



# 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 2853

Madrid, martes 6 de julio de 2010



## TS PENAL

2010/16375

TS Sala 2ª, Sentencia 2 marzo 2010. Ponente: D. Joaquín Giménez García

Nulidad de sentencia por faltar respuestas a las cuestiones planteadas por los recurrentes

### Delitos de tenencia de útiles para la falsificación de moneda y de falsificación de documento oficial

*Se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delitos de tenencia de útiles para la falsificación de moneda y de falsificación de documento oficial. Subraya la Sala que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el aspecto de obtener una respuesta fundada en derecho relativa a las cuestiones procesales o sustantivas objeto del debate, es la consecuencia lógica al derecho de toda parte a alegar y probar. De poco serviría esta facultad, continúa el TS, si el Tribunal no viniera obligado a responder a las cuestiones suscitadas, y solo exteriorizase, como expresión de su voluntad desnuda, lo que estimase oportuno.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de 25 de noviembre de 2008 de la Sección III de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, condenó a Manuel y Eutimio como autores de un delito de tenencia de útiles para la falsificación de moneda, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas a la pena de ocho años de prisión y asimismo, como autores de un delito continuado de falsificación de documento oficial perpetrado por particular con igual atenuante, a la pena de un año, nueve meses y un día de prisión y multa de nueve meses con cuota de cinco euros, con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Contra dicha sentencia se ha formalizado recurso de casación por los condenados expresados, que presentan cada uno de ellos un recurso, el primero desarrollado a través de 39 motivos y el segundo a través de 38 motivos, si bien se trata de dos recursos prácticamente idénticos, incluso en su redacción.

**SEGUNDO.-** Iniciaremos el estudio conjunto de ambos recursos, dada su sustancial igualdad, y comenzaremos por el estudio -también conjunto- de los motivos décimo conjunto- de los motivos décimo séptimo y décimo octavo por las consecuencias que pueden derivarse del hecho de que pudieran ser estimadas las denuncias casacionales que dan vida a tales motivos.

Se trata de motivos encauzados por la vía de la vulneración de derechos constitucionales.

El motivo décimo séptimo, denuncia vulneración del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el sentido de obtener una respuesta fundada en la concreta impugnación efectuada por los recurrentes en el escrito de conclusiones definitivas de las intervenciones telefónicas.

El motivo décimo octavo, por igual cauce que el anterior denuncia la nulidad de los registros domiciliarios llevados a cabo en la causa por tratarse de prueba derivada de las in-

tervenciones telefónicas, ya que la fuente de conocimiento que permitió tal registro se encontraría -en la tesis de los recurrentes- en las conversaciones telefónicas impugnadas como nulas. Se trata del registro llevado a cabo en el domicilio del recurrente Manuel, sito en el PASEO000 núm. 000, núm. 001 núm. 002 de Sant Joan Despi, en el que se encontraron y ocuparon los efectos, aparatos, instrumentos y documentación referida en las páginas 11, 12, 13 y 14 del relato fáctico.

**TERCERO.-** La sentencia sometida al presente control casacional al valorar el inventario probatorio estima que este se integra por (f.jdcos. primero y segundo):

a) La declaración del también condenado, y no recurrente, Sebastián que en el Plenario reconocía su propia implicación en la fabricación de los billetes de dólares, así como el reparto de tareas existentes entre los tres condenados.

b) La declaración en sede judicial -primera declaración- de los recurrentes Eutimio y Manuel, sin que se efectúe referencia a lo declarado en el Plenario, refiriéndose la sentencia de forma fragmentaria a algunas frases de la primera declaración de los recurrentes en sede judicial, respecto de las que la propia sentencia dice que se trata de una "parcial asunción" de los hechos, sin mayores explicaciones -f.jdco. segundo, al inicio-.

c) Finalmente se refiere a "los múltiples y concurrentes elementos objetivos extremos de corroboración, "...así la incautación en su poder de los medios, modos y formas necesarias para la falsificación tanto de los billetes de dólar cuanto de los documentos identificativos objeto de acusación, conforme consta documentado en las diligencias de entrada y registro en el domicilio de Manuel....".

En relación a la validez de las intervenciones telefónicas, en el f.jdco. sexto, simplemente se dice "... y por lo que respecta al alegato de nulidad de las intervenciones telefónicas, sin perjuicio de la regularidad de la misma,...es lo cierto que tal diligencia de investigación policial ha devenido irrelevante en cuan-

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

- Privación de respuesta de fondo por falta de consideración de alegaciones **4**
- Desproporción entre los fines de la causa de inadmisión y los intereses que sacrifica **6**

### TS

#### CIVIL

- Exclusión de responsabilidad del propietario de local por caída de trabajador **8**

#### PENAL

- Delitos de tenencia de útiles para la falsificación de moneda y de falsificación de documento oficial **1**
- Auto de sobreseimiento libre y archivo de actuaciones en materia de presunto delito de realización arbitraria del propio derecho **3**

#### ADMINISTRATIVO

- Componente singular del complemento específico para los maestros **9**

#### SOCIAL

- Denegación de legitimación activa a sindicato para impugnar convenio extraestatutarios **11**
- Revisión tras cambio jurisprudencial de base reguladora de pensión de IPA reconocida judicialmente **12**

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

to prueba de cargo, pues el reconocimiento de los hechos por todos los procesados tras su detención a presencia judicial (aunque de modo parcial, aunque justificada) basta por sí misma...". Se refiere la sentencia a la naturaleza de prueba independiente que tiene dicha declaración judicial.

En relación a la validez del registro domiciliario, simplemente se dice -f.jdco. segundo- que fue acordado por el Juzgado de San Feliu de Llobregat.

CUARTO.- Ambos recurrentes se quejan de que la sentencia no ha dado ninguna respuesta a las concretas e individualizadas impugnaciones que se efectuaron, según se manifiesta, en tres ocasiones:

a) Al inicio del Plenario en el que intentaron el trámite de la audiencia preliminar del art. 786 LECriminal, siéndoles denegado por el Presidente del Tribunal.

b) En el escrito de conclusiones definitivas y

c) En el derecho a la última palabra.

Un estudio directo de las actuaciones en relación a esta cuestión, permite verificar que si bien en el escrito de conclusiones provisionales de ambos recurrentes obrante a los folios 121 respecto de Eutimio y 170 respecto de Manuel (Rollo de la Audiencia), nada se expresa concretamente en cuanto a petición de nulidad de pruebas, al tratarse de escritos meramente rutinarios en los que simplemente se discrepa o se muestra la disconformidad con la calificación fiscal y se piden las pruebas correspondientes. Es lo cierto que al inicio de las sesiones del Plenario (folio 323 del Rollo de la Audiencia) consta que por el letrado del recurrente Eutimio se solicitó una nulidad de actuaciones que no fue aceptada por el Presidente del Tribunal, que dejó la cuestión para el trámite de los informes.

Concluidas las sesiones del Plenario, las defensas de ambos recurrentes modificaron sus conclusiones definitivas en sendos escritos que obran a los folios 380 y 383.

Destacamos de dicho escrito los puntos I y II de las conclusiones del recurrente Manuel:

"...I. Nulidad de prueba, con relación a las intervenciones telefónicas,

así como el resto de las pruebas obtenidas como consecuencia de las mismas, y todo ello al amparo del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por considerar que las mismas fueron obtenidas, conculcando los derechos fundamentales, contenidos en el art. 18.2 y 3 de la C.E., con relación al secreto al derecho del secreto de las comunicaciones y el derecho de inviolabilidad del domicilio.

II. Nulidad de las actuaciones por haber prescindido durante la tramitación del procedimiento de las normas esenciales del mismo, produciéndose indefensión en mi defendido....".

Por lo que se refiere al escrito de conclusiones definitivas del recurrente Eutimio es sensiblemente idéntico.

Por lo que se refiere al derecho a la última palabra no consta nada en el acta levantada por la Secretaria.

En todo caso es patente, a la vista del examen efectuado, que por los letrados de los recurrentes se efectuaron concretas y precisas de las intervenciones telefónicas así como el registro domiciliario del piso de Manuel en el que se encontraron valiosos elementos que pudieran tener el valor de corroborar la veracidad de las declaraciones heteroincriminatorias del coimputado no recurrente, y tales impugnaciones no han obtenido respuesta alguna.

Lo que hizo la sentencia fue, haciendo presupuesto de la cuestión, declaró como exclusiva manifestación de voluntad y no como conclusión de la valoración y rechazo de las tesis impugnatorias, que aquellas intervenciones telefónicas fueron válidas, y que en todo caso no tuvieron el valor de prueba de cargo silenciando que sí fueron fuente de prueba pues a través de ellas se efectuaron los seguimientos y vigilancias, e incluso fueron detenidos los recurrentes cuando salían de la nave de Sabadell, de suerte que estas posteriores diligencias no habrían tenido lugar de no existir las informaciones obtenidas a través de la intervención telefónica.

QUINTO.- El derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto a obtener una respuesta fundada en derecho relativa a las cuestiones procesales o sustantivas objeto del debate, es la consecuencia lógica al derecho de toda parte a alegar y probar. De poco serviría esta facultad, si el Tribunal

no viniera obligado a responder a las cuestiones suscitadas, y, solo exteriorizase como expresión de su voluntad desnuda, lo que estimase oportuno.

El enjuiciamiento, como manifestación de un Poder del Estado, es una actividad razonada y razonable, y ello hace de la motivación la enseña de la actividad jurisdiccional y de todo Juez, un razonador, y por tanto explicando los porqués de la decisión que se adopta.

Todo esto ha sido claramente omitido por la sentencia sometida al presente control casacional.

No dio respuesta alguna a los argumentos que se le expusieron sobre la nulidad de las intervenciones telefónicas, ni por tanto, de las pruebas de ellas derivadas como fue el registro domiciliario, y por ello no se conocen las razones jurídicas que tuvo el Tribunal para arribar a la conclusión a la que llegó con lo que, por un lado no se dio respuesta a las cuestiones alegadas por los recurrentes, y por otra parte se desconocen las razones que sirvieron de soporte a la decisión de dar validez a las intervenciones telefónicas.

Por lo que se refiere al registro domiciliario, resulta patente que la fuente de prueba que permitió su conocimiento se encuentra también en las propias intervenciones telefónicas, habiendo sido también objeto de impugnación la validez de dicho registro tanto por su condición de prueba derivada como por la falta de motivación de la resolución autorizante, cuestiones respecto de las que tampoco existe en la sentencia la menor argumentación, lo que no ha sido óbice para que se condenara a los recurrentes. Esto nos lleva a la conclusión de que tal decisión carece de motivación -SSTC 181/98 y 185/98, entre otras muchas-.

Hay que recordar con la reciente STC 21/2008 de 31 de enero que "...el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120-3 de la C.E. y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E -conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional-, resulta reforzado en el caso de las sentencias penas condenatorias, por cuanto en ellos el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indi-

rectamente, con el derecho a la libertad (por todas, entre otras, SSTC 43/1997; 108/2001; 20/2003; 170/2004 de 18 de octubre....".

En esta situación procede la admisión de los dos motivos estudiados con la consiguiente nulidad de la sentencia al no responder al canon de motivación exigible con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el concreto sentido de no haber dado respuesta a las impugnaciones efectuadas por las representaciones de los recurrentes en lo referente a las dos pruebas estudiadas: intervenciones telefónicas y registro del domicilio de Manuel.

Procede la devolución de la causa al Tribunal de procedencia para que sin necesidad de nueva Vista, y por los mismos Magistrados, se den las respuestas correspondientes a las cuestiones omitidas en lo referente a las intervenciones telefónicas y registro domiciliario, volviendo a dictar la sentencia que corresponda.

SEXTO.- La admisión de los motivos décimo séptimo y décimo octavo de los recursos formalizados por ambos recurrentes hace innecesario el estudio de los restantes motivos, dada la nulidad de la sentencia que de la admisión de aquellos motivos se deriva.

SÉPTIMO.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede declarar de oficio las costas de ambos recursos.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación formalizados por las representaciones de Eutimio y Manuel, contra la sentencia dictada por la Sección III de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 25 de noviembre de 2008, la que anulamos y casamos, acordando la devolución de la causa al mismo Tribunal de procedencia, a fin de que por los mismos Magistrados y sin necesidad de nueva Vista se proceda a dar cumplida respuesta a las impugnaciones efectuadas por los recurrentes en relación a las cuestiones aludidas en esta resolución dictándose seguidamente la sentencia que corresponda, con declaración de oficio de las costas de ambos recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Sección III de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

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

DIRECTOR: Evaristo Moliné

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

devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Gimenez García.- Julian Sanchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Jorge Barreiro.- Siro Francisco García Pérez

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

2010/25723

TS Sala 2ª, Sentencia 6 abril 2010. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

## Auto de sobreseimiento libre y archivo de actuaciones en materia de presunto delito de realización arbitraria del propio derecho

*Desestima el TS el recurso de reforma interpuesto por la representación de la denunciante contra auto de sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones en materia de presunto delito de realización arbitraria del propio derecho. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que la conducta del denunciado se limitó exclusivamente al acceso al que todavía era su domicilio, teniendo necesidad de servirse para ello del auxilio de un cerrajero al haber sido sustituida la cerradura correspondiente a las llaves de las que disponía hasta entonces, sin que en ningún momento le hubiera sido requerida su entrega, con la única finalidad de retirar sus efectos personales y así abandonar definitivamente, y por su propia decisión y voluntad, la expresada vivienda. Todo ello además en presencia de funcionarios de la policía local, de varios vecinos e, incluso, de la propia denunciante, que tampoco denunció en ese momento, a los referidos policías lo que ante todos ellos estaba aconteciendo, aunque ahora sostenga, casi siete años después de tales hechos, que nos encontramos ante una infracción delictiva de la que fue en su día víctima.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La denunciante recurre en Reforma el Auto anterior, en el que se acordaba el Sobreseimiento

libre de las presentes actuaciones al entender que los hechos investigados no son constitutivos de delito alguno (art. 779.1.1 en relación con el 637.2 LECr), y basa su Recurso en diversas alegaciones de las que la primera de ellas se refiere al hecho de que esta Instrucción se haya centrado exclusivamente en la averiguación acerca de si los hechos fueran subsistentes en el delito de realización arbitraria del propio derecho, previsto y penado en el artículo 455 del Código Penal.

Ignora la recurrente, en este punto, que en el caso de los procedimientos seguidos contra personas aforadas, la admisión a trámite de las denuncias o querellas, que la lleva a cabo no el propio Instructor como en el resto de supuestos, sino una Sala integrada por cinco miembros de este Tribunal, es ese órgano el que delimita, al tiempo de su admisión a trámite, el alcance, tanto fáctico como jurídico, de dicha admisión, lo que condiciona y obliga a quien instruye, jerárquicamente sometido a la Sala, de modo que tan sólo mediante petición expresamente formulada ante ese órgano superior puede, en caso de que éste acceda a ello, ampliar el ámbito de su labor instructora.

En el presente caso, al margen de que el propio Juzgado de Instrucción de Castellón del que procede la causa ya realizó un acotamiento semejante, ni se ha formulado hasta este momento solicitud alguna por las partes acusadoras, pública y particular, en ese sentido, a pesar de conocer perfectamente el contenido del Auto de la Sala por el que se admitía a trámite el procedimiento con la referida restricción objetiva, ni se ha considerado conveniente ni oportuno tampoco por parte de quien aquí resuelve acudir de oficio a dicho mecanismo, toda vez que suponiendo las infracciones a las que alude la recurrente como no investigadas, en concreto el allanamiento de morada (arts. 202 o 203 CP) y el robo (arts. 240 o 241 CP), un "plus" respecto del delito de realización arbitraria del propio derecho que ha sido objeto de investigación, la conclusión alcanzada de no apreciar en el supuesto de autos la existencia de los elementos necesarios para afirmar la presencia de este último ilícito lleva a la consecuencia inevitable de que menos aún puede darse ninguna de las otras dichas infracciones penales.

