resulta constitucionalmente inaceptable porque éstas son órganos sólo en sentido impropio y en realidad meras divisiones internas del Pleno”, de tal manera que, en “cuanto partes del Pleno deben reproducir, en cuanto sea posible, la estructura política de éste” (FJ 2). Esta exigencia despliega sus efectos tanto para garantizar los derechos de participa-

ción política de las minorías, que es lo que se cuestionaba en la citada Sentencia, como en el sentido opuesto, es decir, para evitar la materialización del riesgo de sobrerrepresentación de la minoría que se deriva del derecho de participación directa en las comisiones informativas que corresponde a los miembros no adscritos de la corporación. Por esta razón, ya sea a través de las normas que regulen la organización y funcionamiento de la corporación, o del propio Acuerdo a través del cual se materialice lo dispuesto en el art. 73.3 LBRL, habrán de adoptarse las disposiciones organizativas que procedan, de cara a garantizar que el derecho de los concejales no adscritos a participar en las deliberaciones y a votar en las comisiones informativas no altere la citada exigencia de proporcionalidad.

QUINTO.- Por otro lado, conviene precisar que la decisión de privar a los recurrentes de su derecho a votar en las comisiones informativas no se deriva necesariamente de la aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 73.3 LBRL que, por lo que aquí interesa, se limita a establecer que los miembros de las corporaciones locales que “no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia”, en lugar de constituirse en grupo político, “tendrán la consideración de miembros no adscritos”.

Quiere ello decir que el precepto tan solo ampara aquellos contenidos del Acuerdo impugnado vinculados a la supresión del grupo mixto y a la pérdida de facultades o beneficios que se derivan de la pertenencia a un grupo, pero no habilita a la corporación para privar a los diputados provinciales a los que se considere como no adscritos de los derechos de ejercicio individual que les correspondan en virtud de su condición de representantes políticos, tal y como ocurre con derecho a votar en el Pleno y en las divisiones de éste que en su caso se constituyan.

SEXTO.- Una vez alcanzada la conclusión de que la decisión de privar a los concejales no adscritos de la facultad de votar en el seno de las comisiones informativas vulnera sus derechos de participación política reconocidos en el art. 23 CE, procede comprobar si el resto de los contenidos del Acuerdo impugnado incurren en alguna otra de las lesiones alegadas por los demandantes. Ante todo, debe desestimarse la queja por la que se aduce que el Acuerdo impugnado, al haber efectuado una aplicación retroactiva de lo dispuesto en el art. 73.3 LBRL, habría vulnerado el principio que obliga a efectuar la interpretación más favorable de los derechos fundamentales. Como se ha señalado, al margen de la privación del voto en las comisiones informativas el citado Acuerdo no limita las facultades que pertenecen al núcleo

de las funciones que les corresponde ejercer como diputados provinciales. De ahí que en este caso, ni siquiera en el supuesto de que se apreciara, como sostienen los recurrentes, que se ha aplicado lo dispuesto en el referido precepto legal de forma retroactiva, podría entenderse que se ha efectuado una interpretación de la ley lesiva de los derechos fundamentales garantizados por el art. 23 CE, pues, como se ha indicado, las limitaciones que ahora se analizan no inciden en los derechos que garantiza este precepto constitucional.

SÉPTIMO.- Tampoco puede estimarse, por el mismo motivo, la queja en virtud de la cual el resto de los contenidos del Acuerdo impugnado habría situado a los ahora recurrentes en una situación de desventaja respecto de la que tienen los diputados provinciales que se encuentran adscritos a un grupo político. Por una parte, la eventual situación de desventaja derivada de las limitaciones relativas a la participación en la Junta de portavoces, al régimen de dedicación exclusiva y a la pérdida de los beneficios económicos y la infraestructura asociados al grupo político no se proyectarían, según se ha razonado, sobre el ejercicio del derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE.

Por otra parte, el distinto trato que el art. 73.3 LBRL y, en su aplicación, el Acuerdo impugnado otorgan a los recurrentes está justificado en la diferente situación en la que se encuentran, al no haberse incorporado al grupo político constituido por la formación electoral por la que fueron elegidos: puede someterse a un régimen jurídico parcialmente diferente a los representantes que no se integran en el grupo político constituido por la formación en la que concurrieron a las elecciones respecto de aquellos que sí lo hacen, todo ello sin perjuicio de respetar las facultades de representación que son propias del cargo electo, pues, como se ha indicado, el diferente trato que se otorga en este caso a los diputados no adscritos no conlleva una limitación de las facultades que constituyen el núcleo de sus funciones representativas.

En definitiva, las diferencias invocadas no carecen de una justificación objetiva y razonable y son proporcionadas con los fines que se persiguen, por lo que tampoco por este motivo puede ser apreciada la lesión del principio de igualdad que aducen los demandantes de amparo.

OCTAVO.- Una vez descartado que la aplicación de lo dispuesto en el art. 73.3 LBRL haya lesionado los derechos fundamentales aducidos por los recurrentes en amparo, así como que la lesión efectivamente producida a través del Acuerdo impugnado traiga causa de la aplicación de dicho precepto, no procede dar respuesta a la alegación por la que se cuestiona la constitucionalidad

del art. 73.3 LBRL, ya que el proceso de amparo no es el procedimiento adecuado para efectuar juicios abstractos de constitucionalidad de normas (SSTC 93/1995, de 19 de junio, FJ 4; 83/2000, de 27 de marzo, FJ 2, entre otras muchas).

Tampoco procede examinar la queja por la que se aduce que el referido precepto legal se ha aplicado a un supuesto distinto del previsto en la norma (según alegan los recurrentes, lo dispuesto en este precepto legal resulta de aplicación al fenómeno del transfuguismo, supuesto éste que, a su juicio, no concurriría en el presente caso), al ser ésta una cuestión ajena al derecho fundamental que los recurrentes consideran vulnerado. Por los mismos motivos debe rechazarse la queja por la que se aduce que el Acuerdo impugnado no ha sido dictado siguiendo el procedimiento administrativo que el recurrente considera que hubiera debido seguirse para adoptar esa decisión.

NOVENO.- Como hemos señalado en resoluciones anteriores dictadas en supuestos similares a éste (por todas, STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 6), el otorgamiento del amparo requiere precisar el alcance de nuestro fallo, toda vez que en la fecha en la que pronunciamos esta Sentencia ha finalizado ya el mandato para el que los recurrentes fueron elegidos y en el que se adoptó el Acuerdo impugnado. Por este motivo, no cabe adoptar en el fallo de esta Sentencia una medida destinada al pleno restablecimiento del derecho vulnerado por el Pleno de la Diputación de Alicante, de suerte que la pretensión de los demandantes de amparo ha de quedar satisfecha mediante la declaración de la lesión de su derecho recogido en el art. 23 CE y la nulidad del Acuerdo que impidió su ejercicio.

## FALLO

Otorgar el amparo solicitado por D<sup>a</sup> María Teresa, D<sup>a</sup> María Loreto, D. Francisco Javier y D. José Antonio y, en consecuencia:

PRIMERO.- Reconocer su derecho a la participación política en condiciones de igualdad (art. 23 CE).

SEGUNDO.- Declarar la nulidad del Acuerdo adoptado por el Pleno de la Diputación Provincial de Alicante, en la sesión celebrada el 15 de abril de 2004, en lo que respecta a la privación del derecho a votar en las comisiones informativas.

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

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



# TS PENAL

2009/120234

TS Sala 2ª, Sentencia 27 mayo 2009. Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Derecho de repetición frente a responsable de los daños

## Inclusión de aseguradora como perjudicada en delito de incendio

*Interponen recurso de casación el condenado como autor de un delito de incendio y la aseguradora personada como actor civil. El TS desestima el recurso del acusado puesto que ha quedado probado que el mismo cogió una garrafa de gasolina y vertió la misma sobre un vehículo que estaba en una plaza de garaje al tiempo que también prendió fuego a diversos trasteros. Respecto al recurso de la aseguradora la Sala lo estima en el sentido de incluir a la misma como perjudicada, que devengará del acusado, como responsable civil, las cantidades dinerarias que en período de ejecución de sentencia se determinen abonadas a los titulares de los bienes afectados por el incendio.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del acusado, Anton.

PRIMERO.- Por vía del art. 849.1 L.E.Cr., se denuncia infracción de ley por indebida inaplicación del inciso segundo del art. 351 C.P. El recurrente sostiene que la actuación del acusado generó un peligro de menor entidad, como así lo apreció el Fiscal al modificar sus conclusiones provisionales y calificar definitivamente los hechos subsumiéndolos en el precepto que ahora invoca.

El motivo debe ser desestimado.

De entrada, debe señalarse que la modificación de la calificación efectuada por el Ministerio Fiscal -que habría determinado una eventual vulneración del principio acusatorio- vinculaba al Tribunal al existir otra parte procesal (la acusación particular) que interesó la aplicación del tipo penal por el que definitivamente fue condenado el acusado.

En lo que hace al "error iuris" que se predica por el recurrente, en ningún caso puede aceptarse la pretensión impugnativa que éste propugna. No es sólo que en la declaración de Hechos Probados -que debe ser escrupulosamente respetada, dada la vía casacional utilizada- el Tribunal sentenciador consigne expresamente que el acusado produjo un incendio de gran importancia, con tres focos diferentes en las dos plantas de aparcamientos y focos además en el interior de varios trasteros, siendo el trastero más afectado el núm.002, creando un claro y muy grave peligro para la vida e integridad física de las numerosas personas que habitaban en el edificio. Es que este último

primera de aparcamientos y vertió gasolina sobre el vehículo Jaguar S-Type, matrícula MA-.DF, situado en la plaza de aparcamiento núm. 20 y le prendió también fuego.

