



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: **EVARISTO MOLINE**

Año XVI. Número 2744

Madrid, martes 13 de octubre de 2009

 **TS CIVIL**  
2009/120189

*TS Sala 1ª, Sentencia 14 mayo 2009. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz*

## Protección de la libertad de expresión frente a presunta intromisión al honor

*El TS declara haber lugar al recurso de casación anulando la sentencia impugnada que condenó a la parte demandada a indemnizar solidariamente al actor por intromisión ilegítima en su derecho al honor por la publicación de una serie de artículos sobre su gestión como político, al considerar la Sala que se ha infringido la CE al no respetar la libertad de expresión que proclama la misma y también por aplicar incorrectamente la protección legal del derecho al honor.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se formuló en su momento, por D. José Ángel, al frente de la Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Murcia, demanda por intromisión ilegítima al amparo de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, sin concretar, aunque desde la sentencia de primera instancia se considera que la acción se refiere a la protección del derecho al honor, no a la intimidad o imagen.

La demanda se dirige contra un periódico, "La economía" de la región Murcia, aunque desde la contestación a la demanda queda claro que, carente de personalidad jurídica, sólo se demanda a la editorial Edimedia, S.L. y se demanda también al periodista D. Juan, autor de una serie de artículos de insistente crítica a la actuación política de aquel demandante.

La sentencia de primera instancia, de toda la que se puede denominar "campana", destaca una determinada

frase a la que atribuye el "gratuito insulto", por ser un "ataque malicioso y dotado de ensañamiento, contra la procedencia o adscripción social o religiosa del político, innecesaria a todas luces para criticar libre y ampliamente su gestión", por lo que estima la demanda.

La Audiencia Provincial, Sección 4ª de Murcia, de 29 de enero de 2004 confirma la anterior, no sólo por aquella frase que destaca el Juzgado de primera instancia, sino por otras muchas y estima que "las expresiones contenidas en los citados artículos con menciones y calificativos... exceden del ámbito de la libertad de crítica política".

Los demandados, la sociedad editora del periódico y el periodista, han formulado recurso por infracción procesal y recurso de casación contra la anterior sentencia, de la Audiencia Provincial confirmatoria de la de primera instancia, ambas estimatorias de la demanda.

**SEGUNDO.-** Es preciso, ante todo, examinar el recurso por infracción procesal que se formula al amparo del artículo 477.2.4º de la Ley

de Enjuiciamiento Civil por vulneración de los derechos fundamentales, reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española por incongruencia de la sentencia de la Audiencia Provincial que ha incurrido en el vicio procesal de la reformatio in pejus.

El motivo se basa en que la sentencia de primera instancia estima la demanda por razón de una frase vertida por el periodista en el periódico editado por la entidad, ambos codeemandados, sobre la pertenencia del demandante

"a la Murcia peronista aderezada de Kikos cutres e ignorantes metidos a la cosa pública..." y la sentencia de la Audiencia Provincial objeto de este recurso, confirma la anterior no sólo por uno de los artículos periodísticos "sino en general la totalidad de los mismos" y transcribe una serie de "expresiones contenidas en los citados artículos..." que, entiende que "exceden del ámbito de la libertad de crítica política".

Lo anterior es cierto, pero la incongruencia y la reformatio in pejus se predicen del fallo de la sentencia, no de la argumentación de ésta, que ni siquiera alcanza a la causa petendi la cual se refiere a las pretensiones de la parte, pero no al razonamiento de una sentencia.

Son muy reiteradas las sentencias de esta Sala que insisten en que la congruencia es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la Sentencia así, las de 10 de abril de 2002, 27 de junio de 2005, 28 de junio de 2006; la de 2 de marzo de 2000 destaca que no alcanza a la motivación, la de 11 de marzo de 2003, que no se refiere a los razonamientos y la de 20 de junio de 2007 que no comprende los argumentos. La del Tribunal Constitucional 182/2000, 10 de julio, contempla la incongruencia extra petitum e igualmente la refiere al fallo.

Así, el motivo debe ser rechazado, porque el fallo de la sentencia es congruente con la pretensión de la parte demandante, cuya demanda ha sido esencialmente estimada.

**TERCERO.-** El recurso de casación contiene dos motivos que realmente es uno solo, ya que en ellos mantiene que la libertad de expre-

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Exclusión médica de procedimiento de selección de policía local **3**

Competencias en materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y contratos administrativos **5**

### TS

#### CIVIL

Protección de la libertad de expresión frente a presunta intromisión al honor **1**

#### PENAL

Absolución de los delitos de falso testimonio y falsedad en documento privado por tratarse de falsedades inocuas **8**

#### ADMINISTRATIVO

Denegación de la marca solicitada por incidir en el ámbito propio de una denominación de origen **9**

Acuerdo colutorio adoptado por entidades financieras y sociedades de medio de pago **11**

#### SOCIAL

Válida exclusión de un sindicato de la negociación de un convenio extraestatutario **13**

**RS** RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

sión ampara la actuación de los demandados recurrentes -periodista y editora del periódico- y al amparo del artículo 477.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción de los artículos 18 y 20 de la Constitución Española, 10 del Convenio europeo de los derechos humanos y 19 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

Antes de entrar en el caso concreto, que nos llevará a estimar el recurso, procede sentar unas bases que cuentan con una reiterada doctrina jurisprudencial, que se refieren al concepto del honor, a la relación de este derecho con el caso del personaje de proyección pública, a la libertad de expresión en cuanto alcanza a los dos extremos anteriores y, finalmente, a la cuestión del tema político relativo a todo ello.

Tales bases no se pretende que sean exhaustivas, ni ciertamente podrían serlo, sino necesarias en cuanto interesan al caso presente. El concepto de honor, mantenido en doctrina y jurisprudencia, de forma indiscutida, parte de la idea de la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona; tiene el aspecto externo, de trascendencia, respecto de los demás y el aspecto interno, de immanencia, respecto de sí mismo; igualmente, aúna el sentido objetivo, en sí mismo considerado y el subjetivo, el personal de cada uno.

A ello se une que la persona de proyección pública, que goza de indudables ventajas, pecha también con los inconvenientes y debe asumir que su protección del honor disminuye, de la intimidad se diluye y de la imagen se excluye; en todo caso debe atenderse al contexto en que se produce la posible vulneración y a los usos, atendiendo a los actos propios del afectado.

La libertad de expresión alcanza a la emisión de opiniones o juicios de valor, expresión y difusión libre de pensamientos, ideas y opiniones, como dice el artículo 20.1.a) de la Constitución Española que se contrapone, aunque es bien cierto que normalmente se entremezcla, con la libertad de información, que se refiere a la exposición veraz de hechos.

En ningún caso, dichas libertades alcanzan a los insultos, vejaciones o descalificaciones. La colisión de éstos con los derechos al honor, intimidad e imagen ha sido tratada profusamente por la doctrina del Tribunal

Constitucional y por la jurisprudencia de esta Sala, que ha destacado que no son libertades y derechos absolutos, sino que se debe analizar caso por caso, no a priori, para comprobar la exacta delimitación de unas y de otros, sin obviar que la base de un sistema democrático es la libertad de expresar las opiniones o críticas, sin que puedan darse excesivas cortapisas.

Lo anterior, tanto más cuanto el tema que se plantea es un tema de índole política. A este respecto, no es baldío recordar dos adagios de la jurisprudencia norteamericana "... errores son inevitables en un debate libre, pero deben ser protegidos para dejar a la libertad de expresión aire para que pueda respirar y sobrevivir" y "todo lo que se añade al campo del libelo, se quita del campo del debate libre".

*"El concepto de honor,  
mantenido en doctrina y  
jurisprudencia, de forma  
indiscutida, parte de la  
idea de la dignidad  
personal reflejada en la  
consideración de los  
demás y en el  
sentimiento de la propia  
persona;..."*

"Ya la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en situaciones en que el supuesto atentado al honor ha tenido lugar en un contexto político y ha rechazado que se tratase de un auténtico ataque al honor" nos dice la sentencia de 17 de enero de 2008. Sin embargo, hay que separar el caso de verdadera confrontación política, entre miembros de partidos opuestos, del tema político en que un tercero, periodista o no, expresa opiniones sobre un determinado político.

CUARTO.- El recurso de casación debe ser estimado, como se ha apuntado ya, por las razones que se derivan de lo expuesto y por las que se alegan en el recurso, que lleva a la desestimación de la demanda.

El honor de la persona del demandante puede verse atentado subjetivamente

por los comentarios hechos por el periodista codemandado, pero no objetivamente al haberse acreditado los excesos verbales de la actuación política y las diligencias penales y administrativas y denuncias y comunicados relacionados con la polémica que se halla inmersa en el presente caso.

Todo ello relacionado con la cualidad de la persona que se siente ofendida y que tiene proyección pública por razón de su función política y que, como tal, debe soportar críticas que se hallan amparadas en la libertad de expresión.

Efectivamente, ésta, base de un sistema democrático, ampara la crítica política y las confrontaciones que en este tema se producen con harta frecuencia. Es constante la jurisprudencia que dice y reitera la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho al honor en contextos de contienda política; así, las sentencias de 31 de enero de 2008 que recoge numerosas anteriores, de 17 de febrero de 2009 y la muy anterior y muy clara de 27 de febrero de 2003.

En definitiva, el demandante, como personaje político en la Comunidad de Murcia de proyección pública debe soportar, en el sentido jurídico de que no se considera intromisión ilegítima, las críticas y los comentarios, sean o no de buen gusto, que no lo son, pero que se hallan en el ámbito de la libertad de expresión y pertenecen a una contienda política, que impide que las expresiones concretas empleadas puedan ser calificadas de insultantes, denigratorias o vejatorias.

Como se expresa en el recurso, se trata de asuntos que conciernen a la gestión pública de un personaje público sometido a la crítica de sus actos y a la que tiene derecho el público para la correcta formación de la opinión que exige el pluralismo y la crítica democrática en correlación con el derecho a la libertad de información y de opinión que asiste a los recurrentes como periódico y periodista.

