



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2889

Madrid, miércoles 3 de noviembre de 2010



## TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010/201105

TC Sala 1ª, Sentencia 4 octubre 2010. Ponente: D. María Emilia Casas Baamonde

En aplicación de doctrina sobre violencia de género

### Denegación de amparo a un agresor condenado por maltrato

*El recurrente, condenado por un delito de maltrato a su esposa, interpone amparo por entender que ha sufrido discriminación por razón de sexo, pues considera que si el mismo hecho lo hubiera cometido su esposa o la víctima hubiera sido otro hombre la pena hubiera sido sensiblemente inferior. El TC desestima el recurso aplicando por primera vez la doctrina que avaló la Ley de Violencia de Género en el 2008, y entendiendo que, la diferenciación normativa entre hombre y mujer prevista en la Ley no resulta irrazonable ni desproporcionada, justificándose el distinto tratamiento penal en que la conducta del maltratador es más reprochable dada la posición de superioridad y dominación del hombre, y además más frecuente.*

*Formulan votos particulares los Magistrados D. Javier Delgado Barrio y D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de amparo se interpone contra la Sentencia dictada el 30 de noviembre de 2005 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo en el rollo de apelación núm. 223/2005, parcialmente estimatoria del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada el 15 de septiembre de 2005 por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Oviedo en el procedimiento de juicio rápido núm. 181/2005.

A dichas resoluciones se imputa en la demanda de amparo la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en los términos expuestos en los Antecedentes. Tanto el Ministerio Fiscal como la compareciente entienden que no concurre ninguna de las vulneracio-

nes denunciadas, por lo que solicitan la desestimación del recurso.

**SEGUNDO.-** Como primer motivo de amparo se denuncia una vulneración del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE que derivaría del tenor del art. 148.4º CP, en la redacción dada al mismo por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, precepto que establece -según el recurrente- un trato discriminatorio del hombre frente a la mujer, al agravar considerablemente las penas si el hecho es cometido por un hombre (de dos a cinco años de prisión) frente al hecho cometido por una mujer (de seis meses a tres años). Planteada en tales términos, la queja ha de ser rechazada, en aplicación de la doctrina sentada en la STC 41/2010, de 22 de julio, y reproducida en la STC 45/2010, de 28 de julio, que desestiman cuestiones de inconstitucionalidad por vulneración del art. 14 CE respecto del art. 148.4 CP.

En la primera de dichas Sentencias, y en relación con la duda de constitucionalidad referida a la posible vulneración del art. 14 CE por dicho precepto, recordamos que el canon de enjuiciamiento a aplicar es el propio del principio general de igualdad y no el de prohibición de discriminación por razón de sexo -como pretende el recurrente-, dado que el sexo no constituye "un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados", sino que "la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada" (STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 5, citando las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3 y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3).

Y, desde la perspectiva que se deriva del principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma que incorpora la diferencia exige constatar que la misma aparezca como fundada y razonable y que sus consecuencias no sean desproporcionadas, para lo que ha de verificarse sucesivamente que se persigue un fin legítimo, que el establecimiento de ese tratamiento diferenciado resulta adecuado para la satisfacción del citado fin y que las consecuencias que se derivan de la diferencia superan el control de proporcionalidad. Todo ello concurriría en el art. 148.4 CP.

a) En primer lugar, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, pues -al igual que hemos afirmado respecto de otros preceptos del Código penal modificados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre-, de la exposición de motivos y del articulado de esta última se deduce que el art. 148.4 CP "tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Denegación de amparo a un agresor condenado por maltrato **1**

### TS

#### CIVIL

Liberación del recargo por mora desde la fecha en que se hizo la consignación judicial **3**

Indemnización determinada por acta conjunta de peritación **5**

#### PENAL

Delito de intrusismo por la realización de actos propios del profesional de la abogacía **8**

#### ADMINISTRATIVO

Anulación de la exigencia de aportar el listado de asociados para poder constituir la asociación de trabajadores autónomos **11**

#### SOCIAL

Gestión por sindicato de controladores de seguro colectivo de vida de sus propios afiliados **14**

Relación no laboral de maquilladora de RTVE **15**

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

**16**

mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales” (por todas, STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 6).

b) En segundo lugar, la diferencia normativa cuestionada resulta adecuada para la consecución del fin perseguido por el legislador, en la medida en que no resulta irrazonable entender, como hace el legislador, que la agresión del varón contra la mujer que eso fue su pareja implica un mayor desvalor cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural - la desigualdad en el ámbito de la pareja- dotando así a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. “No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que eso fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece” (por todas, SSTC 41/2010, de 22 de julio, FJ 7; 45/2010, de 28 de julio, FJ 4).

c) Y, finalmente, las consecuencias de dicha diferencia razonable tampoco resultan desproporcionadas. En la STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 9 (en el mismo sentido, STC 45/2010, de 28 de julio, FJ4), afirmamos que la diferencia punitiva establecida en el art. 148.4 CP respecto del tipo básico de lesiones no genera como consecuencia un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable” del tratamiento penal contemplado en ambos supuestos. Una conclusión que se sustenta en tres razones: En primer lugar, en la particular trascendencia de la finalidad de la diferenciación incorporada por la norma, a la que anteriormente se hizo referencia. En segundo lugar, en la consideración de que el art. 148.5 CP incorpora una modalidad agravada de lesiones, con idéntica pena que la anterior, para los casos en que la víctima sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, lo que permite, eventualmente, equiparar la respuesta penal dispensada a

las lesiones realizadas por el varón hacia quien es o fue su pareja femenina a la prevista para otras lesiones graves acontecidas en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora.

Y, en tercer lugar, a efectos del juicio de proporcionalidad no puede desconocerse que la aplicación de la agravación recogida en el art. 148.4 CP, es facultativa para el órgano judicial, que debe atender para ello “al resultado causado y al riesgo producido”, lo que supone que para la aplicación del art. 148.4 CP, junto al requisito de una víctima mujer que sea o haya sido pareja del autor, es necesario un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado.

TERCERO.- La aplicación de la citada doctrina al presente caso permite rechazar la existencia de una vulneración del principio de igualdad. En efecto, de conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, la norma aplicada no vulnera ni el principio general de igualdad ni la prohibición general de discriminación consagrada en el art. 14 CE. Y en cuanto a la aplicación de la norma al caso concreto, tampoco puede considerarse la pena impuesta desproporcionada, pues los órganos judiciales a la hora de aplicar el subtipo agravado han tomado en consideración no sólo el hecho de que la víctima fuera la esposa del agresor, sino también la particular gravedad de la conducta.

En efecto, la Sentencia de instancia, en su FJ Quinto, en aplicación del art. 148.4 CP impone la pena de prisión de cuatro años en atención a “la acusada brutalidad de la agresión (sujetando los brazos de la víctima al tiempo que se le propinaban varios cabezazos) y el hecho de que ésta tuviera lugar en la habitación en que se encontraba durmiendo la hija del matrimonio”.

Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial hace referencia a la brutalidad empleada por el recurrente y al resultado y al riesgo producido como criterios para modular la pena a imponer.

Una pena que, por lo demás, es rebajada en dicha Sentencia a tres años de prisión, manteniéndola por tanto dentro del límite máximo del tipo básico, lo que ofrece un argumento adicional para la exclusión de la de-

sigualdad y la desproporción de la sanción en el caso concreto.

Por lo demás, la pretendida vulneración del principio constitucional de igualdad que -como segunda vertiente de su queja- la demanda atribuye al hecho de que se otorgase credibilidad al testimonio de la mujer -denuncia que por el mero de hecho de ser mujer, pese a la múltiples fisuras y contradicciones del mismo, ante la alarma social que provocan estos casos- y se le negara al acusado -por el mero hecho de ser hombre- carece de fundamento para ser abordada con la perspectiva del art. 14 CE, pues lo que se plantea es una cuestión de valoración probatoria, ajena en principio a las competencias de este Tribunal y que, a lo sumo, podría ser reconducible a la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), donde de hecho se reproduce parcialmente la queja y que más adelante examinaremos.

CUARTO.- Como segundo motivo de amparo, y bajo la invocación de los arts. 24.1 y 24.2 CE, denuncia el recurrente la indefensión que habría sufrido en el acto del juicio, al ser privado de su derecho a contradecir un informe pericial presentado por la acusación en el acto de la vista, cuyo contenido, así como la declaración del perito que efectuó dicho informe, es utilizado para desvirtuar el testimonio del médico forense e incorporado a la declaración de hechos probados, en relación con la necesidad de una intervención quirúrgica para la colocación del implante dental. Sostiene el recurrente que dicha prueba pericial debió anunciarse en el escrito de acusación para que hubiera podido articularse la defensa aportando otra pericial.

Del examen de las actuaciones se desprende que al comienzo del acto del juicio (folio 99) y al abrirse el turno de intervenciones previsto en el art. 786.2 LECrim., efectivamente se propuso como prueba por la acusación un informe médico y tres fotografías, que se incorporaron a la causa, pruebas que no habían sido propuestas en el escrito de acusación. Igualmente se desprende que la defensa del acusado se opuso a la práctica de dicha prueba, por entender que la responsabilidad civil se había dejado para ejecución de sentencia, alegando igualmente indefensión. Sin embargo, y como destaca el Ministerio Fiscal, la defensa ni en ese momento ni en ningún otro posterior (a la vista de las declaraciones del perito) solicitó la suspensión del

acto del juicio o propuso nuevas pruebas -a fin de poder articular correctamente su defensa respecto de dicha prueba que entiende sorpresivamente presentada, solicitando eventualmente otra pericial, como entiende necesario en la demanda de amparo-, posibilidad que le concedía la normativa procesal. Es más, cuando una vez conocida la Sentencia condenatoria -en la que según el recurrente se tiene en cuenta el contenido de dicho informe como fundamento de la condena- se interpone recurso de apelación, el recurrente se limita de nuevo a denunciar la indefensión sufrida, sin intentar tampoco entonces la proposición de la prueba de descargo que - según alega- no pudo proponer en la instancia y le causó indefensión, posibilidad que tenía también a su alcance al amparo de lo previsto en el art. 790.3 LECrim., como también pone de relieve el Ministerio Fiscal.

En definitiva, del examen de las actuaciones se desprende que la indefensión que ahora se denuncia en amparo es imputable a la falta de diligencia procesal de la parte, al no ejercitar las facultades que le otorgaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal para poder articular debidamente su defensa. Debiendo recordarse que “no puede alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente exigible (así, entre otras, SSTC 143/2003, de 14 de julio, FJ 4; 131/2007, de 4 de junio, FJ 5), pues en aplicación de la doctrina general sobre indefensión la constitucionalmente proscrita es la que deriva exclusivamente de la actuación del órgano judicial y no la que ocasiona la falta de diligencia procesal de la parte en la defensa de sus intereses (por todas, SSTC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4; 40/2004, de 22 de marzo, FJ 2; y 226/2005, de 12 de septiembre, FJ 2).

Procede, por tanto, la desestimación también del segundo de los motivos de amparo.

QUINTO.- Finalmente, denuncia el recurrente la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), afirmando que ante las múltiples contradicciones en que incurría el testimonio de la denunciante y el de su madre, tales pruebas eran insuficientes para sustentar la condena. Igualmente, y aunque invocando el principio de igualdad, sostiene que se dio credibilidad al testimonio de la mujer por el mero de hecho de ser mujer, ante la alarma

social que provocan estos casos, negándose al acusado desde el principio por el mero hecho de ser hombre.

Conforme a la doctrina de este Tribunal, desde la STC 31/1981, de 28 de julio, el derecho a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio y en esta vía constitucional de amparo, se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida. Por tanto, "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado" (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola, entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

Constituye también reiterada doctrina de este Tribunal la afirmación de la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en el proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad, limitándose nuestra misión a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. En efecto, ni la Constitución nos atribuye tales tareas, que no están incluidas en las de amparo del derecho a la presunción de inocencia, ni el proceso constitucional permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas (por todas, SSTC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 117/2007, de 21 de mayo, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

En el presente caso, en el Fundamento Jurídico Primero de la Sentencia de instancia se hace referencia como prueba de cargo que sustenta la condena a la declaración testifical de la víctima en el acto del juicio, en el que -según afirma el órgano judicial- "ratificó punto por punto lo manifestado en su día en la comisaría de policía y el juzgado instructor". Igualmente se afirma que su versión de los hechos se ve corroborada por las declaraciones de una testigo y por el parte médico de asistencia, en el que consta que presentaba "contusión en los labios, sangre por las encías, con pérdida de dos dientes", así como por el informe médico-forense, que refleja la presencia de hematomas en ambos antebrazos y en ambas piernas,

todo lo cual entiende plenamente compatible con la versión de los hechos de los testigos, cuyo relato valora como "coherente, firme y verosímil". Por otro lado, se valora la versión de los hechos del acusado (según el cual fue su esposa quien le agredió y las lesiones en la boca de la víctima son producto de un cabezazo involuntario), que se considera "de escasa verosimilitud y nulo apoyo probatorio", ante la total ausencia de lesiones en el acusado y por ser incompatible su versión con la indiscutible realidad de los hematomas que la víctima presentaba en los antebrazos. En todo ello insiste la Sentencia de apelación, en cuyo Fundamento Jurídico Segundo se afirma de nuevo que la versión de los hechos del recurrente es "ilógica e increíble, no tiene indicio alguno de verosimilitud, dadas las lesiones que presentaba la denunciante y sus hematomas en diversas partes del cuerpo".

Por tanto, de la mera lectura de la fundamentación jurídica de las resoluciones recurridas se concluye que la condena se sustenta en prueba de cargo válidamente practicada y valorada a través de un razonamiento explicitado en dichas resoluciones y que no pueden ser calificadas de irrazonable, ni desde el punto de vista de su lógica o coherencia, ni desde la óptica del grado de solidez requerido, sin que -como venimos afirmando- a este Tribunal le compete ningún otro juicio, ni entrar a examinar otras inferencias propuestas por quien solicita el amparo. No ha existido, en consecuencia, vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

#### FALLO

Denegar el amparo solicitado por D. Luis Miguel.

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

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

#### VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula el Magistrado D. Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 4 octubre de 2010, dictada en el recurso de amparo núm. 156-2006.

Mi discrepancia va referida exclusivamente -en todo lo demás estoy de acuerdo- a lo que en dicha Sentencia es aplicación la doctrina establecida por este Tribunal a partir de la STC 59/2008, de 14 de mayo, dictada en la cuestión núm. 5939-2005, punto este en el que me remito al Voto particular que formulé respecto de esta última.

Y en este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros.

Madrid, a cuatro de octubre dos mil diez.

Voto particular que formula el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la sentencia que resuelve el recurso de amparo núm. 156-2006.

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada, en cuanto se remite a la doctrina fijada en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo; 45/2009, de 19 de febrero; 127/2009, de 26 de mayo; y 41/2010, de 22 de julio, a las que formulé voto particular ("Boletines Oficiales del Estado" de 4 de junio de 2008, 14 de marzo de 2009, 20 de junio de 2009 y 9 de agosto de 2010).