De esa forma, produjo un incendio de gran importancia, con tres focos diferentes en las dos plantas de aparcamientos y focos además en el interior de varios trasteros, siendo el trastero más afectado el núm.002, creando un claro y muy grave peligro para la vida e integridad física de las numerosas personas que habitaban en el edificio, ya que de haber explotado alguno de los citados vehículos la estructura del edificio hubiera sufrido serios e irreparables desperfectos, pues, aún sin producirse la referida explosión, parte del forjado del techo de la segunda planta de aparcamientos se desprendió, cayendo sobre el vehículo MA-6796-BY y el ciclomotor Piaggio Liberty.....-YYL, resultando también afectado el aljibe del edificio, ello sin contar con el evidente peligro creado para las personas que se hubieran encontrado allí o accedieran en el momento. Afortunadamente, gracias a la intervención de la Policía Local de Málaga, y a la rápida y eficaz intervención del Real Cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Málaga, con la ayuda de un croquis elaborado por D. Pablo Jesús, arquitecto técnico y presidente de la Comunidad de Propietarios, sólo hubo que lamentar los desperfectos materiales que se describirán. A consecuencia del incendio referido, que generó un intenso humo y gran temperatura, quedaron afectados además del forjado del sótano y aljibe, un gran número de vehículos, la totalidad de los trasteros, la instalación eléctrica, los bajantes del agua, el sistema de ventilación de los sótanos, etc.

Este Tribunal Supremo ha considerado (SS 1284/98, de 3 de octubre; 1457/99 de 2 de noviembre y 1208/2000 de 7 de julio), que los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal del art. 351 del C.P. (incendio) son tanto el patrimonio de las personas, como la vida e integridad física de las mismas, y ha considerado (SSTS 2201/2001, de 6 de marzo de 2002; 724/2003 de 14 de mayo) que el peligro para la vida e integridad física de las personas desencadenado por el fuego, a que se refiere el art. 351 del C.P., no es el necesario y concreto (exigido en cambio para el delito de estragos en el art. 346 del C.P.) sino el potencial o abstracto (STS 1263/2003, de 7 de octubre). Según se argumenta en la sentencia 1457/99, la consideración de delito de riesgo abstracto se ha acentuado en la medida en que en el inciso segundo del art. 351 se prevé una atenuación de la pena cuando la entidad del peligro sea menor. Conforme a la doctrina expuesta en la sentencia 381/2001 de 13 de marzo, el tipo del art. 351 del C. Penal, no exige la voluntad de causar daños personales. La intención del agente

en este delito ha de abarcar sólo el hecho mismo de provocar el incendio, no el peligro resultante para las personas aunque este debe ser conocido por él (dolo eventual SSTS142/97, de 5 de febrero): (SSTS 2201/2001, de 6 de marzo de 2002 y 724/2003, de 14 de mayo). En nuestra STS de 3 de diciembre de 2.007, reiterábamos que el delito de incendio del art. 351 del C. Penal "ha sido configurado por esta Sala como un delito de peligro abstracto (STS núm. 1342/2000, de 18 de julio; STS núm. 1585/2001, de 12 de septiembre; STS núm. 2201/2001, de 6 de marzo de 2002; STS núm. 753/2002, de 26 de abril), aunque más modernamente se ha precisado su conceptualización como delito de peligro hipotético o potencial.

Como se dice en la STS núm. 1263/2003, de 7 de octubre, "en estas modalidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro". En consecuencia, el delito deberá considerarse consumado cuando el fuego se haya iniciado en condiciones que supongan ya, desde ese momento, la existencia del peligro para la vida o la integridad física de las personas, aun cuando la intervención de terceros impida su concreción y desarrollo efectivos. A la luz de esta doctrina jurisprudencial, resulta patente que la reclamación casacional no puede prosperar, y que la argumentación de la sentencia recurrida al excluir la aplicación del tipo atenuado, no admite reparo, puesto que aunque no hubo víctimas, no debe olvidarse que el tipo penal básico aplicado sanciona a quienes provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas. Los posibles resultados lesivos o letales integran otras infracciones sancionables, en su caso, en concurso con el delito de incendio. La consumación del delito únicamente requiere que el fuego ocasionado alcance una dimensión suficiente para que su propagación pueda poner en peligro la vida o integridad física de las personas, no requiriendo que efectivamente se produzca un resultado lesivo para las mismas.

Ahora bien, en los casos en que la entidad del peligro sea menor, atendidas las demás circunstancias del hecho, se concede a los Jueces o Tribunales la facultad de imponer la pena inferior en grado a la prevista en el inciso primero del artículo citado. La menor entidad tiene un alcance esencialmente objetivo y debe indagarse a la vista de las circunstancias presentes teniendo en cuenta singularmente la intensidad



del riesgo de propagación y consiguiente peligro para la vida o integridad física de las personas, siendo ello consecuencia de los medios empleados para causarlo, lugar de aplicación de los mismos, incluso naturaleza de los materiales.

Y es claro que en el caso examinado, esparcir gasolina en un aparcamiento sobre varios coches y prenderles fuego, así como en varios trasteros produciendo un incendio "de gran importancia, como lo acredita el resultado que se especifica en el "factum", con potencialidad enorme si el incendio ya producido hubiera alcanzado a elementos tan peligrosos como los depósitos de combustible de otros coches o el depósito de gas del edificio, no es causante de un riesgo menor para la vida e integridad física de las personas que a esa hora de la madrugada de un domingo, pernoctaban en las viviendas del edificio, sino de un peligro manifiestamente grave.

De manera que, partiendo de la actividad desarrollada por el acusado que se describe en el "factum", del empleo de gasolina para prender fuego a vehículos y trasteros, no puede ponerse en duda que las posibilidades -y, aun, grandes probabilidades- de propagación desde el momento del inicio del fuego, son evidentes. Y, por lo mismo es clara la existencia de un peligro para la vida o la integridad física de las personas que se encontraban en el interior de las viviendas, habida cuenta de la potencialidad de la conducta para su creación, una vez afirmada la existencia de un evidente riesgo de propagación. No es preciso, como se dijo más arriba, que exista un peligro concreto para la vida o la integridad física, bastando el hipotético o potencial.

SEGUNDO.- Por la misma vía se alega aplicación indebida de la agravante 2ª del art. 22 C.P., que no había sido solicitada por la acusación pública pero sí por la particular. La sentencia, siguiendo la doctrina de esta Sala, explica que la agravante en cuestión, consistente en el aprovechamiento de las circunstancias de tiempo y lugar que debiliten la defensa de los ofendidos y faciliten la impunidad del delincuente, y que tales elementos concurren en la acción del acusado.

Aunque ciertamente el recurrente no lo plantea, cabría considerar que si la concurrencia del componente típico del delito del riesgo para la vida e integridad de las personas producido por el incendio se encuentra fundamentada -entre otras causas- en la hora intempestiva en que el acusado prendió los fuegos y el lugar solitario en que tales acciones se llevaron a cabo, y que estas circunstancias fueron de indudable trascendencia para generar el grave peligro que se originó para los habitantes del edificio, no parecerá que esas mismas circunstan-

cias se tomen para fundamentar el presupuesto fáctico de la agravante.

En lo que atañe al lugar, siendo así que el incendio se produjo al prender fuego a los coches y a los trasteros, el espacio geográfico en el que se encontraban forma parte integrante de la acción típica en cuanto que el incendio ocasionado tuvo que producirse donde estaban ubicados aquéllos. Sin embargo, el momento elegido por el acusado para ejecutar la acción delictiva sí que resulta determinante para aplicar la agravante, toda vez que a la hora en que se llevó a cabo, facilitaba la conducta delictiva y la impunidad del autor, que pudo actuar con toda comodidad y abandonar el escenario lejos de la observación de cualquier persona. Y en este punto debe señalarse que aunque la hora en que se ocasionó el incendio coadyuvó a generar el peligro para los moradores del inmueble, dado el método comisivo utilizado, el mismo riesgo o poco menos se hubiera producido de provocar el incendio en horas diversas.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Seguidamente se impugna la inaplicación de la atenuante del art. 21.1, como muy cualificada, de trastorno mental, que debería haber sido aplicado en lugar de la analógica del art. 21.6 C.P. El Tribunal a quo ha aplicado la atenuante analógica tras haber analizado los dos informes periciales elaborados al respecto, un por el perito de parte y otro por el médico forense. Del primero señala que el psiquiatra examinó al acusado cuatro meses después del incendio y que desde entonces lo tiene en tratamiento, estimando que aquél actuó bajo una psicosis reactiva breve que mermaba sensiblemente sus facultades intelectivas y volitivas. Pero la Sala sentenciadora pone en cuarentena la eficacia probatoria de este dictamen al apreciar "la escasa consistencia del informe psiquiátrico, basado en gran parte en suposiciones".

Junto a ello, el Tribunal ha valorado el informe del médico-forense, que examinó al acusado sólo dos días después de los hechos, y que en relación con la exploración psíquica "no le encontró enfermedad alguna de tipo psicótico, aun cuando advirtió una personalidad con síntomas ansioso-depresivos".

En el ejercicio de su soberana facultad de valoración de la prueba, el Tribunal no ha considerado probada una perturbación especialmente importante de las facultades cognoscitivas y/o volitivas del sujeto que produjeran una grave minoración de su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de actuar de manera distinta, por lo que, aún aceptando una cierta "alteración" de esas facultades intelectivas y volitivas, aprecia, razonada y razonablemente, la atenuante analógica.