Por ello, esta Sala considera que la sentencia de instancia ha infringido el artículo 20.1.a) de la Constitución Española al no respetar la libertad de expresión que proclama la misma y también su artículo 18.1 por aplicar incorrectamente la protección del derecho al honor, lo que se pone en relación con el artículo 7.7 de la Ley 1/1982, 5 de mayo, de protección ci-

vil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que tipifica la intromisión ilegítima en el derecho al honor.

Debe, pues, estimarse el recurso de casación y casar la sentencia recurrida, conforme al artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y asumir la instancia desestimando la demanda, sin hacer imposición de costas, tal como dispone el artículo 398.2 de la misma ley.

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

#### FALLO

PRIMERO.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso por infracción procesal interpuesto por la representación de "Edimedia, S.L." y D. Juan, contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 29 de enero de 2004.

SEGUNDO.- QUE debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por los mismos recurrentes, contra la indicada sentencia que se casa y anula.

TERCERO.- En su lugar, se desestima la demanda formulada en su día por la representación procesal de D. José Ángel contra los referidos recurrentes, a los que se absuelve de la misma.

CUARTO.- No se hace imposición de las costas causadas en este recurso ni en las de apelación; se imponen al demandante las costas de primera instancia.

QUINTO.- Líbrense a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Rubricados.- Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, 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.



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/150475

TC Sala 2ª, Sentencia 29 junio 2009. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas

Lesión del derecho a la intimidad

## Exclusión médica de procedimiento de selección de policía local

*Se interpone amparo frente a sentencia que, en grado de apelación, desestimó la demanda del recurrente formulada contra el ayuntamiento por su exclusión del procedimiento de selección de agentes de la Guardia Municipal. El TC estima lesionado su derecho a la intimidad personal. Considera que la resolución administrativa que ordena el cese del demandante, tras haber superado el concurso de selección, en base a un intercambio de datos sobre su estado de salud entre varias Administraciones, sin información ni consentimiento alguno por el recurrente, no tiene cobertura legal y fue obtenida al margen de todo procedimiento. Afirma que resulta desproporcionado que utilizara dicha información obtenida irregularmente y sin contrastarla previamente a través de algún medio de prueba, adulterando el resultado final al que había llevado la superación de las diversas pruebas por el demandante.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La presente demanda tiene por objeto la impugnación de la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por la que, estimándose el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián contra la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de esta ciudad, se revoca dicha Sentencia, y se declara la conformidad a derecho de la Resolución municipal de 25 de febrero de 2004, por la que se excluía al recurrente del proceso selectivo para dotar plazas de agentes de la Guardia Municipal por estar incurrido en causa de exclusión médica. El demandante de amparo imputa a la Sentencia impugnada la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE). La lesión se habría producido como consecuencia de la divulgación de información relativa a su estado de salud (entre el facultativo de la Academia Vasca y el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián) sin habilitación legal, por lo que la inmisión en su derecho a la intimidad personal no puede considerarse constitucionalmente legítima. Aduce que la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no ha aplicado correctamente la doctrina constitucional sobre los requisitos que deben concurrir para legitimar una intromisión en el derecho a la intimidad.

La representación procesal del Ayuntamiento de Donostia interesa

la denegación del recurso de amparo por las razones ya expuestas en los antecedentes; en resumen, por considerar que la afectación del derecho a la intimidad fue legítima. Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa la estimación de la demanda, pues, a su juicio, la injerencia en el derecho a la intimidad del recurrente no supera el juicio de necesidad ni el juicio de proporcionalidad estricto, ya que el Ayuntamiento dispuso de otros medios más adecuados para la protección del fin público que pretendía.

**SEGUNDO.-** Debemos dar respuesta en primer lugar a la alegación de inadmisibilidad planteada por la representación procesal del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián. Aduce éste en su escrito de alegaciones que el recurso de amparo no contiene una crítica argumentada de la Sentencia impugnada, lo que, de acuerdo con nuestra doctrina, debería conducir a la inadmisión de la demanda. Ciertamente hemos reiterado en numerosas ocasiones que no compete a este Tribunal la reconstrucción de las demandas de amparo, siendo carga del recurrente la aportación de los elementos fácticos y jurídicos necesarios y suficientes para mantener su pretensión (por todas, STC 66/2009, de 9 de marzo, FJ 2, y ATC 14/2009, de 26 de enero, FJ único). Por este motivo la ausencia de argumentación o de delimitación de las pretensiones y vulneraciones aducidas ha llevado en ocasiones a la inadmisión del recurso. Sin embargo esta doctrina no resulta aplicable al caso que aquí se plantea. En efecto, contra lo sostenido por la representa-

ción del Ayuntamiento, el escrito de demanda de amparo sí contiene una argumentación expresa acerca de la vulneración del derecho a la intimidad que, en su opinión, se produce con la Sentencia dictada en apelación, cuyo efecto es la declaración de conformidad a Derecho del acto administrativo impugnado.

Como se ha resumido en los antecedentes de hecho de esta Sentencia, el demandante aduce que las justificaciones esgrimidas por el órgano judicial para justificar la legitimidad de la injerencia producida en su derecho no son constitucionalmente aceptables, puesto que la restricción de su derecho a la intimidad no contaba con habilitación legal. Procede en consecuencia rechazar el reproche de inadmisibilidad analizado.

**TERCERO.-** Despejadas las anteriores cuestiones, y antes de entrar en el análisis de la queja constitucional, conviene recordar sucintamente nuestra doctrina sobre el derecho a la intimidad personal. Este derecho, que aparece configurado como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad, y que deriva de la dignidad de la persona humana que reconoce el art. 10 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 4; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 10; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3.b). A fin de preservar ese espacio reservado, el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (entre otras, SSTC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2). En definitiva, como dijimos en la STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21, lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada. Sobre esa base doctrinal y en lo que a este caso concierne es preciso detenerse en tres planos de consideración:

- Si la información relativa a la salud se incluye en dicho ámbito.
  - La posible existencia de límites en cuanto al derecho al secreto sobre la información relativa a datos referentes a la salud y, en ese caso.
  - Si puede haber intromisiones legítimas en ese ámbito de intimidad.
- a) Resulta evidente que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una

persona, y que se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento. Dicha apreciación se coherente con nuestras pautas sociales, como lo demuestra el hecho de que en el ámbito de la legalidad ordinaria el acceso y el uso de información relativa a la salud se rodea de garantías específicas de confidencialidad, subrayándose la estrecha relación entre el secreto profesional médico y el derecho a la intimidad. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como recordamos en la ya citada STC 70/2009, ha insistido en la importancia que para la vida privada poseen los datos de salud (en este sentido, STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L.L. c. Francia, § 32), señalando que “el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención”, por lo que “la legislación interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH caso Z. c. Finlandia de 25 de febrero de 1997, § 95, y caso L.L. c. Francia, de 10 de octubre de 2006, § 44)”.

b) Reconocido así que la información relativa al estado de salud de una persona forma parte de este reducto de privacidad que garantiza el art. 18.1 CE, conviene señalar la existencia de límites respecto al carácter secreto de los datos relativos a la salud que determinan que, en su caso, no toda injerencia o afectación de este derecho resulta ilegítima: En efecto, la afectación no será ilegítima cuando medie el previo consentimiento (eficaz) del afectado, que permite la inmisión en el derecho a la intimidad y que, lógicamente, puede ser revocado en cualquier momento (STC 196/2006, de 3 de julio, FFJJ 5 y 6).

Tampoco podrá ser calificada de ilegítima aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, siempre y cuando se respete el contenido esencial del derecho (STC 292/2000, de 30 de diciembre, FJ 9, y ATC 212/2003, de 30 de junio). A esto se refiere nuestra doctrina sobre

el carácter no ilimitado o no absoluto de los derechos fundamentales, puesto que el contenido del derecho a la intimidad personal, como el de cualquier otro derecho, se encontrará delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6; 14/2003, de 28 de enero, FJ 5).

Así, aunque el art. 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad -a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE-, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información.

De este modo, como ya pusimos de manifiesto en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, ya citada, la salvaguarda de la salud de los trabajadores (cuando se trata de verificar si el estado de salud de un trabajador puede causar un peligro para él mismo o para terceros) "es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral", aun cuando suponga una restricción de la libre disposición del sujeto sobre el ámbito de su intimidad.

En todo caso las posibles limitaciones del derecho fundamental a la intimidad personal deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 16; 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3), pues lo que impide el art. 18.1 CE son las injerencias en la intimidad "arbitrarias o ilegales".

En la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como hemos señalado en la ya citada STC 70/2009, a la que nos remitimos, que reconoce la posible existencia de límites a la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 CEDH (como puedan ser las medidas que se adopten para garantizar la seguridad del Estado o la persecución de infracciones penales), siempre que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; muta-

tis mutandis, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997).

c) Consecuentemente existirá intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subverta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2), o bien cuando, aun persiguiendo un fin legítimo previsto legalmente (de forma tal que se identifique el interés cuya protección se persigue de forma concreta y no genérica, STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11), la medida adoptada no se revele necesaria para lograr el fin previsto, no resulte proporcionada o no respete el contenido esencial del derecho (por todas, STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

Ello implica realizar un juicio de proporcionalidad que requiere la constatación de que la medida restrictiva adoptada cumple los tres requisitos siguientes: que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que sea además necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, que la medida adoptada sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en un juicio estricto de proporcionalidad (entre otras SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 2 -y las que allí se citan- y STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4).

CUARTO.- Planteados así los términos del debate, el análisis de la queja constitucional requiere que se precisen de los hechos relevantes a estos efectos. Ha quedado acreditado, como se expuso en los antecedentes 2 a) y 2 b), que el recurrente participó (más o menos en el mismo periodo de tiempo, pero de forma secuenciada) en dos procesos selectivos: uno (el primero) para el ingreso en la Ertzaintza, y otro (posterior) para el ingreso en la policía municipal de Donostia-San Sebastián.