Sostuve entonces, y ahora lo reitero, la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género. Pero mi discrepancia con la Sentencia se centra en ciertos aspectos, desarrollados en los votos particulares, que ahora sintetizo:

a) La falta de identidad entre la redacción dada a los preceptos cuestionados y el propósito declarado por la Ley que los introduce en el Código Penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad -lex certa- que deriva del art. 25.1 CE.

b) Si lo que hubiera que someter a comparación fuera el mero maltrato lesivo que hombre y mujer pudieran infringirse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el art. 148.4 CP vulnera el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista traducido en lesión, es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que

sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que el art. 148.4 CP lesione el principio de igualdad. Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que todo maltrato lesivo cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 148.4° CP. A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad "concretos", por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplican los referidos preceptos a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que se exija la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

c) La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como "sujeto vulnerable" que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el art. 148.5 CP dispensa a toda "persona especialmente vulnerable". Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socioeconómicas desempeñan un papel que la Sentencia silencia.

En Madrid, a 4 de octubre de 2010.

Fdo.: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.



2010/190363

TS Sala 1ª, Sentencia 12 julio 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Indemnización reclamada en contrato de seguro

## Liberación del recargo por mora desde la fecha en que se hizo la consignación judicial

Recurren en casación la demandada aseguradora y la víctima de un atropello, en reclamación de ésta última de la pertinente indemnización por las lesiones y secuelas ocasionadas, más intereses de demora y cos-

tas. La AP confirmó la sentencia de instancia excepto en lo relativo a los intereses impuestos a la aseguradora, que ésta fija según el tipo del 20 % derivado desde la fecha en la que se produjo el siniestro de autos. La aseguradora considera que la cantidad reclamada es excesiva e indica que se ha vulnerado el art. 20 LCS, en su apto. 8º. La Sala estima en parte el recurso, fijando el porcentaje del interés en un 50 % durante los dos primeros años y el tipo del 20% a partir del segundo año. Añade a este respecto, que las cantidades consignadas, liberan del recargo por mora desde la fecha en que se hizo la consignación judicial y por su respectivo importe, con independencia de si se hizo ofrecimiento de pago o de la fecha en que definitivamente fueron entregadas a la perjudicada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. La víctima de un atropello formuló demanda en ejercicio de acción directa contra la entidad aseguradora del vehículo, en reclamación de la pertinente indemnización por las lesiones y secuelas ocasionadas, más intereses de demora y costas.

2. El litigio giró en torno a la concreción de las lesiones y secuelas derivadas del accidente y a la posible responsabilidad de la víctima y porcentaje en que había de valorarse su implicación. En primera instancia el Juzgado admite que hubo concurrencia de culpas y que el porcentaje correspondiente al peatón debía ser del 80%, si bien, como Mapfre admite un 50% de culpa, se resuelve atribuir la responsabilidad por mitad a ambos intervinientes. En materia de intereses, el Juzgado decide no imponerlos valorando, de una parte, que la aseguradora realizó sendas consignaciones en sede penal, la primera dentro de los tres meses siguientes al siniestro y la segunda, poco después, cuyo importe recibió la perjudicada; de otra, que el conductor asegurado fue absuelto en vía penal y que la víctima contribuyó a causar el accidente con un porcentaje de culpa del 50%.

3.- La Audiencia Provincial de Tarragona confirma la sentencia del Juzgado salvo en el pronunciamiento relativo a los intereses que impone a la demandada desde la fecha del siniestro y al tipo del 20% durante todo el periodo, decisión que descansa en las siguientes razones:

a) La cantidad consignada en los tres primeros meses no fue ampliada sino hasta el 14 de noviembre de 2002, pese a que desde mucho antes (12 de diciembre de 2001, fecha del informe de sanidad emitido por el médico forense del Juzgado), podía conocerse el verdadero alcance de

las lesiones.

b) La cantidad consignada no fue ofrecida en pago, lo que obsta a su eficacia liberatoria.

c) El tipo de interés debe ser el del 20% al haber transcurrido más de dos años desde la fecha del accidente.

4.- Contra esta sentencia formularon recurso de casación y extraordinario por infracción procesal tanto la parte actora como la aseguradora demandada. Solo el recurso de casación de la compañía de seguros ha sido admitido.

SEGUNDO.- Enunciación de los motivos primero, segundo y tercero de casación.

El recurso de casación de Mapfre consta de tres motivos, todos ellos introducidos con idéntica fórmula ("infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Vulneración del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro"), cuya finalidad es abordar la infracción del artículo 20 LCS desde diferentes perspectivas. Tal identidad de propósito determina la conveniencia de su examen y resolución conjunta.

En el primer motivo se cuestiona la procedencia de la condena al pago de intereses por haber cumplido la aseguradora con las previsiones que, para su no-imposición, establece la DA 8.ª de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, en cuanto a los requisitos de consignación y pago. Se sostiene por la recurrente que consignó una primera cantidad dentro de los tres meses siguientes al siniestro, sin que, pese a solicitarse, el Juzgado se pronunciara sobre su suficiencia. También, que aunque no se tuvo conocimiento del primer informe de sanidad de 12 de diciembre de 2001, por falta de traslado a las partes, se procedió a consignar una nueva suma con anterioridad al definitivo informe de sanidad de 27 de enero de 2003, que, como la anterior, fue también entregada a la perjudicada, ascendiendo a 100 837 euros la cantidad total, consignada y entregada en sede penal. Finalmente, se aduce que ya en sede civil y al tiempo de contestar a la demanda, se consignaron para su entrega otros 15 738 euros.

En el segundo motivo se invoca la vulneración del artículo 20.8 LCS, aludiéndose a la existencia de causa justificada. Defiende la aseguradora como tal la necesidad de agotar la vía judicial para determinar la existencia y grado de responsabilidad del conductor asegurado, y, cuantía de la indemnización, haciendo énfasis en la desproporción existente entre la pretensión de la parte actora y la cantidad concedida.

El tercer motivo se formula con carácter subsidiario, para el único

caso de que los anteriores fueran rechazados y se confirmara la condena al pago de intereses. En esa tesitura se defiende que deben distinguirse dos tramos, siendo el tipo de interés del 20% solo de aplicación a partir del segundo año.

El motivo primero debe ser parcialmente estimado. El motivo segundo debe ser desestimado.

El motivo tercero debe ser estimado.

TERCERO.- Requisitos de la consignación para enervar la obligación de satisfacer intereses de demora.

A) La DA 8.ª de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, además de cambiar la denominación de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor (que pasó a llamarse Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor), incorporó a esta norma una DA, referente a la mora del asegurador donde, si bien se remitía en torno a esta cuestión a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, reconocía también una serie de particularidades, fundamentalmente la posibilidad de que la compañía de seguros pudiera exonerarse del recargo por mora pagando o consignando judicialmente la indemnización en el plazo de tres meses siguientes a la fecha de producción del siniestro, especificando que, si no podía conocerse en dicho plazo el exacto alcance de los perjuicios objeto de indemnización, habría de ser el juez el que decidiera sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad consignada, previo informe del médico forense si fuera pertinente, y con arreglo a la cuantía aproximada que pudiera corresponder con arreglo al Baremo que incorporaba el Anexo de la citada Ley 30/1995.

Según entiende la doctrina, del tenor literal de la norma citada resulta con claridad que el beneficio de la exención del recargo se hace depender del cumplimiento de la obligación de pago o consignación en plazo (tres meses siguientes a la producción del siniestro), y, además, cuando sean daños personales con duración superior a tres meses o cuyo exacto alcance no puede ser determinado tras la consignación la cantidad se declara suficiente por el órgano judicial a la vista del informe forense si fuera pertinente, siendo éste un pronunciamiento que debe solicitar la aseguradora. Faltando estos presupuestos, no cabrá aplicar a la conducta desplegada por la compañía de seguros los efectos impeditivos de la producción de mora que contempla la norma (STS de 29 de junio de 2009, RC núm. 840/2005, entre otras muchas).

Hecha la consignación en la forma y plazo previstos legalmente, la falta de pronunciamiento judicial sobre la

suficiencia de la cantidad no debe repercutir negativamente en la aseguradora que instó tal pronunciamiento y no recibió respuesta. Sin embargo, el silencio judicial no justifica que la aseguradora se desentienda a partir de ese instante de su deber de garantizar una rápida e íntegra satisfacción de los perjuicios ocasionados, por lo que, tan pronto como tenga conocimiento de que el alcance de las lesiones y secuelas es mayor que el contemplado en un primer momento, ha de proceder a pagar o consignar la diferencia. De lo contrario, y pese a la consignación inicial en plazo, procede la imposición del recargo desde la fecha del siniestro pues ésta es también la solución que la Ley establece cuando, pese a consignarse lo que se entiende debido en los primeros tres meses siguientes al siniestro, no se vuelve a consignar la indemnización en sede civil cuando se produjo la devolución al asegurador de lo consignado en sede penal como resultado de una sentencia absoluta o otra resolución que ponga fin, provisional o definitivamente, al proceso penal.

En cuanto a la necesidad de ofrecer al perjudicado las cantidades consignadas para obtener los efectos liberatorios que se pretenden, esta Sala en reciente sentencia de 26 de marzo de 2009, RC núm. 469/2006 interpreta la DA 8.ª de la Ley 30/1995 en redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 21/2007 concluyendo que solo a partir de la entrada en vigor de esta última norma puede afirmarse que la consignación liberatoria es la que se hace para pago (artículo 7.3 e), en relación con el artículo 9); lo que supone que la consignación realizada al amparo de la redacción precedente, ya se tratase de la original de la Ley 30/1995, o de las redacciones resultantes de las modificaciones operadas con posterioridad por la DF 13.ª de la LEC y por el Texto Refundido de la LRCSCVM, Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, no era una consignación para pago sino con una finalidad estrictamente de garantía.

B) En el caso de autos la decisión de la Audiencia Provincial de imponer el recargo pese a la inicial consignación en plazo legal es plenamente conforme con la norma invocada y la doctrina que la interpreta, dado que se tiene por hecho cierto que se consignó en plazo de tres meses siguientes al siniestro, pero también que la cantidad ofrecida se reveló insuficiente en función de las lesiones conocidas en fecha posterior, a partir del informe de sanidad de 12 de diciembre de 2001. El planteamiento de la compañía recurrente, basado en el desconocimiento de dicho informe, pese a que nada dice al respecto la sentencia, más que guardar relación con la cuestión jurídica consistente en la correcta aplicación e interpretación de la referida norma a los hechos declarados probados, lo que denota es

la mera disconformidad de dicha parte con la apreciación de las circunstancias fácticas de cuya concurrencia dependía o no su aplicación, y consiguientemente, la producción o no del beneficio liberatorio. Este aspecto, perteneciente al juicio de los hechos, constantemente se ha dicho por esta Sala que excede del ámbito del recurso de casación.

Sin embargo, por ser de aplicación al caso la LRCSCVM en su redacción original, y no el texto vigente tras la reforma del 2007, no es correcta la decisión de condicionar la eficacia liberatoria de las sucesivas consignaciones a que se hiciera ofrecimiento de pago.

Consecuencia de lo expuesto es que ha de mantenerse la condena de Mapfre al pago de los intereses de demora, respecto de la cantidad total reconocida en sentencia y desde la fecha del siniestro y hasta su completo pago, sin perjuicio de otorgar valor liberatorio a las consignaciones parciales por su respectivo importe.

CUARTO.- Inexistencia de causa justificada.

A) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.8 LCS, la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, quedando éste exonerado del recargo en que consisten los intereses de demora.

En la apreciación de esta causa de exoneración esta Sala ha mantenido una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma (SSTS de 16 de julio de 2008, 9 de diciembre de 2008, 12 de febrero de 2009 y 4 de junio de 2009), al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados.

Esta interpretación descarta que la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, justifique por sí el retraso, o permita presumir la razonabilidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación a cargo de la aseguradora. Tal cosa ocurre, según la doctrina, cuando las dudas afectan a la realidad misma del siniestro y también, cuando por circunstancias que concurren en éste o por el texto de la póliza, la duda racional alcanza a la cobertura a cargo de la aseguradora. No, por el contrario, cuando la incertidumbre surge únicamente en torno a la concreta cuantía de la indemnización, o con respecto a una posible concurrencia de culpas; en el primer caso, porque la superación del viejo aforismo in illiquidis non fit mora (no se produce mora cuando se trata de cantidades ilíquidas) ha llevado a la jurisprudencia

a considerar la indemnización como una deuda que, con independencia de cuándo se cuantifique, existe ya en el momento de producirse el siniestro, como hecho determinante del deber de indemnizar y, en el segundo caso, porque la culpa de la víctima, aunque resulte probada, si no constituye la causa exclusiva del accidente, carece de eficacia para eximir de responsabilidad al conductor (SSTS de 10 de diciembre de 2009, RC núm. 1090/2005, de 23 de abril de 2009, RC núm. 2031/2006, de 29 de junio de 2009, RC núm. 840/2005 y de 10 de octubre de 2008, RC núm. 1445/2003).

B) En aplicación de esta doctrina el motivo debe ser desestimado por cuanto no cabe calificar de razonable una oposición fundada, única y exclusivamente, en el desconocimiento de la extensión y valor económico del daño personal ocasionado y en la posible corresponsabilidad de la víctima, cuando ninguna duda ofrecía a la aseguradora ni la realidad del siniestro, ni su consideración como hecho de la circulación, ni la implicación en su causa y origen de un vehículo cuyo conductor tenía cubierta su responsabilidad civil frente a terceros en virtud de un seguro suscrito con dicha entidad, que se encontraba vigente a la fecha en que acaeció el accidente, respecto de quien la propia compañía admite que tuvo en el accidente una cuota de responsabilidad del 50%. Además, la desproporción entre la cuantía solicitada en concepto de indemnización y la finalmente concedida ni siquiera alcanza la dimensión que se afirma por la recurrente para justificar la necesidad de acudir al pleito para su definitiva fijación, ya que la sentencia de segunda instancia confirma en este punto lo declarado por la apelada, en la que se fija una indemnización a favor de la actora por importe de 112 716,41 euros. El hecho de que del total de la condena restara solo por percibir a fecha de dictarse la sentencia por el Juzgado la cantidad de 11 878,59 euros no significa, como quiere hacer ver la recurrente, que la condena venga limitada a esta última cifra, pues si así fuera, la perjudicada habría sido obligada a devolver lo percibido en exceso.

QUINTO.- Devengo de los intereses de demora: existencia de dos tramos diferenciados.

La sentencia dictada por el Pleno de esta Sala el 1 de marzo de 2007 (RC núm. 2302/2001) ha fijado como doctrina la siguiente: "Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya

devengados diariamente hasta dicho momento".

En el fundamento jurídico segundo, esta Sala expone las razones que justifican esta doctrina, a las cuales nos remitimos.

La doctrina expuesta ha sido recogida en las sentencias de esta Sala de 11 de diciembre de 2007, RC núm. 5525/2000, de 1 de julio de 2008, RC núm. 372/2002, de 6 de febrero de 2009, RC núm. 1007/2004, de 25 de febrero de 2009, RC núm. 1327/2004, y de 9 de marzo de 2010, RC núm. 456/2006, y su aplicación al caso determina la estimación del motivo tercero, al no ajustarse a la jurisprudencia de la Sala la decisión de la Audiencia Provincial favorable a la existencia de un tramo único al tipo mínimo del 20%.

SEXTO.- Estimación parcial del recurso y costas.

De conformidad con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, al estimarse parcialmente el recurso no se hace expresa condena en cuanto a las costas del mismo, ni tampoco en cuanto a las causadas en apelación.