SEGUNDO.- Por otra parte la denunciante, en su correctamente estructurado escrito de Recurso, pasa a continuación a expresar su respetuosa discrepancia con las conclusiones fácticas contenidas en la Resolución recurrida, toda vez que afirma que es incierto el que, cuando los hechos acontecen, el 15 de agosto de 2003, el denunciado no hubiera abandonado, de manera definitiva, el domicilio de la pareja, concretamente desde el día 29 de mayo de ese mismo año, puesto que él mismo dijo a la Policía "que había estado viviendo hasta

hacia pocas fechas en este domicilio..pero que por motivos personales se había trasladado a otra vivienda.", mientras que la propia denunciante también tiene declarado que "El Sr. A. ya no vive en la vivienda." Afirmando el Recurso que ello supone que se estaba ante una "separación de hecho definitiva, en la que el denunciado constituyó un nuevo domicilio, saliendo de la esfera íntima y privada del que fue su domicilio, y por tanto, únicamente podía acceder a él con el consentimiento de sus moradores".

Pero, sin perjuicio de que con estas alegaciones la parte está persiguiendo en realidad una calificación de los hechos como constitutivos del delito de allanamiento de morada, en el que el bien jurídico protegido no es otro que el de la inviolabilidad del domicilio ajeno, cuya existencia, como dijimos, fue ya excluida en su día por la Sala de admisión de las Causas de aforados, lo cierto es que, en el estricto ámbito de lo fáctico, en modo alguno resulta tampoco aceptable semejante versión, lógicamente parcial e interesada, de quien recurre, habida cuenta de que, al margen de que, como ya dijimos, desde el punto de vista dominical la vivienda seguía perteneciendo, como copropietario, al denunciado, de igual modo que, desde el estrictamente posesorio, él no había renunciado de forma expresa, en ningún momento, a sus derechos de tenencia y uso del inmueble, aspectos a considerar ulteriormente, con carácter preferente y esencial, por lo que al delito de realización arbitraria del propio derecho se refiere, en cuanto a los extremos relacionados con el derecho a la intimidad e inviolabilidad domiciliaria como fundamento para el disfrute exclusivo, y excluyente, de la finca por parte de la Sra. Sanz, no sólo hay que tener en cuenta que ni tan siquiera se habían iniciado, a la fecha de acaecimiento de los hechos, los trámites para la atribución judicial del uso del domicilio, por mucho que se nos diga que María Paloma, a su propia iniciativa, dirigió un requerimiento unos días antes a Manuel para que atendiera a los gastos de los hijos y la vivienda y designase nuevo domicilio, sino que tan sólo habían transcurrido once semanas desde que el denunciado se ausentó del mismo, manifestando en aquel momento que se trataba tan sólo de una decisión adoptada por "sentirse agobiado y necesitar pasar unos días de relax en la casa de sus padres pero con la clara intención de volver con la manifestante pasado el agobio que le producía el hecho de saber que el próximo 11 de julio de 2003, fecha prevista para celebrar la boda entre la manifestante y el Sr. A., estaba ya próximo y tenían ambos que acudir al hotel Organge de Benicasim a elegir el menú para la cena." (sic), como la propia denunciante literalmente tiene manifestado de forma expresa en declaración judicial prestada con asistencia de Abogado que se acaba de transcribir y lo evidencia

y confirma además el hecho de que los efectos personales del denunciado permanecieran en la vivienda sin haber sido retirados con anterioridad.

Por lo que no cabe afirmar, con la necesaria certeza exigible en este ámbito, no sólo que el Sr. A. hubiera dejado de ser titular dominical del domicilio, pues es evidente que todavía lo era, sino incluso que tuviera que perder la condición de morador del mismo como consecuencia de la sola voluntad y decisión personal de la denunciante y por mucho que, en efecto, había abandonado éste fechas antes, pero con carácter temporal y una inicial intención expresa de regresar a él en cualquier momento, como la misma Dª Paloma declaró.

La salida, como hemos visto, se produjo pues sin el carácter de abandono definitivo de la vivienda, en la que, al menos en principio, aún se esperaba su retorno, pasando a poderse considerar el abandono como definitivo, por su propia voluntad y aún sin previa Resolución judicial al respecto, precisamente cuando toma la decisión de recoger sus efectos personales y la ejecuta. Hasta ese momento no puede sostenerse en forma alguna que dejase de ser morador del domicilio, aunque se hubiera ausentado de él con la referida intención inicial de temporalidad, toda vez que quien hasta entonces había sido su compañera carecía de capacidad para, por su sola decisión, expulsarle de esa vivienda que en aquel entonces también era la suya.

TERCERO.- Y siendo lo anterior tal como queda relatado, la existencia del delito de realización arbitraria del propio derecho ha de resultar consecuentemente descartada, toda vez que, como ya dijimos en la anterior Resolución, no concurren los elementos integrantes de dicha figura penal.

Lo que puede obviamente concluirse a partir del resultado de todas las pruebas obrantes en Autos, entre las que de forma destacada se encuentran las que se mencionan en esta Resolución y de modo aún más especial por haberse practicado con directa intervención de este Instructor, las declaraciones de los propios implicados en los hechos, ofreciendo una información que confirma, complementa y enriquece aquella de la que dispuso la Sala al tiempo de admitir a trámite las actuaciones remitidas por el Juzgado de origen.

Que quien es dueño y poseedor de una vivienda, aunque fuere en participación con un tercero, y mantiene su derecho a regresar y morar en la misma, cambie la cerradura de acceso para poder entrar en ella, cuando advierte que previamente la anterior cerradura también había sido sustituida por otra por la copropietaria, sin acuerdo mutuo ni advertencia alguna al respecto, indudablemente no puede calificarse como un comportamiento delictivo.

Una cosa es realizar una conducta arbitraria frente a otro, eludiendo las vías legales previstas para ello, a fin de obtener la satisfacción de un derecho y hacerlo además con uso de violencia, intimidación o fuerza en las cosas, que es la previsión típica del delito de referencia, y otra completamente distinta ejercer un derecho propio sobre la cosa de pertenencia, eliminando para ello, por otro lado sin producción de daño alguno, un impedimento físico cual la cerradura de acceso al lugar, que ni siquiera llega a fracturarse sino que tan sólo es sustituida por otra con auxilio de un cerrajero. Hemos de insistir además en que, contra la voluntad del interesado y en ausencia de Resolución judicial o actuación de la Autoridad que justifique la adopción de una medida de urgencia, es la denunciante la que no puede atribuirse, a sí misma, la facultad de excluir del uso de la vivienda a quien no ha dejado definitivamente de morar en ella, por su propia voluntad o por decisión de Autoridad competente para ello.

Precisamente, cambiar la cerradura con tal propósito de impedir la entrada a quien aún tenía legítimo derecho de acceso no sería aceptable si no fuera porque D<sup>a</sup> Paloma ha manifestado expresamente que no era ésta su intención, que no quería de este modo impedir la entrada a su ex pareja, ofreciendo ella misma como explicación para semejante cambio de cerradura el que se trataba de una "medida de seguridad" exclusivamente, pues su hijo había perdido la llave.

Con ello viene a justificar de forma satisfactoria su propia conducta pero, simultáneamente, vuelve a reconocer el derecho del denunciado a entrar en la vivienda, sin necesidad de tener que contar con su permiso, pues dicha exigencia de autorización para ejercer un derecho que le era propio no la precisaba en modo alguno el Sr. A.

Finalmente, la mención que se hace en el Recurso en relación al hecho de que también "se invadió" el domicilio de una empresa, Asejur S.L., de la que era titular la denunciante, es argumento de hueca formalidad e intrascendente, desde el punto de vista penal, porque en realidad dicho "domicilio social" no era sino una estancia más de las que formaban parte de la propia finca que constituía la vivienda compartida y en la que, en realidad, se alojaba el despacho de trabajo de ambos convivientes. De ahí precisamente la necesidad de acceder a esa habitación para retirar efectos personales, sin que se haya acreditado que el denunciado sustrajera documento alguno de la empresa, máxime cuando, como a continuación diremos, también estas operaciones se realizaron a presencia de varios testigos ajenos a los hechos, entre ellos algunos policías municipales de la localidad.

En efecto, los hechos presumiblemente delictivos discurren además a presencia de agentes de la Autoridad y de un grupo de vecinos que incluso llegaron a colaborar en la tarea de sacar y cargar los enseres del denunciado en el camión dispuesto para ello, con lo que, según la tesis de la denunciante, hubieran podido convertirse en cooperadores necesarios o cómplices de un hecho delictivo.

A su vez, los policías actuantes elaboran un minucioso atestado, describiendo todas las operaciones llevadas a cabo, con participación activa de la propia D<sup>a</sup> Paloma que va indicando qué objetos puede recoger Manuel y cuáles no, a lo que éste accede por indicación de los funcionarios, sin que tales agentes presentes en el lugar, en definitiva, adviertan en ningún momento que se encuentran en presencia de la comisión de un hecho delictivo.

En modo alguno nos hallamos, en consecuencia, ni ante una entrada en domicilio ajeno para hacer efectivo el derecho a retirar enseres y efectos personales propiedad del querrellado ni, menos aún, frente a la ejecución de una fuerza para la realización ilícita de tal derecho, que en algún momento hasta se ha llegado a describir, tan audaz e impropriamente, como el hecho de "reventar" la cerradura de la vivienda.

Por todo ello, pretender que nos hallamos ante unos hechos que merecen el grave reproche en que la sanción penal consiste, supone ignorar el carácter residual y de mínima intervención del Derecho penal, más allá incluso del contenido propio del principio de legalidad, que hace del todo inaplicable la figura delictiva que analizamos.

Pues en definitiva, y resumiendo para concluir, la conducta del denunciado se limitó exclusivamente al acceso al que todavía era su domicilio, teniendo necesidad de servirse para ello del auxilio de un cerrajero al haber sido sustituida la cerradura correspondiente a las llaves de las que disponía hasta entonces, sin que en ningún momento le hubiera sido requerida su entrega, con la única finalidad de retirar sus efectos personales y así abandonar definitivamente, y por su propia decisión y voluntad, la expresada vivienda. Todo ello además en presencia de funcionarios de la Policía local, de varios vecinos e, incluso, de la propia D<sup>a</sup> Paloma, que tampoco denunció como delito, en ese momento, a los referidos policías lo que ante todos ellos estaba aconteciendo, aunque ahora sí que sostenga, casi siete años después de tales hechos, que nos encontramos ante una infracción delictiva de la que fue en su día víctima.

Por lo que, en consecuencia, se debe confirmar, con desestimación del Recurso, nuestro anterior Auto de Sobreseimiento libre y Archivo de las presentes actuaciones, toda

vez que carecería obviamente de sentido, en este momento procesal y a reserva siempre del superior criterio de la Sala que pudiera conocer de una eventual Apelación contra este pronunciamiento, proseguir con unas actuaciones que, a juicio de este Instructor, versan sobre unos hechos tan carentes de tipicidad como los aquí investigados.

En consecuencia, de acuerdo con los preceptos mencionados y demás de aplicación general,

#### FALLO

La desestimación del Recurso de Reforma interpuesto por la Representación de la denunciante, D<sup>a</sup> Paloma,

ma, contra el Auto de Sobreseimiento libre y Archivo de las presentes actuaciones, de fecha 22 de enero de 2010, que se confirma en todos sus extremos.

Contra la presente Resolución cabe Recurso de Apelación ante la Sala de Causas de aforados de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por término de cinco días desde la última notificación de este Auto.

Así, por este Auto, lo resuelve, manda y firma el Excmo. Sr. Magistrado Instructor D. José Manuel Maza Martín, de lo que como Secretaria certifico. José Manuel Maza Martín.



2010/61521

TC Sala I<sup>a</sup>, Sentencia 27 abril 2010. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Tutela judicial efectiva

## Privación de respuesta de fondo por falta de consideración de alegaciones

*Otorga el TC el amparo solicitado por los recurrentes, reconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva. Los recurrentes aducen que la sentencia impugnada, por no haberse pronunciado sobre el fondo de las cuestiones planteadas acerca de la liquidación tributaria, les ha privado de su derecho de acceso a la jurisdicción, al tiempo de incurrir en incongruencia omisiva, indicando además que la resolución contiene una motivación arbitraria y contraria a lo dispuesto en el art. 56.1 LJCA, acerca de la obligación de los órganos judiciales de resolver todas las cuestiones formuladas por las partes aunque no hubieran sido planteadas anteriormente en la vía administrativa. El Alto Tribunal encuentra que se debe apreciar la existencia de un error patente, puesto que la Sentencia acerca de la ausencia de actividad alegatoria no se corresponde con la realidad procesal, de modo que nos encontramos ante un error con relevancia constitucional.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión que se somete al juicio de este Tribunal consiste en dilucidar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los demandantes de amparo.

Tales resoluciones son la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, recaída el 1 de diciembre de 2006 en el recurso ordinario núm. 1327-2003; y el Auto de la misma Sección, de 23 de febrero de 2007, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la indicada Sentencia. Ésta desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los demandantes de am-

paro contra la Resolución de 31 de marzo de 2001 del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Canarias que había inadmitido su reclamación económico-administrativa contra la liquidación practicada a la sociedad mercantil Arbóreo, S.L. -de la que eran socios- por el impuesto sobre sociedades del ejercicio 1994 (cuyo resultado afectaba a sus liquidaciones individuales por el IRPF del año siguiente) por tratarse de un acto firme.

La Sentencia recurrida parte de que el carácter estrictamente revisor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo impone que el único posible objeto de su enjuiciamiento sea la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Canarias que inadmitió la reclamación económico-administrativa de los demandantes, excluyendo de su

examen los motivos de impugnación referidos a la liquidación tributaria. Desde tal planteamiento, tras consignar que los recurrentes no formularon alegación alguna contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional -sino sólo contra la liquidación tributaria-, añade la Sentencia que no se aprecia defecto alguno en la resolución económico-administrativa, por lo que procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Sostienen los recurrentes que la Sentencia impugnada, en cuanto desestimó su recurso contencioso-administrativo sin pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones planteadas acerca de la liquidación tributaria, les ha privado de su derecho de acceso a la jurisdicción, al tiempo que incurre en incongruencia omisiva y, lejos de ser una resolución fundada en Derecho, contiene una motivación arbitraria y contraria a lo dispuesto en el art. 56.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) acerca de la obligación de los órganos judiciales de resolver todas las cuestiones formuladas por las partes aunque no hubieran sido planteadas anteriormente en la vía administrativa.

Por el contrario, el Abogado del Estado solicita la desestimación de la demanda de amparo al considerar que la Sentencia impugnada no incurrió en incongruencia omisiva ni en denegación de acceso a la jurisdicción, así como tampoco en motivación arbitraria, sino que desestimó el recurso contencioso-administrativo por apreciar como correcta la aplicación por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Canarias del art. 55 del Reglamento regulador del procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas entonces vigente, que impide que un órgano económico-administrativo revise un pronunciamiento anterior dotado, afirma, de eficacia de cosa juzgada administrativa.

También se opone a la estimación del recurso el Ministerio Fiscal, el cual, tras destacar la imprecisa exposición que se contiene en la demanda de amparo y las carencias de la documentación aportada, considera que los recurrentes no han justificado que las alegaciones formuladas en las actuaciones de las que trae causa el presente proceso de amparo fueran diferentes de las que ya se habían planteado con anterioridad por otros socios y por la sociedad mercantil misma, único supuesto, a juicio del Fiscal, en que pudiera entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

SEGUNDO.- Con carácter previo al estudio de las lesiones constitucionales alegadas conviene precisar que el ámbito del presente recurso de amparo se circunscribe al examen de las resoluciones judiciales recaídas en el proceso contencioso-administrativo precedente. Nos hallamos,

por consiguiente, ante un recurso formulado por el cauce del art. 44 LOTC, quedando excluidas de nuestro enjuiciamiento las resoluciones administrativas, a las que ningún reproche se formula en el escrito de demanda.