Fue excluido del primero por padecer una enfermedad prevista en el cuadro de exclusiones médicas. En cambio en el segundo proceso selectivo fue nombrado funcionario en prácticas de la policía municipal, tras superar la fase de concurso-oposición, tres exámenes médicos y el curso de formación en la Academia de Policía Vasca. Asimismo ha quedado acreditado que poco después del nombramiento del funcionario uno de los miembros del Tribunal médico de aquél primer proceso se-

lectivo (quien recordó al demandante mientras éste realizaba los cursos de formación en la Academia de Policía Vasca: antecedente 2.c) informó al Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián que el ahora demandante de amparo había sido excluido del proceso para la Ertzaintza por padecer diabetes mellitus; información que facilitó al Ayuntamiento telefónicamente. Basándose en dicha información, obtenida fuera del marco del propio proceso selectivo y sin tener en cuenta que la Directora de la Academia de Policía Vasca se había negado a facilitar datos sobre la salud del recurrente por ser de carácter confidencial (antecedente 2.d), el Ayuntamiento acordó el cese del demandante como funcionario en prácticas.

No consta en las actuaciones ningún informe oficial de la Academia de Policía Vasca al respecto de esta cuestión, ni la realización de posteriores análisis o pruebas médicas que corroborasen tal extremo por parte del Ayuntamiento. Resulta así que el contexto en que se produce la transmisión de la información sobre el estado de salud física del recurrente es el de la participación en un proceso de selección para el ingreso en las fuerzas y cuerpos de seguridad del País Vasco.

En las bases de ambos procesos selectivos se establece la necesidad de superar un examen médico que corrobore que los aspirantes no se encuentran incurso en las causas de exclusión médica previstas en la convocatoria, en aplicación del Decreto 315/1994, de 19 de julio, por el que se regula el procedimiento de selección y formación de la Policía del País Vasco. La realización del control médico se convierte en requisito sine qua non que determina la continuidad en el proceso selectivo.

En este sentido el demandante ya vio legalmente modulado en cierta forma su derecho a la intimidad por cuanto se sometió a todos los controles médicos, cuya realización no eludió en ningún momento. Esta carga (de someterse a un reconocimiento para determinar la aptitud física y/o psíquica de los aspirantes), legalmente justificada respecto del concreto procedimiento selectivo en que se produzca, no significa, sin embargo, que la información derivada de esos análisis quede fuera del ámbito de protección dispensado por el art. 18.1 CE.

Resulta evidente que la comunicación de la información relativa al estado de salud del demandante y su utilización por parte del Ayuntamiento en un proceso selectivo diferente y ajeno a aquél donde fue obtenida, sin información ni consentimiento del interesado, ha supuesto una injerencia en el derecho a la intimidad del recurrente, del que forma parte, en los términos de nuestra doctrina ya expuesta, el derecho a preservar del conocimiento ajeno lo

referente a la salud física y psíquica del afectado. La cuestión, por tanto, radica en determinar si esa afeción o restricción del derecho puede considerarse constitucionalmente legítima.

QUINTO.- Para ello es preciso analizar si la injerencia en el derecho a la intimidad denunciada cumple las exigencias establecidas en nuestra doctrina; esto es, si resulta prevista en la Ley y es tolerable desde un punto de vista constitucional por cuanto responde a la necesidad de preservar otros intereses constitucionalmente protegibles (SSTC 156/2001, de 2 de julio, FJ 2; 14/2003, de 28 de enero, FJ 6). En este caso debe afirmarse, en primer lugar, la existencia de un fin constitucionalmente legítimo. Así, la especial misión que cumplen los cuerpos y fuerzas de seguridad (de acuerdo con el art. 104 CE) implica la observancia de especiales requisitos de idoneidad profesional en cuanto a la condición física y psíquica del aspirante.

Se pretende que los futuros agentes (sean éstos de la Ertzaintza o de la policía municipal) puedan ejercer su función policial en plenas facultades sin poner en peligro su seguridad o la de terceros. En este contexto se entiende la obligatoriedad de realizar y superar un control médico en el proceso de selección a la que se aludió antes. El fin público consistente en garantizar que los aspirantes serán capaces de ejercer la función policial (art. 104 CE) es causa legítima que puede justificar una modulación del derecho a la intimidad del aspirante siempre que esté previsto por Ley que respete el contenido esencial del derecho.

Así resulta del art. 44.2 de la Ley de Policía Vasca, cuando establece que "los procesos selectivos cuidarán la adecuación entre el tipo de pruebas a realizar y el contenido de las funciones a desempeñar, pudiendo incluir, a tales efectos, ejercicios de conocimientos generales o específicos, teóricos o prácticos, test psicotécnicos, pruebas de aptitud física, entrevistas, cursos de formación, períodos de prácticas y cualesquiera otros sistemas que resulten adecuados para garantizar la selección de quienes reúnan las condiciones cognitivas, psíquicas y físicas más apropiadas para el desempeño de la función".

Esta necesaria adecuación física supone, según el art. 54.3 de la misma Ley, que "durante el curso y prácticas, o al término de las mismas, los aspirantes podrán ser sometidos a cuantas pruebas médicas sean precisas en orden a comprobar su adecuación al cuadro de exclusiones médicas establecido para el ingreso en la categoría. Si de las pruebas practicadas se dedujera la concurrencia de alguna causa de exclusión, el órgano responsable podrá proponer, en función de la gravedad de la en-

fermedad o defecto físico, la exclusión del aspirante del proceso selectivo, correspondiendo al órgano competente para efectuar el nombramiento adoptar la resolución que proceda”.

La Ley de Policía Vasca persigue efectivamente el objetivo, constitucionalmente legítimo, de garantizar la capacidad de los agentes de policía (ahora en sentido amplio), estableciendo un marco que permite coonestar ese interés constitucionalmente protegible con el derecho a la intimidad de los aspirantes en lo relativo a sus datos de la salud.

La Ley garantiza que esa limitación a la libre disposición del individuo sobre su estado de salud se produce dentro un proceso selectivo, en el que se realizan los controles médicos para determinar la capacidad física y psíquica de los aspirantes (controles que, además, pueden sucederse a lo largo del tiempo) dentro de un procedimiento establecido. Ahora bien, de estas previsiones legales no se deriva una habilitación para que se produzca el intercambio o cruce de datos médicos entre las diversas Administraciones que convocan procesos selectivos.

El intercambio de información tampoco puede ampararse en las previsiones que la Ley de la Policía Vasca contiene respecto de la intervención de la Academia de Policía Vasca en los procedimientos selectivos municipales, pues su función, según la citada Ley, es la de proponer al Gobierno Vasco las reglas básicas para el ingreso en “las escalas y categorías de los Cuerpos de Policía dependientes de la Administración Local, ajustándose a criterios análogos a los establecidos para las de la Ertzaintza que sean equivalentes, y en particular los programas, contenido y estructura de los procesos selectivos” (art. 50 de la Ley de Policía Vasca), o a contribuir en la organización, desarrollo y evaluación final de los cursos de formación, entre cuyos aspectos se encuentra la idoneidad profesional (arts. 31 y 33 del Decreto 315/1994).

En definitiva, la legitimidad del fin perseguido no justifica que el Ayuntamiento haya actuado sin seguir el procedimiento legalmente establecido, desde el momento en que el dato relevante y determinante de la decisión de la exclusión, el único elemento en que se funda dicha decisión, es una información que ha sido facilitada (y recibida) con clara vulneración del derecho a la intimidad.

En efecto, la vulneración es indudable en la actuación del facultativo de la Academia de Policía Vasca que, al reconocer al demandante, comunica por teléfono el “recuerdo” de que el aspirante padece una enfermedad, obviando el deber de secreto profesional que pesa sobre este tipo de datos. Pero la irregularidad de la actuación no se circunscribe sólo a la

comunicación del facultativo de la Academia de Policía, sino que se extiende, con mayor rigor -como señala el Ministerio Fiscal- a la actuación llevada a cabo por el Ayuntamiento de Donostia.

Como ya se ha apuntado, éste fundamenta el expediente de exclusión del demandante en una información sobre su estado salud que ha obtenido al margen de todo procedimiento, y a pesar de la oposición de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco, con la consecuente adulteración del resultado natural del concreto proceso selectivo municipal en el que las pruebas médicas habían arrojado un resultado satisfactorio (de aptitud).

Si en la STC 70/2009, de 23 de marzo, ya citada, reprochamos a la Administración que fundamentara su decisión de jubilación forzosa en unos informes médicos privados que habían sido incorporados al expediente, mayor rigor ha de observarse en los casos en los que la conducta origen de la infracción se sitúa en el funcionamiento de la propia Administración y sus funcionarios públicos.

SEXTO.- La actuación al margen de los procedimientos legalmente establecidos convierte la decisión administrativa en desproporcionada. En efecto, el Ayuntamiento dispuso, y dispone, de medios para acreditar la aptitud o falta de aptitud del aspirante. De hecho el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián sometió al recurrente a tres reconocimientos médicos con sus correspondientes analíticas, que arrojaron un resultado de aptitud médica. Consta en el expediente administrativo comunicación del Médico de empresa en la que se pone de manifiesto que el recurrente “pasó reconocimiento médico (para agentes interinos) el 30 de mayo de 2001, siendo su estado de salud satisfactorio y analíticas y pruebas normales. Nueva analítica y pruebas el 27 de marzo de 2002, con resultados de completa normalidad.

Nuevo reconocimiento médico y pruebas analíticas el 7 de mayo de 2003, con ocasión del OPE 2001, siendo declarado apto médico”. Sobre esa base resulta claramente desproporcionado que utilice información sobrevenida y obtenida de forma irregular y no contrastada (pues el Ayuntamiento no realiza ninguna prueba tendente a corroborar ese dato) para adulterar el resultado final al que había llevado la superación de las diversas pruebas por el demandante. El hecho de atribuir consecuencias jurídicas a una información que ha sido obtenida con infracción del art. 18.1 CE, y que contradice los hechos resultantes del proceso selectivo municipal que se llevó a cabo, ha de calificarse de absolutamente desproporcionado.

No se supera, así, el juicio estricto de proporcionalidad, sobre todo

cuando queda acreditado en autos que durante todo el tiempo en el que el demandante mantuvo la relación con el Ayuntamiento no cursó baja médica alguna. Ha de concluirse así que se ha vulnerado el derecho a la intimidad del demandante, lo que conduce al otorgamiento del amparo

## FALLO

Otorgar el amparo solicitado por D. Jon y, en su virtud:

PRIMERO.- Declarar vulnerado el derecho del recurrente a la intimidad personal (art. 18.1 CE).

SEGUNDO.- Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de julio de 2006.