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

#### FALLO

1. Ha lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Mapfre Mutualidad de Seguros y Reaseguros a Prima Fija contra la sentencia de 15 de diciembre de 2005, dictada en grado de apelación por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona en el rollo de apelación número 470/2005, cuyo fallo dice literalmente:

"Fallamos.

"Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dª Eufrasia contra la sentencia dictada con fecha 10 de junio de 2005 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. dos de Tarragona, revocamos parcialmente la citada resolución en el sentido siguiente:

"1.º) Imponer a la demandada Mapfre Seguros Generales S.A. los intereses del artículo 20 de la LCS, que no podrán ser inferiores al 20%, desde la fecha del siniestro hasta su completo pago, sin perjuicio de tener en cuenta las fechas de las entregas efectuadas a los efectos de la oportuna liquidación de los mismos.

"2.º) Mantener el resto de los pronunciamientos.

"3.º) Y no hacer expresa imposición sobre las costas de esta alzada".

2. Casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida en el único particular relativo a la condena impuesta

a la aseguradora al pago de intereses, que se confirma, pero con las siguientes modificaciones:

a) El tipo de interés aplicable será desde la fecha del siniestro y durante los dos primeros años, el legal del dinero incrementado en un 50% y el tipo mínimo del 20% solo a partir del segundo año.

b) Las cantidades consignadas liberan del recargo por mora desde la fecha en que se hizo la consignación judicial y por su respectivo importe, con independencia de si se hizo ofrecimiento de pago o de la fecha en que definitivamente fueron entregadas a la perjudicada.

3. No ha lugar a imponer las costas del recurso de casación, ni las del recurso de apelación.

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

(...)

2010/190364

TS Sala 1ª, Sentencia 22 julio 2010.  
Ponente: D. Francisco Marín Castán

### En nombramiento de tercer perito Indemnización determinada por acta conjunta de peritación

Acuerda el TS desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación contra sentencia de la AP que estimó que el acta conjunta de peritación suscrita por el perito de la aseguradora demandada y por el perito de la aseguradora demandante en relación con un incendio declarado en una nave industrial, determinaba la obligación de la aseguradora, conforme al art. 38 LCS, de indemnizar a la aseguradora. Indica la Sala, en cuanto a una de las infracciones procesales aducidas por la recurrente, que el planteamiento sostenido demuestra por sí solo la falta de consistencia del motivo expresado, ya que la carga de la prueba se mezcla con la valoración de la prueba documental. Sobre el recurso de casación, argumenta su desestimación, entre otros motivos, porque el asegurado venía obligado a continuar el procedimiento extrajudicial solicitando el nombramiento de un tercer perito, ya que la finalidad de tal procedimiento es liquidatoria y no imperativa, puesto que las



*discrepancias entre los peritos no se refieren a problemas de estricta cuantificación del daño sino a cuestiones reservadas a la apreciación de los tribunales, y que difícilmente un tercer perito podría dictaminar, con los escasos datos facilitados por la aseguradora, sobre la regla de la equidad por agravación del riesgo.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación a examinar ahora por esta Sala, interpuestos por la aseguradora demandada, plantean en realidad, pese a los cinco motivos del primero y los siete del segundo, una sola cuestión jurídica nuclear: a saber, si el acta conjunta de peritación de 16 de enero de 2003 suscrita por el perito de la aseguradora demandada y por el perito de la aseguradora demandante en relación con el incendio declarado en una nave industrial de esta última el 3 de septiembre de 2002 determina la obligación de la aseguradora demandada, conforme al art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro en relación con su art. 18, de indemnizar a la aseguradora demandante en 492.408'47 euros, cantidad reflejada al final del referido documento, más los intereses del art. 20 de dicha ley desde el 16 de julio de 2003.

Ha quedado ya al margen del litigio la reclamación de la actora por otro incendio anterior en sus instalaciones, declarado el 28 de julio de 2002, al haberse aquietado con el pronunciamiento de la sentencia recurrida que aprecia el óbice de procedibilidad consistente en que dicha parte interpuso su demanda encontrándose todavía pendiente el procedimiento extrajudicial de liquidación de dicho art. 38 por haber instado la propia aseguradora, en relación sólo con este otro incendio, la designación de un tercer perito por el Juez de Primera Instancia en acto de jurisdicción voluntaria.

**SEGUNDO.-** La sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda por entender que la aseguradora demandante había optado por el nombramiento de un tercer perito, es decir, considerando que la reclamación por el incendio de 3 de septiembre de 2002 se encontraba en la misma situación de pendencia de procedimiento extrajudicial que la reclamación por el incendio del 28 de julio anterior. La de apelación, en cambio, considerando que dicha pendencia se daba sólo respecto de la reclamación por el incendio del mes de julio, estimó la demanda en cuanto a la reclamación por el incendio de 3 de septiembre razonando, en síntesis, que los peritos de ambas partes habían fijado de común acuerdo la indemnización, objeto propio del procedimiento regulado en el art. 38 de la Ley de

Contrato de Seguro, y que por tanto las objeciones del perito de la aseguradora que constaban en la correspondiente acta, relativas sobre todo a la agravación del riesgo por el incumplimiento de la normativa administrativa acerca de la actividad desarrollada por la compañía mercantil aseguradora, era irrelevante ya que la aseguradora no había rechazado el siniestro en el plazo de cuarenta días que le imponía el art. 18 de la referida ley. Así, para el tribunal sentenciador se desprende de una interpretación conjunta de los arts. 38 y 18 que "tras el siniestro se abren dos momentos para su investigación, la primera de forma inmediata a su acaecimiento cuyo principal objetivo es esclarecer la existencia del hecho determinante del resultado dañoso cubierto en la póliza, y, en consecuencia, las circunstancias que forzaron su producción, pero, como el propio artículo 18 dispone utilizando la fórmula 'en su caso', la concreción del importe de los daños en esta primera fase no es imprescindible. La segunda fase, la recogida en el artículo 38, surge tras terminar el plazo de cuarenta días sin acuerdo de las partes, y en este caso las investigaciones se destinan exclusivamente a fijar la cuantía de la indemnización, de modo que necesariamente se ha de haber aceptado antes la obligación de resarcir, quedando únicamente por establecer la cuantía".

**TERCERO.-** Como quiera que el recurso extraordinario por infracción procesal, cuyos cinco motivos se amparan en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, no denuncia ninguna que comporte la reposición de las actuaciones, dedicándose los dos primeros motivos a cuestiones que determinarían modificaciones solamente parciales de la sentencia impugnada (intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro y falta de legitimación de la actora para cobrar una parte de la suma indemnizatoria), el método que se seguirá para el examen de los dos recursos será el de agrupar todos los motivos que se refieren a una misma cuestión, siguiendo un orden lógico según la mayor o menor intensidad de sus efectos sobre la sentencia recurrida en caso de ser estimados.

**CUARTO.-** Conforme a ese método procede examinar en primer lugar el tercer motivo por infracción procesal, fundado en infracción de los artículos 217 y 236 LEC "en relación con los artículos 1281 y siguientes del Código Civil" porque, según la parte recurrente, la actora se limitó a calificar el acta conjunta de los dos peritos como de conformidad, sin atender a los argumentos y documentos opuestos por la propia aseguradora recurrente, y el tribunal sentenciador habría aceptado tal calificación "sin otra prueba" y arbitrariamente, pues para la aseguradora recurrente el acta se firmó en disconformidad y por ello la sentencia recurrida "infringe las reglas sobre la

carga de la prueba e incurre en error en la valoración de la prueba documental", ya que el tribunal "debe realizar una interpretación global y congruente del mencionado documento y no limitarse a conocer únicamente su denominación como 'Acta de Peritación' y la expresión final de propuesta de indemnizaciones 'de común acuerdo'", y ello por aplicación de los arts. 1281, 1282 y 1283 CC y de la jurisprudencia de esta Sala sobre la vinculación al dictamen pericial sólo en cuanto al importe valorativo, en ningún caso en cuanto al ámbito o extensión de la cobertura o de la obligación indemnizatoria, de suerte que, con arreglo al art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro, lo procedente sería el nombramiento de un tercer perito dirimente como implícitamente consideró la sentencia de primera instancia. En suma, para la parte recurrente "resulta ilógica y arbitraria la calificación realizada, además de contraria a las normas interpretativas contenidas en los artículos 1281 y 1283 del Código Civil", y la interpretación del acta por el tribunal sentenciador "es manifiestamente errónea, ilógica e irracional".

Semejante planteamiento demuestra por sí solo la falta de consistencia del motivo e, incluso, dificulta sobremanera descubrir cuál es la infracción procesal denunciada en el motivo, ya que la carga de la prueba se mezcla con la valoración de la prueba documental, planteamiento ya de por sí contradictorio, y ambas cuestiones a su vez van derivando a lo largo del alegato del motivo hacia un problema de interpretación y calificación de la misma acta para, finalmente, desembocar en un problema puramente sustantivo cual es el de si, conforme al art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro, lo procedente era o no instar el nombramiento de un tercer perito.

De ahí que para desestimar este motivo baste con recordar la jurisprudencia de esta Sala, tan conocida que huelga la cita de sentencias concretas, que impide acumular en un mismo motivo cuestiones heterogéneas, máxime si son procesales y sustantivas mezcladas a su vez entre sí, y la que admite la revisión de la valoración probatoria únicamente al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, citando como infringido el art. 24 de la Constitución y denunciando un error que ha de ser patente según el resultado de la prueba de que se trate, no según la discutible interpretación de un determinado documento.

Si a todo ello se une que el motivo desconoce por completo la razón causal del fallo impugnado, consistente en una interpretación conjunta de los arts. 38 y 18 de la Ley de Contrato de Seguro según la cual la aseguradora quedaría vinculada al importe de la indemnización fijado conjuntamente si las discrepancias de su perito sobre el grado de cobertura no se han opuesto por la aseguradora en el plazo de cuarenta días,

la desestimación de este motivo no viene sino a corroborarse.

**QUINTO.-** Igual suerte, y por parecidas razones, han de correr los motivos cuarto y quinto por infracción procesal, pues fundados ambos en infracción del art. 218 LEC, presentan como incongruencia de la sentencia recurrida lo que no es sino disconformidad de la recurrente con la razón causal del fallo, esto es, con la interpretación conjunta de los arts. 18 y 38 de la Ley de Contrato de Seguro.

De ahí que en el motivo cuarto la recurrente acuda a la "incongruencia intrínseca" de la sentencia recurrida para alegar lo que en realidad no es sino su discrepancia de la misma cuando ésta no admite que en el procedimiento extrajudicial del referido art. 38 pueda rechazarse la cobertura del siniestro si el rechazo no se ha producido dentro del plazo de cuarenta días establecido en el art. 18, razón expresada con tanta claridad en la sentencia que no se alcanza a comprender por qué en este motivo se le reprocha carecer de "un criterio indubitado" al respecto; y de ahí que el alegato del motivo quinto no contenga ni un solo pasaje que quepa poner en relación con la incongruencia formalmente denunciada, hasta el punto de que lo verdaderamente planteado, es decir, la disconformidad de la recurrente con la aplicación del derecho por el tribunal sentenciador, lo descubre ella misma cuando en el alegato de este motivo aduce no poder aceptar la interpretación del art. 38 por el tribunal sentenciador "como justificación" para no tratar de los reparos que en el acta conjunta hizo constar el perito de la aseguradora hoy recurrente.

**SEXTO.-** Siguiendo el método anteriormente reseñado procede examinar ahora los motivos primero al quinto del recurso de casación, pues éstos sí impugnan la sentencia de apelación por la vía adecuada y citando como infringidos los arts. 18 y 38 de la Ley de Contrato de Seguro cuya interpretación conjunta constituye la razón causal de su fallo.

El motivo primero se funda en infracción del art. 18 por cuanto la sentencia recurrida impone a la aseguradora el plazo de cuarenta días para rechazar el siniestro por falta de cobertura cuando, en realidad, el transcurso de dicho plazo no presume la asunción de la cobertura por la aseguradora sino que ésta ha incurrido en mora salvo que pruebe causa justificada; el segundo se funda en infracción del art. 38 porque, según la recurrente, el acta relativa al siniestro todavía litigioso era de disconformidad y la aseguradora tendría que haber completado el trámite previsto en dicho artículo solicitando el nombramiento de un tercer perito; el motivo tercero se funda en infracción del art. 38 porque la discrepancia entre los dos peritos sobre la procedencia en este caso de la aplicación de la regla de equidad im-

plicaría que el acta fue de disconformidad, ya que, según el contenido que tal precepto impone al acta conjunta, ésta no tiene que limitarse a la fijación de la cuantía indemnizatoria, de suerte que si existe acuerdo en la valoración de los daños pero los dos peritos discrepan sobre las demás circunstancias procederá el nombramiento de un tercer perito, como declararon las sentencias de esta Sala de 17 de julio de 1992 y 19 de junio de 1995; el motivo cuarto se funda en infracción del art. 38 porque, como se desprende de lo alegado en apoyo de los motivos precedentes, el procedimiento extrajudicial no había aún finalizado porque los peritos no determinaron la causa de los incendios y entonces la aseguradora tenía derecho a rechazar el siniestro conforme al art. 48 de la Ley de Contrato de Seguro; y el motivo quinto, en fin, se funda en infracción del art. 38 porque en opinión de la recurrente se desprendería de la sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 2003 que ni siquiera cumpliéndose en un acta de conformidad todos los requisitos establecidos en dicho artículo existiría una “asunción automática por parte de la aseguradora de la cobertura del siniestro”, subsistiendo por el contrario la posibilidad de impugnar judicialmente el informe, incluso devenido inatacable al no haberse impugnado dentro del plazo legal, por razones no conocidas dentro de ese plazo o por vicios del consentimiento.

Pues bien, aunque la parte recurrente tiene razón en su primer motivo de casación, ya que ciertamente el art. 18 de la Ley de Contrato de Seguro no tiene la finalidad de marcarle al asegurador un plazo a partir de cuyo vencimiento no pueda ya rechazar la cobertura del siniestro sino la de determinar cuándo empieza para él la mora, coordinando tal precepto con los arts. 20 y 38 de la misma ley (SSTS 5-3-07, 15-12-05, 11-3-05, 20-11-03 y 19-6-03), no por ello el fallo recurrido debe ser casado (SSTS 19-11-08 y 27-4-07, entre otras muchas), ya que no tiene razón la parte recurrente, en cambio, cuando en los motivos segundo, tercero y cuarto considera que el procedimiento extrajudicial del art. 38 no había terminado y por ello la demandante tenía que haber instado el nombramiento de un tercer perito. En realidad basta con comparar las actas relativas a los dos incendios para concluir que en el caso del incendio sobre el que exclusivamente versa este recurso, el de 3 de septiembre de 2002, sí se dio el acuerdo contemplado en el párrafo quinto de dicho art. 38. Así, mientras el acta relativa al incendio de 28 de julio del mismo año se titula “Acta de peritación en disconformidad”, la del incendio que aquí interesa, suscrita en la misma fecha, se titula “Acta de peritación”; y mientras en el acta relativa al otro incendio los peritos justifican sus discrepancias y cada uno de ellos propone una valoración diferente, en el acta sobre el incendio que aquí in-

teresa los dos peritos manifiestan, “de común acuerdo”, haber llegado a establecer las cuantías correspondientes a la preexistencia y daños a valor real, y luego, asimismo “de común acuerdo”, proponen las indemnizaciones “para cada una de las garantías cubiertas por la póliza”.