El motivo debe desestimarse.

CUARTO.- También al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. se denuncia, por último, infracción de ley por inaplicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 C.P., como muy cualificada, y no la analógica del art. 21.6. El motivo se sustenta en el hecho probado de que el acusado presentó con anterioridad al plenario un aval por importe de 82.856,57 euros, en garantía de pago de la indemnización que habría de fijar el Tribunal.

Es de interés destacar especialmente que el acusado no hizo entrega de cantidad alguna a los perjudicados individuales que sufrieron daños en sus bienes materiales propios, ni tampoco a la Comunidad de Propietarios por los graves desperfectos causados en las zonas comunes del inmueble. Se limitó a aportar un aval bancario ante el órgano jurisdiccional como garantía del cumplimiento de una obligación futura de indemnización de los daños y perjuicios causados, conducta ésta que puede fundamentar -según los casos- la aplicación de la atenuante ordinaria, pero no la muy cualificada (véase, STS de 5 de febrero de 2.007). Este criterio se ratifica en numerosas sentencias de las que podemos citar como particularmente expresiva al examinar un supuesto igual al presente, la STS de 16 de septiembre de 2.003, en la que ratificábamos la exclusión por la Sala de instancia de la apreciación como muy cualificada de esta atenuante de reparación del daño aunque tal reparación haya sido total, ya que "el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que pretende la Defensa".

Y argumentábamos que del mismo modo que esta Sala ha declarado que esta atenuante es un tanto selectiva y discriminatoria, en cuanto que deja fuera de sus posibilidades a las personas que carecen de recursos económicos, pero también sería injusto prescindir de ella en los casos en que el autor desarrolla una conducta activa de reparación o disminución del daño y que es cierto que no es necesaria exclusivamente una actuación indemnizatoria de carácter económico ya que la atenuante pudiera tener entrada en los supuestos en que se produce la restitución de los bienes o cuando el culpable trata de reparar los efectos del delito por otras vías alternativas, como la petición de perdón o cualquier otro género (donación de sangre) de satisfacción que, sin entrar directamente en el tipo podrían tener un cauce por el camino de la analogía, debe subrayarse que la aplicación de la circunstancia como muy cualificada requiere la verificación de un especial esfuerzo del

acusado para mitigar o compensar las consecuencias del delito cuando éste tiene contenido económico. No es asumible que a quien con sacrificio y renuncia repara siquiera parcialmente el daño causado por el delito cometido le sea apreciada la atenuante simple y a quien la reparación total no le ocasiona esfuerzo por su solvencia patrimonial, le sea aplicada la atenuante como muy cualificada. En el mismo sentido, incluso se excluye la atenuante ordinaria en las SS.T.S. de 19 de enero de 2.006 y 28 de febrero de 2.004 entre otras muchas por el hecho de que el acusado haya efectuado la consignación de dinero en vísperas del juicio para el caso de que fuese condenado, pero sin solicitar que esa cantidad fuese entregada a los perjudicados por el delito. El motivo debe ser desestimado.

Recurso de "ALLIANZ", Compañía Aseguradora.

QUINTO.- Un solo motivo formula esta recurrente, personada en el procedimiento como actor civil, denunciando por el cauce del art. 849.1º L.E.Cr., la inaplicación del art. 110 C.P. en relación con los arts. 110 L.E.Cr. y 1.203, 1.209 y 1.210 C. Civil, porque el Tribunal de instancia ha excluido la indemnización solicitada por la recurrente en su calidad de perjudicada. Alega el motivo que, contra lo que declara la sentencia, la recurrente no ejercitó en ningún momento la acusación particular, como consta expresamente en el escrito de personación de 29 de mayo de 2.006 y también en el escrito de calificación de 10 de octubre de 2.007, participando única y exclusivamente como actor civil y por ello disiente de la afirmación que contiene la sentencia cuando señala que tanto la comunidad de propietarios como la empresa Huevos y Carnes Málaga, S.A., titulares dominicales de bienes afectados notablemente por el incendio, tiene perfecto derecho a ejercitar la acusación particular. No así las compañías aseguradoras, Allianz, Agrupación Mutua Aseguradora y Ama, pues ninguna de ellas ha estado afectada por el incendio, por lo que no cabe admitirlas como titulares de la acción penal, al no estar directamente perjudicadas por el delito, según el art. 110 de la L.E.Cr. La fuente de su obligación es independiente y deriva del contrato de seguro suscrito con su respectivo asegurado, que en este caso sí es directamente perjudicado por el delito.

A las aseguradoras les asiste, en su caso, el derecho de repetición frente al responsable de los daños en los términos definidos en la Ley de Contrato de Seguro (art. 43), según sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1.991 y 18 de febrero de 2.003, esta última en ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz. Terceros sólo son, por tanto, los que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo y no los titulares de

una acción de repetición ni los que estén enlazados con la víctima con relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible y que, en realidad, no derivan de él sino de la sentencia condenatoria. Argumenta la recurrente que el art. 110 C.P. previene la inexcusable obligación del autor de un delito o falta de reparar el daño e indemnizar los perjuicios que su conducta ha producido. Y salvo que las acciones civiles se hayan reservado para su ejercicio en el orden civil, la sentencia debe inexcusablemente amparar y conceder esa reparación o indemnización. Pues bien, ello no ocurre con la hoy recurrida, al haberse infringido el precepto ya indicado. Resulta que, pese al ejercicio de las acciones civiles, la sentencia deja sin reparar ni indemnizar la gran mayoría de los daños y perjuicios producidos en el incendio, y satisfechos por las aseguradoras. Daños y perjuicios que están perfectamente acreditados en autos, así como las constantes manifestaciones de los perjudicados de que fueron abonadas por aquéllas.

Al excluirse a Allianz de la condición de perjudicada se vulnera tanto su derecho a ejercitar la acción civil en sede penal, como la obligación de atender las responsabilidades civiles que el delito ha generado. Con el paradójico agravante de que se ha contemplado una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal consistente en la reparación del daño, por haberse aportado un aval para garantizar las indemnizaciones que fijara la sentencia, y, sin embargo, los perjuicios más cuantiosos quedan excluidos de la sentencia, con notable infracción del art. 110 C.P. citado. En un informe tan extenso como documentado en la doctrina jurisprudencial de esta Sala y jurídicamente irreprochable con el que nos hace gracia, el Ministerio Fiscal muestra su "apoyo expreso" al motivo formulado por el recurrente, y que, por sus propios fundamentos debe ser estimado. Así, se cita la STS de 24 de febrero de 2.005 que expresa que "para resolver este problema, es decir, si una compañía aseguradora que cubre un determinado riesgo, y que a consecuencia de la acción u omisión de su asegurado, satisface el importe de la indemnización pactada en la póliza o legalmente establecida (como en los casos de seguro obligatorio) al perjudicado por el delito, puede subrogarse en la posición de éste, en el seno del procedimiento penal y actuando como tercero civil perjudicado, reclamar del acusado el importe de lo satisfecho en nombre de éste al directamente perjudicado por el delito, hemos de partir de las posiciones jurídicas de las partes en conflicto.

En efecto, será perjudicado por el delito, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia del mismo, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que reparar sus consecuencias civiles, pero dentro siempre del ámbito de la víctima,

nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo. Así, para poner un ejemplo, en la mecánica comisiva derivada de un accidente de tráfico ocasionado con imprudencia punible, no solamente será perjudicado el directamente afectado por la acción u omisión del sujeto activo del delito (que incuestionablemente lo es), sino todas aquellas personas que, por ese hecho, se vean en la obligación de realizar gastos, prestar servicios o satisfacer indemnizaciones. De ese modo, son terceros perjudicados las entidades de asistencia sanitaria que presten cualquier servicio para solventar la salud del accidentado o quien afronte las prestaciones económicas de cualquier tipo para aminorar o reparar las consecuencias del ilícito cometido. Ese tercer perjudicado siempre habrá de estar en la órbita jurídica del dañado o lesionado por el delito, nunca en la posición del causante del daño, imputado en la comisión delictiva, porque los que ostentan este estadio procesal, serán responsables directos o subsidiarios de la infracción penal, nunca terceros perjudicados por la misma, a los efectos de poder reclamar lo que tengan por conveniente de tal acusado en el proceso civil correspondiente, fuera siempre del proceso penal".

De donde, ciertamente, se infiere que pueden distinguirse dos supuestos distintos dependientes de la posición en el proceso del asegurado. Cuando el asegurado es el autor del delito, es claro que si la compañía aseguradora, en virtud de contrato o de la ley, quiere repetir el importe de lo pagado a un tercero perjudicado como consecuencia de tal delito en nombre de su cliente (asegurado), deberá verificarlo en el proceso civil que a su derecho convenga, pero nunca en el proceso penal, y ello como consecuencia de varias razones: en primer lugar, porque el pago no es consecuencia del delito, sino de su propio contrato, como ya hemos afirmado; en segundo lugar, porque la posición jurídica de la aseguradora del propio acusado se convierte de esta forma en contraria a los intereses de éste en el proceso penal, de modo que ostentaría una acción civil, que se contraponen con los intereses de su mismo asegurado; en tercer lugar, porque esta dualidad de posiciones, y las cuestiones que se solventan en el proceso penal, no es el ámbito adecuado para resolver los problemas derivados del contrato que quisiera hacer efectivo tal compañía aseguradora, porque el proceso penal no es el espacio más idóneo para desenvolver los problemas derivados de las excepciones procesales, dilatorias o perentorias, o la misma interpretación del contrato, en el caso de que el asegurado pudiera oponerlas; ello sin contar con que, en muchos casos, se produciría la pretensión de un ilícito enriquecimiento, pues la aseguradora pretendería repetir aquello a lo que ya estaba obligada por el contrato (la indemnización al perjudicado); en cuarto lugar, porque el contenido del art. 117 del

C. Penal es suficientemente explícito al respecto, desde nuestro punto de vista. Dicho precepto dice así:

"Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda". Esto es, tales aseguradores ostentan frente al ámbito jurídico de la víctima la condición de responsables directos hasta tal límite de lo pactado o legalmente establecido, pero con respecto a la órbita del causante de la infracción penal, que es el acusado, o lo que es lo mismo, su asegurado, si bien pueden ostentar algún derecho de repetición, la ley penal -en el precepto transcrito- les reserva tal acción, pero deberán ejercitarla en el procedimiento civil correspondiente, no en sede del proceso penal.