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

Dada en Madrid, a veintinueve de junio de dos mil nueve. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.

2009/150427

TC Sala 1ª, Sentencia 29 junio 2009. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes

## Competencias en materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y contratos administrativos

*El TC estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 184,2 Ley 7/1999, de 9 abril, de Administración local de Aragón, declarándolo nulo e inconstitucional. Considera que dicho precepto autonómico contradice lo dispuesto con carácter básico en el art. 107,1 Ley 33/2003, pues mientras que este precepto prescribe el concurso como forma general de adjudicación de cualquier contrato para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales -salvo en los casos excepcionales en que se admite la adjudicación directa-, aquél impone la subasta como forma de adjudicación en los arriendos o cualquier otra forma de cesión del uso de bienes patrimoniales -siempre que la duración de la cesión sea superior a cinco años y su precio exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto-, admitiendo sólo excepcionalmente el concurso, estableciendo así para un mis-*

*mo supuesto de hecho, una consecuencia jurídica distinta a la prevista en la norma básica estatal.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Huesca plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón o, alternativamente, en relación con la disposición final segunda de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas, en cuanto la misma declara básico el art. 107.1 de esta Ley.

El art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, establece lo siguiente: “El arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de los bienes patrimoniales se regirán por la normativa reguladora de la contratación. Será necesaria la realización de subasta pública, siempre que la duración de la cesión sea superior a cinco años o su precio exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto.

Excepcionalmente, y de forma justificada, podrá hacerse por concurso, aun cuando el plazo de cesión sea superior a cinco años y su precio exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios, cuando el arrendamiento o cesión de uso tenga por objeto el fomento de actividades de carácter económico y el destino del uso de los bienes patrimoniales sea la implantación o ejercicio de actividades propiamente económicas que redunden notoriamente en la satisfacción de necesidades de interés general de los vecinos.

En todo caso, el usuario habrá de satisfacer un precio que no podrá ser inferior al seis por ciento del valor en venta de los bienes”.

A su vez, el art. 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas, dispone que “Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente”. Este precepto tiene carácter de legislación básica, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 149.1.18 CE, conforme se establece en el apartado 5 de la disposición final segunda de la Ley 33/2003.

Para el órgano judicial promotor de la cuestión la previsión normativa contenida en el art. 184.2 de la Ley

de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, vulnera lo dispuesto, con carácter básico, en el art. 107.1 de la Ley 33/2003 y, a su través, las competencias reservadas al Estado en el art. 149.1.18 CE. Alternativamente, el órgano judicial cuestiona el apartado 5 de la disposición final segunda de la Ley 33/2003, en cuanto declara el carácter básico del art. 107.1 de la propia Ley 33/2003, si se entendiera que con ello se excede de las competencias atribuidas al Estado por el art. 149.1.18 CE.

El Abogado del Estado solicita que se declare la inconstitucionalidad del art. 184.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, mientras que el Fiscal General del Estado y la representación procesal del Gobierno de Aragón interesan la desestimación de la cuestión, y las Cortes de Aragón postulan la declaración de inconstitucionalidad del apartado 5 de la disposición final segunda de la Ley 33/2003, en cuanto declara el carácter básico del art. 107.1 de esta Ley.

**SEGUNDO.-** Planteada así la presente cuestión debemos precisar que nuestro análisis ha de atender a determinar si, una vez que el legislador estatal ha procedido a aprobar la normativa básica en materia de procedimiento de adjudicación de contratos para la explotación de bienes y derechos patrimoniales de las Administraciones públicas (art. 107.1 de la Ley 33/2003), puede entenderse que el art. 184.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón se ajusta a esa normativa básica estatal sobrevenida o si, por el contrario, entra en contradicción con la misma.

Esta eventual apreciación de la infracción de la normativa básica determinaría que nos encontrásemos ante un supuesto de los que hemos calificado (por todas, SSTC 151/1992, de 19 de octubre, FJ 1; 163/1995, de 8 de noviembre, FJ 4; 166/2002, de 18 de septiembre, FJ 3; y 87/2009, de 20 de abril, FJ 2) como inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto, en cuanto que la infracción por la normativa autonómica del orden constitucional de distribución de competencias derivaría, en su caso, de su efectiva contradicción con la norma estatal básica.

Ahora bien, para que dicha vulneración exista será necesaria, como hemos declarado en la citada doctrina, la concurrencia de dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.

**TERCERO.-** Ciertamente, como han puesto de relieve en sus alegaciones el Gobierno y las Cortes de Aragón, la regulación establecida en el art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, encontraba su inicial fundamento en la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma de Aragón por el art. 35.1.2 de su Estatuto de Autonomía de 1982, en la redacción vigente en 1999, conforme al cual Aragón tenía competencia exclusiva en materia de régimen local, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE. Con el vigente Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, esta Comunidad Autónoma continúa ostentando competencia exclusiva en materia de régimen local, en los términos establecidos en el art. 71.5 del Estatuto y, asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 75.11 del Estatuto, competencias para el desarrollo de las bases del Estado establecidas en el art. 149.1.18 CE para las Administraciones públicas aragonesas, incluidas las entidades locales.

Por otra parte, conviene igualmente reparar en que en el momento en que se aprueba la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, la regulación sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos sobre arrendamiento y cesión de uso de los bienes patrimoniales de las entidades locales aragonesas que se contiene en el art. 184.2 de dicha Ley no se apartaba de las previsiones establecidas con carácter general en la normativa estatal, concretamente en el art. 82 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y en el art. 92 del Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

En efecto, el art. 82 del citado texto refundido establece que “El arrendamiento de bienes patrimoniales de las Entidades locales se regirá, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación por las normas jurídico-públicas que regulen la contratación” (remisión que en el momento de aprobarse la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, debía entenderse hecha a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas), regla que vino a ser recogida en términos similares por el inciso inicial del art. 184.2 de la Ley aragonesa 7/1999. Y el art. 92 del Reglamento estatal de bienes de las entidades locales de 1986 establece que:

“1. El arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de los bienes patrimoniales de las Entidades locales se regirá, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Entidades

locales. Será necesaria la realización de subasta siempre que la duración de la cesión sea superior a cinco años o su precio exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto.

2. En todo caso, el usuario habrá de satisfacer un canon no inferior al seis por ciento del valor en venta de los bienes”. Esta regulación se reproduce, en términos prácticamente idénticos, por el art. 184.2 de la Ley aragonesa 7/1999, que añade la posibilidad de adjudicar estos contratos de arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de los bienes patrimoniales de las entidades locales por concurso, con carácter excepcional y de forma justificada (aun cuando el plazo de cesión sea superior a cinco años y su precio exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto), en los supuestos contemplados en el precepto, previsión que no contradecía la antedicha normativa estatal en materia de régimen local, ni tampoco lo dispuesto en el art. 9.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas, en cuanto a la regulación de la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones públicas.

En suma, puede concluirse que la Comunidad Autónoma de Aragón actuó dentro del margen de sus competencias cuando promulgó la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, en la que se contiene el precepto cuestionado (art. 184.2), y que dicha regulación era plenamente compatible con la normativa estatal reguladora de la preparación y adjudicación de los contratos de arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las entidades locales en el momento en que la citada Ley aragonesa 7/1999 fue aprobada. Fue posteriormente cuando, al dictar el legislador estatal la Ley 33/2003, surgió la contradicción entre la legislación estatal y la legislación aragonesa, por cuanto el apartado 5 de la disposición final segunda de la Ley 33/2003 declara el carácter básico del art. 107.1 de esta Ley, precepto que, como antes quedó expuesto, establece el concurso como forma ordinaria de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales de las Administraciones públicas (incluidas, desde luego, las entidades locales), admitiéndose excepcionalmente (por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación), el procedimiento de adjudicación directa.

De este modo, mientras que el art. 184.2 de la Ley aragonesa 7/1999 establece la subasta como forma ordinaria de adjudicación de estos contratos, admitiendo el concurso de forma excepcional, el art. 107.1 de la Ley estatal 33/2003, expresamente

calificado como norma básica dictada al amparo del art. 149.1.18 CE, establece el principio general de adjudicación de estos contratos patrimoniales mediante concurso, con admisión excepcional de la contratación directa en determinados supuestos.

Ahora bien, el hecho de que el art. 184.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, fuese plenamente compatible con la normativa estatal vigente en el momento en que la citada Ley aragonesa fue aprobada no sería óbice para apreciar su inconstitucionalidad sobrevenida si se llegase a la conclusión de que lo dispuesto en el art. 107.1 de la Ley 33/2003 tiene carácter de legislación básica (por cumplir la doble dimensión, formal y material, del concepto constitucional de bases), y que existe una efectiva contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, insalvable por vía interpretativa.

De ser así, habríamos de concluir que la disconformidad sobrevenida del precepto autonómico cuestionado con las nuevas bases en materia de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales de las Administraciones públicas adoptadas por el legislador estatal tras el momento de promulgación de la Ley aragonesa 7/1999 determina la actual inconstitucionalidad de aquella disposición, originariamente respetuosa del orden constitucional de distribución de competencias (STC 1/2003, de 16 de enero, FJ 9).

**CUARTO.-** Conforme ha quedado expuesto debemos determinar si el art. 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas, respeta efectivamente la doble dimensión (formal y material) consustancial a la noción de “bases”.

Pues bien, en primer lugar es evidente que el art. 107.1 de la Ley 33/2003 cumple con el requisito formal, cuyo respeto ha exigido de manera reiterada este Tribunal, de que, salvo en supuestos excepcionales, la normativa básica “venga incluida en la Ley votada en Cortes que designe su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad” (SSTC 80/1988, de 28 de abril, FJ 5; 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 5; 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 6), pues no en vano es un precepto con rango de Ley formal aprobado por las Cortes Generales y su carácter básico está expresamente proclamado por el apartado 5 de la disposición final segunda de esta misma Ley 33/2003.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la verificación del carácter materialmente básico del art. 107.1 de la Ley 33/2003, hemos de comenzar recordando que la competencia del Estado para establecer las bases



del régimen patrimonial de las Administraciones públicas, a las que ha de ajustarse el desarrollo legislativo por parte de las Comunidades Autónomas al regular su patrimonio propio, se halla, como este Tribunal tuvo ocasión de precisar ya en la STC 58/1982, de 27 de julio, FJ 1, en diversos títulos del art. 149.1 CE, que reservan esta materia a la competencia exclusiva del Estado: “por ejemplo, la legislación civil (art. 149.1.8 CE)... las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18. CE), o la legislación básica sobre contratos o concesiones administrativas (ibídem)”. Esta doctrina se reitera en la STC 85/1984, de 26 de julio, FJ 3.