De ahí que las únicas salvedades del perito de la aseguradora, consistentes, de un lado, en que debía aplicarse “la regla de equidad que determine la aseguradora” por una presunta agravación del riesgo derivado de anomalías no especificadas y, de otro, en recordar que los edificios eran propiedad de una sociedad distinta de la asegurada, no puedan considerarse de entidad o relevancia suficiente para excluir el común acuerdo vinculante y entender que el asegurado venía obligado a continuar el procedimiento extrajudicial solicitando el nombramiento de un tercer perito, entre otras razones porque la finalidad de tal procedimiento es precisamente la liquidatoria y no tendría sentido seguir considerándolo imperativo, como en definitiva se pretende en el recurso, si las discrepancias entre los peritos no se refieren ya a problemas de estricta cuantificación del daño sino a cuestiones reservadas a la apreciación de los tribunales (SSTS 8-5-08, 7-5-08, 28-1-08 y 25-5-07 entre otras), ya que difícilmente un tercer perito iba a poder dictaminar, con los escasos datos facilitados por la aseguradora, sobre la regla de la equidad por agravación del riesgo.

Lo antedicho determina que tampoco tenga razón el motivo quinto en cuanto a la falta de vinculación de la aseguradora recurrente al común acuerdo de los peritos, pues se funda en razones puramente hipotéticas que para el presente caso han quedado descartadas en virtud del sobreseimiento libre de las actuaciones penales, en 2 de abril de 2009 pero a petición del Ministerio Fiscal formulada el 28 de junio de 2005.

SÉPTIMO.- La desestimación de los motivos que por considerar el acta como de disconformidad pretenden que la demandante viniera obligada a solicitar el nombramiento de un tercer perito determina a su vez la desestimación del sexto motivo del recurso de casación, fundado en infracción de los arts. 48.1, y 11 de la Ley de Contrato de Seguro: primero, porque se presentan como corolario del motivo sexto, ya desestimado; segundo, porque van más allá de la regla de equidad considerada en su día por el perito de la aseguradora hoy recurrente, ya que lo pretendido ahora mediante este motivo es su exoneración total y no la rebaja de la indemnización; tercero, porque esto es totalmente incoherente con la postura de la propia aseguradora recurrente de que la asegurada venía obligada a solicitar el nombramiento de un tercer perito para completar el procedimiento extrajudicial, pues o éste era imperativo, y entonces el co-

mún acuerdo de los peritos vincula a las dos partes del contrato, o no lo era y entonces la demandante no podía quedar obligada a completarlo; cuarto, porque del informe del Ministerio Fiscal en las Diligencias Previas sobre el incendio no se desprende la existencia de culpa grave, ni siquiera civil, que pudiera determinar la total exoneración que se pretende mediante este motivo; y quinto, porque la buena fe que especialmente debe presidir las relaciones entre las partes de un contrato de seguro es incompatible con actuaciones tan ambiguas como la de la hoy recurrente, que tan pronto aparenta ante su asegurada un procedimiento extrajudicial con acuerdo entre los dos peritos como tan pronto quiere obligarla al nombramiento de un tercer perito como tan pronto, en fin, mantiene una postura con arreglo a la cual, y según la jurisprudencia, el procedimiento extrajudicial del art. 38 no sería imperativo.

OCTAVO.- Rechazados los motivos que podrían haber determinado una desestimación total de la demanda, procede analizar a continuación el segundo motivo por infracción procesal, fundado en infracción del art. 218 LEC porque, según la parte recurrente, la asegurada demandante carecía de legitimación para reclamar 125.641'26 euros, incluidos en la cantidad de 492.408'47 euros a cuyo pago es condenada la recurrente, por corresponder aquélla a los daños de los edificios, que no eran propiedad de la demandante sino de otra sociedad distinta, de modo que la sentencia impugnada habría incurrido en incongruencia al no apreciar falta de legitimación activa de la demandante para reclamar aquella cantidad, ya que tal defecto de legitimación fue alegado en su momento y además puede y debe ser apreciado de oficio.

El motivo se desestima porque no es cierto que la hoy recurrente alegara en su contestación a la demanda la falta de legitimación activa, ni siquiera parcial, de la demandante, pues como únicas excepciones propuso las de prejudicialidad penal y falta de acción de la demandante, pero no por las razones que ahora alega sino por no haber completado el procedimiento extrajudicial del art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro. Por tanto, mal pudo incurrir en incongruencia la sentencia recurrida por no pronunciarse sobre una excepción que en realidad la hoy recurrente no había propuesto en su momento. De ahí que esté planteando ante esta Sala una cuestión nueva, y si lo pretendido por ella es que la alegada falta de legitimación se aprecie de oficio tendría que haber citado como infringidos otros preceptos diferentes del art. 218 LEC y, mejor aún, haber planteado como cuestión de fondo el problema de la inclusión en el seguro, con la contraprestación de la correspondiente parte proporcional de la prima, de edificios que no eran propiedad de la asegurada

sino de otra sociedad.

NOVENO.- Finalmente deben examinarse el primer motivo por infracción procesal y el séptimo motivo de casación, por impugnar ambos la condena de la aseguradora recurrente a pagar los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde el 16 de julio de 2003, fecha que se justifica por el tribunal sentenciador en atención al plazo de ciento ochenta días que tenía el asegurado para impugnar el dictamen conjunto de los peritos, según el art. 18 de la Ley de Contrato de Seguro, y con la que se ha aquietado la actora-recurrente.

El primer motivo por infracción procesal, fundado en infracción de los arts. 216 y 218 LEC, denuncia incongruencia “extra petita” porque la condena de la aseguradora-recurrente al pago de tales intereses no fue incluida en las peticiones de la demanda por más que sí se mencionara el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro al analizar su art. 38 en el hecho séptimo de la propia demanda o al fijar en el su hecho décimo las cantidades reclamadas.

La desestimación de este motivo se impone con toda evidencia porque la regla 4ª del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro dispone que la indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial, lo que elimina de raíz cualquier atisbo de la incongruencia denunciada, de modo que ni siquiera son precisos otros razonamientos sobre la jurisprudencia de esta Sala que, en materia de congruencia, impone la integración de las peticiones de la demanda con lo alegado en sus hechos y fundamentos de derecho, integración que en este caso conduciría asimismo a la desestimación del motivo porque, además de las alusiones a dicho art. 20 reconocidas por la propia recurrente, siendo inequívoca la del hecho décimo, apartado A), letra a), de la demanda fijando la cantidad reclamada por el incendio de 3 de septiembre de 2002 en 492.408'47 euros, “que deberá incrementarse con la indemnización que por demora en el cumplimiento de sus obligaciones establece el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro”, resulta que en el fundamento de derecho VIII la demandante incluyó un apartado específico, titulado “Abono de intereses”, en el que igualmente pedía el abono de los establecidos en dicho art. 20 desde la fecha del siniestro.

En cuanto al séptimo y último motivo de casación, fundado en infracción del propio art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro por haber sido necesario acudir a la vía judicial para determinar si los siniestros eran o no indemnizables y, en caso afirmativo, fijar la cuantía de la indemnización, a lo que se uniría “la lenta y compleja resolución del presente procedimiento” y “las muchas dudas y discrepancias existentes entre la

Jurisprudencia y la Doctrina científica sobre la finalidad y alcance que debe atribuirse al procedimiento pericial de Artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro, así como las irregularidades producidas en la elaboración de los informes periciales imputables no sólo al asegurador, que ha de considerarse como causa justificada” o, en fin, que el acta pericial no fue de conformidad, su desestimación se impone con no menos evidencia porque, una vez rechazados los motivos de casación que negaban el común acuerdo de los dos peritos, el último párrafo del art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro, que necesariamente tendría que haberse citado como infringido junto con el art. 20 dado el fundamento de la condena al pago de intereses en la sentencia recurrida, despeja las dudas que quiere plantear la recurrente, la cual, además, difícilmente puede invocar, para no haber satisfecho la indemnización ni tampoco el importe mínimo a que se refiere el art. 18 de la Ley de Contrato de Seguro, una causa justificada o que no le sea imputable si se recuerda su ambigüedad para con la asegurada- demandante, prolongada hasta los propios recursos que ahora se resuelven, de la que ya se ha tratado en el fundamento jurídico séptimo.

DÉCIMO.- Conforme a los arts. 476.3 y 487.2 LEC procede confirmar la sentencia recurrida, y conforme al art. 398.1 de la misma ley en relación con su art. 394.1 deben imponerse a la parte recurrente las costas causadas por su recurso extraordinario por infracción procesal. En cambio no deben imponerse las costas causadas por su recurso de casación, conforme a ese mismo art. 398.1 puesto en relación con la salvedad contenida al final del párrafo primero del apdo. 1 del art. 394, porque la parte recurrente tenía razón para impugnar la interpretación del art. 18 de la Ley de Contrato de Seguro por el tribunal sentenciador, según se ha razonado en el fundamento jurídico sexto, dándose así un caso equivalente al de las serias dudas de derecho a efectos de pronunciamiento sobre costas (SSTS 9-6-09 y 19-11-08, entre otras).

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

#### FALLO

1º.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la demandada Banco Vitalicio de España, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, representada ante esta Sala por la Procuradora Dª Montserrat Rodríguez Rodríguez, contra la sentencia dictada con fecha 17 de febrero de 2006 por la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 410/05.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- Imponer a la parte recurrente las costas causadas por su recurso extraordinario por infracción procesal.

4º.- Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el recurso de casación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Francisco Marín Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

(...)

sala es conforme con los hechos y ajustada a derecho, y el motivo debe rechazarse.

SEGUNDO.- También por la vía del art. 849,1 Lecrim, se ha alegado como indebida la no aplicación del art. 390,1, 2 y 3 en relación con el art. 390, el 77 y el 403,2 Cpenal, por la misma razón de que no se ha producido la condena por delito de falsedad, solicitada.

El motivo está íntimamente relacionado con el anterior, del que, en realidad, es reiteración, y debe, pues, correr idéntica suerte.

TERCERO.- La objeción es de error en la apreciación de la prueba basado en documentos, y se apoya en la afirmación de la Audiencia de que el único perjuicio acreditado habría sido el del abono de las cuotas del Colegio de Abogados y de la Mutualidad de la Abogacía, cuando resultaría que hay documentos acreditativos de un perjuicio mayor.

Pero ya el propio planteamiento del motivo lo hace inaceptable, pues el mismo sólo autoriza a oponer algún preciso aserto bien documentado y probatoriamente acreditado de forma incuestionable, a otro de los hechos al que, sin razón plausible, se hubiera dado prevalencia. Y no es el caso.

Primero, porque la sala ha fundado razonablemente su criterio en materia de responsabilidad civil.

Y, segundo, porque, siendo así, el reproche formulado no es de error de hecho en los términos del art. 849,2 Lecrim, es decir, en la concreta consignación en ellos de algún dato, sino de valoración de un aspecto del cuadro probatorio, cuyo reexamen no cabe al amparo de este precepto.

CUARTO.- El reproche es de infracción de ley, de las del art. 849,1 Lecrim, en relación con los arts. 109,1, 110, 111 Cpenal y arts. 100, 108, 110, 111, 112 y 113 Lecrim. El argumento es que, de haber valorado la sala correctamente la prueba habría tenido que condenar al acusado a devolver a Citifin lo cobrado de ella en concepto de salario, declarando asimismo nulo el contrato.

Los propios recurrentes, en el arranque del motivo, se encargan de poner de relieve la inviabilidad del mismo. En efecto, pues supeditan la estimación de sus razones a una adecuada valoración de la prueba por parte de la sala, que, es obvio, a su entender no se habría producido.

Pues bien, el motivo suscitado es de infracción de ley, y, así, sólo apto para servir de cauce a la denuncia de eventuales defectos de subsunción, a partir de los hechos declarados probados, en los que no consta se hubiera producido el perjuicio económico de que se trata, por lo que luego razona le Audiencia en el decimocu-



2010/152984

TS Sala 2ª, Sentencia 19 julio 2010. Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

Producidos en ausencia de título oficial

## Delito de intrusismo por la realización de actos propios del profesional de la abogacía

*No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por el acusado y la acusación particular contra sentencia parcialmente absolutoria dictada en causa seguida por delitos de intrusismo profesional, estafa y falsedad. El TS verifica que lo contemplado en la sentencia son dos intervenciones ante tribunales, para cuya legítima realización se precisa contar con la habilitación legal representada por la posesión del título académico de licenciado en derecho, del que el acusado no disponía, por lo que es claro que concurren las dos exigencias típicas del precepto que se dice infringido, a saber, la realización de actos propios del profesional de la abogacía; producidos en ausencia de título oficial, y el hecho de que fueran sólo dos no puede banalizarse, cuando lo cierto es que, a tenor del art. 403,1 CP 95 habría bastado uno sólo, y aquí se trató de actuaciones -en plural-.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Citibank España SA y Citifin Efec SA.

PRIMERO.- Lo denunciado es infracción de ley, de las del art. 849,1 Lecrim, por indebida aplicación de los arts. 131 y 132 Cpenal. El argumento es que el tribunal ha errado en materia de interpretación de la prescripción, porque tratándose de comportamientos delictivos complejos hay que estar al plazo de prescripción del delito más grave o principal y la jurisprudencia dice que el dies a quo concurre en el momento en que se haya completado el comportamiento delictivo como tal.

A partir de esta consideración se argumenta que aquí el delito principal sería el de falsedad.

La sala ha reparado en que la falsedad se produjo en diciembre de 1993, con la presentación del falso título en el Colegio de Abogados de Madrid para obtener la colegiación, cuando resulta que la presentación de la denun-

cia que dio lugar a esta causa es de 15 de junio de 2005, tiempo ampliamente superior al de tres años previsto en el art. 131 Cpenal para los delitos menos graves, como el de que se trata. De otra parte, la hipótesis del comportamiento delictivo complejo tendría aquí una relevante particularidad y es que, precisamente, el delito más grave del conjunto sería el de falsedad, esto es, el prescrito. Pero es que, además, entre la presentación del título simulado y la realización de los dos actos que han dado lugar a la condena por intrusismo medió un lapso de tiempo tan dilatado que, dice bien el Fiscal, representa un verdadero obstáculo para acoger la propuesta de los recurrentes; y tampoco podría hablarse de un solo y único ánimo como hilo conductor que hubiera enlazado todos los segmentos de acción integrantes del conjunto, pues no cabe decir que la presentación del documento falso se hubiera producido cuando consta, ya con el propósito de llevar a cabo las actuaciones profesionales de referencia.

En consecuencia y por todo, hay que convenir en que la decisión de la



to de los fundamentos de derecho. Es por lo que el motivo tiene que desestimarse.

QUINTO.- La denuncia, también al amparo del art. 849,1 Lecrim, es de infracción de ley por no aplicación del art. 127 Cpenal, al entender que tendría que haberse acordado el comiso de los sueldos percibidos durante el tiempo trabajado en Citifin.

Se trata de un motivo directamente funcional y derivación de los dos anteriores, cuya desestimación lleva consigo necesariamente también la de éste.

SEXTO.- Con apoyo en el art. 849,1 Lecrim, se denuncia la falta de aplicación de los arts. 1261, 1265, 1266, 1269 y 1270, todos del código Civil. El argumento es que el contrato suscrito entre Aquilino y Citifin tendría que ser declarado nulo, como fruto de una estafa.