También es preciso adelantar que la dimensión o vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) afectada por las resoluciones judiciales impugnadas es la del derecho de acceso a la jurisdicción, puesto que la Sentencia recurrida, aunque desestima el recurso contencioso-administrativo en lo que respecta a la decisión del Tribunal Económico-Administrativo Regional de inadmitir la reclamación económico-administrativa, tal desestimación se constituye en el impedimento para el pronunciamiento de fondo respecto de los motivos de impugnación referidos a la liquidación tributaria. Ya en la STC 160/2001, de 5 de julio, (FJ 3), y posteriormente en la STC 75/2008, de 23 de junio, (FJ 2), hemos vinculado con el derecho de acceso a la jurisdicción la negativa de los jueces o tribunales a pronunciarse sobre una determinada cuestión de fondo cuando, como en el presente caso, para ello se aduce por el órgano judicial que el carácter estrictamente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa impide o limita el examen.

Fijados así los términos de la controversia, debemos recordar que con motivo de las numerosas ocasiones en las que este Tribunal ha efectuado su control de constitucionalidad sobre resoluciones judiciales obstativas de un pronunciamiento de fondo, se ha conformado una doctrina con arreglo a la cual el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE comporta, como contenido esencial y primario, el de obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Al tiempo, hemos reiterado que, no obstante, al ser un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley que, a su vez, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental (SSTC 60/1982, de 11 de octubre, FJ 1; 321/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; y 185/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, entre otras muchas).

Por último, en lo que ahora interesa, hemos destacado que aunque la

apreciación de cuándo concurre una causa obstativa del pronunciamiento de fondo es cuestión de legalidad ordinaria que compete efectuar a los órganos judiciales ex art. 117.3 CE, no obstante éstos quedan compelidos a interpretar las normas procesales no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso (por todas, SSTC 118/1987, de 8 de julio, FJ 3; 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; 3/2004, de 14 de enero, FJ 3; y 187/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

TERCERO.- Recordado lo anterior, estamos en condiciones de contrastar la Sentencia impugnada con la doctrina constitucional sintéticamente expuesta. Como con mayor detalle ha quedado reflejado en los antecedentes de esta resolución, la liquidación por el impuesto sobre sociedades correspondiente al ejercicio 1994 que se practicó a la sociedad mercantil Arbóreo, S.L., fue impugnada tanto por la propia sociedad como por determinados socios, entre ellos los demandantes de amparo.

El Tribunal Económico-Administrativo Regional de Canarias resolvió en primer lugar la reclamación formulada por la entidad mercantil, procediendo a su desestimación (a causa de no haber presentado alegaciones en el curso del procedimiento económico-administrativo) y, tras ello, procedió a inadmitir la reclamación presentada por los demandantes de amparo, en aplicación del art. 55 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, que aprobó el Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, esto es, por considerar que, una vez desestimada la reclamación formulada por la sociedad, la liquidación tributaria adquirió firmeza, lo que impide su revocación o modificación.

Esta decisión fue recurrida judicialmente, razonándose en la demanda contencioso-administrativa, en primer lugar, acerca de la legitimación de los socios para impugnar la liquidación practicada a la sociedad mercantil y alegándose, a continuación, sobre los motivos dirigidos específicamente a combatir la liquidación tributaria. El órgano judicial, tras señalar que los recurrentes no habían efectuado imputación alguna contra la decisión del Tribunal Económico-Administrativo Regional, añade que esta resolución administrativa carece de defecto alguno, lo que le lleva a desestimar el recurso sin efectuar el examen de los motivos de impugnación referidos a la liquidación tributaria, al considerar

que el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa le obliga a ceñir su control a la correcta aplicación del art. 55 del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Canarias.

Interesa también destacar que este Tribunal ha resuelto ya sendos recursos de amparo, presentados por la entidad mercantil Arbóreo, S.L., y por otros socios, contra resoluciones de la misma Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas que, pese a traer causa de impugnaciones contra la misma liquidación tributaria, ofrecen una relevante diferencia con el presente recurso de amparo.

En las SSTC 36/2009, de 9 de febrero; y 61/2009, de 9 de marzo, se apreció que el órgano judicial había vulnerado el art. 24.1 CE como consecuencia de no haber dado respuesta a diversos motivos de impugnación planteados en los respectivos recursos contencioso-administrativos en virtud de una concepción del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa en abierta oposición con el art. 56.1 LJCA, con arreglo al cual "en los escritos de demanda y de contestación... podrán alegarse cuantos motivos proceda, hayan sido o no planteados ante la Administración".

Sin embargo, a diferencia de los supuestos resueltos por las indicadas SSTC 36/2009, de 9 de febrero, y 61/2009, de 9 de marzo, en los cuales la circunstancia de que no se hubieran presentado alegaciones en curso de la reclamación económico-administrativa no podía ser causa obstativa para que en la vía judicial los recurrentes plantearan los motivos de impugnación que se estimasen pertinentes, tal y como contempla el art. 56.1 LJCA; por el contrario, en el presente caso la causa de inadmisión apreciada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional -la firmeza de la liquidación tributaria- sí es obstativa del examen de los motivos de impugnación formulados contra la liquidación misma.

En efecto, si la liquidación tributaria hubiera devenido firme es claro que ni el Tribunal Económico-Administrativo Regional ni el órgano judicial podrían ya examinar la impugnación formulada contra dicha liquidación (salvo que se fundara en motivos de nulidad de pleno derecho, lo que en este caso no se alega); más aún, al confirmar la Sentencia la inadmisibilidad de la reclamación económico-administrativa, sería una clara incoherencia que el órgano judicial entrara a examinar lo que, a su juicio, no podía ser ya cuestionado: la legalidad material de una liquidación tributaria que habría adquirido firmeza en vía administrativa (en el mismo sentido, ATC 313/2007, de 27 de junio, FJ 3).



Ahora bien, puesto que los demandantes de amparo objetan la firmeza de la liquidación tributaria, nuestro juicio de constitucionalidad deberá recaer precisamente sobre el pronunciamiento del órgano judicial que asume la apreciación del Tribunal Económico-Administrativo Regional acerca de la firmeza de la liquidación tributaria, al ser tal pronunciamiento el prius sobre el que descansa la subsiguiente decisión de no examinar los motivos de impugnación referidos a dicha liquidación tributaria.

CUARTO.- Al enjuiciar la compatibilidad de la decisión judicial impugnada con el art. 24.1 CE hemos de advertir que no corresponde a este Tribunal pronunciarse acerca de la legitimación de los socios para impugnar las liquidaciones tributarias practicadas a la sociedad mercantil de la que formen parte, o sobre si la posibilidad de presentar la reclamación económico-administrativa está condicionada a que la liquidación haya sido previamente impugnada por la propia sociedad, ni sobre la repercusión que la desestimación de la reclamación formulada por la sociedad deba tener en las presentadas por los socios. Tales cuestiones pertenecen a la esfera de la legalidad ordinaria y a nosotros tan sólo nos compete examinar si la contestación del órgano judicial se ha efectuado de forma razonada y congruente mediante una resolución que no incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente ni suponga la denegación de una respuesta de fondo incompatible con el principio pro actione.

Pues bien, según ha quedado dicho, en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia impugnada, tras delimitarse el objeto de su pronunciamiento, se afirma "siendo claro en el presente caso que la repetida resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de 31 de marzo de 2001 carece de defecto alguno, es más, la actora ni siquiera efectúa imputación alguna a dicho acto, por lo que el recurso debe ser desestimado". Añadiéndose en el fundamento jurídico tercero: "En definitiva, a tenor de lo expuesto resulta que el acto administrativo impugnado aplica correctamente el antes reseñado art. 55 del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, sin que por el recurrente se acredite, ni siquiera se alega al respecto, defecto alguno en el mismo, por lo que debe reputarse ajustada a derecho la resolución impugnada, con desestimación del presente recurso contencioso-administrativo".

Como puede advertirse, la Sentencia consigna dos razones para desestimar el recurso contencioso-administrativo en lo que atañe a la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional y, como consecuencia de ello, no entrar a examinar los motivos de impugnación referidos a la liquidación tribu-

taria practicada por la AEAT: la ausencia de alegaciones específicamente dirigidas a combatir la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional y la corrección de la decisión de este órgano administrativo.

a) En relación con la supuesta falta de alegaciones, la mera lectura de la demanda contencioso-administrativa pone de manifiesto que el primero de los motivos del recurso versó, precisamente, sobre la legitimación de los socios para impugnar la liquidación practicada a la sociedad o, en su caso, para intervenir en el procedimiento promovido por la misma, sustentándose tal posición en el examen de los arts. 30 y 31 del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, en la noción de "interés legítimo" y en la cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, todo lo cual se dirige a combatir la decisión del Tribunal Económico-Administrativo Regional de inadmitir su reclamación económico-administrativa.

Por tanto, la afirmación de la Sentencia acerca de la ausencia de actividad alegatoria no se corresponde con la realidad procesal, de modo que nos encontramos ante un error con relevancia constitucional. Es jurisprudencia plenamente asentada de este Tribunal que para que un error llegue a determinar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es preciso que concurran varios requisitos:

1) En primer lugar, se requiere que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (ratio decidendi), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error.

2) Es necesario, en segundo lugar, que sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte, pues en caso contrario no existirá en sentido estricto una vulneración del derecho fundamental, tal y como presupone el art. 44.1 b) LOTC.

3) En tercer lugar, ha de ser de carácter eminentemente fáctico, además de patente, es decir, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales por conducir a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia. y 4) Ha de producir, por último, efectos negativos en la esfera del ciudadano, de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen de relevancia constitucional (por todas, SSTC 96/2000, de 10 de abril, FJ 4; 55/2001, de 26 de febrero, FJ 4; 36/2002, de 11 de febrero, FJ 6;

59/2003, de 24 de marzo, FJ 7; y 105/2006, de 3 de abril, FJ 5).

La aplicación de esta doctrina constitucional al caso concreto conduce a apreciar la existencia de un error patente, puesto que: en primer término, la inexistencia de alegaciones se arguye como motivo de la desestimación del recurso contencioso-administrativo; este error, en segundo término, es imputable exclusivamente al órgano judicial, e incluso, la parte recurrente lo indicó en su escrito solicitando la nulidad de actuaciones; nos encontramos, en tercer término, ante un error de hecho, verificable inmediatamente con la lectura de las actuaciones judiciales; y, finalmente, la falta de toma en consideración de tales alegaciones priva a los recurrentes de una respuesta de fondo sobre las cuestiones planteadas.

b) El segundo de los motivos expresados por el órgano judicial para proceder a la desestimación del recurso contencioso-administrativo es la correcta aplicación por el Tribunal Económico-Administrativo Regional del art. 55 del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas. Pero se trata de una afirmación apodíctica desprovista del necesario soporte argumental, pues ni explícita ni implícitamente puede conocerse o deducirse cuál ha sido su sustento. Se obvia así que el pronunciamiento del órgano judicial ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que los interesados, los órganos judiciales superiores, en su caso, y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones, evitando incurrir en la tacha de arbitrariedad, que hemos caracterizado como una actuación judicial sin razones formales ni materiales y que resulta de una "simple expresión de la voluntad" o de un "mero voluntarismo judicial" (por todas, SSTC 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7; 82/2002, de 22 de abril, FJ 8; y 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4).

Las consideraciones que anteceden conducen a la estimación del recurso de amparo, dado que la Sentencia impugnada resulta lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, sin que tal defecto fuera corregido por el posterior Auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones formulado.

#### FALLO

Otorgar a D. Rodrigo y D<sup>a</sup> María el amparo solicitado y, en consecuencia:

Primero.- Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Segundo.- Declarar la nulidad de la Sentencia de 1 de diciembre de 2006 y del Auto de 23 de febrero de

2007 dictados por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el recurso contencioso-administrativo ordinario núm. 1327-2003.

Tercero.- Retrotraer las actuaciones al momento procesal anterior al de dictarse la referida Sentencia, a fin de que por el órgano judicial se dicte otra nueva, respetuosa con el derecho reconocido.

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

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

2010/61523

TC Sala 2<sup>a</sup>, Sentencia 27 abril 2010. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas

Interpretación rigorista del organo de instancia

## Desproporción entre los fines de la causa de inadmisión y los intereses que sacrifica

*El TC otorga el amparo solicitado por el profesor recurrente, quien considera que las resoluciones judiciales impugnadas vulneran su derecho de acceso a la jurisdicción pues la cuestión de fondo que planteó ante la jurisdicción contencioso-administrativa ha quedado imprejuizada al entender el órgano judicial de instancia, de forma rigorista y desproporcionada, que la falta de un concreto "petitum" referido a los actos impugnados en el suplico de la demanda equivale a la ausencia de pretensión. La Sala indica, entre otros motivos que, la interpretación que realiza el órgano judicial de la LJCA, resulta excesivamente rigorista y revela una clara desproporción entre los fines de la causa de inadmisión -o no pronunciamiento- y los intereses que sacrifica. Añade además, el Tribunal que, el suplico es un elemento que puede y tiene que ser integrado con los restantes elementos de la demanda que, en este caso, permite ver con claridad cuál es la finalidad de activar el mecanismo judicial.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes, la

demanda de amparo se dirige contra la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de Sevilla que desestimó el recurso interpuesto por la recurrente en amparo contra las resoluciones del Rector de la Universidad de Sevilla que, anulando la propuesta de adjudicación a su favor, ordenaban la retroacción del proceso de selección en el que concursaba. Impugna también la demandante de amparo la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30 de noviembre de 2006, que desestimó el recurso de apelación.

Entiende la demandante de amparo que las resoluciones judiciales impugnadas vulneran su derecho de acceso a la jurisdicción pues la cuestión de fondo que planteó ante la jurisdicción contencioso-administrativa ha quedado imprejuizada al entender el órgano judicial de instancia, de forma rigorista y desproporcionada, que la falta de un concreto petitum referido a los actos impugnados en el suplico de la demanda equivale a la ausencia de pretensión; decisión que fue confirmada por el Tribunal de apelación, al que se atribuye, a su vez, una lesión autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Como quedó expuesto con detalle en los antecedentes, la representación procesal de la Universidad de Sevilla se opone al otorgamiento del amparo, pues considera que en ningún modo se ha limitado a la recurrente su derecho de acceso a la jurisdicción o a formular cuántos recursos y acciones considere necesarios, motivándose, además, de forma razonable y adecuada la incidencia de la negligencia de parte en el curso de proceso. Por su parte, el Ministerio Fiscal comparte las alegaciones de la demandante e interesa el otorgamiento del amparo.

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis de la queja de la recurrente en amparo, debemos realizar algunas precisiones. En primer lugar, y respecto de la Sentencia dictada por el Juzgado, conviene advertir que aun siendo formalmente desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto, lo que en realidad contiene es una decisión obstativa de un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada por la recurrente, por lo que, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Tribunal debe, efectivamente, analizarse bajo el prisma de derecho de acceso a la jurisdicción que invoca la recurrente en amparo (entre otras muchas, SSTC 133/2005, de 23 de mayo, FFJJ 2 y 5; 158/2005, de 20 de junio, FFJJ 4 y 5; 153/2008, de 24 de noviembre, FJ 2).

En segundo lugar, si bien es cierto que en la demanda de amparo se imputa a la Sentencia dictada en apelación una vulneración autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva

(art. 24.1 CE), lo cierto es que el análisis constitucional de las quejas planteadas en la demanda debe iniciarse por la lesión que se atribuye a la Sentencia del Juzgado pues el desconocimiento del derecho cuya reparación se pretende arranca de dicha resolución judicial.