Así pues, es principalmente en las nociones de “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” y de “legislación básica sobre contratos o concesiones administrativas”, contenidas en el art. 149.1.18 CE, donde ha de entenderse residenciada la competencia estatal en materia de régimen patrimonial de las Administraciones públicas. Pues bien, el apartado 5 de la disposición final segunda de la Ley 33/2003, en consonancia con su exposición de motivos, proclama el carácter básico, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 149.1.18 CE, de diversas disposiciones de esta Ley, entre las que se encuentra precisamente su art. 107.1, que establece la regla general de adjudicación por concurso de los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales de todas las Administraciones públicas, y las posibles excepciones a esta regla (supuestos de adjudicación directa).

El establecimiento por el legislador estatal de esta norma, al amparo del art. 149.1.18 CE, responde a la vinculación de las bases estatales con las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica, que rigen la contratación pública, (SSTC 141/1993, de 22 de abril, FJ 5, y 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 6), a fin de asegurar a los ciudadanos un tratamiento uniforme en sus relaciones con las Administraciones públicas, que se vería comprometido, en lo que aquí importa, si las formas de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales pudieran ser diferentes en las distintas partes del territorio nacional.

Ciertamente, tanto la subasta como el concurso son formas de adjudicación de los contratos susceptibles de satisfacer las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica. No obstante, que el legislador estatal haya optado por el concurso como forma de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales de las Administraciones públicas (sin perjuicio de los supuestos excepcionales en los que se admite la adjudicación directa), excluyendo en todo caso la subasta, no puede reputarse

como una decisión que exceda del común denominador normativo que encierra el título básico contenido en el art. 149.1.18 CE, sin que le corresponda a este Tribunal fiscalizar la oportunidad de esa concreta opción del legislador, plasmación de una legítima opción política.

En efecto, la opción del legislador estatal resulta justificada especialmente en atención a las garantías de igualdad y libre concurrencia de la contratación pública, ya que, frente al automatismo absoluto de la subasta (adjudicación al mejor postor), el concurso permite una mayor flexibilidad, al introducir la posibilidad de elegir a un adjudicatario teniendo en cuenta la proposición más ventajosa (no solo el precio, como en la subasta), lo que puede contribuir a facilitar el acceso a los contratos de explotación de bienes patrimoniales a mayor número de interesados, al tiempo que asegura la obtención por la Administración pública, a través de la promoción de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés público.

La anterior conclusión no se contradice con la afirmación de que, tratándose -como se trata en el precepto autonómico cuestionado- de negocios jurídicos de explotación de bienes patrimoniales de las entidades locales, “estos bienes están destinados a obtener el máximo rendimiento económico para aquéllas, al igual que ocurre con los bienes cuyo titular es un particular” (STC 166/1998, de 15 de julio, FJ 13), pues dicha finalidad puede satisfacerse perfectamente seleccionando al adjudicatario mediante concurso, forma de adjudicación del contrato en la que, entre otros criterios a considerar, habrá de tenerse en cuenta, desde luego, el del precio ofertado, hasta el punto de que este criterio resultará determinante si existiera empate entre ofertas atendiendo a los restantes criterios de adjudicación del concurso, pues, existiendo esa situación de igualdad entre los licitadores, la racionalidad de los principios de buena administración de los intereses públicos (art. 103.1 CE) y de eficiencia y economía en la gestión de los recursos públicos (art. 31.2 CE), conduce a la elección del interesado que ofrezca pagar mayor precio por la utilización del bien patrimonial de que se trate.

El principio general de adjudicación por concurso de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales se completa con la admisión, con carácter excepcional, de la adjudicación por contratación directa, previsión que encuentra su justificación en la existencia de supuestos peculiares, que el propio art. 107.1 de la Ley 33/2003 enumera, en los que justamente la mejor satisfacción de los intereses públicos aconseje la selección directa del contratista, por no resultar eficaz en tales supuestos excepcionales acudir a un sistema complejo de selección, como es el

concurso. En todo caso, el control de la decisión administrativa de optar por la adjudicación directa queda asegurado por la exigencia legal de que esa decisión sea motivada (“las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente”, establece el art. 107.1 in fine) y, en consecuencia, susceptible de revisión jurisdiccional.

Por otra parte, debe descartarse, frente a lo que sostienen el Gobierno y las Cortes de Aragón, que la regulación establecida por el art. 107.1 de la Ley 33/2003 sea tan minuciosa o exhaustiva que no deje espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo en esta materia, pues al optar el legislador estatal por el concurso como forma de adjudicación de los contratos para la explotación de bienes patrimoniales de las Administraciones públicas (con la admisión, con carácter excepcional, de la adjudicación directa), no se agotan las posibilidades de que el legislador autonómico con competencia para ello pueda llevar a cabo desarrollos normativos que, sin detrimento de la eficacia de la norma estatal básica, contengan prescripciones y peculiaridades de detalle o de procedimiento (tales como los criterios de valoración de las ofertas, la admisibilidad de variantes o mejoras, el número mínimo de ofertas a solicitar en los supuestos de adjudicación directa, etc.) que las Comunidades Autónomas hayan estimado conveniente introducir (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 6; 1/1982, de 28 de enero, FJ 1; 49/1988, de 22 de marzo, FJ 16; 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 5; y 109/2003, de 5 de junio, FJ 4, entre otras).

En consecuencia, por lo expuesto el art. 107.1 de la Ley 33/2003 debe ser considerado también básico desde el punto de vista material.

QUINTO.- Una vez que hemos constatado que el art. 107.1 de la Ley 33/2003 es una norma básica tanto en sentido formal como material, de conformidad con el art. 149.1.18 CE, nos resta examinar si existe una efectiva contradicción entre esa norma legal estatal y el art. 184.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón y, de ser así, si esa contradicción resulta insalvable por vía interpretativa.

Pues bien, llegados a este punto hemos de dar la razón al Abogado del Estado cuando sostiene que precepto autonómico cuestionado contradice de forma abierta e insuperable por vía interpretativa lo dispuesto con carácter básico por el art. 107.1 de la Ley 33/2003, pues mientras que este precepto prescribe el concurso como forma general de adjudicación de cualquier “contrato para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales” (salvo en los casos excepcionales en que se admite la adjudicación directa), por el contra-

rio el art. 184.2 de la Ley aragonesa impone la subasta como forma de adjudicación en los arriendos o cualquier otra forma de cesión del uso de bienes patrimoniales “siempre que la duración de la cesión sea superior a cinco años y su precio exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto”, admitiendo sólo excepcionalmente el concurso, en los supuestos especificados en el párrafo 2 del propio art. 184.2. Es decir, para un mismo supuesto de hecho la consecuencia jurídica del precepto legal autonómico es radicalmente distinta a la prevista en la norma básica estatal sobrevenida. Así pues, teniendo el art. 107.1 de la Ley 33/2003 formal y materialmente carácter de norma básica, al amparo del art. 149.1.18 CE, y siendo insalvable la contradicción existente entre este precepto y el art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, ha de concluirse que el precepto autonómico es inconstitucional.

SEXTO.- Sentada esta conclusión resulta obligado precisar, finalmente, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Y es que, dado que la disconformidad constitucional del precepto autonómico tuvo lugar no originariamente, en el momento de promulgación de la Ley aragonesa 7/1999, sino con posterioridad, en el de entrada en vigor de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas, los efectos de la inconstitucionalidad y nulidad (art. 39.1 LOTC) del art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999 deben desplegarse exclusivamente a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley estatal (SSTC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 9 in fine, y 1/2003, de 16 de enero, FJ 9), no siendo susceptibles de ser revocadas como consecuencia de esta declaración de nulidad las situaciones jurídicas consolidadas, tanto las decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC) en las que se haya aplicado el art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, como, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas en aplicación de ese mismo precepto mediante acto administrativo firme (por todas, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, y 179/2006, de 13 de junio, FJ 11).

## FALLO

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar inconstitucional y nulo el art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón.

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

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



2009/120227

TS Sala 2ª, Sentencia 27 abril 2009. Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

Jerarquía entre derecho-deber

## Absolución de los delitos de falso testimonio y falsedad en documento privado por tratarse de falsedades inocuas

*Se estiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delitos de falso testimonio y falsedad en documento privado. El recurrente viene a sostener, en la argumentación de su recurso, la validez de la tesis de las "falsedades inocuas" respecto del delito de falso testimonio. Alega, en suma, que la conducta de un testigo, cuyas declaraciones mendaces sólo recaen sobre circunstancias irrelevantes para la prueba de los hechos que son objeto del proceso, no pueden ser subsumidas bajo el tipo del art. 458,1 CP 95. El TS, en segunda sentencia, absuelve a los recurrentes de dichos delitos, argumentando que estamos ante un conflicto entre un deber y un derecho, que se debe resolver con los criterios del estado de necesidad, es decir, recurriendo a la ponderación de los deberes, estimándose, por lo tanto, excluida la antijuricidad cuando el derecho ejercido tiene mayor jerarquía normativa que el deber infringido, la mayor jerarquía normativa del derecho fundamental no es discutible.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### A. Casación de Jenaro.

PRIMERO.- Alega en primer término el recurrente la indebida aplicación de los arts. 395 y 390.1º,2 CP. El fundamento de esas alegaciones se refiere a ausencia en la conducta del acusado del "ánimo tendencial de perjudicar a otro", que se deduce, a su entender del hecho probado, en el que se afirma que "...las obras en cuestión estaban hechas y a su coste".

De allí se deduce que lo afirmado en los documentos que se consideran falsificados "se corresponde con la verdad real". El Ministerio Fiscal apoyó este motivo, cuya materia ha sido reiterada en el escrito del recurso por diversas vías en los motivos tercero, en el que cuestiona la prueba de la falsedad, cuarto, la infracción del derecho a la presunción de inocencia y quinto, en el se propone alternativamente la aplicación del art. 395 en relación al 390. 1º.4. CP.