Hasta aquí perfecto, pero cuando la aseguradora cubre responsabilidad civil en el ámbito de la víctima la solución debe ser distinta. Siguiendo a la STS de 1 de marzo de 2.007, indicaremos que el Pleno no jurisprudencial de esta Sala ha señalado, el 30 de enero de 2.007, recogiendo la actual doctrina jurisprudencial que, "cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, aquélla sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actora civil subrogándose en la posición del perjudicado". Y, con cita de la STS de 22 de noviembre de 2.002, explicábamos que "La doctrina de esta Sala a lo largo de muchos años ha venido entendiendo que cuando los daños patrimoniales a indemnizar a favor, no del agraviado, por el delito, sino de terceras personas, como lo eran las compañías de seguros, las acciones civiles correspondientes no podían ejercitarse en el proceso penal, sino de modo separado ante la jurisdicción civil. Se fundaba tal jurisprudencia en la expresión "por razón del delito" utilizada en el art. 104 CP anterior. Se decía que el daño no se había producido por el delito sino por el contrato. Ciertamente podría haberse dicho que lo había producido el delito aunque indirectamente a través del contrato.

Lo cierto es que nuestro legislador conocía este problema y el alcance que esta sala venía dando a esta expresión "por razón del delito", y cuando se redacta el nuevo art. 113 CP 95, que reproduce casi literalmente el texto del anterior 104, hace desaparecer esta expresión. A la vista de tal modificación legislativa en-

tendemos que es ahora más adecuado al espíritu de la Ley el que esa acción de reembolso pueda ejercitarse dentro del proceso penal". Todas estas consideraciones avalan la estimación del motivo, por lo que la sentencia de instancia habrá de casarse en este extremo, dictándose otra por esta Sala en la que condene al acusado en concepto de responsabilidades civiles a las cantidades dinerarias abonadas por las Compañías aseguradoras a los directamente perjudicados por el delito que se concreten en período de ejecución de sentencia.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación del actor civil Allianz; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, de fecha 30 de septiembre de 2.008, en causa seguida contra el acusado Anton por delito de incendio. Se declaran de oficio las costas procesales. Asimismo, debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado Anton contra anterior sentencia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Gimenez García.- Julián Sánchez Melgar.- José Ramón Soriano Soriano.- Francisco Montero Ferrer.- Diego Ramos Gancedo.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de mayo de dos mil nueve. En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 10 de Málaga con el núm. 776 de 2.003 y seguida ante la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, por delito de incendio contra el acusado Anton, natural de Madrid y vecino de Málaga, nacido el día 9 de agosto de 1.973, con D.N.I. núm.003, hijo de Juan y de Mercedes, de solvencia no acreditada, sin antecedentes penales, en libertad provisional de la que estuvo privado, en razón a esta causa, desde el día 3 de febrero al día 19 de mayo de 2.003, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 30 de septiembre de 2.008, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

## ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los que figuran en la primera sentencia de esta Sala y, en lo que no se opongán a ellos, los que constan en la sentencia recurrida.

## FALLO

Que, manteniendo y ratificando en su integridad el fallo de la sentencia recurrida, debe completarse el mismo en el sentido de incluir como perjudicada por el delito a la Compañía Aseguradora "ALLIANZ", actor civil en el proceso, que devengará del acusado, como responsable

civil, las cantidades dinerarias que en período de ejecución de sentencia se determinen abonadas a los titulares de los bienes afectados por el incendio.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Gimenez García.- Julián Artemio Sánchez Melgar.- José Ramón Soriano Soriano.- Francisco Monterde Ferrer.- Diego Antonio Ramos Gancedo.

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

que se dictan instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y se actualizan para el año 2007 las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio.

En el Anexo XI de la citada Resolución, en el apartado b) del punto 4.2, se establece el importe mensual del complemento transitorio del puesto, para los puestos adscritos a todos los funcionarios de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia y, además, que se continuará percibiendo en concepto de complemento transitorio del puesto las retribuciones complementarias que se encuentran previstas en el artículo 8.1 Real Decreto 1909/2000, de 24 de noviembre.

4.- En fecha 27 de agosto de 2007, se publica en el Boletín Oficial del Estado (núm. 205), el Real Decreto 1033/2007, de 20 de julio por el que se determinan los puestos tipo de las unidades que integran las oficinas judiciales y otros servicios no jurisdiccionales y sus correspondientes valoraciones, a efectos del complemento general de puesto de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

SEGUNDO.- La recurrente funda su recurso en la supuesta vulneración de lo dispuesto en el artículo 31, uno c) de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 que determina el importe, referido a 12 mensualidades, del complemento general del puesto para el año 2007 para los funcionarios de los distintos Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, con una equiparación a los 4 puntos que perciben los funcionarios destinados en los órganos y localidades del artículo 8.1 d) y e) del Real Decreto 1909/2000, de 24 de noviembre, que percibían 3 puntos hasta dicha disposición.

Por la Resolución de 2 de enero de 2007, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, se dan instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la ley 30/1984, de 2 de agosto, y se actualizan para el año 2007 las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la LPGE para dicho ejercicio, establece en su Anexo XI 4º 4.2 b) que se continuarán percibiendo en concepto de complemento transitorio del puesto las retribuciones complementarias que se encuentran previstas en el artículo 8.1 del Real Decreto 1909/2000, de 24 de noviembre.

Por su parte, el Real Decreto 1033/2007, de 20 de julio, establece en el apartado primero de su Disposición Transitoria Única (aunque por error se dice en la demanda Adicional Única) que:

“ En tanto que no se produzcan los procesos de acoplamiento y nombramiento de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia incluidos en el ámbito de aplicación de este Real Decreto, para desempeñar puestos de trabajo incluidos en las relaciones de puestos de trabajo aprobadas conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, continuará vigente el Real Decreto 1714/2004, de 23 de julio, por el que se fija el régimen retributivo de los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, Tramitación Procesal y Administrativa, Auxilio Judicial y de los Técnicos Especialistas y Ayudantes de Laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y, en los términos previstos en éste, el Real Decreto 1909/2000, de 24 de noviembre, por el que se fija el complemento de destino de los funcionarios de los Cuerpos de Médicos Forenses, Técnicos Facultativos del Instituto de Toxicología, Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, Técnicos Especialistas, Auxiliares de Laboratorio del Instituto de Toxicología y Agentes de Laboratorio a extinguir del Instituto de Toxicología ”.

Sostiene la recurrente, que este Real Decreto, al mantener la vigencia del artículo 8.1 del RD 1909/2000, impide, de acuerdo también con la Resolución antes citada, la equiparación a 4 puntos prevista en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en el apartado 31, Uno c) entre los funcionarios destinados en los órganos y localidades previstos en este apartado y los de los apartados d) y e) del mismo artículo, manteniéndose una diferencia de 26,57 euros mensuales.

En consecuencia, sostiene la nulidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la ley 30/1992, de la Disposición Transitoria Única del RD 1033/2007, por vulnerar el principio de jerarquía normativa.

TERCERO.- Por otra parte, la recurrente entiende que el RD impugnado contempla una clasificación de puestos tipo a efectos de complemento general del puesto que en el caso de la localidad de Murcia no se corresponde con la prevista para el régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, establecido por la ley 15/2003, de 26 de mayo, ni tampoco con la prevista para el Cuerpo de Secretarios Judiciales por RD. 1130/2003, pues en ambos casos Murcia aparece en el grupo 2, siendo así que en el RD. impugnado se encuadra en el grupo III, por lo que a su juicio sufren una discriminación por cuanto un porcentaje de dicho complemento forma parte de las retribuciones básicas de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia que según lo previsto en el artículo 516.A) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deben ser iguales que las previstas para la carrera judicial y fiscal.

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/190315

TS Sala 3ª, Sección: 7, Sentencia 17 julio 2009. Ponente: D. José Díaz Delgado

### Nulidad parcial del RD 1033/2007 a efectos del complemento general de puesto de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia

*El TS estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por CSI-CSIF, contra el RD 1033/2007, por el que se determinan los puestos tipo de las unidades que integran las oficinas judiciales y otros servicios no jurisdiccionales y sus correspondientes valoraciones, a efectos del complemento general de puesto de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, y declara la nulidad de la disposición transitoria única, apartado primero. La Sala da la razón a la recurrente en el motivo que alega infracción del art. 31, uno c) Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, que determina el importe, referido a 12 mensualidades, del complemento general del puesto para el año 2007 para los funcionarios de los distintos Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, con una equiparación a los 4 puntos que perciben los funcionarios destinados en los órganos y localidades del art. 8.1, d) y e) RD 1909/2000, que percibían 3 puntos hasta dicha disposición.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aparecen como premisa fáctica del presente recurso contencioso-administrativo los siguientes hechos:

1.- En fecha 30 de noviembre de 2000, se publica en el Boletín Oficial del Estado, el Real Decreto 1909/2000, de 24 de noviembre, por el que se fija el complemento de destino de los funcionarios de los Cuerpos de Médicos Forenses, Técnicos Facultativos del Instituto de toxicología, oficiales, auxiliares y agentes

de la Administración de justicia, Técnicos especialistas, Auxiliares de laboratorio a extinguir del Instituto de Toxicología.