TERCERO.- Planteados así los términos del debate, conviene iniciar nuestro análisis recordando la consolidada doctrina de este Tribunal según la cual la denegación de una resolución sobre el fondo del asunto, elemento nuclear del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho al proceso (art. 24.1 CE), tiene trascendencia constitucional cuando tal inadmisión suponga una interpretación de la legalidad procesal manifiestamente irrazonable, arbitraria o fruto de error patente, así como cuando las reglas de acceso a la jurisdicción se interpreten de un modo rigorista, o excesivamente formalista, que revele una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión (o de no pronunciamiento sobre el fondo) preservan y los intereses que se sacrifican; en definitiva, se pretende evitar aquellas interpretaciones de la legalidad que eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelva (entre otras muchas, SSTC 27/2003, de 10 de febrero, FJ 4; 3/2004, de 14 de enero, FJ 3; 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 158/2005, de 20 de junio, FJ 4; 33/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 114/2008, de 29 de septiembre, FJ 3; y 153/2008, de 24 de noviembre, FJ 2).

Así si bien es cierto que la interpretación de los presupuestos y requisitos procesales corresponde a la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con la función que les atribuye en exclusiva el art. 117.3 CE (entre otras, SSTC 158/2005, de 20 de junio, FJ 4; 228/2006, de 17 de julio, FJ 2; 1/2007, de 15 de enero, FJ 2), también lo es que en estos supuestos de acceso a una primera resolución judicial, el canon de enjuiciamiento es más intenso, en atención a la relevancia del derecho implicado, y entra en juego el principio pro actione que, si bien no comporta de forma automática la elección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo sí prohíbe la denegación injustificada de una resolución sobre el fondo.

En desarrollo de la citada doctrina en materia de acceso a la jurisdicción este Tribunal ha considerado que “la decisión judicial de inadmitir el recurso contencioso planteado por la demandante, por el simple hecho de no reiterar en el suplico de la demanda contenciosa el concreto acto impugnado, cuando del cuerpo de dicha demanda se desprende con absoluta claridad cuál es la resolución administrativa impugnada y la pretensión respecto de la misma, no

puede sino calificarse de una decisión excesivamente rigorista y formalista, que produce unos efectos desproporcionados, vulnerándose, por tanto, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la recurrente, en su vertiente de acceso a la jurisdicción” (STC 294/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; en el mismo sentido que la allí citada STC 113/2003, de 16 de junio).

En la misma línea, en la reciente Sentencia 114/2008, de 29 de septiembre, FJ 3, calificamos de “excesivamente rigorista y formalista” y generadora de “efectos desproporcionados” la decisión del órgano judicial de inadmitir el recurso contencioso-administrativo por no especificarse en el suplico de la demanda que también se impugnaba la resolución del recurso de alzada que confirmaba la anterior. Tal postura, afirmamos, constituye “un exceso en la interpretación de los requisitos procesales y en la búsqueda de agilidad y concreción que los mismos persiguen”, a la vista de que del cuerpo de la demanda se deduce con claridad que la misma se dirigía también contra la resolución de alzada, que además incluía de forma expresa en su encabezamiento la referencia a dicho recurso de alzada. En definitiva, resulta evidentemente desproporcionado y manifiestamente riguroso que para determinar la inadmisión de la demanda se atiende a los defectos del suplico de la misma cuando del cuerpo del escrito se deducen con nitidez los elementos necesarios los elementos que se cuestionan (en este sentido, SSTC 289/2005, de 7 de noviembre, FJ 4; 226/2006, de 17 de julio, FJ 3).

CUARTO.- Pues bien, la aplicación de la doctrina expuesta al presente caso conduce directamente al otorgamiento del amparo solicitado, pues la interpretación que realiza el órgano judicial de los arts. 31. 33, 56 y 85 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) resulta excesivamente rigorista y revela una clara desproporción entre los fines de la causa de inadmisión (o no pronunciamiento) y los intereses que sacrifica. Así, en este caso, la Sentencia impugnada desestima el recurso porque en el suplico de demanda “no se contiene ningún concreto petitum que se refiera a los actos impugnados, más allá de la fórmula dialéctica sobre interposición de recurso, admisión a trámite y sustanciación ulterior pertinente”; por lo que, debiéndose juzgar dentro de los límites de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos alegados para fundamentar el recurso, sólo puede dictar Sentencia dentro de lo pedido por las partes “habiendo de estarse -en todo caso e indefectiblemente- al petitum contenido en suplico de demanda”.

El Juzgado añade que, al deducirse una pretensión sin causa petendi, más allá de la argumentación fáctica y jurídica que se incluye en la de-

manda, se estaría ante un caso de ausencia de pretensión “que exige al juzgador de pronunciamiento alguno sobre tales alegaciones”.

Ciertamente, el tenor literal del suplico de la demanda contencioso-administrativa no contiene de forma explícita ninguna pretensión, sino que parece reducirse a un mero formalismo de finalización del escrito de demanda. No obstante, como subraya el Ministerio Fiscal en su escrito, del cuerpo de la demanda se deduce de forma inequívoca la pretensión principal de la hoy demandante en amparo: en concreto, la nulidad de las resoluciones del Rectorado por las que se acordó retrotraer el concurso celebrado para proceder a una nueva valoración de méritos con la consecuente anulación de la propuesta de adjudicación a su favor. La recurrente en amparo, por tanto, aunque no se exprese en los términos recogidos en el art. 31 LJCA, está ejerciendo una pretensión declarativa, de no resultar conforme a Derecho las resoluciones impugnadas, y de anulación de dichas resoluciones.

En el cuerpo de la demanda contenciosa consta expresamente que se pretende “la anulación pura y simple de las resoluciones impugnadas” por motivos de extralimitación competencial del Rectorado; así como que “nuestra pretensión se concreta en la anulación de las resoluciones rectorales por intromisión o invasión de competencias” y también que “dichas resoluciones adolecen de causa de nulidad de pleno derecho de conformidad al art. 62.1 a) LRJPAC y vulneran a un tiempo el derecho fundamental del art. 23.2 CE, puesto que, como derivación de la intromisión e invasión competencial y... la adjudicataria habrá de perder la plaza y su situación jurídica”.

Es decir, sin que sea preciso abundar en los ejemplos, lo cierto es que se aprecia claramente la voluntad de la recurrente de mantener su situación jurídica anterior a la aprobación de las resoluciones impugnadas cuya anulación pretende.

Resulta, por tanto, excesivamente rigorista y desproporcionado que el órgano judicial considere que el hecho de no incluir de forma concreta y expresa esta pretensión en el suplico de demanda equivale a su ausencia, sin realizar el análisis de las cuestiones de fondo planteadas. En este sentido tiene razón la demandante en amparo cuando, invocando la doctrina legal del Tribunal Supremo, recuerda que el suplico es un elemento que puede y tiene que ser integrado con los restantes elementos de la demanda que, en este caso, permite ver con claridad cuál es la finalidad de activar el mecanismo judicial.

QUINTO.- Procede en consecuencia estimar el recurso de amparo y anular la Sentencia del Tribu-

nal Superior de Justicia de Andalucía, de 30 de noviembre de 2006, en tanto que confirmatoria, y sin necesidad de entrar en la eventual lesión autónoma del 24.1 CE en que podría haber incurrido, de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Sevilla, de 21 de julio de 2003, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal oportuno para que se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental invocado.

#### FALLO

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

Primero.- Declarar vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Segundo.- Restablecerla en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30 de noviembre de 2006, así como la del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Sevilla, de 21 de julio de 2003, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la última de las resoluciones citadas, a fin de que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid, a veintisiete de abril de dos mil diez. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.

no hay caso fortuito porque el suceso hubiera podido preverse; ( f ) el reproche de culpabilidad de la demandada es mayor considerando su prestigio social como club selecto; ( g ) debe responder por la teoría de la «culpa social» o la el «riesgo-beneficio», o «la más moderna de la garantía», y

( h ) existió falta de prudencia y diligencia por no encomendar una actividad a quien profesionalmente le corresponde, culpa in eligendo (culpa en la elección), con culpa in vigilando (en la vigilancia) en cuanto el prestatario de un servicio debe responder de la vigilancia, participación y dirección de los trabajos.

4. La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación y, revocando la sentencia de primera instancia, desestimó la demanda. La Audiencia parte de los siguientes hechos: ( a ) el fallecido realizaba de forma esporádica trabajos para la entidad demandada, contratado por su gerente; ( b ) el trabajador estaba subido a una escalera de mano reparando la verja cuando cayó de la escalera; ( c ) no se ha podido determinar la causa de la caída; ( d ) no se ha acreditado el mal estado de la escalera ni del suelo. Y considera que ( e ) es irrelevante para el litigio la forma jurídica que corresponda a la prestación que realizaba el fallecido; ( f ) la doctrina del riesgo no puede ser fundamento único de la obligación sin acreditar el nexo causal con una acción u omisión determinante del daño; ( g ) no es posible atribuir acción u omisión alguna a la entidad demandada; ( h ) no se ha acreditado la incidencia en el accidente de los elementos utilizados por el trabajador, ni la ausencia de medidas de seguridad que debiera adoptar la entidad demandada y ( i ) la actividad desarrollada no puede ser calificada como actividad de riesgo.

5. La actora ha interpuesto recurso de casación, al amparo del artículo 477.2.2.º LEC, que ha sido admitido.

SEGUNDO. - Planteamiento del recurso.

La recurrente invoca el artículo 1902 CC y suscita, en síntesis, dos cuestiones: 1.ª Que la entidad demandada es responsable en cuanto creó un riesgo del que debe responder, por lo que considera de aplicación la doctrina del riesgo, ya que la demandada no contrató a una empresa especializada para la realización del trabajo sino a una persona no especializada por razones económicas sin adoptar ninguna medida de seguridad. Aunque la aplicación de dicha doctrina no elimina el elemento subjetivo o culposo, es carga de la demandada acreditar que obró con diligencia para evitar el daño, ya que el riesgo era previsible. Y 2.ª la demandada incurrió en culpa por no haber empleado la debida cautela en la elección de quien contrató (culpa in eligendo) y por no atender su deber

de vigilancia mientras la obra ordenada se llevaba a cabo (culpa in vigilando).

En el escrito de preparación del recurso la recurrente denunció la infracción del artículo 1902 LEC, en cuanto a la responsabilidad extracontractual y sus requisitos, carga probatoria y doctrina del riesgo aplicable.

El recurso debe ser desestimado

TERCERO. - Configuración jurisprudencial de la responsabilidad por riesgo.

A) La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC (SSTS 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006) y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 marzo de 2006). En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados (STS de 22 de febrero de 2007, RC núm. 3278/1999).

B) En el caso examinado, la existencia de una responsabilidad nacida del riesgo creado no puede ser acogida fundándose en la existencia de una dependencia laboral, aun irregular, en virtud de las siguientes razones: 1.ª La entidad demandada no tenía funciones empresariales respecto al fallecido y la prestación de éste se enmarcaba en un contrato de ejecución de obra, por lo que no le es exigible a aquella responder del cumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo. 2.ª No se aprecia la concurrencia de riesgos de carácter extraordinario derivados por su propia naturaleza de la actividad que le fue encargada al fallecido, que no implica o supone un riesgo considerablemente anormal en relación a los parámetros medios (STS de 18 de julio de 2002, RC núm. 238/1997) y no consta que la dirección del club impusiera limitaciones al accidentado o una forma determinada de desarrollar la obra que incrementaran el riesgo. 3.ª En estas circunstancias, no le era exigible a la entidad demandada un deber de previsión ma-



2010/62015

TS Sala 1ª, Sentencia 5 abril 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Una vez adoptadas las medidas de seguridad

## Exclusión de responsabilidad del propietario de local por caída de trabajador

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP que, con revocación de la de primera instancia, absolvió a la demandada de la petición formulada por la hoy recurrente de una indemnización por el fallecimiento de su esposo, por la caída sufrida mientras se encontraba reparando una verja de la cancha de tenis de las dependencias de la entidad demandada, que le había encargado la realización del trabajo. El TS comparte el criterio de la AP de no aplicar la responsabilidad objetiva o por riesgo en el presente caso, ni la inversión de la carga de la prueba que ello conlleva, ya que la actividad desarrollada no puede ser calificada como actividad de riesgo, por lo que no es procedente la estimación de la demanda ya que no se ha podido determinar la causa de la caída, ni se ha acreditado el mal estado de la escalera ni del suelo, la incidencia en el accidente de los elementos utilizados por el trabajador, ni la ausencia de medidas de seguridad que debiera adoptar la entidad demandada.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes.

1. El esposo de la actora se encontraba reparando la verja de una cancha de tenis en las dependencias de la entidad demandada, subido a una escalera de mano, cuando cayó de la misma produciéndose lesiones que le ocasionaron la muerte tres días después.

2. La demanda se interpone con fundamento en los artículos 1902 y

1903 CC, por la viuda del fallecido contra la entidad, propietaria de las instalaciones en que falleció, la cual le había encargado la realización del trabajo.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, por considerar que ( a ) el mantenimiento de las instalaciones corresponde a la demandada; ( b ) el accidente ocurrió mientras hacía arreglos para la demandada subido a una escalera de la demandada; ( c ) existe responsabilidad por riesgo; ( d ) el riesgo está probado porque se cayó y falleció; ( e )



yor que al propio accidentado. 4.ª No se ha acreditado la incidencia en la producción de la caída de elementos de los que fuera responsable la entidad demandada, como el estado de la escalera, la situación del suelo en que se encontraba apoyada o las características de la verja que era objeto de la reparación. 5.ª No se ha acreditado la causa que provocó la caída del accidentado desde la escalera. Y 6.ª Esto implica la inexistencia del nexo causal que debe concurrir entre la acción u omisión de la demandada y la producción del evento dañoso (STS 26 de mayo de 1997, RC núm. 1875/1993).

CUARTO. - Responsabilidad por hechos ajenos.

A) La existencia de culpa in eligendo (en la elección) o in vigilando (en la vigilancia) se sitúa en el ámbito de la responsabilidad por hecho de otro, a que se refiere el artículo 1903.4º CC, y requiere, según reiterada jurisprudencia, la existencia de una relación jerárquica de dependencia entre el causante del daño y la empresa demandada (SSTS de 20 de diciembre de 1996, 20 de septiembre de 1997, 8 de mayo de 1999, 24 de junio de 2000 y 13 de mayo de 2005, entre otras muchas). Es una responsabilidad directa que tiene como presupuesto la culpa in operando (en la actividad) por parte del causante del daño (STS de 3 de abril de 2006, RC núm. 3100/1999).

B) No es esta la situación que se plantea en el recurso, a tenor de los hechos que considera probados la sentencia recurrida, por lo que la alegación de estos criterios de responsabilidad resulta improcedente, además de extemporánea, ya que en el escrito de preparación del recurso no se denunció la infracción del artículo 1903 CC ni se planteó cuestión alguna al respecto. Es doctrina de la Sala que la pretensión impugnativa queda fijada en la fase de preparación sin que pueda aprovecharse el escrito de interposición del recurso para plantear cuestiones que no fueron allí alegadas (AATS de 16 de junio de 2009, RC núm. 898/2007, de 8 de septiembre de 2009, RC núm. 1192/2007, STS de 20 de abril de 2009, RC núm. 1019/2004).

QUINTO. - Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394. LEC, en relación con el 398 LEC.

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

#### FALLO

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representa-

ción procesal de D.ª Marisa contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, en el rollo de apelación número 629/2004, de fecha 22 de octubre de 2004, dimanante del juicio de ordinario número 89/2003, del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Santa Cruz de Tenerife, cuyo fallo dice literalmente:

«Fallo.

»Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad Instalaciones Recreativas de Tenerife S. L.

»Se revoca la sentencia dictada en la primera instancia, absolviendo a la demandada de los pedimentos contenidos en la demanda en su contra, sin efectuar expresa imposición en las costas causadas en la primera instancia».