El motivo debe ser estimado. La cuestión planteada en el primer motivo y reiterada en los restantes con técnica imprecisa y ocasionalmente improcedente, consiste en establecer si unas facturas, que "respondían en concepto y precio de mercado" a las obras realizadas, que fueron emitidas

por el acusado, a instancias del otro encausado, implican la realización del tipo del delito del art. 395 CP por el hecho de que, en realidad, las obras facturadas no han sido llevadas a cabo por el emitente, sino por otra persona, que nada reclama. El Ministerio Fiscal apoyó el motivo basándose en la jurisprudencia de esta Sala que no considera típica respecto del art. 395 y 390 las alteraciones inocuas de un documento.

La doctrina jurisprudencial -anterior, sin embargo, al texto legal vigente- tiene actualmente su fundamento en propio texto del art. 390. 1.1º CP, en el que se requiere que la alteración recaiga en un elemento esencial del documento. Ello presupone que el legislador de 1995, siguiendo los criterios jurisprudenciales, ha despejado toda duda respecto del objeto de protección de los delitos de falsedad documental es el medio de prueba que los documentos corporizan.

En diversos precedentes la jurisprudencia ha proporcionado criterios para determinar qué elementos de un documento son esenciales, remitiéndose en tal sentido a las funciones del documento, es decir, a la función de perpetuación, de garantía y probatoria del mismo. Como es lógico estas funciones del documento dependen, en cierta medida, del objeto del

proceso en el cual son presentados como prueba.

La sentencia recurrida no ha explicado suficientemente en los hechos probados, como hubiera correspondido, el objeto del juicio en el que se presentaron los documentos que motivan la presente causa. Por tal razón la Sala se ha visto en la necesidad de recurrir a las facultades que le acuerda el art. 899 LECr para comprobar el objeto del juicio en el que los documentos fueron aportados como prueba. Así se comprueba que al folio 3 vto. de las actuaciones de la instrucción, los querellantes dicen que "el motivo fundador de la demanda rectora (sic) del procedimiento" fue "la indebida repercusión a los aquí querellantes" (...) "de una serie de obras y conceptos extraños a los propiamente dichos servicios y suministros". En consecuencia, la tesis del Fiscal puede ser acogida, porque del objeto del proceso civil surge que los documentos no tenían la función de probar lo que no se discutía en el juicio. Dicho de otra manera: el recurrente hizo emitir al otro acusado facturas que no tenían la función de establecer la autoría de las obras, sino la de demostrar que las obras se habían realizado y por un determinado coste, sin perjuicio del ejecutor de las mismas.

Por estas razones, al no haber sido alterada la función probatoria del documento ni ninguna de las otras funciones del mismo, el hecho no se subsume bajo el tipo del art. 395 CP. Estimado el presente motivo los motivos tercero, cuarto y quinto quedan sin contenido.

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso denuncia la aplicación indebida del art. 458 CP. El recurrente sostiene que "ningún falso testimonio se produjo en la declaración prestada por D. Jenaro en la causa civil en la que depuso como testigo, pues como la propia sentencia (recurrida) recoge como probado, los presupuestos y facturas por él emitidos responden a unas obras efectivamente realizadas y por unos costes ajustados al mercado". El motivo debe ser estimado.

El recurrente viene a sostener, en la argumentación de su recurso, la validez de la tesis de las falsedades inocuas respecto del delito de falso testimonio. Alega, en suma, que la conducta de un testigo, cuyas declaraciones mendaces sólo recaen sobre circunstancias irrelevantes para la prueba de los hechos que son objeto del proceso, no pueden ser subsumidas bajo el tipo del art. 458.1º. CP. El Ministerio Fiscal estima que el criterio mencionado no es aplicable al delito de falso testimonio, en el que la trascendencia probatoria de la mendacidad debe ser irrelevante. El punto de vista de vista contrario, sostenido por el Ministerio Fiscal, se apoya en la concepción del delito de falso testimonio como un delito de pura actividad, que no requiere ni re-

sultado ni peligro de que el mismo se produzca. Sin embargo, desde el punto de vista del merecimiento de pena de conductas de pura desobediencia, la mencionada concepción del delito resulta difícil de armonizar con la teoría de las falsedades inocuas. Sería contradictorio que la misma mentira, irrelevante en todo caso para la resolución del proceso, no fuera punible cuando se trata de la prueba documental, pero lo fuera cuando se trate de otro medio de prueba, es decir, cuando el autor declara como testigo.

Es necesario considerar, en primer lugar, que la jurisprudencia en la que se apoya el Fiscal respecto del 458. 1º CP y el tenor del texto del mismo no impiden excluir del tipo penal los casos en los que la mendacidad recaiga sobre circunstancias ajenas al objeto del proceso. Esta sería una consecuencia de la interpretación teleológica del mencionado artículo, que tenga en cuenta que el delito del art. 458.1º CP no está configurado como un delito de perjurio, sino como un delito que afecta a la administración de justicia. En efecto, la protección de la administración de justicia mediante las normas que prohíben el falso testimonio sólo tienen la finalidad de garantizar, como las que sancionan las falsedades documentales, la fiabilidad de la prueba en la que se apoyará la decisión contenida en la sentencia.

La mentira sobre circunstancias ajenas al objeto del proceso, por lo tanto, no revelan una energía criminal del autor dirigida a perjudicar la función de la administración de justicia y, por consiguiente, no alcanzan el grado de reproche que requiere el derecho penal. Asimismo, el argumento referido al falso testimonio como delito de pura actividad, no alcanza a probar lo contrario. En efecto, tampoco el delito del art. 395 CP no requiere un resultado de perjuicio, sino solamente el propósito de perjudicar. Ni siquiera es preciso, según el texto legal, el uso del documento, que constituye una conducta independientemente descrita en el tipo penal del art. 296 CP.

En segundo lugar, en las circunstancias del presente caso, independientemente del valor probatorio de las manifestaciones del testigo y del objeto sobre el que ellas hayan recaído, el autor de las afirmaciones documentadas estaba amparado al prestar declaración por el principio constitucional que lo exime de declarar contra sí mismo (art. 24. 2. CE). Si el acusado hubiera reconocido haberse consignado en las facturas, en todo lo demás veraces, como ejecutor de las obras se hubiera puesto en peligro de ser condenado penalmente, como lo demuestra la propia sentencia recurrida. Se trata, en consecuencia de un conflicto entre un deber y un derecho, que se debe resolver con los criterios del estado de necesidad, es decir recurriendo a la ponderación de los deberes, estiman-



do, por lo tanto, excluida la antijuricidad cuando el derecho ejercido tiene mayor jerarquía normativa que el deber infringido. La mayor jerarquía normativa del derecho fundamental no es discutible.

#### B. Recurso de Pedro.

**TERCERO.-** El primero y el quinto motivo del recurso coinciden con los del anterior recurrente, y se cuestiona el carácter de inductor de la falsedad de este acusado. El motivo debe ser estimado. La Sala se remite en primer lugar a las consideraciones ya expuestas en el fundamento de derecho primero de esta sentencia. En segundo lugar, es de tener en consideración que la inducción en el sistema de la accesoriadad limitada del Código Penal requiere un hecho principal típico, antijurídico y doloso del autor y consiste en la creación, en dicho autor, del dolo del delito. En consecuencia si el hecho al cual se induce a otro no es típico y antijurídico, como ocurre en el caso de la falsedad inocua, la conducta no será alcanzada por el art. 28. a) CP.

**CUARTO.-** El segundo motivo del recurso denuncia la infracción del art. 461.1. CP. Considera el recurrente que no ha realizado la conducta descrita en el tipo de esa disposición pues el testigo ofrecido no es falso porque “ni la declaración del testigo, ni los documentos que ratifica desvirtúan en el pleito civil ni las obras realizadas ni su valor”. Por el contrario, el Ministerio Fiscal estima que el recurrente, “como propietario de la finca era consciente de que los trabajos no habían sido realizados por la persona que emitió las facturas, y consecuentemente, de la ausencia de veracidad del testimonio que debía prestar el testigo propuesto”. El motivo debe ser estimado. El Ministerio Fiscal basa su afirmación referente a la tipicidad de los hechos en relación al art. 461.1. CP, como se vio, en que carece de trascendencia la significación efectiva de la declaración mendaz en el resultado del proceso. Desde tal punto de vista es consecuente que la declaración inveraz sobre una circunstancia ajena al objeto del proceso, como la prestada por el testigo propuesto por el acusado, debería ser considerada típica.

Pero la amplitud que a partir de tal concepto se acuerda al tipo penal es indudablemente discutible, especialmente en los casos como el presente, en los que la mendacidad recae sobre un elemento ajeno al objeto procesal del juicio.

Cierto es, como se vio, que el Fiscal se remite a nuestra STS 265/2005, en la que se admite que puede constituir falso testimonio la declaración mendaz de un testigo, aún cuando no incida en el resultado del proceso. Sin embargo, abundando en la argumentación ya expuesta, cabe agregar ahora que la máxima jurisprudencial que se deduce de la citada sentencia permite entender el

tipo penal del falso testimonio como un delito de peligro abstracto y diferenciarse, por lo tanto, entre las declaraciones falsas sobre circunstancias del objeto del proceso, que pueden no haber incidido sobre el resultado del mismo, por ejemplo, por no haber sido creídas por el tribunal, pero que generan un peligro abstracto para el bien jurídico y las que, como ocurre en este caso, no afectan al objeto del proceso, razón por la cual no producen peligro alguno y no son típicas.

En este último caso son de aplicación “mutatis mutandi’s” los mismos criterios antes expuestos respecto del delito de falso testimonio del testigo. El ofrecimiento de un testigo para que ratifique un documento que no es falso, porque sus constancias inveraces no afectan ningún elemento esencial del mismo, no puede consistir en un hecho típico del art. 461. 1º CP, dado que no ha puesto ni siquiera remotamente en peligro el bien jurídico de la administración de justicia.