Pero resulta que los preceptos citados, todos de índole civil, no habrían dado lugar en este supuesto a una infracción de las que pueden hacerse valer por el cauce del precepto invocado, que se refiere a preceptos penales de carácter sustantivo o a otras normas del mismo carácter que deban ser observadas en la aplicación de la ley penal. Más aún cuando resulta que la Audiencia ha entendido que del desarrollo del contrato en sí mismo considerado no se derivaron perjuicios apreciables para la entidad contratante, porque el acusado desempeñó de forma eficaz el puesto de director de recursos humanos. Y, en fin, se da la circunstancia de que aquella relación dejó definitivamente de existir y de producir cualquier efecto, con la condena por el delito de estafa.

Por tanto, el motivo tiene que desestimarse.

SÉPTIMO.- Con apoyo en el art. 851,1 Lecrim se reprocha a la sala haber dejado de incluir en los hechos de la sentencia la referencia a los perjuicios irrogados como consecuencia de la fraudulenta relación laboral.

Mas lo cierto es que la objeción a que acaba de aludirse no tiene encaje en ninguna de las previsiones del artículo invocado, porque en la sentencia se expresa cuáles son los hechos que se entiende probados; no existe ninguna contradicción entre ellos; y no consta que de los mismos formen parte conceptos jurídicos de los que pudiera derivarse la predeterminación del fallo. Es por lo que el motivo no puede acogerse.

OCTAVO.- Al amparo del art. 851,3 Lecrim, se objeta la ausencia de decisión acerca de alguna de las cuestiones suscitadas por la recurrente.

El motivo guarda estrecha relación con el quinto del recurso, y la denun-

cia es de defecto de decisión acerca de la petición de comiso. Pero a lo ya dicho al tratar de aquél, debe añadirse que de la sentencia se desprende con total claridad que la decisión que se echa de menos responde a que el tribunal, en el fundamento decimocuarto, ya aludido, dio razón del porqué de no haber considerado el salario percibido de Citifin por el acusado como fruto de la estafa.

De este modo, el motivo carece asimismo de fundamento.

Recurso de Aquilino

PRIMERO.- Invocando el art. 851,4 Lecrim se ha denunciado la vulneración del principio acusatorio. El argumento es que se ha impuesto al acusado la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de abogado, por si antes del plazo de duración de la misma aquél adquiriera esa titulación, y esto pese a que ninguna de las acusaciones lo hubiera solicitado en su escrito de conclusiones definitivas.

El Fiscal pone de manifiesto que la representación del Colegio de Abogados de Madrid (parte acusadora en esta causa), según consta a los folios 583 y siguiente (no numerado) del rollo, remitió por fax un escrito solicitando esa pena, del que se dio traslado al ahora recurrente. Luego, en la vista, el letrado de la corporación defendió sus conclusiones definitivas, insistiendo en la imposición de aquélla.

Pues bien, siendo así, es lo cierto que se trató de una petición de pena no extemporánea, de la que tuvo conocimiento el acusado, que pudo cuestionarla pues fue sometida a contradicción. Falla, por tanto, el presupuesto procesal del motivo, que, en consecuencia, debe rechazarse.

SEGUNDO.- Por el cauce del art. 849,2 Lecrim se ha alegado error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demostrarían la equivocación del juzgador. El argumento es que la sentencia ha omitido declarar probado que el dato de que el acusado figure como abogado de Citibank International PLC en la sentencia del Juzgado núm. 21 de lo Social de Madrid, de 22 de noviembre de 2002, dictada en el procedimiento 262 de mismo año, fue debido a un error material, pues los pleitos de los querellantes, incluido el de la sentencia de referencia, los llevaba un bufete de abogados externo, apoderado al efecto por el grupo bancario.

Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849,2 Lecrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento,

que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde "documento" es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba.

Pero, como también objeta con razón el Fiscal, la afirmación del recurrente aparece desmentida, precisamente, por la propia sentencia del Juzgado de lo Social (folio 207 ss.), en la que consta de manera expresa que Aquilino actuaba como abogado de Citibank International PLC. Y más cuando la sala de instancia ha puesto asimismo de relieve la existencia de dos documentos que corroboran ese aserto: el mensaje de correo electrónico dirigido por el propio Aquilino a la presidencia del banco remitiendo la sentencia del Tribunal Supremo recaída en ese procedimiento, en el que él mismo se atribuye la condición de "letrado director en todo el proceso, ante las tres instancias", así como la factura girada por el despacho antes aludido, sobre los honorarios correspondientes a 83 demandas contra la entidad, sin incluir, precisamente, la relativa al asunto en el que el acusado ejerció la defensa.

Así las cosas, es obvio que no concurre la exigencia central del motivo, porque la sala de instancia ha contado con elementos de juicio particularmente relevantes, asimismo documentados, que brindan claro apoyo a su posición. Es por lo que la impugnación no es atendible.

TERCERO.- Por el mismo cauce que el anterior, se ha aducido error en la apreciación de la prueba "al valorar -se dice- los documentos en base a los cuales se condena" al que ahora recurre, porque en la entrevista insertada en una revista interna del banco se limitó a responder al entrevistador, lo que no equivale a una autoatribución pública de la condición de abogado; que tampoco resultaría de la carta de los folios 53-54, redactada por quien la remitía; ni de los documentos intervenidos en el momento de su detención, pues el curriculum fue dirigido a un destinatario específico, cuando optó al puesto de director de relaciones laborales y la tenencia de los carnés de los Colegios de Abogados de Madrid y Lérida, una cartera con la inscripción ICAM y una copia de un poder a su favor no suponen atribución pública de la calidad de abogado.

Pero el mismo planteamiento del motivo pone de relieve su propia inconsistencia, cuando el error que, ciertamente sin fundamento, se pretende radicaría en la valoración de

ciertos datos y no en el antagonismo esencial de alguna afirmación de los hechos con otra u otras documentadas y probatoriamente incuestionables.

Por lo demás, no hay duda de que la respuesta al entrevistador equivale a aceptar y a refrendar ante los lectores la falsa condición profesional de que se trata; y los carnés aludidos, es asimismo obvio, tenían como destino la exhibición a terceros, con el fin de contribuir del mismo modo a reforzar una falsa apariencia.

En consecuencia, no sólo los documentos invocados no desmienten la afirmación de los hechos, sino que, formando parte del cuadro probatorio, contribuyen a dar plausibilidad al aserto de la Audiencia que trataría de cuestionarse.

CUARTO.- Se reitera la misma objeción que en los dos casos precedentes, ahora por entender que la afirmación de la sentencia de que la empresa quería incorporar a un abogado en ejercicio resultaría desmentida por la nómina de Aquilino, en la que no figura contratado con la categoría laboral de titulado.

En la sentencia se afirma, en efecto, que la entidad de referencia quería contratar a un abogado en ejercicio. Y resulta que el acusado optó a ese puesto atribuyéndose tal condición inexistente, precisamente, al ser conocedor de una oferta de empleo publicada en El País del 4 de septiembre de 1994, folio 1124 de la causa, en el que se requería esa titulación, coherente con el dato de que el seleccionado tendría que hacerse cargo de la "asesoría jurídico-laboral de la empresa".

Es cierto que se cuestiona que ese anuncio pudiera haber sido tomado en consideración, en cuanto aparecido cinco meses antes del contrato; y que también se objeta que no resulta acreditado que las cuotas del Colegio de Abogados se hubieran abonado desde el momento mismo de la contratación. Pero de nuevo hay que decir que los elementos de juicio invocados en apoyo del motivo no llevan, y menos necesariamente, a estimar desvirtuada la afirmación objeto de cuestionamiento, y que, en cambio, del mismo modo que en el caso del motivo anterior, contribuyen también a dotarla de plausibilidad. Así, es claro que el motivo no se ajusta a las exigencias del art. 849,2 Lecrim.

QUINTO.- Por el mismo cauce del precepto que acaba de citarse, se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, ahora porque en la sentencia se declara probado que el acusado fue contratado por Citifin en octubre de 2003, cuando lo cierto es que fue traspasado de Citibank a dicha empresa del mismo grupo Citigroup, por lo que no habría podido engañar nuevamente, ya que no hubo una nueva contratación; según se desprendería de documento de los

folios 53-54 invocado en la propia sentencia (fundamento de derecho cuarto).

Pero de la propia sentencia (fundamento de derecho noveno) resulta que la Audiencia en apoyo de esa afirmación tuvo en cuenta que el acusado, para ser contratado por Citifin como director de recursos humanos, presentó el curriculum que consta al folio 333 de la causa, en el que figura la falsa afirmación de que era titulado en derecho, requisito exigido por la empresa, según resulta asimismo de la testifical que allí se cita. De lo que la sala ha inferido razonablemente que existió una renovación o reactualización de la apariencia engañosa, de cara a lo que era, en efecto, una nueva contratación.

Por tanto, de nuevo es de una total obviedad que la objeción del recurrente no se ajusta a los requerimientos del art. 849,2 Lecrim y el motivo tiene que ser rechazado.

SEXTO.- Al amparo del art. 849,1 Lecrim se afirma indebidamente aplicado el art. 403,1 Cpenal. El argumento es que en la sentencia se declara probado que en el tiempo que el acusado trabajó para las querellantes (9 años y 5 meses) actuó en su defensa una vez ante el Juzgado de lo Social que ya se ha dicho y otra en la suya propia ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, supuestos aislados y excepcionales, que tendrían que haber sido considerados atípicos, puesto que, además, no habría sido remunerado por tal prestación en ninguno de los dos casos.

Pero la objeción no se sostiene. Primero, porque no hay duda, lo contemplado en la sentencia son dos intervenciones ante tribunales, para cuya legítima realización se precisa contar con la habilitación legal representada por la posesión del título académico de licenciado en derecho, del que Aquilino no disponía. Y, segundo, porque no es en absoluto cierto que ese modo de actuar hubiese respondido a ninguna situación de necesidad ni se hubiera producido en circunstancias excepcionales. En efecto, pues nada habría impedido al recurrente acudir a un letrado para que se hiciera cargo de su defensa; y si la empresa querellante se sirvió también de asistencia externa en 83 supuestos, es evidente que podría haber hecho lo propio en el que figura como número 84.

Así las cosas, y en fin, es claro que en el supuesto contemplado concurren las dos exigencias típicas del precepto que se dice infringido. A saber, la realización de actos propios del profesional de la abogacía; producidos en ausencia de título oficial. Y es verdad que fueron dos. Pero no sólo dos, pues éste es un dato que no puede banalizarse, cuando lo cierto es que, a tenor del art. 403,1 Cpenal habría bastado uno sólo, y aquí se trató de actuaciones (en plural).

Tampoco es objeción atendible la de que no hubiera mediado en concreto la percepción de honorarios profesionales, pues no concurre ningún requisito en tal sentido, y esa ausencia no incide, restándole gravedad, en la calidad de la lesión a los bienes jurídicos en presencia.

Por todo, el motivo no puede acogerse.

SÉPTIMO.- Por la vía del mismo art. 849,1 Lecrim y con carácter subsidiario respecto del anterior motivo, se ha aducido la indebida aplicación del art. 403,2 Cpenal, por la condena en la modalidad agravada. El argumento es que ni el envío de un curriculum al banco, ni las contestaciones a una pregunta de periodista sobre la condición de abogado, ni el que una responsable de Citifin hubiera asegurado al recurrente que se le seguirían abonando las cuotas de la colegiación, ni el hecho de que llevase consigo los documentos a los que ya se ha hecho referencia, implicarían la autoatribución pública de la calidad de abogado, que -se entiende- requeriría haberse publicitado como tal ante una pluralidad indeterminada de personas.

Pero tampoco puede darse en esto la razón al recurrente. Primero, porque la dicción del subtipo agravado no hace precisa la concurrencia de una publicidad masiva, y se satisface meramente con el hecho de que la atribución de la calidad profesional inexistente se produzca en un ámbito no privado, de cierta amplitud. Algo que en este caso se dio de manera más que bastante, como bien explica la sala. En efecto, pues consta el uso del título ficticio en dos procesos de selección, la actuación sin habilitación legal en dos procedimientos judiciales y la autopresentación como letrado en ejercicio en una publicación que se distribuía a algunos miles de personas. Es, pues, inobjetable que la aplicación del precepto citado se encuentra plenamente justificada.

OCTAVO.- Lo denunciado es ahora, por la vía del art. 849,1 Lecrim, la aplicación indebida de los arts. 248 y 249 Cpenal en relación con el delito de estafa cometido en perjuicio de Citibank. Ello debido a que en la sentencia no se describiría ninguna actuación animada por el propósito de que la entidad pagase las cuotas del Colegio de Abogados y de la Mutualidad de la Abogacía; y tampoco podría considerarse que la apariencia creada por el acusado fuera un ardid específicamente dirigido a conseguir de la empresa el pago de esas cuotas.

El motivo es de infracción de ley y, por tanto, sólo hábil para servir de cauce a eventuales defectos de subsunción de los hechos probados, obviamente, en la versión de la sentencia, en un precepto legal.

El examen de los hechos probados permite comprobar que de los mis-

mos forma parte la afirmación de que la empresa "quería contratar a un abogado en ejercicio" para el "puesto de director de relaciones laborales". Y también la de que Aquilino fue contratado, precisamente, en esa condición, y, por ello, la empresa abonó "las cuotas correspondientes a las cuotas del Colegio de Abogados y de la Mutualidad de la Abogacía". Y, también por eso, representó la misma en un procedimiento ante el Juzgado de lo Social núm. 21 de Madrid.

A la vista de estos datos, que forman parte de los hechos probados, no hay inconveniente en admitir que, en efecto, Aquilino no orientó, directamente, toda esa actividad de falseamiento de su perfil profesional a obtener el pago de las cuotas aludidas, pero -dice bien el Fiscal- es claro que supo y aceptó que su modo de operar implicaba, como consecuencia necesaria, el abono de las mismas por parte de su contratante. Por tanto, no hay duda, existió en engaño, que fue causal y bastante para producir ese efecto económico en perjuicio de la entidad afectada. Como también es obvio que, de no haberse producido esa simulación interesada, Aquilino no habría sido seleccionado.

Por tanto, el motivo tiene que rechazarse.

NOVENO.- El motivo es similar al anterior, sólo que en este caso referido al delito de estafa relativo a la entidad Citifin. El argumento es que lo buscado al presentar el curriculum falseado no era obtener el abono de las cuotas aludidas sino ser contratado como director de recursos humanos. Y, además, lo producido fue sólo el mantenimiento del pago de las mismas, que no habría supuesto un perjuicio para Citifin; y el desempeño de la función en el marco de ésta fue satisfactorio.

Pero el supuesto contemplado guarda estrecha similitud con el precedente. En efecto, pues en los hechos probados se lee que el acusado aportó el curriculum con constancia de la titulación inexistente, es obvio que por considerarla un requisito determinante; y la prueba es, precisamente, que Citifin hizo frente al abono de las cuotas ya mencionadas, sin duda por considerarlo preciso y funcional al desempeño del cometido determinante del contrato. Así pues, el caso guarda estrecha similitud con el anterior y debe decidirse en el mismo sentido.

DÉCIMO.- Con carácter subsidiario en relación con los dos motivos precedentes, al amparo del art. 849,1 Lecrim, se objeta la indebida aplicación de los arts. 248 y 249 en relación con el art. 73, todos del Código Penal. El argumento es que el acusado, en todo caso, no debería ser condenado más que por un delito de estafa, porque las dos empresas para las que trabajó son del mismo grupo, Citigroup, que es realmente para quien desempeñó su actividad.