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

3. Se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios, Xavier O'Callaghan Muñoz, Jesus Corbal Fernandez, José Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller. Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## TSJ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/31729

TS Sala 3ª, Sección: 7, Sentencia 22 marzo 2010. Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Nulidad del Decreto 6/2004

### Componente singular del complemento específico para los maestros

*El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras de Castilla y León contra sentencia de lo contencioso del TSJ de la CA con sede en Valladolid, que estimó parcialmente el recurso interpuesto contra el D 6/2004 de 15 de enero por el que se fijan las cantidades retributivas para el año 2004 del personal al servicio de la Administración de la CA de Castilla y León. La recurrente pide a la Sala que dicte sentencia que declare nulo, anule o revoque el Decreto, en cuanto que en su Anexo V fija un componente singular del complemento específico distinto para los Maestros Orientadores de los Equipos del Servicio de Orientación Educativa y Psicopedagógica que ocupan el cargo de Director del Equipo frente al fijado para los Profesores de Enseñanza Secundaria componentes de los Equipos que además son Directores de los mismos y declare el derecho que asiste a los funcionarios del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria de los Equipos que ocupan el cargo de Directores a percibir el mismo complemento de destino fijado para los Maestros Orientadores de tales Equipos que ocupan el puesto de Directores. El Tribunal considera que el Decreto impugnado infringe el principio de jerarquía normativa y debe ser anulado con la consecuencia de que la Administración deba dar adecuado cumplimiento al mandato legal, con las notas de permanencia indicadas en esta sentencia.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Unión Sindical de Comisiones Obreras de Castilla y León impugnó ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad, con sede en Valladolid, el Decreto 6/2004, de 15 de enero, por el que se fijan las

cantidades retributivas para el año 2004 del personal al servicio de la Administración de Castilla y León.

Las razones por las que la demanda sostenía la ilegalidad de esta disposición eran, según las exponía la propia sentencia ahora recurrida, las siguientes:

“A) Que el Decreto es aplicación del Acuerdo de 21 de diciembre de 2000 por el que la Junta de Castilla y León aprobó el acuerdo suscrito en la Mesa General de Negociación referente a la aplicación del Fondo para la Mejora de los Servicios públicos previsto en la Ley 7/1999 de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el año 2000. En el punto 4º de dicho acuerdo se establecía un fondo de 2000 millones de pesetas, que debían ser objeto de consolidación. Sin embargo el Decreto no respeta lo pactado en cuanto que la consolidación no puede entenderse producida si se incorporan tales cantidades al fondo de productividad media previsto en el anexo IV del Decreto.

B) Que la atribución de un diferente complemento específico, en su componente singular, para los funcionarios que ocupan el puesto de Director de Equipo del Servicio de Orientación Educativa y Psicopedagógica cuando lo ocupa un maestro orientador frente a la fijada frente a un profesor de enseñanza secundaria, no se ajusta a Derecho en cuanto que a estos últimos no se otorga la misma cuantía de complemento de destino que aquellos. En este sentido se postula en el suplico de la demanda que se declare que ambos colectivos deben percibir un mismo componente singular de complemento específico y se declare el derecho de los funcionarios del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria que ocupan el cargo de directores de equipo a percibir idéntico complemento de destino que el atribuido a los maestros orientadores de los mismos equipos”.

La sentencia estimó en parte el recurso contencioso-administrativo. En efecto, acogió el primer motivo de impugnación y falló que la Administración castellano-leonesa debía proceder a la consolidación de las retribuciones previstas en el punto 4º del Acuerdo de 21 de diciembre de 2000. Las razones que le llevaron a pronunciarse en este sentido son las que ya había hecho valer la Sala de Valladolid en una sentencia previa - la núm. 1740/2002, de 27 de noviembre de 2002, dictada en el recurso 980/2001- y que son las siguientes:

“la consolidación por vía del complemento de productividad lo que hace, en definitiva, es desnaturalizar el mandato que recogía la citada Ley 12/2000 y que respondía a una negociación entre la Administración y las Organizaciones Sindicales. Efectivamente, si la naturaleza del complemento de productividad es la reseñada en el escrito de demanda, por mucho que la defensa de la Administración intente justificar lo realizado por ésta acudiendo a sus facultades de autoorganización para llegar a reconocer, por un sólo año, el complemento de productividad a todo el personal -hecho que contradice

abiertamente su propia normativa de función pública- resulta que de ese modo no se lograría el fin pretendido (incorporar esa cuantía de modo permanente) pues la no concesión del citado complemento en cualquier anualidad posterior a un solo empleado haría decaer todo lo acordado.

En definitiva, sostenemos que si el mandato legal imponía mejorar las retribuciones de todo el personal en forma permanente y mediante la distribución de una cuantía preestablecida, lo que debió hacerse fue incorporar la cantidad correspondiente a cada empleado público en un elemento permanente de sus retribuciones y nunca en uno que no reúna tal carácter, razón por la que la pretensión de la recurrente de que se realice a través del complemento específico no es adecuada pues tal retribución tampoco se caracteriza por la permanencia que la recurrente pretende darle y, menos aún, la generalidad que tal actuación conllevaría frente al concepto legal del mismo -complemento específico- y frente al contenido de las actuales relaciones de puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad (...) descartada la vía del complemento de productividad, tampoco es asumible la del complemento específico pues éste quedaría totalmente desnaturalizado tanto en su concepto legal como en las determinaciones y previsiones de las actuales relaciones de puestos de trabajo.

Por todo lo dicho el Decreto impugnado infringe el principio de jerarquía normativa y, al concurrir la causa de nulidad del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, debe ser anulado en el particular examinado que, de modo expreso, regula su artículo 1.d), ello con la consecuencia de que la Administración deba dar adecuado cumplimiento al mandato legal y con las notas de permanencia indicadas en esta sentencia (...).

En cambio, apoyándose en otra sentencia precedente de la misma Sala -la núm. 1232/2006, de 19 de junio de 2006, dictada en el recurso 529/2005, cuyos fundamentos reproduce- desestimó el segundo motivo. Los argumentos que llevan a ese pronunciamiento consisten, en esencia, en lo que seguidamente resumimos.

La diferencia que se observa en el componente singular del complemento específico de los funcionarios del Cuerpo de Maestros que imparten docencia en la Enseñanza Secundaria Obligatoria (ESO) respecto del correspondiente al de los de los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria se explica por el propósito de homologar las retribuciones de aquellos a las de estos habida cuenta de que desarrollan las mismas funciones docentes. Esta circunstancia supone introducir en el complemento específico —concepto retributivo de naturaleza objetiva, es decir, vinculado a las características del puesto

de trabajo— un elemento subjetivo, lo cual es contrario a la definición que de él hace el artículo 23.3 b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.

Ahora bien, la Sala explica que, pese a la ilegalidad en que incurre el Decreto en este punto, no puede acoger el recurso debido a que la demanda no lo cuestiona por no ajustarse al artículo 23.3 b) de la Ley 30/1984, sino por la discriminación que comete con los funcionarios de los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria y pretende, no la anulación del distinto componente singular del complemento específico que da lugar a tal desigualdad, sino su corrección mediante la extensión del mismo trato retributivo dado a los maestros que enseñan en la ESO a los miembros de los Cuerpos de Profesores. La sentencia dictada en el recurso 1232/2006 resumía así este razonamiento: "(...) la demanda no puede prosperar pues el argumento determinante de su estimación únicamente se podría acoger si nos encontráramos ante una discriminación retributiva no justificada en atención a la cabal concurrencia de un verdadero supuesto de complemento específico según su genuina naturaleza, lo que no se da en este concreto caso y es que, como hemos visto, no sólo por la propia exposición de motivos del Decreto 109/2001 que por primera vez lo introdujo sino también, y señaladamente, por el propio reconocimiento del recurrente, parece indiscutible que tal complemento nació con el exclusivo propósito de homologar las retribuciones complementarias entre los funcionarios del Cuerpo de Maestros que venían impartiendo docencia en el primer ciclo de la ESO con los del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, por lo que necesariamente se tuvo que limitar el ámbito de su aplicación a los funcionarios que cobraban menos, en este caso los Maestros, introduciéndose así un componente subjetivo totalmente ajeno y extraño a los factores, elementos o circunstancias objetivas del puesto de trabajo (especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad peligrosidad o penosidad) que justifican y conforman legalmente el citado complemento específico, subjetividad que, si cabe, se ha acentuado con la nueva regulación al reconocer su percepción por los Maestros sólo mientras estén "percibiendo el complemento de destino nivel 21".

Y la sentencia cuya casación ahora se pretende termina así: "En relación con el anterior motivo de impugnación ha de decirse que la Sala es congruente con los pedimentos realizados por el Sindicato actor y la fundamentación en que se sustentan los mismos, conforme deriva del artículo 33 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, en cuanto que postula que se declare el derecho de los profesores de enseñanza secundaria a la

percepción del mismo complemento específico que el atribuido a los funcionarios del Cuerpo de Maestros que desempeñan el mismo puesto de trabajo, mas este planteamiento, por más que la Sala a los efectos de denegar el derecho postulado, haya expresado sus dudas sobre la justificación del otorgamiento del expresado complemento a los funcionarios del reiterado Cuerpo desde la óptica del derecho de igualdad, no justifica en ningún momento llegar a una declaración de nulidad del referido complemento en este extremo, pues ello sería incongruente con las pretensiones de las partes, constituiría una auténtica "reformatio in peius", y supondría mermar, inaudita parte, los derechos conferidos a otros funcionarios que no han intervenido en este proceso y no han tenido oportunidad de defensa de sus derechos en el mismo".

SEGUNDO.- El recurso de casación de la Unión Sindical de Comisiones Obreras de Castilla y León descansa en los siguientes motivos:

1º) Al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley de la Jurisdicción sostiene que la sentencia vulnera los artículos 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 67.1 de la Ley de la Jurisdicción y 24 de la Constitución, pues, por su incongruencia, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva que este último precepto reconoce, según lo explica la sentencia del Tribunal Constitucional 85/2000.

La incongruencia que se imputa a la sentencia consiste en que la demanda pedía que se declarara nulo el Anexo V en tanto fija un componente singular del complemento específico para los maestros orientadores de los Equipos del Servicio de Orientación Educativa y Psicopedagógica frente al fijado para los integrantes del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria que forman parte de ellos, declarando el derecho de ambos colectivos a percibir el mismo componente singular del complemento específico. Y, también, la de que se declarara nulo por que fijaba un componente singular del complemento específico distinto para los maestros orientadores de los Equipos del Servicio de Orientación Educativa y Psicopedagógica que ocupan el cargo de director del Equipo frente al fijado para los profesores de Enseñanza Secundaria componentes de los Equipos que, además, son directores de los mismos, declarando el derecho de estos últimos a percibir el mismo complemento específico fijado para los maestros orientadores que ocupan el puesto de directores.

Explica el escrito de interposición que la sentencia solamente se ha referido a la retribución del puesto de director sin ocuparse de la pretensión relativa al complemento específico de los maestros orientadores. Más aún, dice que da respuesta a lo que no se le había planteado y no se ocu-

pa de lo que se le sometió. Así, señala que se refiere al apartado segundo, cuatro del Anexo V, relativo a los maestros que imparten docencia en el primer ciclo de la ESO, mientras que la demanda hacía alusión al apartado segundo, dos del Anexo V que se ocupa de los maestros orientadores/directores. Es decir, se impugnaron unos complementos diferentes de los que considera la sentencia, de distintas cuantías y génesis. Complementos a los que se refirió no la sentencia que reproduce la de instancia sino la núm. 572 de 21 de marzo de 2006, dictada en la cuestión de ilegalidad 164/2006 sobre el Decreto 6/2003, de 16 de enero, que fijaba las cantidades retributivas para el año 2003 y es exactamente igual al recurrido, menos en las cantidades concretas.

2º) El segundo motivo de casación, esta vez planteado conforme al apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, sostiene que la sentencia infringe el artículo 23.2 b) (sic) de la Ley 30/1992 y el artículo 14 de la Constitución porque produce una desigualdad retributiva que no es conforme con el ordenamiento jurídico ya que retribuye idénticas funciones con un diferente complemento específico. La ilegalidad del Decreto, explica la recurrente, no estriba en que sea ilegal el complemento fijado para los maestros orientadores, pues se fijó teniendo en cuenta las características del puesto de trabajo. Lo ilegal es que no se asignara el mismo componente singular también para esos puestos cuando los ocupan profesores de Enseñanza Secundaria. Es en este caso en el que no responde a las características concretas del puesto, ya que son idénticas a las que tiene cuando lo desempeña un maestro orientador.

TERCERO.- La Comunidad Autónoma de Castilla y León se ha opuesto a este recurso de casación pidiendo, en primer lugar, que declaremos su inadmisibilidad por haber sido defectuosamente preparado ya que no se hizo en su momento el necesario juicio de relevancia.

Subsidiariamente, sostiene que procede su desestimación y explica que la sentencia no es incongruente. Para ponerlo de manifiesto reproduce el suplico de la demanda y dice de él que, pese a la extensa y confusa relación de cuestiones que planteaba, lo que suscitaba era que el Decreto establece para un mismo puesto dos cuantías distintas del componente singular del complemento específico y que lo hace, no en atención a las características y/o funciones del mismo, sino en función del cuerpo de pertenencia del funcionario que lo ocupa. Pues bien, añade el escrito de oposición, la sentencia da respuesta a ello en su último fundamento, el que más arriba hemos reproducido.

Sobre el segundo motivo nos dice la Comunidad Autónoma de Castilla y León que la sentencia de instancia

ha aplicado correctamente los artículos invocados por la recurrente. Se remite para justificarlo a los argumentos hechos valer en la sentencia de 19 de junio de 2005 que la Sala de Valladolid dictó en el recurso 1232/2006 en un caso idéntico a éste. Añade, además, que la recurrente ha matizado e, incluso, modificado ahora -suscitando así una cuestión nueva- las alegaciones que hizo en la instancia pues entonces no hizo hincapié como ahora en que la ilegalidad del complemento específico no está en que se fijara en atención a que fueran maestros quienes desempeñaran el puesto de trabajo sino en que se diera uno distinto cuando lo ocuparan profesores de Enseñanza Secundaria.

Por el contrario, insiste el escrito de oposición, lo combatido por la recurrente era, como dice la sentencia, que no se asignara el mismo complemento específico a estos últimos y no la razón por la que se fijó el que debían percibir los maestros. De ahí que insista en que la actora pretendía la igualdad en la ilegalidad, lo que no es procedente.

CUARTO.- Hemos de comenzar el examen de las posiciones de las partes respondiendo a la petición de la Comunidad Autónoma de Castilla y León de que declaramos inadmisibles este recurso de casación por su defectuosa preparación. Y debemos decir que no cabe acoger tal pretensión pues, de un lado, resulta que el juicio de relevancia solamente es necesario en los casos en que se utilice el motivo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción. Por lo tanto, en ningún caso sería inadmisibles por esa razón el primero de los formulados por la Federación de la Enseñanza de Comisiones Obreras. Y, en cuanto al segundo, el escrito de preparación contiene una justificación suficiente de por qué entiende la recurrente que la sentencia adolece de la infracción de una norma estatal que ha sido relevante y determinante de su fallo.

QUINTO.- Aclarado lo anterior y entrando ya en los motivos de casación, debemos rechazar que la sentencia sea incongruente porque, aun siendo cierto que la demanda se refería al componente singular del complemento específico de los funcionarios del cuerpo de maestros que desempeñaban unos puestos de trabajo concretos, en particular, los contemplados en el apartado segundo, dos del Anexo V del Decreto impugnado, sin embargo lo cierto es que el problema sobre el que se pronuncia, mediante la remisión -y la reproducción de parte de sus fundamentos- a la sentencia de la Sala de Valladolid núm. 1232/2006 es exactamente el mismo que suscitó la recurrente. Lo único que sucede es que la sentencia lo enfoca de manera general, sin particularizar las referencias a los puestos específicos a los que se refiere la Unión Sindical de Comisiones Obreras de Castilla y León.