**QUINTO.-** Estimado el anterior motivo, los restantes del recurso quedan sin contenido.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación por infracción de Ley interpuestos por Jenaro y Pedro contra Sentencia de fecha 24 de junio de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Granada, sección 1ª, en causa seguida contra los mismos, por el delito de falso testimonio y por falsedad en documento privado, cassando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda Sentencia, con declaración de oficio de las costas ocasionadas en este recurso. Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Gimenez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Manuel Marchena Gómez.- Enrique Bacigalupo Zapater.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de abril de dos mil nueve. En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Granada, se incoó Procedimiento Abreviado núm. 68/2007, contra Pedro Y Jenaro, en cuya causa se dictó Sentencia con fecha 24 de junio de 2008 por la Audiencia Provincial de Granada, sección Séptima, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos Sres. expresados al margen

y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, hace constar lo siguiente:

#### ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** Se dan por reproducidos los de la primera Sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Se dan por reproducidos los de la primera Sentencia.

#### FALLO

Que debemos absolver y absolvemos libremente al acusado Pedro de los delitos de inducción al falso testimonio (arts. 458 y 28 CP) y de presentación de testigos falsos (art. 461.1º CP), y al acusado Jenaro del delito de falso testimonio (art. 458 CP) y de falsedad en documento

privado (art. 395 CP) de los que venían siendo respectivamente acusados en este procedimiento, declarando de oficio las costas causadas en este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Gimenez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Manuel Marchena Gómez.- Enrique Bacigalupo Zapater.

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

## TSJ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/112139

TS Sala 3ª, Sección: 3, Sentencia 3 junio 2009. Ponente: D. Oscar González González.

### Denegación de la marca solicitada por incidir en el ámbito propio de una denominación de origen

*El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Ribera del Duero, contra la sentencia del TSJ de Madrid, y en su lugar se estima el recurso contencioso administrativo, declarando la nulidad de las resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas que otorgaron la inscripción de la marca Fundación Caja Duero de la clase 33 para bebidas alcohólicas -excepto cervezas-. La Sala considera que al amparar la marca concedida “bebidas alcohólicas”, está incidiendo de manera directa en el campo propio de la “Denominación de Origen Ribera del Duero”, por lo que no hay duda que la utilización del término “Duero” para bebidas alcohólicas, entre las que se incluye el vino, puede producir una asociación de la marca pretendida con el origen de los vinos protegidos por la anterior denominación de origen, lo que llevaría al público consumidor al error de confundir, de un lado, el origen geográfico del producto, caso de que éste no fuere producido en este territorio, y, de otro, confundirle sobre el origen empresarial de los vinos.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Oficina Española de Patentes y Marcas otorgó la inscripción de la marca núm. 2.495.053 Fundación Caja Duero de la clase 33 para “bebidas alcohólicas (excepto cervezas)”.

Contra esta resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen de Ribera del Duero, recurso en el que la entidad solicitante de la marca, no ha comparecido pese a constar su emplazamiento en autos.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia desestimatoria con base en los siguientes fundamentos:

(...) en el caso presente las denominaciones enfrentadas en su conjunto “Consejo Regulador de la Denominación de Origen de Ribera de Duero” y “Fundación Caja Duero” existe una total disparidad denominativa, ya que sólo coinciden en la expresión “Duero”, la cual al tener un carácter geográfico forma parte del patrimonio cultural común de to-

dos y por lo tanto es inapropiable para nadie, ni siquiera para el titular de una denominación de origen (la cual no se denomina simplemente "Duero" sino "Ribera del Duero"), pero además no puede entenderse que se trate a excepción de la palabra Duero de una expresión genérica como pretende el recurrente de que los términos "Consejo", "Regulador" "Denominación" "Origen" y "Fundación" y "Caja", pues si bien es cierto que cada uno de ellos individualmente considerado tiene tal carácter su unión a otro u otra denominación "ribera del Duero" y "Duero" supone una la especificación.

Es pues rechazable el argumento de la recurrente pues realiza una actividad inválida a la hora de analizar las marcas opuestas, ya que procede a su descomposición cuando el análisis ha de realizarse de forma conjunta, y como hemos señalado la única coincidencia del análisis conjunto se produce en un término inapropiable cual es el término Duero. Este motivo ha de ser desestimado.

(...) Si bien el Tribunal entiende que el concepto volumen de ventas en el que pretende apoyarse recurrente es discutible el recurrente pretende ampararse en el volumen de ventas de productos amparados por otra marca, en la que la del recurrente sólo figura en la contraetiqueta, sin embargo el prestigio y la consideración pública lleva al Tribunal a reconocer el carácter no sólo notorio de la marca "Ribera del Duero", que no meramente "Duero", pero en el caso presente este criterio no resulta de aplicación pues la marca opuesta "Caja Duero", también es una marca renombrada al ser conocida por el público general y no meramente en los usuarios de servicios Bancarios. Al ser ambas marcas renombradas no es de aplicación al anterior criterio, mas aún cuando el renombre no es predicable de la expresión "Duero", sino "Ribera del Duero" y "Caja Duero", y, entre ambas existen además diferencias denominativas que permiten su distinción. Por tanto el recurso contencioso-administrativo ha de ser desestimado".

Contra esta sentencia se ha interpuesto la presente casación con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes.

SEGUNDO.- Alega el recurrente en su primer motivo de casación quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia al no resolverse todas las cuestiones invocadas en la instancia, incurriendo en incongruencia omisiva.

El motivo debe ser estimado, pues una serie de argumentos esgrimidos en la demanda no han sido tomados en consideración en la sentencia, pese a la importancia que tienen en la resolución de la cuestión planteada, como se verá más adelante.

En primer lugar, nada se dice respecto del posible error sobre la pro-

cedencia geográfica de los productos, que el término "Duero" puede producir en los consumidores, cuestión que fue invocada en la demanda en el hecho quinto y motivó la respuesta correspondiente del Abogado del Estado, en relación con la prohibición del artículo 11.1.f) de la Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre.

Tampoco se pronuncia el Tribunal "a quo" sobre la alegada prioridad de las marcas anteriormente registradas por la entidad oponente, y que se relacionan en el fundamento de derecho segundo de la demanda. Por último, nada se indica sobre las prohibiciones derivadas de la normativa que regula la denominación de origen "Ribera del Duero", a la que se alude en el hecho quinto de la demanda.

Estas omisiones hacen que la sentencia caiga en incongruencia, con infracción de lo prevenido en el artículo 67.1 de la Ley Jurisdiccional, por lo que la casación debe ser estimada, y conforme a lo previsto en el artículo 95.1.d) de dicha Ley, resolver la cuestión en los términos en que aparece planteado el debate en primera instancia.

TERCERO.- El artículo 12 de la Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre, exige, para que se produzca la prohibición general de acceso al Registro de una marca, la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) que exista identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca o nombre comercial anteriormente solicitado o registrado, y b) que tenga por finalidad designar productos o servicios idénticos o similares a los que ampara la marca precedente, o guarden relación con la actividad amparada por el nombre comercial ya registrado o solicitado.

En estas prohibiciones generales, a diferencia de lo que ocurre en casos especiales (marca renombrada), basta que no se dé una de estas circunstancias para que desaparezca la prohibición, y deba permitirse el acceso al Registro de la marca solicitada. Esto quiere decir, en primer lugar, que, aunque se produzca la similitud de los signos, no habrá prohibición si los productos, servicios y actividades designados son diferentes, y, en segundo término, que aunque los productos, servicios y actividades sean iguales, tampoco operará la prohibición si no existe similitud en los signos. Por tanto, el objeto del derecho sobre la marca es un signo puesto en relación con una clase de productos o servicios (regla de la especialidad de la marca). Como señala la doctrina, esta asociación de signo y producto se transforma de esta forma en una verdadera marca cuando la contemplación del signo produce en la mente de los consumidores las representaciones en torno al origen

empresarial, calidad y, en su caso, buena fama de los productos.

Al juzgador de instancia le corresponde valorar el grado de semejanza que se produce entre los diferentes signos, así como si los productos o servicios son similares o están relacionados.

En esta labor aplica, al caso concreto, criterios de experiencia que le permitirán apreciar si se puede producir en el consumidor el error de que está adquiriendo algo que no está amparado por la marca que desea, o asociado con ella.

A diferencia de la identidad, que es apreciable a simple vista, los conceptos de semejanza, similitud o relación son indeterminados, y requieren en el juzgador una actividad dirigida a dar claridad al ámbito de incertidumbre del concepto. Se trata de una operación que ha de ejecutar en cada caso concreto, pues difícilmente encontrará precedentes que se ajusten al que tiene entre sus manos, dada la variadísima gama de términos, imágenes y signos que puede concebir el ingenio humano, y de actividades, servicios y productos que existen en el comercio de los hombres.

De aquí, que las citas jurisprudenciales que se hacen en los escritos de estos recursos tengan un valor relativo, pues sin perjuicio de admitir su trascendencia en orden a fijar los criterios generales a que debe someterse la valoración de los conceptos de semejanza que usa la Ley, sin embargo, en relación con una marca específica es necesario atender a las múltiples y variadas circunstancias que concurren en cada caso concreto, y no cabe la menor duda de que frente a las sentencias que se invocan pueden alegarse otras de sentido contrario, no porque sean contradictorias sino porque responden a casos que revisten peculiaridades diferenciales de ellas.

En el presente caso, al amparar la marca concedida "bebidas alcohólicas", está incidiendo de manera directa en el campo propio de la "Denominación de Origen Ribera del Duero", denominación que protege, conforme a su Reglamento de 1 de diciembre de 1992, "los vinos de calidad tradicionalmente designados bajo esta denominación geográfica que, reuniendo las características definidas en este Reglamento, cumplan en su producción, elaboración y crianza, todos los requisitos exigidos en el mismo y en la legislación vigente". No hay duda que la utilización del término "duero" para bebidas alcohólicas, entre las que se incluye el vino, puede producir una asociación de la marca pretendida con el origen de los vinos protegidos por la anterior denominación de origen, lo que llevaría al público consumidor al error de confundir, de un lado, el origen geográfico del producto, caso de que éste no fuere producido en este territorio, lo que de-

termina la prohibición prevista en el art. 11.1.f) de la Ley de Marcas, y, de otro, confundirle sobre el origen empresarial de los vinos, lo que incluye al signo en la prohibición del artículo 12 de dicha Ley.