Como bien observa el Fiscal, este motivo guarda estrecha relación con el del ordinal quinto, que tendría que haber sido estimado para que este pudiera prosperar. No ha sido así, y, por tanto, esta impugnación tiene que rechazarse, por lo mismo que allí se dijo.

UNDÉCIMO.- Subsidiariamente y para el caso de desestimación de los tres motivos precedentes, también por la vía del art. 849,1 Lecrim, se denuncia la aplicación indebida de los arts. 248 y 249 y la falta de aplicación del art. 72 en relación con el art. 66,6, todos del Código Penal. El argumento es que la pena de dos años se entiende desproporcionada, en vista de las circunstancias que concurren, en particular las personales del acusado, que carece de antecedentes y que es un sujeto social y laboralmente integrado. Se objeta que la pena de referencia ha sido impuesta en su mitad superior, cuando no concurren agravantes y a tenor del importe de lo defraudado.

Está en lo cierto el Fiscal cuando señala que el dato de la integración laboral que maneja la defensa no es digno de consideración, al ser, precisamente, el resultado de la actuación fraudulenta del acusado. Y en orden a la valoración de la gravedad de la conducta en la relación con la primera entidad, tiene razón la sala al dar particular relevancia a la duración de la situación creada por el modo de operar enjuiciado, que se prolongó a lo largo de ocho años, sin duda en virtud del carácter singularmente insidioso de los medios puestos en juego.

Así, por todo, este motivo carece igualmente de fundamento.

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Aquilino contra la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 10 de diciembre de 2009 dictada en la causa seguida por delito de intrusismo, falsedad y estafa y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Citibank España S.A. y Citifin Efec, S.A. contra la misma resolución y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas a su instancia y a la pérdida, en su caso, del depósito constituido para recurrir.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Diego Antonio Ramos Gancedo.- Francisco Monterde Ferrer.- Joaquín Giménez García.- Manuel Marchena Gómez.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

(...)



# TSJ CLM CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/153181

TS Sala 3ª, Sección: 4, Sentencia 12 julio 2010. Ponente: D. Celsa Pico Lorenzo

## Anulación de la exigencia de aportar el listado de asociados para poder constituir la asociación de trabajadores autónomos

*El TS estima el recurso contencioso administrativo deducido por la asociación de autónomos para el fomento de la formación para el empleo y la competitividad en el medio rural y declara no ajustado a derecho el art. 16, 1, d) y el art. 18, 2 RD 197/2009, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro. La Sala da la razón a la parte recurrente cuando aduce que en las normas que regulan el derecho de asociación no se establece que para acceder a un registro público las asociaciones civiles o sindicales que se creen hubieren de comunicar el número de asociado, nombre y apellidos, sexo, NIF y domicilio, y tampoco lo exige la Ley 10/2007 que desarrolla. A continuación declara la nulidad de los preceptos señalados al considerar que aunque para determinar la representatividad de las asociaciones de trabajadores autónomos es preciso conocer su grado de implantación, esa representatividad no es una condición que deba ser exigida en el momento de la constitución de la asociación y su petición ulterior de acceso al registro, al no existir norma que lo establezca y resultar absolutamente desproporcionado al fin de la mera existencia de una asociación.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Asociación de Autónomos para el Fomento de la Formación para el Empleo y la Competitividad en el Medio Rural interesa se declare no ajustado a derecho el art. 16.1. d) y el art. 18.2 del RD 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, respecto a la exigencia de que se comunique al Registro, como condición inexcusable, para la inscripción de las entidades de la relación de asociados con especificación de los siguientes datos: número de asociado, nombre y apellidos, sexo, NIF y domicilio.

El tenor literal de los preceptos es:

Artículo 16. Inscripción en el Registro.

1. La inscripción en el Registro se formalizará mediante solicitud dirigida a la Dirección General de la Economía Social, del Trabajo Autónomo y de la Responsabilidad Social de las Empresas, conforme al modelo de solicitud correspondiente, a la

que se acompañará la siguiente documentación:

d) Relación de asociados con especificación de los siguientes datos: número de asociado, nombre y apellidos, sexo, N.I.F y domicilio.

Artículo 18. Comunicación de modificaciones.

2. De forma cuatrienal, las Asociaciones, Federaciones, Confederaciones y Uniones Profesionales de Trabajadores Autónomos inscritas en el presente Registro estarán obligadas a remitir relación actualizada de sus asociados con especificación de los datos reseñados en la letra d) del artículo 16.1.

SEGUNDO.- 1. Arguye la recurrente que ninguna Ley exige a las entidades asociativas para acceder a un registro público los nombres, apellidos, sexo, NIF y domicilio de sus socios o asociados. Los únicos datos identificativos personales que acceden a los citados registros son los de los miembros del órgano de administración, apoderados generales y el de los socios constituyentes o promotores.

Sostiene que paradigma de tal legislación nacional es la propia Ley 1/2002, del Derecho de Asociación; Real Decreto 1497/2003, de 28 de

noviembre del Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones; Real Decreto Legislativo 1564/1989 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; Ley 2/1995 de sociedades de Responsabilidad Limitada; Real Decreto 1784/1996 por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil; Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical; Real Decreto 873/1977, de 22 de abril, sobre depósito de los estatutos de las organizaciones constituidas al amparo de la Ley 19/1977, reguladora del derecho de asociación sindical y la más moderna Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Denuncia que la exigencia de comunicación de datos implica una injerencia desproporcionada en el derecho a la intimidad de los socios o asociados, al no ser necesaria, resultar arbitraria y ser excesiva para satisfacer el interés que pretende tutelar la Administración que, además no está explicitado y carecer de motivación suficiente.

2. Invoca los arts. 6 y 11 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos.

Artículo 6. Consentimiento del afectado.

1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

Artículo 11. Comunicación de datos.

1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

Sostiene que en el presente caso, la aportación de datos al nuevo re-

gistro creado no están exentos del consentimiento a que se refiere el apartado 2. del artículo 6 antes citado pues, ni son necesarios que se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; ni se refieren a un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa; ni tienen por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la Ley; ni los datos a suministrar figuran en fuentes accesibles al público.

Aduce que los datos exigidos por la norma que se impugna deberán cumplir inexorablemente el mandato del artículo 11, apartado 1 de la Ley en el sentido de que será necesario el consentimiento del interesado para su comunicación pues no existe ningún "cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario". Se trata más bien de una exigencia meramente gratuita y sin fundamento alguno de la norma. No se alcanza qué fin persigue dicha exigencia.

3. Añade que de facilitar los datos requeridos se incurriría en la infracción prevista en el art. 44 c de la antedicha LO 15/1999 siendo responsables los sujetos enumerados en el art. 43.

Por el contrario, si en cumplimiento de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, el responsable no facilita los datos, la entidad sería castigada con la sanción de archivo de la petición e inscripción, como señala el artículo 16, apartado 3. de la norma que se impugna, esto es, "cuando la solicitud o los documentos acompañados a la misma no reúnan los requisitos exigibles.... el Registro le tendrá por desistido de su petición... procediendo al archivo de su petición".

En definitiva, se les privaría de ejercer el derecho de asociación conculcando el artículo 22 de la Constitución Española y de los demás derechos que las Leyes otorgan a las asociaciones inscritas en el Registro que se crea.

4. Alega que el propio Real Decreto que impugna pretende ser escrupuloso con la garantía de la protección de datos personales, al menos formalmente con aplicación de la Ley 15/1999 de Protección de datos de carácter Personal, así como con la Ley Orgánica 1/1982 de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por lo que incurrir en flagrante incoherencia interna.

Así, el artículo 7.1 del mismo regula la "información sobre los contratos" a los representantes de los trabajadores. El apartado 2. establece los elementos del contrato que deberá notificar a dichos representantes: Identidad del Trabajador autónomo;

objeto del contrato; lugar de ejecución y fecha de comienzo y duración del contrato.

A continuación, añade: “De esta información se excluirá en todo caso el número de documento nacional de identidad, el domicilio, estado civil, y cualquier otro dato que pudiera afectar a la intimidad personal, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que establece la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal”.

Señala que el propio Real Decreto entiende que estos datos (número de documento nacional de identidad, domicilio y cualquier otro dato que afecte a la identidad de las personas) deben ser excluidos de la información que debe darse a los representantes de los trabajadores. Defiende que esos mismos datos deberían ser excluidos del conocimiento público general a través del Registro creado por la norma que se impugna.

A su entender la exigencia de comunicación de datos personales que exige el Real Decreto conculca el artículo 53.1 de la Constitución Española por cuanto la limitación de un derecho fundamental debe realizarse exclusivamente por Ley, no por una norma infralegal como la que se impugna. Se vulnera, por tanto el derecho fundamental a la intimidad que regula el artículo 18.1 de la CE.

5. Reputa discriminatoria la norma al no exigirse a otras entidades asociativas.

6. Invoca como jurisprudencia aplicable la emanada de la STS de 13 de setiembre de 2002, sobre comunicación de datos de las asociaciones judiciales y la identidad de sus afiliados. También la STS de 15 de abril de 2002 sobre tratamiento de datos personales entre administraciones públicas.

**TERCERO.-** Objeta el recurso el Abogado del Estado manifestando que con la aprobación y la entrada en vigor del Estatuto del Trabajo Autónomo, aprobado por la Ley 20/2007, de 11 de julio, se ha establecido un nuevo punto de partida para los trabajadores autónomos y el reconocimiento de sus derechos entre ellos, el de su asociación profesional y los relacionados o derivados de la representatividad de sus asociaciones.

El Real Decreto crea el Registro Estatal de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos, en el que deben inscribirse las asociaciones que desarrollen su actividad en el territorio del Estado, siempre que no lo hagan principalmente en una Comunidad Autónoma.

Señala que el Registro depende orgánicamente del Ministerio de Tra-

bajo e Inmigración y está adscrito a esta Dirección General de la Economía Social, del Trabajo Autónomo y de la Responsabilidad Social de las Empresas (artículos 12 y 13 del mismo).

Invoca que tanto la Ley 20/2007 como el RD 197/09 constituyen disposiciones que han puesto en marcha el proceso de configuración del mapa representativo del movimiento asociativo autónomo, siendo el primer paso mediante el que las asociaciones de autónomos adquirirían una inscripción plena a efectos administrativos, y por tanto un reconocimiento de su funcionalidad propia.

Manifiesta que la norma ha diferenciado dos situaciones: las asociaciones ya creadas e inscritas en otros registros, ya sean asociaciones en general o asociaciones profesionales, y las asociaciones de nueva creación. En el primero de los casos la norma prevé una serie de adaptaciones transitorias -y por tanto, de exigencias- desde los registros originarios al registro específico de asociaciones de autónomos. En el segundo de los casos se requiere de la inscripción de la asociación.

En este contexto y para concluir este apartado introductorio, la Administración estima que debe poner respetuosamente en conocimiento de la Sala tres consideraciones:

1ª Que a raíz del Auto de la Sala que acordó suspender la disposición impugnada resulta problemático evitar el efecto inmediato que de ella se deriva puesto que se traduce en que el reconocimiento expreso de las Asociaciones en el Estatuto del Trabajo Autónomo no se plasma en un reconocimiento real y tangible, ya que la suspensión de los artículos 16 d) y 18 del Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero impide una efectiva inscripción de las asociaciones.

2ª Por otra parte, que un posible fallo judicial estimatorio para AFFEC podría bloquear el devenir del proceso de configuración del mapa representativo, manteniéndose una situación ciertamente inestable en el mapa asociativo del trabajo autónomo, al no quedar configurados los criterios objetivos a aplicar para determinar la representatividad de la asociación de trabajadores autónomos.

3ª Finalmente, que en el proceso de desarrollo reglamentario del Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/07), la previsión de su artículo 21.1 está actualmente en una fase muy avanzada, existiendo un texto de Real Decreto de creación y regulación del Consejo del Trabajo Autónomo que articula esas previsiones legales, fijando los criterios objetivos a valorar para determinar la representatividad de las asociaciones inscritas en el Registro.

Adiciona que los preceptos del borrador que tratan esa cuestión, lite-

ralmente transcritos, establecen lo siguiente:

“Artículo 8. Criterios objetivos de determinación de la representatividad de las asociaciones de trabajadores autónomos.

1. Para elaborar la resolución con el fin de acreditar la suficiente implantación de las asociaciones de trabajadores inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos en los términos establecidos en el artículo 12.1 del real decreto por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos se considerarán por el Consejo los siguientes criterios objetivos:

b) Numero de trabajadores autónomos afiliados a las asociaciones de trabajadores autónomos, y de sus federaciones, confederaciones y, aportando certificado acreditativo del número de afiliados y listado que contenga nombre, apellidos, domicilio y NIF de los mismos”.

La nulidad de los apartados impugnados no puede apoyarse en ninguno de los factores a los que se refiere la recurrente en el FD 1º de su demanda puesto que, como es natural, ni “lo novedoso” de la previsión que recurre (“ninguna Ley que regula entidades asociativas exige el que accedan a un Registro Público los nombres, apellidos, sexo, NIF y domicilio de los socios o asociados”), ni su criterio sobre la necesidad o la utilidad de la previsión reglamentaria, constituyen parámetros admisibles para el contraste de la adecuación a derecho de un Real Decreto como el que cuestiona.

Sostiene que la Memoria justificativa del Real Decreto 197/2009, para el cumplimiento de las funciones y del objeto del Registro Estatal de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos, se estableció entre los requisitos formales mínimos para solicitar la inscripción el referido a la aportación de una:

d) Relación de asociados con especificación de los siguientes datos: número de asociado, nombre y apellidos N.I.F y domicilio

La aportación documental que deben aportar las asociaciones, además de constituir requisito indispensable para la acreditación suficiente de los datos precisos para proceder a su registro como asociación profesional de trabajadores autónomos de conformidad con la Ley 20/2007 y en su consecuencia la Ley Orgánica 1/2002, permite al Ministerio de Trabajo e Inmigración comprobar los datos específicos de asociados para:

- en primer lugar determinar el ámbito territorial aplicable, es decir,

ámbito estatal o autonómico ya que el domicilio de los afiliados asigna el registro de asociaciones de autónomo competente (artículo 12. 1 y 2 del RD 197/2009).

- y, además, verificar la implantación de estas asociaciones y su carácter de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos representativas, que es una condición específica y cualificada que les permite, formar parte integrante de Consejo de Trabajo Autónomo (art. 22 de la Ley 20/2007) y gozar de una posición jurídica singular (art. 21 de la Ley 20/2007), que les otorga capacidad jurídica para actuar en representación de los trabajadores autónomos para: (a) Ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista; (b) Ser consultadas cuando las Administraciones Públicas diseñen las políticas públicas que incidan sobre el trabajo autónomo; (c) Gestionar programas públicos dirigidos a los trabajadores autónomos en los términos previstos legalmente; y (d) Cualquier otra función que se establezca legal o reglamentariamente.

Considera que a todo ello, no al mero capricho o a la arbitrariedad, esta vinculada la exigencia de la documentación requerida.

Rechaza que cuanto se alega en los Fundamentos de Derecho 2º y 3º de la demanda respecto de la protección de datos de carácter personal constituye razón o fundamento que pueda determinar la nulidad de los preceptos impugnados.

Aduce que la previsión de la letra d) del artículo 16 del Real constituye para la Administración Pública una exigencia imprescindible para el desempeño de sus atribuciones en el ejercicio de sus competencias, sin que ello conculque el principio de “libertad negativa de asociación” contenido en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/2002.