2.- En fecha 29 de diciembre de 2006, se publica en el Boletín Oficial del Estado, la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

3.- En fecha 3 de enero de 2007, se publica en el Boletín Oficial del Estado, la Resolución de 2 de enero de 2007, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos por la

CUARTO.- El Abogado del Estado, al contestar la demanda, mantiene la legalidad del RD impugnado, partiendo de la base que el mismo se incardina dentro de una compleja y general reforma de la Administración de Justicia y de sus Cuerpos Funcionariales, en particular las novedades introducidas por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que crea la denominada Oficina Judicial, que se prevé se implantará progresivamente.

Alega seguidamente el Abogado del Estado que la propia Ley Orgánica 19/2003, en la Disposición Transitoria Quinta, contempla esta situación al disponer que:

“1. Hasta tanto se fije la cuantía de las nuevas retribuciones previstas en el título II del libro V de esta Ley, los funcionarios del Cuerpo de Secretarios Judiciales y el resto de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia continuarán percibiendo las retribuciones previstas en el Real Decreto 1130/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el régimen retributivo del Cuerpo de Secretarios Judiciales; en la Ley 17/1980, de 24 de abril, sobre régimen retributivo de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia; en el Real Decreto 1909/2000, de 24 de noviembre, por el que se regula el complemento de destino de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia; la Orden Pre/1417/2003, de 3 de junio, por la que se regulan las retribuciones complementarias por servicio de guardia del personal al servicio de la Administración de Justicia y en las demás normas retributivas vigentes en el momento de la entrada en vigor de esta Ley.

2. Sin perjuicio de lo anterior, se autoriza al Gobierno para que, mediante Real Decreto, una vez publicada esta Ley Orgánica, fije transitoriamente para el año 2004 las cuantías y fecha de efectos de las retribuciones básicas y complementarias que procedan, en relación con los funcionarios a los que se refiere la disposición adicional cuarta de esta ley.

3. Hasta tanto se produzcan los procesos de acoplamiento y nombramiento a que se refiere la disposición transitoria cuarta, se entenderá que los funcionarios siguen prestando servicio en sus actuales destinos”.

De la misma forma, recuerda el Abogado del estado que en cumplimiento de la Disposición Transitoria de la LOPJ transcrita, se promulgó el Real Decreto 1714/2004, que fijó para el año 2004 el régimen retributivo de los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, Tramitación Procesal y Administrativa, Auxilio Judicial y de los Técnicos Especialistas y Ayudantes de Laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Este régimen transitorio actualmente sigue coexistiendo con los artículos vigentes del Real Decreto 1909/2000. El Real Decreto 1714/2004 no incluyó a los Médicos Forenses, ya que la Disposición Adicional Cuarta a la que se remite la Disposición Transitoria Quinta de la LO 19/2003, no recogía entre el personal al servicio de la Administración de Justicia a este Cuerpo.

En consecuencia, para la demandada, en el marco legal expuesto, hasta la promulgación del RD 1033/2007, las retribuciones básicas y complementarias del personal al servicio de la Administración de Justicia se regulaban en las siguientes normas:

Real Decreto 1714/2004, de 23 de julio, por el que se fija el régimen retributivo de los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa, Tramitación Procesal y Administrativa, Auxilio Judicial y de los Técnicos Especialistas y Ayudantes de Laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Real Decreto 1909/2000, de 24 de noviembre, por el que se fija el complemento de destino de los Cuerpos de Médicos Forenses, Técnicos Facultativos del Instituto de Toxicología, Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, Técnicos Especialistas, Auxiliares de Laboratorio del Instituto de Toxicología y Agentes de Laboratorio a extinguir del Instituto de Toxicología.

Por todo ello, concluye que cabe decir que los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1714/2004 percibían, y perciben actualmente como retribuciones complementarias las siguientes:

-complemento transitorio del puesto: que incluye las cantidades previstas en el Real Decreto 1714/2004, mediante una clasificación por grupos de población, y las cantidades previstas en el artículo 8.1 del Real Decreto 1909/2000 como complemento de especial responsabilidad y dificultad que implica el desempeño de la función (es aquí donde para los funcionarios de Gestión, Tramitación y Auxilio se establecen las diferencias de 4 y 3 puntos según los casos).

-otras retribuciones complementarias: donde se incluyen las retribuciones complementarias de los artículos 8.2 y 8.3 del Real Decreto 1909/2000, penosidad del puesto de trabajo y características del destino y plena disponibilidad en el servicio.

A estas cantidades sería necesario sumar las cantidades que en virtud de acuerdos con los sindicatos se están abonando como adelanto del futuro complemento específico.

Recuerda el Abogado del Estado que frente a este complejo régimen

retributivo, la LOPJ vino a establecer un nuevo y más simplificado marco de retribuciones complementarias fijas, en las que según el artículo 519 es necesario distinguir:

- El complemento general del puesto, que retribuirá los distintos tipos de puesto que se establezcan para cada cuerpo.

- El complemento específico destinado a retribuir las condiciones particulares de cada puesto.

Según el artículo 519 de la Ley Orgánica, ambos complementos se fijan de manera diferente:

- El complemento general de puesto, mediante Real Decreto en el que se determinen los puestos tipo de las distintas unidades judiciales de la Oficina Judicial, fijándose su cuantía en la LPGE.

- El complemento específico, en las propias relaciones de puestos de trabajo, fijándose su cuantía individualizada por el Ministerio de Justicia o, en su caso, por las Comunidades Autónomas con competencias asumidas.

Véase, por ejemplo a este respecto, el Acuerdo publicado en el BOE de 19 de junio de 2006, por orden de la Secretaría de Estado de Justicia (Resolución de 11 de mayo de 2006) suscrito entre el Ministerio de Justicia y la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores, cuya lectura revela constantemente la vinculación del complemento específico a las Relaciones de Puestos de Trabajo que han de aprobarse para la puesta en funcionamiento de la nueva Oficina Judicial.

En consecuencia, para la parte demandada, el RD 1033/2007, no hace sino desarrollar el mandato contenido en la LOPJ, estableciendo los diferentes puestos tipo a efectos de complemento general de puesto de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

Por su parte la LPGE para el 2007, también conforme al previsto en la LOPJ, establece la cuantía de ese futuro complemento general de puesto.

Y, frente a las retribuciones complementarias fijas actuales, para establecer en el RD 1033/2007 la cuantía del nuevo complemento general de puesto de los funcionarios de los Cuerpos de Administración de Justicia, se habrían utilizado dos parámetros:

- Las cantidades previstas en el Real Decreto 1714/2004 como complemento transitorio del puesto en función de los diferentes grupos de población.

- Las cantidades, que también integran el complemento transitorio del puesto, previstas en el artículo 8.1

del Real Decreto 1909/2000 como complemento de especial responsabilidad y dificultad que implica el desempeño de la función.

Es aquí donde se ha realizado una equiparación al alza de todos los funcionarios de los Cuerpos de Gestión, Tramitación y Auxilio, de manera que las diferencias que existían entre los que percibían 3 y 4 puntos desaparecen, y todos percibirán la cantidad resultante de los 4 puntos.

El resto de retribuciones complementarias fijas que perciben los funcionarios de la Administración de Justicia, es decir las de los artículos 8.2 y 8.3 del Real Decreto 1909/2000, junto con el adelanto de complemento específico, pasarían a integrar el futuro complemento específico que como hemos señalado se fija en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo.

Por todo ello, el Abogado del Estado llega a estas conclusiones:

1.- El RD 1033/2007, a efectos de complemento general de puesto, no hace sino responder al mandato de la LOPJ, estableciendo el marco normativo de una de las variantes que integran las nuevas retribuciones complementarias fijas de los funcionarios de la Administración de Justicia.

2.- Los diferentes puestos tipo a efectos de complemento general de puesto que se establecen en el Real Decreto 1033/2007 y la determinación de su cuantía en la LPGE, constituyen sólo una de las variantes que integran las nuevas retribuciones complementarias fijas de los funcionarios de Justicia, que se integran con el futuro complemento específico que, como exige la LOPJ, debe fijarse en las relaciones de puestos de trabajo en la nueva oficina judicial.

3.- La razón de ser de esta nueva regulación sería adaptar el marco retributivo de los funcionarios a las características de la nueva oficina judicial. Por tanto, la DT Única del RD 1033/2007 responde a la implantación progresiva de la nueva oficina judicial y al inevitable mantenimiento, durante cierto tiempo, de dos modelos distintos, antiguas secretarías de juzgado y nueva oficina judicial.

4.- Conforme a la propia LOPJ, Disposición Transitoria Quinta, hasta que no se fije la cuantía de las nuevas retribuciones de los funcionarios de la Administración de Justicia, continuarán vigentes las retribuciones establecidas en la normativa anterior.