Es verdad, por otro lado, que el escrito de interposición insiste en que, siendo las mismas las funciones propias de los puestos de trabajo convertidos con independencia del funcionario que los desempeñe, debe retribuirse del mismo modo que a los maestros a los profesores de Enseñanza Secundaria cuando sean ellos quienes los ocupen. Y en que como no es esto lo que resulta del Decreto 6/2004, debe ser anulado por infringir el artículo 23.3 b) de la Ley 30/1984 e implicar un trato desigual injustificado para los últimos.

Pues bien, para resolver este aspecto del pleito debemos tener presente, en primer lugar, que, efectivamente, la queja por la discriminación está planteada por la recurrente desde el primer momento, sin perjuicio de que del expediente se haya podido deducir la razón por la que es superior el componente singular del complemento específico cuando es un maestro el que ocupa los puestos a que se alude en la demanda. Y, en segundo lugar, que en nuestra sentencia de 10 de junio de 2009 (casación 3152/2006), confirmamos otra de la Sala de Valladolid de 21 de marzo de 2006 dictada en la cuestión de ilegalidad 164/2006, que declaró nulo el Decreto 6/2003, de 16 de enero, por el que se fijan las cantidades retributivas para el año 2003, del personal al Servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y contemplaba el componente singular específico por el desempeño de puesto de trabajo docente singular para el Maestro orientador en el Servicio de Orientación Educativa y Psicopedagógica y no para el caso de Profesores de Enseñanza Secundaria de la especialidad Psicología y Pedagogía adscritos a los Servicios de Orientación Educativa y Psicopedagógica. Es decir, declaró nula una disposición que tenía exactamente el mismo contenido, si bien referido al año precedente, que el Decreto 6/2004.

Nulidad que, para la Sala de Valladolid venía determinada porque siendo las mismas las funciones a desempeñar no tenía justificación que el complemento específico fuera distinto en razón del cuerpo funcional al que perteneciera el funcionario: de maestros o de profesores de Enseñanza Secundaria. Y nuestra sentencia de 10 de junio de 2009 confirmó este pronunciamiento. Por tanto, exigencias derivadas del principio de igualdad en la aplicación de la Ley nos obligan a acoger este segundo motivo de casación que plantea exactamente la misma cuestión que se afrontó entonces.

Y nos obliga, igualmente, ya en cuanto jueces de instancia, de conformidad con el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción, a estimar también en este extremo el recurso contencioso-administrativo pues, dado que no se ha discutido por la Comunidad de Castilla y León el pronunciamiento efectuado por la

sentencia anulada sobre la primera pretensión de la recurrente, procede mantenerlo ahora.

SEXTO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas de este recurso de casación.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

#### FALLO

1º Que ha lugar al recurso de casación núm. 6313/2006, interpuesto por la Unión Sindical de Comisiones Obreras de Castilla y León contra la sentencia núm. 1917, dictada el 31 de octubre de 2006, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, que anulamos.

2º Que estimamos el recurso 1063/2004 y

a) Ordenamos a la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León que proceda a consolidar las retribuciones previstas en el punto 4º del Acuerdo de 21 de diciembre de 2000 incorporando la cantidad correspondiente a cada funcionario en uno de los conceptos retributivos permanentes.

b) Que declaramos la nulidad del Decreto 6/2004, de 15 de enero, en tanto asigna un distinto componente singular del complemento específico para los Maestros Orientadores de los Equipos del Servicio de Orientación Educativa y Psicopedagógica frente al de los profesores de Enseñanza Secundaria que forman parte de ellos y para los maestros orientadores que ocupan el cargo de Director del Equipo frente al de los Profesores de Enseñanza Secundaria componentes de tales equipos que ocupan en el cargo de Directores de los mismos.

3º Que no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Díaz Delgado.- Juan José González Rivas.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.- Ramón Trillo Torre.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.



TS Sala 4ª, Sentencia 23 marzo 2010. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

Vulnera su libertad sindical

## Denegación de legitimación activa a sindicato para impugnar convenio extraestatutario

*Estima el TS el recurso de casación formulado por la federación minero-metalúrgica accionante contra sentencia que declaró su falta de legitimación activa para impugnar un convenio colectivo extraestatutario, sin que con ello se violase el derecho a la libertad sindical.*

*Explica la Sala que en el caso enjuiciado no puede negarse la legitimación activa para promover el proceso a sindicatos cuyas secciones sindicales representan a más del cincuenta por ciento de los trabajadores de la empresa, porcentaje que los hace suficientemente representativos y los legitima para promover el procedimiento, pudiendo suponer el desconocimiento de ese derecho un atentado contra la libertad sindical de los mismos.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aprobado un convenio colectivo extraestatutario para la

empresa demandada, al haber votado a su favor sólo un sindicato que representaba al 41'63 por 100 de los trabajadores, por los sindicatos res-

tantes, representantes de más del 58 por 100 de los trabajadores, se acordó impugnar la validez del mismo, aunque se había pactado, expresamente, que sólo se aplicaría a quienes se adhiesen al mismo y a los afiliados a la central sindical que lo aprobó, si bien esta dio libertad a sus afiliados para que se adhieran.

Con tal fin, por dos de los sindicatos disidentes del acuerdo se presentaron sendas demandas pidiendo la nulidad del convenio extraestatutario, pretensión a la que se adhirió la otra central sindical que votó en contra del acuerdo. Tras los trámites legales, por la Sala de lo Social de la Audiencia se dictó el 19 de noviembre de 2008 sentencia desestimando las demandas por la falta de legitimación activa de las demandantes para impugnar un convenio colectivo extraestatutario que no le afectaba a ellas, ni a sus afiliados, sin que con ello se violase el derecho a libertad sindical de las mismas. Contra la anterior sentencia han presentado recurso de casación ordinaria las tres centrales sindicales, recursos que pueden ser objeto de estudio conjunto, porque los tres se articulan al amparo del artículo 205-e) de la L.P.L. y porque en los tres se alegan, sustancialmente las mismas infracciones.

SEGUNDO.- Los tres recursos denuncian la infracción del artículo 163-1-a) de la L.P.L. en relación con los artículos 2, 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Libertad Sindical y 7 y 28-1 de la Constitución, al entender que conforme a esos preceptos los sindicatos recurrentes están legitimados para impugnar un convenio colectivo extraestatutario, ya que tienen suficiente representatividad, así como que de estimarse lo contrario se violaría su derecho a la libertad sindical.

Los recursos deben prosperar porque la cuestión planteada ya ha sido resuelta, reiteradamente, por esta Sala en favor de las tesis de las partes recurrentes en sentencias, de 16 mayo de 2002 (RCO 1191/01), 18 febrero de 2003 (RCO 1/02), 29 enero de 2004 (RCO 8/03), 14 octubre de 2008 (RCO 129/07) y 26 de enero 2010 (RCUD 230/09), entre otras.

En las sentencias citadas se parte de que los convenios colectivos, cualquiera que sea su eficacia, pueden impugnarse por el procedimiento del citado artículo 163-1, si lo hacen quienes están legitimados para ello, por estimarse que la expresión "cualquiera que sea su eficacia" evidencia que esa es la vía para impugnar todos los acuerdos colectivos, incluso los convenios extraestatutarios y pactos de empresa. En este sentido, en nuestra sentencia de 29 enero de 2004 se dice: "con independencia de la naturaleza jurídica que realmente tengan los Acuerdos de referencia, lo que no es aceptable es que el proceso de impugnación regulado en los arts. 161 y sgs esté reservado para la impugnación de los Convenios Colecti-

vos regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores, puesto que el art. 163.1 de la propia LPL, situado dentro de la regulación de esta modalidad procesal prevé la posibilidad de utilizarlo por los legitimados para ello "para impugnar un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia" y por lo tanto también para impugnar los demás acuerdos colectivos como convenios extraestatutarios o pactos de empresa del estilo del aquí impugnado; constituyendo esta posibilidad doctrina de esta Sala apreciable en numerosas sentencias de las que pueden señalarse, entre otras las SSTs de 16 de mayo de 2002 (Rec.-1191/2001) o 18 de febrero de 2003 (Rec.-1/2002), por citar sólo algunas de las más recientes."

Si el procedimiento adecuado para impugnar estos acuerdos es el del artículo 163-1, resulta que se encuentran legitimados al efecto, cual dispone el apartado a) del citado artículo, los órganos de representación legal o sindical de los sindicatos, como ya se dijo en nuestra sentencia de 16 de mayo de 2002: "el art. 163-1 de la Ley de Procedimiento Laboral, que se alega como infringido en el único motivo del recurso, establece la legitimación activa para impugnar un Convenio Colectivo cualquiera que sea su eficacia por los trámites del proceso del Conflicto Colectivo y si la impugnación se basa en la ilegalidad del Convenio, otorga legitimación a la representación legal o sindical de los trabajadores, Sindicatos y Asociaciones Empresariales interesadas", sentencia en la que, además, se señala: "No debe verse contradicción alguna entre la doctrina jurisprudencial y la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional en orden a la naturaleza de los Convenios Colectivos de carácter extraestatutario y la solución que hoy se da al presente litigio reconociéndose legitimación al Sindicato actuante para impugnar por ilegalidad el Pacto Colectivo de índole extraestatutario que es objeto de enjuiciamiento en el presente recurso. Y es que la naturaleza puramente convencional y el carácter no normativo de los Convenios o Pactos Extraestatutarios que inciden en la vida laboral de la empresa no debe impedir la posibilidad de su impugnación por quienes no fueron parte en ellos cuando pueda advertirse la existencia de una conculcación de la legalidad vigente o, en su caso, una lesión para terceros."

De acuerdo con la anterior doctrina, no puede negarse la legitimación activa para promover el presente proceso a sindicatos cuyas secciones sindicales representan a más del cincuenta por ciento de los trabajadores de la empresa, porcentaje que los hace suficientemente representativos, conforme a los artículos 6 y 7 de la Ley 11/1985, de 2 de agosto, cuyo artículo 2-2 -d) y los legitima para promover el presente procedimiento, máxime cuando, como ha

declarado esta Sala en su sentencia de 9 de noviembre de 2009 (RCO 106/08) y las que en ella se citan, basta a estos efectos, con que el sindicato esté implantado en el ámbito del conflicto. Además, el desconocimiento de ese derecho podría suponer un atentado contra la libertad sindical, máxime cuando el convenio impugnado no tiene carácter estatutario porque los sindicatos demandantes no lo aceptaron, lo que evidencia el interés de los mismos en impugnar el convenio que no aprobaron expresamente, lo que lo convirtió en extraestatutario.

Procede, por todo ello, estimar el recurso, anular la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a la Audiencia Nacional para que con libertad de criterio dicte una nueva sentencia en la que se resuelvan el resto de las cuestiones planteadas. Sin costas, cual dispone el art. 233 de la L.P.L. Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Estimamos los recursos de casación interpuestos por la Letrada D<sup>a</sup> Nieves San Vicente Leza, en nombre y representación de la FEDERACIÓN MINEROMETALURGICA DE COMISIONES OBRERAS, por la Procuradora D<sup>a</sup> Carmen García Martín en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) y por el Letrado D. Enrique Aguado Pastor en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE INDUSTRIAS AFINES DE LA CENTRAL SINDICAL UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FIA-UGT), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 19 de noviembre de 2008, en actuaciones núm. 67/08 seguidas en virtud de demanda a instancia de FEDERACIÓN MINEROMETALURGICA DE COMISIONES OBRERAS y CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) contra UNIÓN FENOSA S.A., UNIÓN FENOSA GENERACIÓN S.A., UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A., UNIÓN FENOSA METRA S.L., UNIÓN FENOSA COMERCIAL S.A., USO, UGT, MINISTERIO FISCAL, sobre Impugnación de Convenio. Casamos y anulamos dicha sentencia y reconociendo la legitimación de los Sindicatos recurrentes para la impugnación del Convenio Extraestatutario del que se deja hecha mención, acordamos devolver los autos a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, a fin de que con absoluta libertad de criterio entre a conocer del resto de las cuestiones litigiosas ante la misma planteadas.

No ha lugar a hacer pronunciamiento sobre depósito, consignaciones y costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional de proceden-

cia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

2010/19315

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 21 enero 2010. Ponente: D. Luis de Castro Fernández

### Inaplicación de cosa juzgada excluyente del principio de igualdad Revisión tras cambio jurisprudencial de base reguladora de pensión de IPA reconocida judicialmente

*Estima la Sala General del TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el beneficiario accionante frente a sentencia que le denegó la revisión de la base reguladora de su pensión de IPA por apreciar la existencia de cosa juzgada.*

*Pretende el recurrente que, a raíz del cambio jurisprudencial en la materia, se modifique su base reguladora aplicando la doctrina del paréntesis, a lo que se niega el INSS codemandado por entender que quedaban excluidos de la revisión los que, como él, vieron reconocida su pensión por resolución judicial.*

*El Alto Tribunal, siguiendo doctrina constitucional sobre el principio de igualdad, accede a la revisión solicitada, pues entiende que la cosa juzgada aducida no constituye una justificación objetiva y razonable como para exceptuar, en el caso de autos, la aplicación del principio de igualdad, por contraposición con los que no vieron reconocida judicialmente su pensión a los que, de oficio, la Entidad Gestora procedió a revisarles la mencionada base reguladora. Formula Voto Particular el Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El sustrato fáctico de las presentes actuaciones puede resumirse en los siguientes datos:

a) el demandante fue declarado en situación IPT por sentencia de

01/07/99, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Bizcaia (autos 304/99), en cuya parte dispositiva se acordó que el cálculo de la base reguladora «debe aplicarse tomando 96 meses inmediatamente anteriores a diciembre de 1998», fecha del hecho causante;

b) en 29/06/00 el pensionista solicita la revisión de la base reguladora que le fue denegada -finalmente- por STSJ País Vasco 23/10/01, que estima concurrente la excepción de cosa juzgada; c) En 23/09/05 fue declarada en situación de IPA;

d) Por escrito de 28/05/07 insta nuevamente la revisión de la base reguladora, que no es aceptada en vía administrativa, por la sentencia que con fecha 04/06/08 pronuncia el Juzgado de núm. Tres de Cáceres/Plasencia (autos 297/07), que reitera el acogimiento de la excepción citada y por la STSJ Extremadura 27/11/08 (rec. 418/08), que desestima el recurso, por atribuir eficacia trascendente al hecho de que el actor no hubiese recurrido en casación para la unificación de doctrina la STSJ País Vasco 23/10/01.

2.- En su recurso de casación para la unidad de la doctrina, la representación del actor denuncia la infracción de los arts. 14 y 24 CE, en relación con la STS 07/02/00 (-rcud 109/99 -), relativa a la interpretación del art. 140 LGSS en su aplicación a las situaciones de IPV, y señala como contradictoria la STSJ País Vasco 10/06/08 (rec. 945/08).

Decisión referencial que cumple las exigencias de contradicción (pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales) que impone el art. 217 LPL (recientes, SSTS 01/07/09 -rcud 2573/08-; 09/07/09 -rcud 1814/08-; 14/07/09 -rcud 3521/07-; 15/07/09 -rcud 3191/08-; y 15/07/09 -rcud 3824/08 -), siendo así que contempla un supuesto prácticamente igual al de autos: declaración de IPA en 1999 con determinada base reguladora; impugnación judicial de la misma, con desestimación en instancia y en Suplicación (07/09/99); solicitud de revisión de la base en 05/07/00, rechazada en vía administrativa y tras demanda (autos 41/01), también por el Juzgado de lo Social (26/01/01) y por la STSJ País Vasco (30/11/01); declaración de Gran Invalidez (29/01/02), con la misma base reguladora; nueva solicitud en vía administrativa de que la citada base le fuese revisada (22/12/06), con respuesta denegatoria en trámite administrativo y por sentencia del Juzgado de lo Social (9/01/08), por apreciar -también- cosa juzgada; y, finalmente, la STSJ País Vasco 10/06/08 (rec. 945/08), en aplicación de la doctrina sentada por STC 23/10/2006, estima la demanda y fija la base reguladora conforme a los criterios de la precitada STS 07/02/00.