Reputa evidente que nadie puede ser obligado a pertenecer o en su caso a declarar su pertenencia a una asociación legalmente constituida pero no tiene que ver con la necesidad de que la Administración conozca el listado de asociados para poder cumplir con las funciones encomendadas al Registro Estatal de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos.

Se trata de ámbitos distintos.

La declaración de pertenencia a una asociación pertenece al ámbito subjetivo, que incide en el derecho fundamental constitucionalmente protegido del derecho a asociación recogido en el artículo 22 de la Carta Magna y vinculado al artículo 28 de la misma por medio de la citada Ley Orgánica en su artículo 2.3., lo cual supone la protección frente al impe-

rativo a pertenecer o a declarar la pertenencia a una asociación o en su caso a un sindicato.

Mas, la letra d) del artículo 16 no implica vulnerar estos derechos fundamentales, por cuanto el terreno al que se refiere la referida exigencia de datos se circunscribe al ámbito objetivo, es decir el de los hechos. De este modo, exigir a la Asociación Profesional de Trabajadores Autónomos la lista de sus asociados, simplemente verifica y constata la pertenencia del asociado a la misma como condición sine qua non para la potestad de la Administración Pública en el ejercicio de las funciones del Registro sin ninguna repercusión subjetiva que suponga la declaración de tal pertenencia.

En conexión con la documentación requerida para solicitar la inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos, y con objeto de mantener la oportuna seguridad jurídica y fiabilidad de los datos contenidos en el registro, el artículo 18 del Real Decreto establece que los órganos correspondientes de cada una de las asociaciones inscritas, vendrán obligados a comunicar a este Registro mediante certificación expedida por el Registro Nacional de Asociaciones cualquier cambio o alteración sustancial que se produzca desde su inscripción, y particularmente, los referidos a domicilio, órganos directivos y estatutos.

Asimismo, por las razones anteriormente expuestas de verificación y control de datos en aras de obtener la transparencia deseada en la participación de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos en la gestión de programas públicos se requiere a las Asociaciones, Federaciones, Confederaciones y Uniones Profesionales de Trabajadores Autónomos inscritas en el presente Registro remitir, en el último trimestre de cada año, relación actualizada de sus asociados con especificación de los datos ya reseñados en la letra d) del artículo 16.1 de este Real Decreto.

CUARTO.- Tiene razón la parte recurrente cuando aduce que en las normas esgrimidas que regulan el derecho de asociación no se establece que para acceder a un registro público las asociaciones civiles o sindicales que se creen hubieren de comunicar el conjunto de datos (número de asociado, nombre y apellidos, sexto, NIF y domicilio) que la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos, asimismo invocada, establece exigen el consentimiento inequívoco de los afectados, salvo que la ley disponga otra cosa o se trate de alguna de los supuestos excepcionales previstos en el apartado segundo del art. 10 de la antedicha norma.

Tampoco tal exigencia deriva de la Ley 20/2007, de 11 de julio, Estatuto

del Trabajador autónomo alegada por el Abogado del Estado como marco del que deriva el RD 197/2009, de 23 de febrero desarrollando la nueva regulación relativa al citado contrato y su registro así como el Registro Estatal de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos.

Al regular la Ley 20/2007, el derecho de asociaciones profesional de los trabajadores autónomos remite su art. 20 a lo previsto en la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación con las especialidades previstas en la antedicha Ley 20/2007.

Una de las especialidades se encuentra en el apartado 3 del citado art. 20 respecto a la inscripción de las mismas.

3. Con independencia de lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos deberán inscribirse y depositar sus estatutos en el registro especial de la oficina pública establecida al efecto en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o de la correspondiente Comunidad Autónoma, en el que la asociación desarrolle principalmente su actividad. Tal registro será específico y diferenciado del de cualesquiera otras organizaciones sindicales, empresariales o de otra naturaleza que puedan ser objeto de registro por esa oficina pública.

4. Estas asociaciones podrán ser declaradas de utilidad pública conforme a lo previsto en los artículos 32 a 36 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

5. Estas asociaciones profesionales sólo podrán ser suspendidas o disueltas mediante resolución firme de la autoridad judicial fundada en incumplimiento grave de las leyes.

No se encuentra en la norma legal disposición alguna que, con cobertura en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos, exija comunicar en el momento de la inscripción la identidad de sus afiliados.

El ejercicio del derecho de asociación constituyendo una, impide a la administración la exigencia del conocimiento de sus componentes ya que, en tal fase, no tiene atribuida por norma de rango legal la necesidad de comprobar o verificar nada que exige el conocimiento de datos identificativos de carácter personal. No se da, por tanto, la pretendida potestad administrativa esgrimida por el Abogado del Estado.

QUINTO.- Deben diferenciarse dos planos en esta materia.

Uno, es la inscripción de las asociaciones profesionales de trabajado-

res autónomos en que resulta desproporcionado, y contrario a la legislación reguladora del derecho de asociación y protección de la intimidad, la exigencia de identificación personal de todos los componentes de la asociación que pretenda su acceso al Registro. Serán los consituyentes quienes decidan al establecer la dirección orgánica cuál es el domicilio y, por tanto, se determinará el lugar de inscripción, por razón de su lugar de residencia.

Otro, es la determinación de la representatividad de las asociaciones de trabajadores autónomos, concepto con el que juega su defensa el Abogado del Estado, al defender la necesidad de conocer el mapa de representatividad de las asociaciones en cuestión e informar de la paralización del Real Decreto de Desarrollo del art. 21.1. de la Ley 20/2007, de 11 de julio.

Para este segundo plano partimos del art. 21 de la Ley 20/2007, de 11 de julio.

Artículo 21. Determinación de la representatividad de las asociaciones de trabajadores autónomos.

1. Sin perjuicio de la representación que ostentan de sus afiliados y a los efectos de lo previsto en este artículo y el siguiente, tendrán la consideración de asociaciones profesionales representativas de los trabajadores autónomos aquéllas que, inscritas en el registro especial establecido al efecto, demuestren una suficiente implantación en el ámbito territorial en el que actúen. Dicha implantación habrá de acreditarse a través de criterios objetivos de los que pueda deducirse la representatividad de la asociación, entre ellos el grado de afiliación de trabajadores autónomos a la asociación, el número de asociaciones con las que se hayan firmado convenios o acuerdos de representación o de otra naturaleza, los recursos humanos y materiales, los acuerdos de interés profesional en los que hayan participado, la presencia de sedes permanentes en su ámbito de actuación y cualesquiera otros criterios de naturaleza similar y de carácter objetivo. Los citados criterios se desarrollarán mediante una norma reglamentaria.

2. La condición de asociación representativa en el ámbito estatal será declarada por un Consejo formado por funcionarios de la Administración General del Estado y por expertos de reconocido prestigio, imparciales e independientes. Reglamentariamente se determinará la composición de dicho Consejo, que en todo caso estará integrado por un número impar de miembros, no superior a cinco, así como sus funciones y procedimiento de funcionamiento.

Cierto que para determinar la representatividad es preciso conocer el grado de implantación de las asociaciones de trabajadores autónomos

mas esa representatividad que confiere la posición jurídica singular enumerada en el apartado 5 del art. 21 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, no es una condición que deba ser exigida en el momento de la constitución de la asociación y su petición ulterior de acceso al registro, al no existir norma que lo establezca y resultar absolutamente desproporcionado al fin de la mera existencia de una asociación.

Lo anterior conlleva la declaración de nulidad del apartado d) del art. 16.1. así como del apartado segundo del art. 18.

SEXTO.- Avanzando en el segundo plano al que acabamos de referirnos es evidente que ese conocimiento de la afiliación puede resultar necesario cuando en el desarrollo de la actividad asociativa ésta pretenda acceder a una ayuda o subvención en el marco de una relación administrativa en el que resulte necesario acreditar suficiente implantación en el ámbito territorial en el que actúen.

La suficiente implantación en el ámbito territorial en el que se actúe ha sido recogida como parámetro legal en el precitado art. 21.1. de la Ley 20/2007, de 11 de julio, fijando un amplio espectro de criterios que conducen a tal calificación.

Sin embargo, con anterioridad se encontraba previsto en el art. 14.4. del RD 1046/2003, de 1 de agosto, que regulaba el subsistema de formación profesional continua, al igual que en el apartado 3.a., segundo párrafo del art. 24 del RD 395/2007, de 23 de marzo, que regula el subsistema de formación profesional para el empleo.

Ante la ausencia legal delimitando los contornos del concepto se colige del examen de la STS de esta Sala y Sección de 17 de marzo de 2010, recurso de casación 2640/2008, que la exigencia de la relación de nombres, apellidos y DNI en la norma reguladora del procedimiento para la concesión de subvenciones mediante contratos programas para la formación de trabajadores resulta ajustada a derecho.

SEPTIMO.- No hay méritos para un pronunciamiento expreso sobre costas.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

#### FALLO

Ha lugar a la estimación del recurso contencioso administrativo deducido por a representación procesal de la Asociación de Autónomos para el Fomento de la Formación para el Empleo y la Competitividad en el Medio Rural por lo que se declara no ajustado a derecho el art. 16.1. d) del RD 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del



Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos "Relación de asociados con especificación de los siguientes datos: número de asociado, nombre y apellidos, sexo, NIF y domicilio." y el apartado segundo del art. 18 del RD 197/2009, de 23 de febrero, exigiendo que "De forma cuatrienal, las Asociaciones, Federaciones, Confederaciones y Uniones Profesionales de Trabajadores Autónomos inscritas en el presente Regis-

tro estarán obligadas a remitir relación actualizada de sus asociados con especificación de los datos reseñados en la letra d) del art. 16.1."

Sin mención expresa sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, D<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí la Secretaria, certifico.

de Seguro Colectivo de la que USCA es tomador, la declaración sobre su afiliación o no a un sindicato o a una asociación profesional de controladores, con las consecuencias correspondientes y, especialmente, que se le condene al abono de la indemnización que reclama como reparación de los daños morales sufridos por esa práctica.

SEGUNDO.- Se propone en primer lugar la modificación del ordinal sexto de la relación de hechos probados, que dice así: "Según el acta 1/2002, de 26.11.02 de la Comisión Paritaria de Acción Social se dispone establecer, con cargo al Fondo de Acción Social, una subvención para el colectivo de controladores de la circulación aérea, a título individual, en orden a sufragar el importe de un Seguro de Vida (que no es otro que el referido en el ordinal primero de este relato fáctico)". Acuerdos éstos no impugnados por el sindicato demandante, según el hecho probado decimotercero.

La modificación propuesta consiste en que se haga constar literalmente el contenido íntegro de la "nota informativa nuevo sistema de distribución del fondo de acción social a partir del 1 de enero de 2009", y no debe prosperar, por irrelevante a los efectos del fallo, porque lo que esencialmente se pretende hacer constar, a los efectos de los pedimentos formulados en el recuso, ya se recoge en el ordinal noveno, que dice:

"El 4-11-08 circuló una nota informativa para la gestión del seguro explicando "que los controladores que potencialmente se pueden adherir a este seguro de vida serán los afiliados a USCA y aquellos controladores no afiliados a ningún sindicato de ámbito nacional o asociación profesional". "También se circularon los formularios 1 y 2 que obran a los folios 44 y 47 de autos que se dan por reproducidos."

La acertada valoración de tales hechos no es materia de revisión fáctica.

Propone igualmente la modificación del ordinal décimo, según el cual: "El Comité ejecutivo nacional de USCA en reunión de 31.3.09 por unanimidad decidió retirar el formulario denominado "declaración justificativa" para los controladores no afiliados, cuando se realicen los trámites de adhesión al seguro de vida gestionado por USCA", para que en su lugar diga:

"Décimo: El Comité ejecutivo nacional de USCA en reunión de 31.3.09 por unanimidad decidió (folio 545 de autos):

- Elevar a la Junta Directiva el que los no afiliados queden al margen de la posibilidad de adherirse a la póliza de seguro colectivo.

- Ratificar la decisión de la Junta Directiva de mantener la vigencia de

la cláusula actual de la póliza de seguro, que se refiere a las condiciones a cumplir por aquellos susceptibles de adherirse, y

- Retirar el formulario denominado "Declaración justificativa" para aquellos controladores no afiliados, cuando se realicen los trámites de adhesión al seguro de vida gestionado por USCA.

No es aceptable la revisión porque la fecha del acuerdo de retirada del formulario de la "declaración justificativa" ya consta en el propio ordinal, y en cuanto a quienes tienen la posibilidad de adherirse, se hace referencia en el ordinal undécimo, siendo el resto de las indicaciones de la parte recurrente relativos a su propia valoración de la prueba.

Tampoco puede prosperar la revisión del ordinal undécimo, porque no se señala en qué sentido debe hacerse ni propone redacción alternativa, limitándose a realizar una distinta apreciación de la valoración de la prueba, que, a su juicio, se desprende del clausulado de la póliza.

La misma suerte adversa deben correr las dos adiciones que propone: un nuevo hecho probado, decimocuarto, con la siguiente redacción: "Según consta en el art. 2 (fines) de los Estatutos de la denominada Asociación Profesional de Controladores Aéreos de España (APCAE), que obran a los folios 359 a 367 de autos, la citada Asociación nació al amparo del Sindicato Profesional Independiente de Controladores Aéreos (SPICA) para facilitar y agilizar los asuntos profesionales del Colectivo de Controladores de la Circulación Aérea"; y el decimoquinto "Los Estatutos de USCA prohíben la doble afiliación sindical, pero no consta que limiten a sus afiliados el derecho de asociarse a una o más asociaciones profesionales de controladores aéreos".

Como señalamos, deben rechazarse: La primera, porque el propósito del recurrente relativo a poner de manifiesto que la demandada USCA trataba de alejar a los controladores de APCA, asociación en la órbita del sindicato demandante SPICA, lesionando así su libertad sindical, carece de sentido desde el momento en que se declare probado (ordinal décimo) que se retiró el formulario denominado "declaración justificativa" para los controladores no afiliados. Y la segunda, porque el tenor de la modificación, en los términos que se proponen, no se deriva del documento en que se basa el art. 6.3 de los Estatutos del Sindicato USCA.

TERCERO.- En los denominados motivos sexto y séptimo del recurso se censura la infracción del art. 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) y art. 28.1 de la Constitución Española (CE), alegando que vulnera la Libertad Sindical de SPICA el hecho de condicionar la adhe-



2010/153356

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 18 junio 2010. Ponente: D. Jesús Souto Prieto

No lesiona la libertad sindical de otro

## Gestión por sindicato de controladores de seguro colectivo de vida de sus propios afiliados

*Desestima el TS el recurso de casación interpuesto por el sindicato de controladores aéreo demandante contra sentencia que no declaró vulneradora de su libertad sindical la práctica de otro sindicato, en este caso mayoritario, que gestionaba como tomador un seguro colectivo solamente a sus propios afiliados. Entiende la Sala que las subvenciones para el seguro de vida otorgadas por AENA son individuales, entregadas a cada controlador para que decida qué sindicato gestiona el seguro al que la subvención corresponde y en ello no existe el más mínimo indicio de lesión de la libertad sindical.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La pretensión del demandante Sindicato Profesional Independiente de Controladores Aéreos (SPICA), ahora recurrente, consiste en que se declare la vulneración de la libertad sindical, como Sindicato y a sus afiliados, por la actuación de otro sindicato, USCA, que es tomador -por ser el único sindicato existente en el momento del aseguramiento- de una póliza de seguro de vida, aplicable a todos los controladores que lo deseen, afiliados o no a cualquier sindicato, cuya prima está financiada por el Fondo de Acción Social acordado en el I Convenio Colectivo Profesional.