QUINTO.- Ha de estimarse el presente recurso, pues, aun cuando el Abogado del Estado, con meritorio esfuerzo, trata de hacer lógica la normativa impugnada con la que regula el nuevo planteamiento de la Oficina Judicial, lo cierto es que la Ley de Presupuestos Generales del Estado en su artículo 31.1.c) y en su Dispo-

sición Transitoria Única dice claramente lo que sostiene la recurrente, y es evidente que ni puede ser contraria por otra norma de inferior rango posterior, y que la Ley de Presupuestos citada deroga las leyes anteriores, en todo aquello que se le opongan, y aun cuando de "lege ferenda" quizá debería haber previsto que el complemento contenido en estos preceptos quedaran condicionado a la puesta en marcha de la Oficina Judicial y a la aprobación de las RPT, no lo hace, por lo que es evidente que dada la vigencia temporal de este tipo de leyes, era efectivo desde su entrada en vigor, y la prueba de ello es que precisamente en el último inciso del artículo 31. Uno c) se prevé la actualización de las restantes retribuciones complementarias, sin fijarlas directamente, por lo que hay que entender que si con el complemento cuestionado hubiera querido hacer lo mismo, también lo habría hecho con la misma previsión o condicionamiento.

SEXTO.- En cuanto a la alegación de que este Real Decreto, al mantener la vigencia del artículo 8.1 del RD 1909/2000, impide, de acuerdo también con la Resolución antes citada, la equiparación a 4 puntos prevista en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en el apartado 31, Uno c) entre los funcionarios destinados en los órganos y localidades previstos en este apartado y los de los apartados d) y e) del mismo artículo, ha de aceptarse la tesis de la Abogacía del Estado, al subrayar que el artículo 516 A) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que los conceptos retributivos básicos serán iguales a los establecidos en la Ley para las Carreras Judicial y Fiscal, y el Real Decreto 1033/2007, tiene por objeto la regulación del complemento general del puesto, una de las partes de las retribuciones complementarias fijas.

SEPTIMO.- En consecuencia, procede estimar parcialmente el presente recurso contencioso-administrativo, declarando la nulidad del apartado primero de la Disposición Transitoria Única, sin reconocer la situación jurídica individualizada de los interesados por la misma, sin perjuicio de la posibilidad de que por éstos se ejerciten las acciones correspondientes.

No procede imponer las costas procesales a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 72.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede la publicación de la presente sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

#### FALLO

PRIMERO.- Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo número 164/2007, inter-

puesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Beatriz Martínez Martínez, en nombre y representación de CSI-CSIF, contra el Real Decreto 1033/2007, de 20 de julio, del Ministerio de la Presidencia, por el que se determinan los puestos tipo de las unidades que integran las oficinas judiciales y otros servicios no jurisdiccionales y sus correspondientes valoraciones, a efectos del complemento general de puesto de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, y declarar la nulidad del apartado primero de la Disposición Transitoria Única por ser contraria a derecho, lo anulamos y dejamos sin efecto.

SEGUNDO.- No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas procesales.

TERCERO.- Publíquese esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan José González Rivas.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo De La Cueva.- José Díaz Delgado.- Enrique Cáncer Lalanne.

Publicación.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.



TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 16 junio 2009. Ponente: D. M<sup>a</sup> Luisa Segoviano Astaburuaga

Computan a efectos de trienios

## Servicios prestados como personal estatutario con anterioridad a ser laboral

*Recurre en casación para la unificación de doctrina la demandante, personal transferido del Ministerio de Educación y Ciencia, frente a sentencia que no le computó a efectos de trienios los servicios prestados como personal estatutario en el INSALUD.*

*Estima el TS el recurso y declara que el Acuerdo de homologación dispuso la integración plena y con todos los derechos en el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la CAM, por lo que parece lógico hacer extensivo al caso de autos -personal estatutario, y por ende asimilable al funcionario, que pasa luego como laboral al MEC y de éste a la CAM- el criterio previsto en el art 37 de la norma convencional, de respeto a la antigüedad consolidada por los funcionarios que pasan a laborales, siempre que no haya habido solución de continuidad en el paso a la prestación de servicios bajo un nuevo concepto, interrupción que no consta en este supuesto.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- - El Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Madrid dictó sentencia el 17 de diciembre de 2007, autos 161/07, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> María Rosario contra la Comunidad de Madrid, en reclamación de derecho y cantidad, en la que desestimando la demanda formulada, absolvió a la demandada de los pedimentos en su contra formulados.

Tal y como resulta de dicha sentencia la actora viene prestando servicios para la Comunidad de Madrid-Consejería de Educación, desde septiembre de 1999, con una antigüedad reconocida como personal transferido del Ministerio de Educación y Ciencia de 1 de octubre de 1986.

La demandante prestó servicios para el INSALUD, como personal estatutario desde el 1 de junio de 1981 al 30 de septiembre de 1986, reclamando que se le reconozca dicho periodo en concepto de antigüedad.

Recurrida en suplicación por la parte actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 15 de abril de 2008, recurso 1366/08, desestimando el recurso formulado y, en consecuencia, confirmando la resolución recurrida.

La sentencia entendió que los servicios prestados para el INSALUD no lo fueron en virtud de contratos temporales, sino en virtud de una re-

lación estatutaria, ya eventual ya en propiedad, y esta relación no lo fue con la Comunidad de Madrid sino con el INSALUD, por lo que no procede la aplicación del artículo 37 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid.

Contra la citada sentencia se interpuso por la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia contradictoria la dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 21 de marzo de 2005, recurso 5276/04, firme en el momento de publicación de la recurrida.

La parte demandada ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima procedente el recurso interpuesto.

SEGUNDO.- - Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 21 de marzo de 2005, recurso 5276/04, estimó el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Irene y D<sup>a</sup> Sara contra la sentencia dictada el 24 de junio de 2004 por el Juzgado de lo Social núm. 21 de los de Madrid, en autos núms. 335 y 338/03, seguidos a instancia de las citadas recurrentes contra la Comunidad de Madrid, en reclamación de derechos y cantidad y, revocando parcialmente la sentencia de instancia condenó a la demandada a abonar a las actoras el total de las cantidades reclamadas en la demanda.

Consta en dicha sentencia que las actoras iniciaron su relación laboral con el Ministerio de Educación y Cultura el 21 de mayo de 1990, con la categoría profesional de DUE, teniendo D<sup>a</sup> Sara devengados diez trienios del tiempo de servicios prestados al INSALUD del 7-7-72 al 20-5-90 y D<sup>a</sup> Irene nueve trienios, por el periodo de 1-11-75 al 20-5-90.

El 1-7-99 fueron transferidas a la Comunidad de Madrid, que únicamente les reconoce antigüedad de 21-5-90 y les abona los trienios devengados en el MEC al valor que tenían y no al del Convenio Colectivo. D<sup>a</sup> Irene prestó servicios para el INSALUD como personal estatutario.

La sentencia entendió que habiendo sido transferidos a la Comunidad de Madrid los servicios del INSALUD (INGESA) el 1-1-02, se les debe computar, conforme al Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, no sólo los trienios devengados en el



MEC, sino también los del INSALUD, porque no cabe separar los trienios consolidados en el organismo transferido en el que prestaban servicios los demandantes en el momento de la transferencia, de los devengados en otro, también transferido, pero en el que ya no se encontraban en activo en aquel momento, dado que los presupuestos jurídicos para la interpretación del artículo 37 del Convenio, conforme a la jurisprudencia citada -sentencia del TS de 23-12-02 y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12-11-04 - son los mismos.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste se da la triple identidad exigida por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues en ambos casos se trata de trabajadoras que estuvieron ligadas al Ministerio de Educación y Ciencia por contratos laborales fijos y que, en virtud de lo dispuesto en el RD 926/99, de 28 de mayo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid, fueron transferidas a la citada Comunidad, siéndoles de aplicación los Acuerdos de Homologación del Personal Transferido para su integración plena en el Convenio Colectivo de la CAM.

En ambos supuestos las actrices habrían prestado servicios con anterioridad al INSALUD, donde tienen reconocidos dichos servicios, habiendo estado ligadas al mismo con relación de carácter estatutario -en sentencia de contraste consta al menos con tal carácter una de las demandantes-.

Cumplidos los requisitos exigidos por los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento laboral, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- El recurrente denuncia infracción del artículo 37 del Convenio Colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid (publicado en el B.O. de la Comunidad de Madrid núm. 100 de 28 de febrero), artículos 44 y 15.6 del Estatuto de los Trabajadores y Ley 55/03.

La cuestión ha sido resuelta por esta Sala en sentencia de 28 de noviembre de 2008, recurso 3966/07, a cuya doctrina ha de estarse por elementales razones de seguridad jurídica y por no apreciarse datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial. En dicha sentencia se razona lo siguiente:

“El art.37 del Convenio Colectivo, en lo que ahora interesa, dispone lo siguiente: ‘El complemento de antigüedad estará constituido por una cantidad fija que será devengada a partir del primer día del mes en que se cumplan tres, o múltiplo de tres, años de servicios efectivos en jornada completa o la proporción de la jornada y el salario fuesen inferiores

y se retribuirá según el número y duración de las jornadas realizadas.

Los trabajadores con relación de empleo de carácter temporal tendrán derecho a la percepción del complemento por antigüedad, siempre y cuando presten servicios continuados durante tres o más de tres años en virtud de un mismo contrato de trabajo, no pudiendo acumularse los periodos correspondientes a más de un contrato temporal, salvo en el supuesto previsto en el párrafo séptimo de este artículo.

En ningún caso la percepción del complemento por antigüedad menoscabará la naturaleza temporal del contrato de trabajo.

A los trabajadores eventuales que pasen a formar parte de la plantilla de personal laboral fijo, se les computarán los servicios prestados en la Comunidad de Madrid, a efectos de antigüedad, salvo que la prestación de sus servicios hubiera tenido en algún momento solución de continuidad por más de tres meses consecutivos, en cuyo caso sólo se computarán los servicios posteriores a la última interrupción superior a tres meses.