SEGUNDO.- 1.- La cuestión que se suscita en las presentes actuaciones ha tenido ya respuesta -efectivamente- en sede constitucional (referida STC 307/2006, de 23/Octubre) y también en dos obiter dicta efectuados por esta Sala (SSTS 19/02/08 -rcud 513/07-; y 30/06/09 -rcud 3486/08-).

Y a tal criterio hemos de estar a la fecha presente, siguiendo la doctrina que en interpretación de los derechos fundamentales (principio de igualdad) ha llevado a cabo el intérprete máximo de la Constitución, que examina precisamente el mismo supuesto de autos, la revisión de la base reguladora de la IP fijada por sentencia para beneficiario que se hallaba en situación de IPV y al que originariamente se le calculó la base reguladora de la prestación cubriendo sus vacíos de cotización con las bases mínimas correspondientes al tiempo no cotizado (aplicando el mandato del art. 140 LGSS).

2.- Para la más comprensible explicación de la cuestión debatida ha de indicarse que desde la STS 18/09/91 (rcud 1372/90) se ha entendido por la Sala que los períodos de ILT sin obligación de cotizar e IPV debían ser computados con las bases mínimas de cotización del RGSS; y ello porque en estricta interpretación del art. 70.4 LGSS/74 («la obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad laboral transitoria») «no existen términos hábiles para imputar la referida obligación a un tercero, que no puede ser el INSS, que está al margen de toda previsión legal sobre la materia, ni al Instituto Nacional de Empleo, en los supuestos de incapacidad temporal iniciados antes del cese en el trabajo o una vez agotadas las prestaciones de desempleo» (doctrina seguida por las SSTS 27/12/91 -rcud 1357/90-; 27/01/92 -rcud 590/91-; 09/12/92 -rcud 1833/91-; 02/02/93 -rcud 509/92-; 03/12/93 -rcud 1897/91-; y 21/01/94 -rcud 223/92 -).

Pero posteriormente, a partir de la STS 07/02/00 (rcud 109/99), dictada por el Pleno de la Sala, se ha excluido la aplicación de ese período mediante la doctrina del «paréntesis» (siguiendo el mismo criterio, SSTS 02/07/01 -rcud 4557/00-; 21/07/01 -rcud 4419/00-; 18/09/01 -rcud 257/01-; 04/10/01 -rcud 4336/00-; 29/10/01 -rcud 467/01-; 19/11/01 -rcud 4696/00-; y 30/05/02 -rcud 3568/01 -), habiéndose extendido la técnica a supuestos de paro o desempleo involuntario cuando no existe cotización a cargo del INEM (SSTS 01/10/01 -rcud 250/01-; 04/10/01 -rcud 4336/00-; 16/10/01 -rcud 4806/00-; 25/10/01 -rcud 4351/00-; 12/11/01 -rcud 4947/00-; 14/12/01 -rcud 796/01-; 19/12/01 -rcud 251/01-; y 31/01/02 -rcud 2075/01-; y la ya citada de 01/10/02 -rcud 3666/01 -). Línea doctrinal basada en el hecho de que como durante la IPV no hay obligación de cotizar y esa situación podía durar cuatro años

y seis meses, se considera que la regla del art. 140.1 LGSS («la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente derivada de enfermedad común será el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante») no puede interpretarse en sentido restrictivo, pues la Ley 26/1985 -de la que deriva el actual artículo 140.1 LGSS - tiene por objeto mejorar la eficacia protectora del Sistema a través del reforzamiento del carácter profesional y contributivo de las pensiones y, por tanto, no podía haber remitido el cálculo de la pensión a un amplio período de tiempo en el que -por mandato legal- no existe obligación de cotizar.

TERCERO.- 1.- Pues bien, tanto en el supuesto de la sentencia recurrida, como en la de contraste y en la que motivó el recurso de amparo que dio lugar a la STC 307/2006, la base reguladora de la prestación de IP había sido fijada en aplicación de la inicial doctrina de este Tribunal y de la estricta aplicación del art. 3 Ley 26/1985 (origen, repetimos, del actual art. 140 LGSS). Y posteriormente -en dos ocasiones- se rechazó la revisión de la misma, tanto por el INSS como por los órganos judiciales, aduciendo la cualidad de cosa juzgada material con que estaba blindada aquella base reguladora, pese a que en la última ocasión -cuando menos- ya se había argumentado el cambio jurisprudencial operado con la STS 07/02/00; razón ésta justificativa de que accedamos -como se ha adelantado- a la rectificación de la citada base reguladora, conforme al planteamiento llevado a cabo por el Tribunal Constitucional en la merita sentencia 307/2006.

2.- En su decisión, el Alto Tribunal recuerda -FJ 4- su habitual doctrina respecto de que «el art. 14 CE, que dispone que “los españoles son iguales ante la Ley”, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas... y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados (STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2)». Y que «el juicio de igualdad constituye un juicio de carácter relacional que requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse

a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3)». Y que en el concreto caso que se sometía a su conocimiento, el hecho de que el INSS aplicase la nueva doctrina jurisprudencial a las prestaciones reconocidas en vía administrativa y la negase en los casos en que la base reguladora hubiese sido de pronunciamiento judicial firme, habiendo llegado el Tribunal Constitucional a la conclusión -FJ 5- de que «en el presente caso no se aprecia la existencia de una justificación objetiva y razonable, resultando por el contrario arbitraria la razón opuesta por el INSS para denegar la revisión de la pensión. En efecto, el instituto de la cosa juzgada no puede ser justificación para que la Administración depare un peor tratamiento a pensionistas que se encuentran en idéntica situación y que se verían perjudicados por el único hecho de haber acudido a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de su derecho.

Lo que está en tela de juicio en el caso de autos es el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley (art. 14 CE) y frente a ello no puede oponer el INSS que la base reguladora de determinadas pensiones hubiera sido declarada en sentencia judicial firme, de la misma manera que no ha opuesto en el caso de las restantes el que su base reguladora hubiera quedado establecida por una resolución administrativa, pese a ser la misma igualmente firme al haber sido consentida y no recurrida o, incluso, al haber sido recurrida y desestimado el recurso en sede jurisdiccional. Porque lo que se discute no es si el INSS tenía o no la obligación de revisar el conjunto de las pensiones de invalidez permanente reconocidas mediante la aplicación de un nuevo criterio de cálculo derivado de un cambio jurisprudencial, ni los límites que respecto de tal eventual obligación pudieran derivarse del efecto de cosa juzgada, sino la cuestión más precisa y relevante desde la perspectiva constitucional de si, habiendo decidido el INSS revisar tales pensiones, puede excluir de la revisión únicamente a aquellos pensionistas que obtuvieron su pensión como consecuencia de una resolución judicial. Y la respuesta ha de ser negativa, al ocasionarse con tal exclusión una desigualdad en el tratamiento de ciudadanos en idéntica situación que carece de justificación objetiva y razonable y que es, por ello, contraria al derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE ».

3.- La aplicación de tal doctrina constitucional al caso de autos no puede objetarse por el hecho de que en el caso enjuiciado -a diferencia del examinado por el Tribunal Constitucional- el trabajador no hubiese formalizado recurso de casación para



la unificación de doctrina. Por dos razones: a) porque hubiera resultado prácticamente imposible encontrar una sentencia de contradicción, habida cuenta de que la doctrina era a la fecha incontestada respecto de que la seguridad jurídica que está en la base de la cosa juzgada material se imponía a cualquier otra consideración sobre el error de hecho o derecho en la determinación de la base reguladora; y b) porque esa misma doctrina hubiese llevado a la desestimación del recurso por falta de contenido casacional. Consecuencias ambas que son precisamente las que motivaron el Auto del TS que puso fin al trámite del recurso en el caso tratado por el TC.

Baste señalar, a estos efectos, que era doctrina usual de esta Sala afirmar que el éxito de la excepción de cosa juzgada no puede ser enervado mediante la invocación de un supuesto error, que, de existir, sería, sino exclusivo, al menos compartido por el demandante (así, SSTs 19/05/92 -rcud 1471/91-; 09/12/93 -rcud 4228/92-; 27/01/97 -rcud 1687/96-; y 11/10/05 -rcud 1076/04-); o que no se han tenido en cuenta determinadas cotizaciones al fijar su importe (SSTs 21/07/00 -rcud 2884/99-; 07/10/03 -rcud 4044/02-); o más concretamente que la BR se estableció sin aplicar la doctrina del paréntesis (STs 10/05/04 -rcud 3762/03-). Rechazo a la revisión de la base ya fijada que expresa con toda claridad la afirmación -reciente- de que «... el efecto excluyente de la cosa juzgada material “impide un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo” (art. 222.1 LEC), con independencia de aportaciones o vicisitudes jurisprudenciales posteriores.

Las razones de seguridad jurídica que sustentan el instituto de la cosa juzgada cierran el paso, sin duda, a la eventualidad de reabrir litigios ya decididos por el hecho de que la jurisprudencia haya establecido una nueva doctrina, o haya matizado doctrina anterior, o incluso haya modificado la tesis acogida en anteriores pronunciamientos» (STs 13/06/08 -rcud 809/07-).

4.- Como tampoco puede objetarse la procedencia del recurso por la falta de denuncia del art. 222 LECiv (por su aplicación indebida, ha de entenderse), tal como alega el INSS en su escrito de impugnación, puesto que:

a) tal como indicaba la STC 307/2006, «lo que está en tela de juicio en el caso de autos es el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley», el art. 14 CE denunciado como infringido; y

b) en todo es obvio que la posible vulneración simultánea de varios preceptos no comporta la obligación procesal -para el recurrente en casación- de agotar le enumeración de

todos ellos, sino que para que el recurso sea formalmente viable basta con que se denuncie la infracción del que constituye el núcleo del quebrantamiento del ordenamiento jurídico, que en el presente supuesto es -como claramente precisó el TC- el art. 14 CE.

CUARTO.- 1.- Resta por analizar una última cuestión, que si bien no ha sido expresamente planteada por las partes, de todas formas ha de ser resuelta por la Sala, en tanto que es pronunciamiento obligado de la sentencia. Nos referimos al inicio de los efectos económicos que corresponde a la rectificación de la base reguladora de la IPA, cuestión ésta a la que -como decimos- la recurrente ni tan siquiera alude (se limita a pedir que se abone «la cantidad que como pensión resulte de la aplicación de la base reguladora citada, sin perjuicio de las mejoras y revalorizaciones que hayan podido producirse»), como tampoco hace referencia alguna a ella la EG en su escrito de impugnación.

Pues bien, cuatro son las fechas que inciden en la referida cuestión: a) la del reconocimiento inicial de IP (01/07/99), computando una base reguladora que ahora calificamos de no ajustada a derecho; b) la de la primera solicitud revisoria de la pensión (29/06/00), que es rechazada por entender que concurría la excepción de cosa juzgada; c) la declaración de IPA (23/09/05), que insiste en la misma -e incorrecta- base reguladora; y d) la nueva solicitud revisoria (28/05/07), que concluye -por esta sentencia- con la rectificación interesada.

2.- Sentado ello ha de resaltarse: a) En primer lugar, que la jurisprudencia tradicional ha mantenido el criterio de que las eventuales modificaciones de una pensión por corrección del importe inicialmente fijado con error, retrotraen como máximo sus efectos a los cinco años -plazo de prescripción- previsto en el art. 43.1 LGSS (para la IP, entre las más modernas, SSTs 24/07/03 -rcud 4607/02-; 20/10/03 -rcud 4138/02-; 14/07/04 -rcud 3328/03-; 27/10/05 -rcud 3844/02-; y 17/11/05 -rcud 3661/04-).

b) En segundo término, que la DF Tercera de la Ley 42/2006 (28/Diciembre) prescribió «con efectos de 1 de enero de 2007 y vigencia indefinida» la modificación del art. 43 LGSS, añadiéndole un párrafo expresivo de que «Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obli-

gación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 45». Y

c) En último lugar, no parece dudoso que haya de excluirse en el presente supuesto la existencia de posible «error material, de hecho o aritmético» en la determinación de la base reguladora (lo que excluiría la limitada retroacción de efectos a los tres meses anteriores a la solicitud), siendo así que la posible aplicación de la «doctrina del paréntesis» para la determinación de la base reguladora en casos como el presente (resuelta afirmativamente desde la citada STS 07/02/00 -rcud 109/99-), nos sitúa en el ámbito de la pura interpretación jurídica, no en el de errores materiales al realizar el cálculo de la base reguladora, en tanto que el «error material» es apreciable de manera directa y manifiesta, sin requerir pericia, interpretación o razonamiento jurídico alguno (para la aclaración de resoluciones judiciales, SSTC -entre las recientes- 121/2006, de 24/Abril, FJ 2; 139/2006, de 8/Mayo, FJ 2; 305/2006, de 23/Octubre, FJ 5; y 357/2006, de 18/Diciembre, FJ 2. Y precisamente en supuesto de revisión de la base correspondiente a una pensión de Jubilación, STS 22/09/09 -rcud 3849/08-).

3.- La exclusión del error nos lleva a aplicar los efectos económicos previstos en la nueva redacción del art. 43 LGSS. Ha de admitirse que en abstracto la cuestión pudiera resultar discutible, al tratarse de una rectificación que se lleva a cabo tras declarar que se ha producido la vulneración del principio de igualdad, y que por lo mismo pudiera sostenerse -sin que ello prejuzgue la corrección de la hipótesis- que procedía la adecuada restitución del derecho a la situación que hubiera correspondido de no haber tenido lugar el quebrantamiento del derecho fundamental (o una indemnización equivalente). Pero lo cierto es que la parte - como hemos referido antes- ni tan siquiera apunta una solución diversa a la que deriva de la aplicación de la regla ordinaria del citado art. 43 LGSS, de manera que por vía tácita muestra su conformidad a los efectos previstos en el precepto vigente a la fecha de la solicitud revisoria, y por lo mismo no procede que de oficio nos planteemos un extremo -complejo, además- ajeno al debate de instancia, de suplicación y del recurso de casación, habida cuenta de que éste tiene naturaleza extraordinaria y limita la cognición del Tribunal a las infracciones legales que hayan sido alegadas y en la forma en que lo hayan sido, no pudiendo analizar cuestión diferente a las esgrimidas por las partes, a excepción de las materias de orden público y de derecho necesario (recientemente, SSTs 19/02/08 -rcu 46/07- y 27/06/08 -rcu 107/06-); cualidades éstas que no corresponden al posible señalamiento de una fecha inicial de efectos económicos diferente a la establecida en la legali-

dad ordinaria y que -cuando menos en este trámite- ha regirse por el principio de justicia rogada (art. 216 LECiv).

4.- Las precedentes consideraciones nos llevan -oído el Ministerio Fiscal- a rectificar la doctrina tradicional de la Sala a que hicimos referencia en el apartado tercero del fundamento anterior y cuya más reciente expresión ha tenido lugar con la arriba citada STS 13/06/08 (-rcud 809/07-) y con la de 30/06/09 (-rcud 3486/08-), y a afirmar que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada, reconociendo el derecho del actor a que la base reguladora de su pensión de IPA sea calculada haciendo paréntesis del tiempo -previo al hecho causante de la IPT inicialmente reconocida- en que ha permanecido en situación de IPV (desde el 06/12/93), lo que lleva a la cifra -no cuestionada- de 1066,77 euros/mes, con las mejoras y revalorizaciones legalmente procedentes, con retroacción de los efectos iniciales a 28/02/07. Sin que haya lugar a la imposición de costas (art. 233.1 LPL).