Las Comisiones (Paritaria de Acción Social y Permanente del I Convenio) han cambiado el sistema de atribución de la subvención, pasando de ser individualizado y de entrega global a USCA con destino a la gestión de la póliza de seguro a ser individual y de entrega individualizada a

cada trabajador, para que éste gestione su seguro. Estos acuerdos no han sido impugnados. La actuación vulneradora del derecho reclamado, se produce, a juicio del demandante, cuando en la renovación de la Póliza en 2009, el sindicato USCA pretende condicionar la adhesión a la misma, mediante la posibilidad de su exclusión a los afiliados a otras organizaciones profesionales. La sentencia de la Audiencia Nacional, ahora recurrida después de apreciar su incompetencia de jurisdicción respecto de la pretensión de condena del codemandado Banco Vitalicio, desestimó la demanda en todos sus pedimentos.

En el presente recurso de casación, después de solicitarse la revisión de los hechos declarados probados, se pretende esencialmente que se declare la nulidad radical, por contraria a la libertad sindical de SPICA, de la práctica del sindicato demandado USCA, consistente en imponer a los controladores aéreos como condición para tramitar su adhesión a la póliza

sión al seguro colectivo la obligación impuesta por USCA a los controladores de declarar que no están afiliados, ni se afiliarán a ningún sindicato de ámbito nacional ni a ninguna asociación profesional de control.

Procede examinar conjuntamente ambos motivos, basados en la misma denuncia de infracción legal y ambos deben ser desestimados puesto que, incólume la relación de hechos probados, de ella resulta que la denominada declaración justificativa se retira en breve tiempo para los controladores no afiliados, de modo que, como se asevera en el hecho probado undécimo, si bien USCA admitía en su día la adhesión a la póliza de los controladores no afiliados, después de la escisión de los que principalmente conforman el sindicato recurrente SPICA, la admisión es exclusivamente respecto de los afiliados propios a USCA. No existe pues ninguna indagación por parte de USCA sobre la afiliación sindical de los controladores no afiliados a dicho sindicato y nada le impide a éste limitar su gestión, como tomador del seguro, a sus propios afiliados, ya que con ello no lesiona derechos ajenos.

Como dice, acertadamente, la sentencia recurrida: "Existe la situación previa de que en AENA operaba un solo sindicato de controladores aéreos: USCA. De ese sindicato inicial se escinde un grupo de afiliados para fundar un segundo sindicato: SPICA. El global de las subvenciones para el seguro de vida AENA lo ponía a disposición del tomador del seguro: USCA. Por tanto era ineludible que aquellas subvenciones individuales en su origen y colectivas en su gestión (pues solo había un sindicato gestor tomador del seguro) deban seguir siendo individuales pero ya no son atribución colectiva sino entregadas a cada controlador para que éste decida quien gestiona el seguro al que la subvención corresponde.

Efectivamente ante dos sindicatos cualquiera de ellos puede obtener una mayor adhesión a la póliza que gestione como tomador de seguro y conseguir en consecuencia una contratación mercantil más o menos beneficiosa en función del colectivo que se adhiera a su gestión.

No hay, pues, lesión de AENA ni de USCA a los derechos de SPICA cuando decidieron entregar individualmente la subvención para que cada controlador decida libremente que sindicato es el que considera que haya de ser el tomador de su póliza colectiva de seguro.

No existe pues en ello el más mínimo indicio de lesión de libertad sindical de la empresa y los dos sindicatos respecto de ninguno de ellos porque una vez entregada a cada controlador su subvención, según lo pactado, es éste, uno a uno y libremente, quien decide adherirse a la póliza que obtenga USCA a la que

obtenga SPICA, según los beneficios que uno u otro sindicato les proporcione".

CUARTO.- En los motivos octavo, noveno, undécimo y duodécimo, -sobre reparación de daños consistente en la publicación de la sentencia estimatoria y destrucción de formularios e información obtenida- y el décimo -sobre reparación económica mediante una indemnización de 1.527,02 euros- todos ellos con la misma denuncia de infracción de los arts. 180.1 LPL y art. 15 de la LOLS, la misma parte recurrente señala que estos motivos están supeditados al éxito de los motivos sexto y séptimo, que fueron desestimados por no apreciarse la vulneración de la libertad sindical que se postulaba. Procede por tanto también la desestimación de éstos sin necesidad de entrar en más consideraciones.

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

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Profesional Independiente de Controladores Aéreos (SPICA), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional con fecha 7 de julio de 2009., en virtud de demanda formulada por el Sindicato Profesional Independiente de Controladores Aéreos (SPICA), contra Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), la Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA) y Banco Vitalicio de España, S.A. Seguros y Reaseguros. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del 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. Gonzalo Moliner Tamborero.- Jesús Souto Prieto.- Manuel Ramón Alarcón Caracuel.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Milagros Calvo Ibarlucea.

(...)

2010/140235

TS Sala 4ª, Sentencia 17 junio 2010. Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido

## Relación no laboral de maquilladora de RTVE

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la demandada RTVE contra sentencia que declaró la naturaleza laboral del

contrato de la maquilladora accionante.

Señala el Tribunal que no concurre en la relación enjuiciada el carácter personalísimo, al poder sustituir el prestatario del servicio la persona que realice el servicio sin necesidad de consentimiento del principal, obedeciendo la forma de prestación de los servicios a la organización propia del prestatario, no disfrutando tampoco de vacaciones retribuidas, ni permisos o licencias por parte de la empresa.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La demandante presta los servicios propios de maquilladora para Televisión Española S.A. en el centro emisor de Sevilla. Demandaba a la empresa en reclamación de cantidad, habiendo recaído sentencia en la instancia que declaró el carácter no laboral de los servicios prestados. Presentado recurso de suplicación, la Sala de Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 14 de julio de 2009, revocó la de instancia, declaró que la naturaleza jurídica del contrato entre las partes era la de contrato de trabajo y ordenó la devolución de las actuaciones al Juzgado de origen para que, laboral la relación entre partes, el Juzgado de instancia resolviera sobre la pretensión deducida por la trabajadora.

2. El Sr. Abogado del Estado ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, proponiendo, como sentencia de contraste que cumpla el presupuesto procesal de la contradicción, la del Tribunal Superior de Castilla La Mancha de 12 de mayo de 2009.

3. La sentencia invocada de contradicción, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la demandante, declara que el contrato en virtud del cual prestaba servicios como maquilladora para Televisión Española, no tenía naturaleza laboral, siendo las circunstancias bajo las que se desenvolvía el contrato idénticas a las del caso hoy enjuiciado. Razones por las que, cumplido el presupuesto procesal de la contradicción, en los términos exigidos por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede la admisión a trámite del recurso, debiendo la Sala pronunciarse sobre la doctrina unificada.

SEGUNDO.- Antes de decidir sobre el fondo hemos de señalar que la recurrida ha aportado, por el cauce previsto en el art. en los art. 231 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el 270.1 de la de Enjuiciamiento Civil, copia de sentencia dictada por la Sala de Sevilla confirmando la de instancia que estimó la demanda presentada por la actora en causa por despido y en las que se declaró que su contrato tenía naturaleza

jurídica de contrato de trabajo. Aun habiendo aceptado la unión de dicho documento a los autos carece de eficacia vinculante para esta Sala, pues hemos de pronunciarnos sin perjuicio de que otra sentencia del Tribunal Superior de Justicia haya llegado a distinta conclusión en fecha posterior a la hoy impugnada.

TERCERO.- El recurso efectúa la comparación entre las sentencias recurrida e invocada de contradicción, en los términos exigidos por el art. 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, y denuncia la infracción de los art. 1.1 y 1.3.f) del Estatuto de los Trabajadores. Es un lugar común en las resoluciones judiciales que versan sobre la calificación del contrato en virtud del cual se prestan unos servicios, que con el mismo contenido, pueden derivarse de un contrato de trabajo o de un arrendamiento de servicios del art. 1544 del Código civil. La diferencia ha de encontrarse en las circunstancias concurrentes en la relación que une a las partes y en el desarrollo y contenido de la relación, siendo indiferente la denominación que los interesados hubieren dado a su contrato. En el presente momento legal las notas que definen al contrato de trabajo son las derivadas del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que procederemos al examen de las circunstancias que concurren en el caso de autos, según el relato de hechos probados de la recurrida, que determinan la calificación civil del contrato.

a) Carácter personalísimo de la relación: requisito esencial que no concurre cuando el prestatario del servicio puede sustituir la persona que realice el servicio sin necesidad de consentimiento del principal, obedeciendo la forma de prestación de los servicios a la organización propia del prestatario (hecho probado 7º "Cuando la actora no acude a desempeñar su trabajo, este es realizado por persona de su confianza elegida por ella"). La actora no disfrutaba de vacaciones retribuidas, ni requería de permisos o licencias por parte de la empresa.

b) Dependencia: Ciertamente es que los servicios se prestaban en locales de la demandada, mas sin recibir otras instrucciones que la de designar a las personas que habían de ser maquilladas para su intervención en los programas que se transmitirían. No recibía orden alguna acerca de la forma de desarrollar su trabajo, que la empleadora ni coordina, ni supervisa, ni controla (hecho probado 8º).

c) La retribución venía establecida en función de las sesiones de maquillaje realizadas.

Como se desprende de lo más arriba expuesto en el contrato de prestación de servicios no concurrían las notas ni de dependencia, ni el carácter personalísimo de la prestación de modo que la demandante, sin necesidad de solicitar permiso o licencia



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2889

Madrid, 3 de noviembre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

podía dejar de asistir al trabajo enviando persona de su confianza que lo realizara Y tal conjunto de circunstancias determina que el contrato no pueda ser calificado como de trabajo, como acertadamente declaró la sentencia invocada de contradicción.

Procede en consecuencia la estimación del recurso y, resolviendo el debate planteado en suplicación desestimar el de esta clase interpuesto

por la demandante frente a la sentencia de instancia.

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 Abogado del Estado,

en la representación que ostenta de Televisión Española, S.A., contra sentencia de 14 de julio de 2009 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía, Sevilla. Casamos y anulamos la citada sentencia y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el de esta clase interpuesto por la demandante frente a la sentencia de instancia. Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de pro-

cedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Fernando Salinas Molina.- José Luis Gilolmo López.- José Manuel López García de la Serrana.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Luis Ramón Martínez Garrido.

(...)

## 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.



2010/53504

TS Sala 1ª, Sentencia 27 abril 2010.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

### Respeto de la fecha de extinción del aprovechamiento cinegético sobre finca arrendada

El TS declara no haber lugar al rec. de casación interpuesto frente a la sentencia de apelación que, al igual que la de primera instancia, desestimó la demanda de la arrendataria por la que pretendía que se considerara prorrogado el aprovechamiento cinegético sobre la finca arrendada, al igual que se había prorrogado el aprovechamiento agrícola. El Tribunal confirma el criterio del juez "a quo" que llegó a la conclusión de que, fijándose en el contrato una fecha de extinción específica del aprovechamiento cinegético en la cláusula en la que se añadía este aprovechamiento a los demás para los que se pactó el contrato, debe respetarse esta fecha en lo que se refiere a dicho aprovechamiento, sin que sean aplicables las normas de la LAR relativas al plazo del arrendamiento rústico, máxime cuando la caza es un aprovechamiento que se encuentra excluido expresamente de dicha ley.

2010/53512

TS Sala 1ª, Sentencia 26 abril 2010.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

### Pérdida de los herederos del derecho de acceso a finca rústica

El TS declara no haber lugar al rec. de casación interpuesto contra la sen-

tencia de apelación que, con revocación de la dictada en primera instancia, declaró la pérdida o extinción por parte de los demandados -herederos del arrendatario de la finca rústica- del derecho de acceso a la propiedad de la finca en cuestión que les fue reconocido por sentencia anterior. La AP aprecia que aún no había sido definitivamente ejercitado o consumado por los demandados dicho derecho y aplicó, como causa de extinción del mismo, el hecho de que ni el arrendatario ni sus sucesores podrían continuar con la explotación agrícola de la finca ya que el terreno pasó a tener la consideración de urbano, todo ello debido a que la recalificación del terreno fue posterior a la mencionada sentencia que reconoció el derecho de acceso a la propiedad de los demandados, pero anterior a que se hubiera fijado el precio que debían satisfacer a la entidad arrendadora. La Sala declara que a través del rec. de casación se han planteado cuestiones que se deben examinar en el rec. extraordinario por infracción procesal, como sucede con la cosa juzgada, que además no concurre en este supuesto dado que no existe identidad de pedir.



2010/92258

TS Sala 2ª, Sentencia 13 mayo 2010.  
Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

### Ilegitimidad de intervenciones telefónicas determinante de absolución de delito contra la salud pública

Se estima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por un delito

contra la salud pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve a todos los condenados del expresado delito, pues ha sido declarada nula la intervención de las comunicaciones llevada a cabo a partir del examen de la memoria de los teléfonos incautados, que fue el factor determinante de la identificación de los primeros implicados descubiertos y lo que hizo posible la de los restantes. Por otra parte, el examen de la grabación del juicio evidencia que ninguno de los implicados en la causa aportó datos de carácter autoinculpatario y tampoco inculpatario de ninguno de los otros, de manera que todo el material probatorio de que se sirvió la Audiencia está directamente enlazado con el resultado de las escuchas, y sería inexplicable sin éste.



2010/113359

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 2 junio 2010.  
Ponente: D. Antonio Martí García

### Derecho de la entidad bancaria a la compensación económica por la colaboración en la gestión de la Seguridad Social

No ha lugar al rec. de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional que estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo formulado contra la desestimación presunta de las reclamaciones formuladas ante el Ministerio de Sanidad y Consumo, en las que se solicitaba obtener compensación eco-

nómica por la colaboración en la gestión de la Seguridad Social prestada. La Sala considera inaceptable que una colaboración de décadas entre la recurrente y la Administración de la SS, pueda quedar extinguida por voluntad tácita de la Administración, sin comunicación expresa alguna, permitiendo al tiempo que la entidad colaboradora persista en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral, derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, sin recibir la contraprestación económica correspondiente, es decir, la participación en la fracción de la cuota correspondiente a tales situaciones y contingencias.



2010/145236

TS Sala 4ª, Sentencia 11 mayo 2010.  
Ponente: D. Jesús Souto Prieto

### Atribución del derecho de opción entre readmisión o indemnización en despido improcedente

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el oficial de albañilería accionante contra sentencia que le denegó el derecho a optar entre indemnización y readmisión previsto en el convenio colectivo del ayuntamiento demandado. Señala el Tribunal que el convenio vigente no ofrece en su literalidad duda alguna respecto de que el beneficio opcional que se trata únicamente se confiere a quienes ya ostentasen la cualidad de trabajadores indefinidos antes del cese, y precisamente por reconocimiento efectuado por previa sentencia, de forma que los restantes trabajadores, aquéllos cuya cualidad contractual indefinida sea atribuible a irregularidades negociales apreciadas en la sentencia que declara la improcedencia del despido, no disfrutan del indicado beneficio y han de regirse por la norma general que dispone el art. 56,1 ET, de que sea la empleadora quien opte entre indemnizar o readmitir.