A aquellos funcionarios de la Comunidad de Madrid que se integren en la plantilla de personal Laboral fijo y que no medie entre ambas situaciones solución de continuidad, se les respetará la antigüedad que ostentasen, de forma que la fecha de reconocimiento del último trienio será la que se tome como base para el cumplimiento del siguiente, siéndoles respetada la cuantía establecida en nómina como antigüedad consolidada.

Por su parte, el Acuerdo de homologación de 30 de septiembre de 1999, ratificando el 29 de noviembre siguiente por la Comisión Paritaria, establece la integración en el Convenio Colectivo del personal transferido ‘con todos los derechos con efectos de 1 de julio de 1999.

Las sentencias de esta Sala de 4 de noviembre de 2002 (Rec.743/02 y de 23 de diciembre de 2002 (Rec. 1676/02), dictadas en litigios sobre la cuantía a percibir por el personal laboral transferido del MEC a la CAM, por los trienios perfeccionados con anterioridad a la transferencia, establecen que, ‘son los términos de la negociación colectiva según el pacto de las condiciones de la transferencia, versando ésta como lo hace, sobre la homologación de efectos retribuidos que se retrotraen al 1 de julio de 1999, los que colman cualquier vacío que la norma de remisión pudiera plantear.

Pues bien, el art. 24.1 de la Ley 12/83, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico dice:

1. Los funcionarios adscritos a órganos periféricos de la Administra-

ción estatal o de otras instituciones públicas, cuyos servicios sean transferidos a las Comunidades Autónomas, pasarán a depender de éstas, en los términos previstos en el artículo 25.1 de esta misma Ley, siéndoles respetados los derechos de cualquier orden que les correspondan en el momento del traspaso.

Y, conforme a ello, el Acuerdo de homologación dispuso la integración plena y con todos los derechos en el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la CAM, parece lógico hacer extensivo al caso que nos ocupa (personal estatutario, y por ende asimilable a funcionario, que pasa luego a laboral del MEC y de éste a la CAM) el criterio establecido en el art. 37 del Convenio Colectivo, de respeto a la antigüedad consolidada por los funcionarios que pasan a laborales, siempre que no haya habido solución de continuidad en el paso a la prestación de servicios bajo un nuevo concepto, interrupción que no consta en este caso.

Además, como señala el Ministerio Fiscal, el RD 1479/01, de 27 de diciembre, traspasa a la CAM las funciones y servicios del INSALUD, entre los que se encuentran los centros en los que prestó servicios la actora como personal estatutario y se ha reconocido al personal traspasado la totalidad de la antigüedad que acreditaron en dicho organismo, por lo que, en el supuesto de que la demandante hubiera mantenido de forma ininterrumpida su actividad para la entidad gestora hasta su integración en la CAM, ésta hubiera asumido dicha antigüedad, lo que supone una discriminación indirecta para los trabajadores que, como la demandante, prestaron servicios de forma sucesiva en dos Administraciones.

CUARTO.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto ahora examinado, procede estimar el recurso formulado por el letrado D. Miguel Ángel Santalices Romero, en representación de la actora D<sup>a</sup> María Rosario, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por la parte actora, sin que haya 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 la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D Miguel Ángel Santalices Romero, en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Rosario, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de abril de 2008, recurso 1366/08, que casamos y anulamos, y resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal naturaleza interpuesto por la actora contra la senten-

cia del Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Madrid, declarando que tiene derecho a que se le compute como antigüedad 5 años y 6 meses de servicios prestados al INSALUD, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a que le abone un trienio desde el 1 de enero de 2006 al 31 de diciembre de 2006, por importe de 516'46 euros. Sin costas.

Devuélvase 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.- Jordi Agustí Julia.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- María Lourdes Arastey Sahun.- Mariano Sampedro Corral.

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

2009/151116

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 9 junio 2009. Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez

### A efectos de pensión de jubilación Inaplicación de topes máximos de cotización a períodos anteriores a la integración de la ONCE en el RGSS

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el code mandado INSS frente a sentencia que rechazó su pretensión de aplicar a las cotizaciones de la actora anteriores a la integración de la ONCE en el RGSS, los topes máximos de éste a efectos de pensión de jubilación.*

*La trabajadora, con anterioridad a esa integración, cotizó realmente para la Caja de Previsión Social de la ONCE en cantidades que superaban los referidos topes y con posterioridad a la integración, el problema consistía en determinar si las bases de cotización computables habían de ser las derivadas de las reglas generales de cotización del RGSS o las específicas que dentro de este régimen se establecen para los representantes de comercio. La Sala entiende que la aplicación de los referidos topes a los períodos anteriores a la inte-*

*gración es contraria a la norma constitucional que prohíbe la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos recogida en el art. 9.3 CE, máxime cuando, además, se intenta que esas limitaciones se apliquen, no a las cotizaciones realizadas, para reintegrar el posible exceso en lo cotizado, sino a las prestaciones, para eliminar en ellas la consideración de una parte por lo que legítimamente se cotizó en su momento.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demandante, nacida el 8 de septiembre de 1937, prestó servicios para la Organización Nacional de Ciegos (ONCE) como agente vendedora de cupón desde 27 de agosto de 1972, hasta que solicitada la jubilación a los 64 años de edad, le fue reconocida por el INSS con efectos de 9 de septiembre de 2001, en cuantía equivalente al 88% de la base reguladora.

El 31 de octubre de 2007 solicitó la revisión de la cuantía de la pensión en aplicación de la doctrina de la sentencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la que se resolvió que las bases de cotización que habían de tenerse en cuenta en el periodo posterior a la integración -1 de abril de 1991- del personal de la ONCE en el Régimen General para el cálculo de la base reguladora de la prestación no eran las correspondientes a los representantes de comercio, sino las ordinarias del Régimen General de la Seguridad Social que pudiesen corresponder.

El INSS procedió a la revisión de la prestación por estimar que las bases de cotización que se habían tomado inicialmente para determinar el importe de la base reguladora durante el periodo comprendido entre enero 1985 y marzo de 1991 y efectuadas a la Caja de Previsión Social de la ONCE, planteándose entonces la existencia de dos periodos a los que el INSS aplicaba los topes máximos del Régimen General de la Seguridad Social:

a) el primero es el periodo comprendido entre mayo de 1985 a 31 de marzo de 1991, tiempo en que, como se ha dicho, la trabajadora cotizó realmente a la Caja de Previsión Social de la ONCE en cantidades que superaron los referido topes máximos del Régimen General;

b) el segundo se refiere al periodo posterior al 1 de abril de 1991 -mes de efectos de la integración en el Régimen General- tiempo en el que el problema consistía en determinar si las bases de cotización computables habían de ser las derivadas de las reglas generales de cotización del Régimen General o las específicas que, dentro de este Régimen, se establecen para los representantes de comercio.

La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social 5 de los de Zaragoza, de fecha 18 de junio de 2008, estimó la demanda, reconociendo a la trabajadora una pensión cuya base reguladora era la de 1.543,15 euros mensuales, y una pensión equivalente al 88% de la misma, esto es, de 1.357,97 euros mensuales, con efectos desde el 9 de septiembre de 2001.

Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en la sentencia de 28 de octubre de 2008 que hoy se recurre en casación para la unificación de doctrina, resolvió, en el único punto que ahora se debate en este extraordinario recurso, que fue hasta el 1 de abril de 1991 el tiempo en que el colectivo del personal en activo de la ONCE permaneció integrado en la Caja de Previsión Social de tal organización, y desde esa fecha pasó a estarlo en el Régimen General de la Seguridad Social y -se dice literalmente en la sentencia recurrida- "hasta tal fecha, conforme disponen las normas reproducidas y en especial la Disposición Transitoria 5ª.11 de la LGSS de 1966, la Disposición Transitoria 6ª.7 del Texto Refundido de la LGSS de 1974, y la norma primera del artículo único del Real Decreto 2248/1985, sus cotizaciones no formaban parte ni, consecuentemente, estaban afectadas por las normas reguladoras del Régimen General, ni siquiera del Sistema de la Seguridad Social...

Ello implica que la pretensión de la Entidad Gestora de aplicar a las cotizaciones del actor comprendidas entre 1985 y 1990 -anteriores a la integración del colectivo al que pertenecía, trabajadores en activo al servicio de ONCE, al Sistema de la Seguridad Social, Régimen General- las normas reglamentarias, previstas para las cotizaciones que habían de efectuarse obligatoriamente por quienes pertenecían a tal Régimen General, es contraria a la norma constitucional que prohíbe la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos recogida en el artículo 9.3 CE "razones por la que finalmente se desestimaba el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y se confirmaba la decisión de instancia.

**SEGUNDO.-** Frente a la referida sentencia de la Sala de Aragón, recurre ahora el INSS en casación para la unificación de doctrina, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de abril de 2001, en la que se resuelve el mismo problema antes referido para la sentencia recurrida, relativo a una trabajadora de la ONCE que prestaba servicios como desde el 4 de enero de 1965 hasta su jubilación, ocurrida con efectos de 24 de abril de 1999.

En este caso se calculó la pensión de jubilación en el periodo compren-

dido entre abril de 1988 a marzo de 1991 teniendo en cuenta no las bases de cotización realmente aplicables, sino los límites máximos establecidos para el correspondiente grupo de categoría en las normas de cotización vigentes en ese periodo.

Para la sentencia de contraste se solicita una pensión correspondiente a la acción protectora sustitutoria practicada por la Caja después de la integración de ésta, por lo que son aplicables las limitaciones a la base reguladora en función de los topes máximos vigentes en su momento.