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

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Blas y revocamos la sentencia dictada por TSJ de Extremadura en fecha 27/Noviembre/2008 (recurso de Suplicación núm. 418/08), que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria- que en 4/Junio/2008 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Cáceres, con sede en Plasencia (autos 297/07), y resolviendo el debate en Suplicación estimamos el de tal clase formulado, declarando que la base reguladora de la pensión reconocida asciende a la cantidad mensual de 1066,77 euros, con las mejoras y revalorizaciones legalmente procedentes y con efectos económicos iniciales de 28/02/07.

Sin imposición de costas.

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

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

#### VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jordi Agustí Julia, AL QUE SE ADHIEREN LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D.

Fernando Salinas Molina, D. Jesus Gullon Rodriguez, D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga, Y D<sup>a</sup> Rosa María Viroles Piñol RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 21-01-2010 (Rec.- 57/2009) DICTADA EN SALA GENERAL.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en Sala General en el recurso número 57/2009 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

**PRIMERA.-** No existe discrepancia en cuanto a los hechos, haciendo mío el resumen de los mismos que se efectúa en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia votada mayoritariamente en Sala General.

Tampoco discrepo por lo que respecta a la estimación del recurso en cuanto, como consecuencia de apreciar la existencia de lesión del derecho fundamental de igualdad, se inaplica el instituto de la "cosa juzgada", y por ende, se le reconoce al trabajador demandante una base reguladora de la pensión que ya venía percibiendo, en cuantía de 1.066,77 euros, con más las mejoras y revalorizaciones legalmente procedentes.

Si, por el contrario, discrepo, profundamente, del pronunciamiento sobre los efectos económicos iniciales, que la sentencia fija en 28 de febrero de 2.007, y cuyo razonamiento al respecto se efectúa en el cuarto de los fundamentos jurídicos de la sentencia.

**SEGUNDA.-** En mi opinión, el criterio mayoritario no es acorde: a) con el derecho a la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución - artículo 24.1 - proclama y garantiza; y, b) con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la interpretación de la legalidad ordinaria y los derechos fundamentales.

Ciertamente, que con respecto al punto controvertido al que hacíamos referencia, la sentencia se plantea hasta cuatro fechas distintas de inicio de los efectos económicos: a) la del reconocimiento inicial de la Incapacidad Permanente (01-07-99), computando una base reguladora que ahora se califica de no ajustada a derecho; b) la de primera solicitud revisoria de la pensión (29-06-00), que es rechazada por entender que concurría la excepción de cosa juzgada; c) la declaración de Incapacidad Permanente Absoluta (23-09-05), que insiste en la misma -e incorrecta- base reguladora; y, d) la de tres meses de retroactividad a la fecha nueva solicitud revisoria (28-05-07), que concluye por esta sentencia con la rectificación interesada; si bien, al final, elige la menos favorable para el

demandante, es decir, la última de las señaladas -que únicamente tiene en cuenta la última revisión solicitada-, sobre la base de aplicar el artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada al mismo por la Disposición final tercera uno de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre.

No menos cierto es, que la postura mayoritaria entiende que la cuestión "en abstracto" -como ella misma la califica- pudiera resultar discutible, al tratarse dice, textualmente "de una rectificación que se lleva a cabo tras declarar que se ha producido la vulneración del principio de igualdad, y que por lo mismo pudiera sostenerse -sin que ello prejuzgue la corrección de la tesis- que procede la adecuada restitución del derecho a la situación que hubiera correspondido de no haber tenido lugar el quebrantamiento del derecho fundamental (o una indemnización equivalente)." No obstante el planteamiento de esta hipótesis que comparto plenamente y que en mi opinión, debería convertirse en tesis-, finalmente se da una contestación negativa, en términos de legalidad ordinaria, sobre la base de que la parte demandante no apunta a una solución diversa a la que se deriva de la aplicación de la regla ordinaria del citado artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social, y que de oficio no procede el planteamiento de esta cuestión, habida cuenta la naturaleza extraordinaria del recurso de casación que limita la cognición del Tribunal a las infracciones legales que hayan sido alegadas y en la forma en que lo han sido, no pudiendo analizar cuestión diferente a las esgrimidas por las partes, a excepción de las materias de orden público; cualidades éstas que no corresponden - sigue argumentando la postura mayoritaria- al posible señalamiento de una fecha de efectos económicos diferente a la establecida en la legalidad ordinaria y que ha de regirse por el principio de justicia rogada del artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**TERCERA.-** Es precisamente con esta decisión de la postura mayoritaria de resolver la cuestión con parámetros de legalidad ordinaria, y no con el tratamiento que debe darse en el supuesto -como aquí acontece- de la violación de un derecho fundamental, con la que mi discrepancia es absoluta. Como se desprende del artículo 9.1 del Texto Constitucional, la Constitución y el ordenamiento jurídico no constituyen compartimentos estancos, sino que se hallan interrelacionados, armando una estructura inseparable, actuando las normas y principios constitucionales como "normas parámetro", es decir, como contexto hermenéutico necesario y como orientaciones generales para la interpretación de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico. Todo ello comporta que los órganos judiciales vengán obligados a llevar a cabo una "interpretación integradora" de la legalidad ordina-

ria conforme a la Constitución, pues -como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 24/1990, de 15 de febrero - el texto constitucional es el contexto al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales" que, por consiguiente, no pueden limitarse a una interpretación literal o aislada de aquellas normas, sino que deben acomodarse a la Constitución (STC 24/1990, de 15 de febrero).

Reiteradísima es la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la interpretación de la legalidad y derechos fundamentales, y así en la sentencia 48/1991, de 28 de febrero, con cita de las sentencias 34/1983 de 6 de mayo; 15/1985, de 9 de febrero; 7/1985, de 29 de abril y 24/1990, de 15 de febrero, se insiste en que la legalidad debe ser interpretada en el sentido más favorable a los derechos fundamentales, por lo que si el órgano judicial no aplica la normativa legal en ese sentido incurre en lesión del derecho constitucional de que se trata.

La sentencia votada mayoritariamente, al aplicar en sus estrictos términos el artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social, sin tener en cuenta la vulneración -cuya existencia declara- del principio de igualdad, prescindiendo por tanto de la señalada doctrina constitucional, devalúa -siempre según mi opinión que expreso con el máximo respeto a la postura mayoritaria- el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24.1 de nuestra Constitución. En efecto, es difícilmente conciliable con el mandato constitucional a los órganos judiciales de tutelar de forma efectiva al ciudadano, la respuesta que esta Sala da en su sentencia a la reclamación del trabajador demandante. En efecto, adviértase, que el trabajador, desde el año 1998, ha instado una y otra vez primero del órgano administrativo y después de los Tribunales Laborales el reconocimiento de su derecho a percibir la pensión por incapacidad permanente sobre la base reguladora que ahora se le reconoce y, cuando finalmente obtiene satisfacción a su pretensión, los efectos económicos de la misma únicamente se retrotraen tres meses a la fecha de la última solicitud de revisión, o sea con efectos de 28 de febrero de 2007. Escaso resultado -en mi opinión- para tan largo recorrido administrativo y judicial.

**CUARTA.-** En definitiva, lo que sostengo en el presente voto particular, es que producida la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, la Sala, en aras a la tutela judicial efectiva y en aplicación de la doctrina referenciada del Tribunal Constitucional, pudo -y debió- interpretar el artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social, teniendo en cuenta dicha lesión del derecho fundamental, y en aplicación analógica del artículo 180.1 de

la Ley de Procedimiento Laboral, y en línea con lo establecido en dicho precepto, no sólo restituir al trabajador demandante en su derecho a percibir la prestación en la cuantía inicial interesada, con los incrementos y mejoras legales procedentes, sino también otorgar la oportuna tutela resarcitoria, que aquí implica el reconocimiento de los efectos económicos de dicha revisión desde el 29 de junio de 2000, fecha de la primera solicitud de revisión en vía administrativa, a la que el Instituto Nacional de la Seguridad Social dio respuesta negativa, aplicando el instituto de la cosa juzgada y violando el derecho fundamental de igualdad del demandante en la forma que se relata en los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la sentencia.

No puede resultar obstáculo a este planteamiento, lo que se argumenta por la postura mayoritaria en relación a que, expresamente, no se solicita una determinada fecha de efectos, porque como se razona acertadamente en el apartado primero del fundamento jurídico cuarto de la propia sentencia -en franca contradicción con dicha argumentación- la cuestión de la fecha de efectos económicos de la revisión "...si bien no ha sido planteada por las partes, de todas formas ha de ser resuelta por la Sala, en tanto que ello es pronunciamiento obligado de la sentencia". Efectivamente, conviene recordar, que recurrida en amparo por el Instituto Nacional de la Seguridad Social la sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 1991 dictada en materia de incapacidad laboral, calificándola de incongruente, por haber entrado a resolver cuestiones no planteadas ni discutidas por las partes, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 172/1994, de 7 de junio, con cita de la 171/1993, desestimó el recurso, negando la existencia de incongruencia, razonando, que "la demanda no es sólo la petición que se deduce sino también su razón o causa petendi".

**QUINTA.-** En mérito a todo lo expuesto, es por lo que procedería fijar como fecha de efectos económicos de la nueva base reguladora de la pensión por incapacidad permanente, que el demandante viene percibiendo, la ya señalada de 29 de junio de 2.000.

Madrid, 21 de enero de 2010

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez y voto particular que formuló el Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia, al que se adhirieron los Magistrados Excmos. Sres. D. Fernando Salinas Molina, D. Jesus Gullon Rodriguez, D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga y D<sup>a</sup> Rosa María Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## RESEÑA

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



### TS CIVIL

2010/62027

TS Sala 1ª, Sentencia 30 abril 2010.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

#### Maquinación fraudulenta que lleva a error en el emplazamiento

TS estima la demanda de revisión rescindiendo y dejando sin efecto alguno la sentencia de divorcio dictada por el juzgado de primera instancia que, a instancia del esposo, declaró la disolución del matrimonio. La Sala aprecia la existencia de maquinación fraudulenta por parte del esposo que impidió que la demandada tuviera conocimiento del proceso, al considerar acreditado que en el escrito de demanda el esposo señaló como domicilio de la demandante el que había sido durante muchos años el domicilio conyugal de forma incorrecta, consignando un número y una calificación de la vía distinta de las que correspondían a la realidad, lo cual fue suficiente para inducir a error en la práctica de la diligencia de emplazamiento, la cual, de haberse practicado en el domicilio correcto, hubiera podido suministrar datos sobre el nuevo domicilio de la demandada, además de que cabe inferir que por medio de los presuntos contactos entre el hijo mayor -que convivía con el padre- y su madre, podía indagarse el nuevo domicilio de ésta.

2010/71251

TS Sala 1ª, Sentencia 23 abril 2010.  
Ponente: D. Francisco Marín Castán

#### Inexistencia de error judicial amparado en una decisión que correspondía al TC

El TS desestima la demanda sobre declaración de error judicial interpuesta respecto del auto del juez de primera instancia, ya que, fundada única y exclusivamente la demanda aquí examinada en el error del juez consistente en haber acordado una suspensión cautelar en la entrega de una cantidad de dinero, que sólo podía acordar el TC, y habiendo decidido este último prácticamente lo mismo que había decidido

aquél, la demanda de error judicial no pueda ser acogida pues en último extremo el perjuicio alegado por la actora, consistente en la privación de los intereses legales de la cantidad que según ella se le tenía que haber entregado, no sería materialmente antijurídico puesto que, conforme a lo acordado por el TC, la actora no podía en realidad disponer de dicha cantidad sin constituir garantía suficiente de devolverla en su caso.



### TS PENAL

2010/31684

TS Sala 2ª, Sentencia 25 enero 2010.  
Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

#### Concepto de cooperadores necesarios en delito de asesinato

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delito de asesinato. Dice la Sala que por cooperadores necesarios en este tipo de delitos se ha de entender tanto al que proporciona los útiles o mecanismos necesarios para su comisión como al que hace delación a los ejecutores directos de las características de la víctima, de sus costumbres, de su lugar de trabajo y de sus habituales "movimientos", tanto temporales como espaciales dentro de la ciudad en la que después fue asesinado, conducta desarrollada por el procesado respecto a la víctima.

Formula voto particular el Magistrate D. Joaquín Giménez García, al que se adhiere el Magistrado D. Alberto Jorge Barreiro.

2010/60439

TS Sala 2ª, Sentencia 23 abril 2010.  
Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

#### Delito de asesinato: fuerza probatoria de los indicios

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito de asesinato. Afirma la Sala que no existe

ninguna hipótesis alternativa que permita pensar razonablemente que los acusados son ajenos a la muerte del perjudicado. No consta que nadie más que los acusados hubiera tenido acceso al lugar en el que se produjo la muerte, ni que ésta hubiera sido causada en un lugar diferente y, en este caso, que el cadáver haya sido introducido luego en el local, donde además se encontraron las toallas mojadas con sangre. Es decir, el punto de partida del razonamiento es que en el local donde se produjeron los hechos convivían tres personas, que el día del hecho las tres estuvieron en el lugar y que una de ellas resultó muerta, sin que haya la menor constancia de que alguna otra persona haya estado en dicho local el día de la muerte.



### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/53568

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 11 febrero 2010.  
Ponente: D. Angel Aguallo Avilés

#### Prescripción de deudas tributarias derivadas por responsabilidad solidaria

El TS, que ha lugar al recurso de casación, casa y anula la sentencia de la AN impugnada únicamente en cuanto aprecia la prescripción de las deudas tributarias derivadas por responsabilidad solidaria a la ahora recurrida. La Sala, habida cuenta que el error en la calificación de la responsabilidad tributaria, que lleva a la Inspección a utilizar el procedimiento establecido en la norma para los supuestos de responsabilidad solidaria en lugar del procedimiento previsto para la responsabilidad subsidiaria, no constituye un defecto que ocasione la nulidad del acto por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello, considera que, determinada la anulabilidad del acto de declaración de responsabilidad y la obligación de dictar un nuevo acto dentro del plazo de prescripción, ha declarado la eficacia interruptiva de los ac-

tos realizados con posterioridad al acto declarado anulable.

2009/370305

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 16 noviembre 2009. Ponente: D. José Díaz Delgado

#### Órgano sancionador como responsable de la prueba de culpabilidad del sancionado

Se acoge en parte el rec. contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo que impuso al recurrente la sanción de suspensión de funciones como responsable de una infracción muy grave por retraso injustificado en la resolución de procesos o causas, anulándose la misma y reduciendo dicha infracción, puesto que es al órgano sancionador al que le corresponde la prueba plena de la culpabilidad del sancionado, sin que sea posible admitir formulas estereotipadas, donde después de admitir la irregular situación del juzgado, se mantenga que no obstante en dicha situación, el titular es el auténticamente responsable, afirmando apodícticamente, que además era la causa eficiente del retraso.



### TS SOCIAL

2010/53621

TS Sala 4ª, Sentencia 26 marzo 2010.  
Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

#### Reconocimiento de pensión de vejez del SOVI

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS demandado frente a sentencia que, confirmando la de instancia, reconoció a la demandante el derecho a percibir una pensión de vejez del SOVI al considerar acreditado el periodo de cotización necesario para acceder a ella ya que, a los días de cotización acreditados -1795-, se añaden los 112 que se atribuyen por parto, de conformidad con la disp. adic. 44ª LGSS. La Sala, siguiendo doctrina unificada, confirma la sentencia, puesto que la finalidad de la norma contenida en la mencionada disposición deriva de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, compensando, mediante una medida de acción positiva, las mayores dificultades que, como consecuencia del embarazo y el parto, pueden tener las mujeres en orden a la regularidad de su carrera de seguro y al acceso a la protección social pública; por ello, siendo el SOVI un régimen público de protección social de carácter contributivo, no hay razón alguna para excluirlo por su eventual carácter residual del ámbito de aplicación de aquella medida, la cual cumple también su función compensatoria con respecto a trabajadoras como la actora.