Como se puede observar, los hechos, los fundamentos y las pretensiones que llevaron a las sentencias comparadas a decisiones contrapuestas guardan la identidad sustancial que exige el artículo 217 de la ley de Procedimiento Laboral para la viabilidad del recurso, tal y como, por otra parte, ya ha dicho esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo al resolver el recurso 2147/2008, en la sentencia de 25 de mayo de 2009, en la que se establece doctrina unificada sobre un supuesto idéntico al presente, y en el que se invoca la misma sentencia de contraste por el INSS, recurrente también en ambos casos.

**TERCERO.-** La doctrina unificada que se contiene en la sentencia de la Sala de referencia parte también, como en el presente recurso, del análisis de la infracción que el recurrente denuncia, esto es, la del artículo 162 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 120.2 del mismo texto legal, con los artículos 9.3 y 26.1 del Real Decreto 2064/1995 y con las sucesivas Ordenes ministeriales que en periodo controvertido fijan las bases de cotización.

Pero tal y como se afirma en nuestra sentencia anterior, no cabe apreciar la existencia de las infracciones denunciadas, puesto que "... el artículo 162 de la LGSS se limita a establecer que la base reguladora de la pensión de jubilación se determinará sobre las bases de cotización del periodo que allí se indica, y eso es lo que ha hecho la sentencia recurrida, al tomar las cotizaciones efectivamente realizadas, sin que nada indique el precepto citado sobre lo que verdaderamente sostiene la parte recurrente: que no han de computarse las bases reales por las que se ha cotizado, sino una bases teóricas reducidas en función de unos límites que no se acredita que fueron entonces aplicables a las cotizaciones de la Caja de Previsión Social.

Tampoco es posible entender vulnerados los artículos 9.3 y 26.1 y 2 del Real Decreto 2064/1995, que aprueba el Reglamento General de Cotización y Liquidación de la Seguridad Social, porque estas normas -sobre los denominados límites relativos de las bases de cotización por grupos de categorías- no eran aplicables ni por la fecha de la disposición

ni por el carácter de la entidad sustitutoria a las cotizaciones que el actor realizó para la Caja de Previsión Social durante el periodo controvertido.

Lo que se pretende es aplicar a una cotización realizada en el periodo de 1985 a 1991 unas limitaciones que no regían en esas fechas para los trabajadores de la ONCE y se intenta además que tales limitaciones se apliquen no a las cotizaciones realizadas, para reintegrar el posible exceso en lo cotizado, sino a las prestaciones para eliminar en ellas la consideración de una parte por lo que legítimamente se cotizó en su momento.

Por la misma razón no pueden considerarse vulneradas 'las sucesivas Ordenes ministeriales' vigentes en el periodo. Para sostener tal tesis la parte tendría que citar una norma que permitiera -como ocurre en el artículo 47 de la LGSS - limitar la cuantía inicial de las pensiones reconocidas o que determinara esa limitación en función de las condiciones de la integración de los trabajadores de la ONCE.

Pero la parte recurrente no ha citado ninguna norma del Real Decreto 2248/1985, sobre integración de entidades sustitutorias, ni del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15.3.1991, publicado por Orden de 25.3.1991 (BOE del 29 de marzo), que ordenó la integración en el Régimen General del personal encuadrado en la Caja de Previsión Social de la ONCE".

Aplicando la doctrina expuesta al caso presente debe decirse que la sentencia recurrida se atuvo a la misma cuando excluyó al periodo debatido de la aplicación de las normas del Régimen General de la Seguridad Social antes expuestas, razón por la que procede, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso y al confirmación de aquélla, sin que haya lugar a la imposición de costas por tener el organismo recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional De La Seguridad Social, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 28 de octubre de 2008 en el recurso de suplicación núm. 782/2008, interpuesto frente a la sentencia de 18 de junio de 2008 dictada en autos 262/2008 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Zaragoza seguidos a instancia de Dª Diana contra dicho recurrente, la Tesorería General De La Seguridad Social Y La Organización Nacional De Ciegos Es-



# EL DERECHO

Año XVI. Número 2747

Madrid, 20 de octubre de 2009

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

pañoles -ONCE-, sobre pensión de jubilación. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comu-

nicación de esta resolución. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Jesús Gullon Rodríguez.- Milagros

Calvo Ibarlucea.- Jesús Souto Prieto.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la an-

terior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesús Gullon Rodríguez 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.

### TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/171598

TC, Sección 2ª, Sentencia 16 julio 2009.  
Ponente: D. Pablo Pérez Tremps

#### Adopción de medidas cautelares en proceso civil sin presencia del demandado

El TC otorga al recurrente el amparo solicitado reconociendo sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa y a la asistencia letrada frente a resoluciones que adoptaron medidas cautelares en el juicio verbal sobre guarda y custodia y pensión de alimentos de su hijo menor y denegaron la nulidad de actuaciones. Considera que la celebración de la vista sin su comparecencia, estando pendiente la designación de profesionales del turno de oficio por la solicitud del derecho de asistencia jurídica gratuita, y a pesar de que el propio órgano judicial ya había suspendido el plazo para contestar a la demanda por ese mismo motivo, ha lesionado sus derechos.

### TS CIVIL

2009/112081

TS Sala 1ª, Sentencia 29 mayo 2009.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

#### Prescripción de acción en reclamación de indemnización por operación de esterilización inconsciente

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió a los deman-

dados del pago a la actora de la indemnización reclamada por los daños causados derivados de una operación de esterilización inconsciente, estimando la excepción de prescripción planteada al sostener que la relación de la actora con el servicio de salud codemandado es una relación jurídico-pública, distinta en su conformación técnica de la genuina contractual, por lo que procedía declarar prescrita la acción ejercitada.

2009/82786

TS Sala 1ª, Sentencia 8 mayo 2009.  
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

#### Resolución de compraventa de solar afectado por servidumbre de dominio público

El TS declara haber lugar al rec. de casación y, con estimación de la demanda reconvenional interpuesta por la compradora del solar, declara la resolución del contrato de compraventa celebrado con la sociedad vendedora y la obligación de ésta de devolver a la compradora la parte de precio percibida. Considera la Sala que la parte vendedora ha incumplido sus obligaciones ya que consta que se había comprometido a transmitir la propiedad de un terreno urbano y edificable, y el solar en cuestión estaba afectado por la servidumbre de dominio público marítimo terrestre, tal y como se recogía en el plan municipal de ordenación.

### TS PENAL

2009/56252

TS Sala 2ª, Sentencia 2 abril 2009.  
Ponente: D. Luciano Varela Castro

#### Delito de infidelidad en la custodia de documentos

Interponen recurso de casación el Ministerio Fiscal y los condenados como

autores de los delitos de cohecho e infidelidad en la custodia de documentos. El TS estima parcialmente el recurso de dos de los acusados en el sentido de rebajar la pena de multa que ha sido impuesta ya que dado que ha sido el particular el que ha tomado la iniciativa de hacer la oferta al funcionario inspector de Hacienda para sobornar al mismo la multa ha de fijarse en un tanto de la cuantía de la misma. La Sala absuelve, además, al tercer acusado del delito de infidelidad en la custodia de documentos por el que había sido condenado ya que resulta inoportuna la supresión, como lo era antes la inclusión, de la expresión "dispensados", a los efectos de la actividad administrativa de la custodia del documento. El Alto Tribunal rechaza el recurso del Ministerio Fiscal.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/56402

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 20 abril 2009.  
Ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

#### Registro de la marca aspirante al ser diferentes los ámbitos aplicativos de las marcas confrontadas

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil contra la STSJ de Madrid que desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido contra la resolución de la Oficina de Patentes y Marcas del Ministerio, que acordó conceder la inscripción de la marca nacional "Pulsimetre", que ampara servicios en la clase 35 del Nomenclátor Internacional de Marcas. La Sala expone que la marca aspirante es compatible con las marcas registradas opuestas "Pulsómetro", que designan servicios en las clases 38 y 41, al ser suficientemente diferentes los ámbitos aplicativos contrapuestos para que

puedan convivir en el mercado sin riesgo de confusión. El órgano "a quo" no ha incurrido en error patente o en irrazonabilidad constitutiva de arbitrariedad al determinar que no cabe la aplicación de la prohibición de aprovechamiento de reputación, tras analizar la secuencia temporal de las solicitudes de registro de la marca solicitada y de las marcas oponentes, que evidencia que las marcas obstaculizadoras "Pulsómetro" no han podido adquirir prematuramente un reconocimiento de su carácter distintivo entre el público en general y entre las empresas competidoras, más allá del mercado al que se corresponden los servicios designados en clases 38 y 41, que determine que el registro de la marca solicitada por el Institut Català del Consum de la Generalidad de Cataluña en clase 35, deba impedirse por pretender un aprovechamiento indebido de la reputación de las marcas prioritarias.

### TS SOCIAL

2009/128287

TS Sala 4ª, Sentencia 19 mayo 2009.  
Ponente: D. Rosa María Viroles Piñol

#### Válida extinción de contrato de obra celebrado por el Instituto Nacional de Estadística

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INE contra sentencia que declaró la improcedencia del despido del encuestador accionante.

Señala la Sala que si bien el organismo recurrente debió acudir al contrato de interinidad para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, y no la del contrato para obra o servicio determinado, en el suscrito entre las partes se hizo constar como objeto del mismo la recogida de datos CATI, al no existir personal fijo suficiente para acometer la obra descrita, habiéndose producido el cese del demandante por haber sido cubierto el puesto que ocupaba por personal fijo que había superado el correspondiente proceso de consolidación de empleo temporal, por lo que no cabe entender que exista despido, sino que la extinción del contrato fue válida.