A las anteriores consideraciones deben añadirse dos más. En primer lugar, la marca "Ribera del Duero" es una marca notoria en el sector del vino, lo que determina que su protección lleve a ser más restrictivo en orden a exigir a otros signos que pretendan actuar en dicho sector una mayor distinción respecto a la anterior ya inscrita, pues si la distinción no es clara se incurre en la prohibición del artículo 13 c) de la Ley de Marcas.

En segundo término, la propia regulación de la denominación de origen en cuestión -artículo 2.2.-, prohíbe "la utilización en otros vinos de nombres, marcas, términos, expresiones o signos que por su similitud fonética o gráfica con los protegidos puedan inducir a confundirlos con lo que son objeto de esta Reglamentación...", lo que indudablemente aquí ocurre respecto del término "duero", que es usado por la marca solicitada.

CUARTO.- No se dan circunstancias de costas en la primera instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en esta casación, de conformidad con el art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

## FALLO

Que declaramos haber lugar y, por lo tanto, ESTIMAMOS el presente recurso de casación núm. 3912/2007, interpuesto por el CONSEJO REGULADOR DE LA DENOMINACIÓN DE ORIGEN RIBERA DEL DUERO, contra la sentencia núm. 937/2004 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 17 de mayo de 2007, y debemos ESTIMAR el recurso contencioso administrativo núm. 218/2004, declarando la nulidad por su disconformidad a Derecho de las resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas recurridas; sin expresa condena en las costas de esta casación, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de la instancia.

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

2009/112140

TS Sala 3ª, Sección: 3, Sentencia 2 junio 2009. Ponente: D. Oscar González González

Aunque persiga la eliminación del fraude

## Acuerdo colusorio adoptado por entidades financieras y sociedades de medio de pago

*El TS estima el recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria contra la SAN, que confirmó el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia que, en primer lugar, declaró que dicha entidad había incurrido en una práctica prohibida, por haber realizado acuerdos sobre las condiciones de acceso a los medios de conexión necesarios para operar con tarjetas de los medios de pago y de coordinación de las conductas respecto de establecimiento en los que se detecten prácticas irregulares, en segundo término, le impuso una multa de 300.000 euros, y en su lugar, revocando dicha sentencia, declara estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo promovido, rebajando la sanción impuesta a la cuantía de 225.000 euros. La Sala considera que el acuerdo denunciado, adoptado por el llamado grupo mixto, formado por varias entidades financieras y sociedades de medios de pago, constituye sin duda un pacto colusorio, ya que trata de coordinar sus políticas comerciales, con desaparición en este punto de la competencia al impedir que cada sociedad de medios de pago actúe de diferente forma ante las irregularidades que puedan detectarse en los comercios adheridos.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de esta casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en virtud de la cual se desestimó el recurso interpuesto por el Banco Español de Crédito S.A. contra el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) que, en primer lugar, declaró que dicha entidad había incurrido en una práctica prohibida del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), por haber realizado acuerdos sobre las condiciones de acceso a los medios de conexión necesarios para operar con tarjetas de los medios de pago y de coordinación de las conductas respecto de establecimiento en los que se detecten prácticas irregulares, en segundo término, le impuso una multa de 300.000 euros, lo intima

para que se abstenga en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas ilegales y le ordena en el plazo de dos meses a contar desde su notificación a la publicación de la parte dispositiva de la resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional.

El Tribunal de instancia declaró probado los siguientes hechos:

“1) EL 20 de abril de 1994 se reúne en Madrid el llamado Grupo Mixto” que agrupa a Visa España, Sistema 4B, y entre otras entidades financieras, el “Banco Español de Crédito SA” para aprobar unos criterios comunes para la exclusión y rehabilitación como usuarios de los correspondientes sistemas de medios de pago de los establecimientos comerciales en los que se hubieran detectado actividades fraudulentas u otra clase de actuaciones irregulares en los pagos mediante tarjetas. Definieron en común los supuestos en los que podía realizarse un apereamiento a los comerciantes, las condiciones para calificarlos como infractores, la forma, plazos y requisitos para la expulsión de los respectivos sistemas de los medios de pago, de los comercios infractores, que debía ser ejecutado por las entidades financieras adquirentes.

2) Estos acuerdos fueron puestos de forma inmediata en práctica, y han sido el marco de actuación de las entidades del sector.

3) El 3 de marzo de 1999 Paes Ski SL. denunció ante el SDC los hechos descritos aportando acta de la reunión de 20 de abril de 1994 en la que se fijaron los criterios objeto de enjuiciamiento. El Director del Servicio remitió el 23 de marzo de 2001 el expediente al TDC, calificando los hechos como constitutivos de conductas prohibidas por el artículo 1.1.a) LDC por “Pactar condiciones de acceso al servicio de conexión necesario para poder operar con las tarjetas de los sistemas de medios de pago, intercambio de información y coordinación de las conductas respecto de establecimientos comerciales en los que se produzca fraude”. No obstante, en atención a la posibilidad de que la conducta fuera objeto de autorización singular, el SDC no propuso la imposición de sanciones”.

Basó su fallo en los siguientes fundamentos:

“La cuestión de fondo planteada en este proceso ya ha sido resuelta por este Tribunal en anteriores sentencias y de forma adversa a los intereses del recurrente, entre las que podemos citar la de 10 de febrero de 2005 dictada en el recurso núm. 322/2002 a la que nos remitimos.

En primer lugar se plantea la posible prescripción del derecho de la

Administración para imponer la sanción, planteamiento que debemos rechazar por cuanto como señala el Abogado del Estado, el reproche de la administración no se contrae únicamente a la forma de un convenio anticompetitivo en 1994, sino a su ratificación posterior el 10 de junio 1999 y a su permanente ejecución (Hechos probados núm. 3 y 4 de la resolución impugnada).

(...) Por lo que respecta a las demás cuestiones planteadas, debemos remitirnos a nuestros anterior pronunciamientos dictados en relación con esta misma cuestión en los que en esencia se sostiene que:

1) no corresponde a las entidades de crédito determinar las conductas que merecen la calificación de fraudulentas, pues esa es misión del Poder Legislativo nacional y comunitario,

2) De forma expresa se refiere el Anexo 2 de la Comunicación de la Comisión Europea de 1 de julio de 1998 sobre Acción común sobre el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo y a la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2001, limitando su contenido a una mera exhortación a las sociedades de medios de pago a luchar contra el fraude mediante el intercambio de información y mediante la formación del personal, y el uso de las tecnologías más avanzadas, desde el más escrupuloso respeto a las leyes de la libre competencia.

3) Los acuerdos contemplados ofrecen una respuesta comercial uniforme ante determinadas situaciones de forma restrictiva para la libre competencia, haciendo referencia a una modalidad de pago muy concreta como es el pago mediante tarjetas de crédito en establecimientos comerciales, lo que delimita el mercado de referencia. 4) La solicitud de autorización singular formulada de acuerdo con el SDC no desvirtúa la realidad de los hechos o sus consecuencias ya que es posterior a la adopción de los Acuerdos, y la finalidad de luchar contra el fraude no requiere pactar la uniformidad de las prácticas comerciales de las operaciones en un mercado determinado.

(...) En relación a la denunciada falta de proporcionalidad de la sanción, este Tribunal asumió la argumentación al respecto realizada por el TDC que se sintetiza en el siguiente razonamiento: 1) Recuerda que el art. 10 LDC establece dos tramos de responsabilidad en la imposición de la sanción de multa (hasta 150 millones de pesetas y hasta el 10% del volumen de ventas correspondientes al ejercicio anterior), según la gravedad de la conducta. 2) Califica de grave la conducta descrita, delimita el mercado afectado al ámbito nacional, examina las cuotas de mercado que en general califica de muy elevadas, y el efecto restric-

tivo de la competencia de las conductas infractoras, que ha sido general, sin perjuicio de valorar como dato favorable a la recurrente la voluntad de combatir un fraude. En estas circunstancias al haberse impuesto la sanción en su grado mínimo, dentro de la escala de menor gravedad, no puede entenderse vulnerado el principio de proporcionalidad por lo que entendemos ajustada a derecho la sanción impuesta”.

Contra esta sentencia se ha interpuesto la presente casación con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes.

**SEGUNDO.-** El motivo de casación que se formula al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, por quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia, al haber incurrido en incongruencia, debe ser estimado.

En efecto, nada se dice respecto del hecho alegado en la demanda de que la persona que figura en el acta de 20 de abril de 1994 junto a la razón del Banco Español de Crédito carecía de poder alguno para suscribir en nombre de dicha entidad el referido acuerdo, cuestión de indudable trascendencia pues con base en ello la entidad recurrente niega su participación en los actos sancionados. Tampoco se tratan los problemas sobre tipicidad y antijurisdicción de la conducta, que fueron abordados ampliamente en la demanda.

Se ha incurrido, por tanto, en incongruencia omisiva, con infracción del artículo 33 y 67 de la Ley Jurisdiccional, que obligan al juzgador a resolver todas las cuestiones planteadas por las partes en sus escritos.

Ello impone estimar la casación, y conforme a lo previsto en el artículo 95.2.d) de dicha Ley, resolver las cuestiones planteadas en los términos en que ha sido planteado el debate en primera instancia.

**TERCERO.-** La entidad recurrente aduce en la demanda en su primer motivo de impugnación la prescripción de las infracciones que se sancionan porque, a su juicio, la infracción que se le imputa la constituyen los acuerdos llevados a cabo en el seno del denominado Grupo Mixto de 20 de abril de 1994 y el acuerdo de incoación del expediente se comunica a Banesto el día 4 de octubre de 1999, momento en el cual ya habían transcurrido cinco años y medio, plazo que supera el que para la prescripción señala el artículo 12 de LDC en su nueva redacción.

El motivo debe desestimarse conforme a lo que ya se dijo en la sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 2007, resolviendo un asunto similar al presente, en la que se tuvo en cuenta, al igual que debe tenerse presente en el caso actual, que hubo una conducta reiterada en ejecución de

dichos acuerdos y en que hubo un acuerdo posterior que ratificaba el anterior, hechos que interrumpieron la prescripción. Se dijo en dicha sentencia que:

“El argumento central del motivo no es tanto si la Sala acertó o no al considerar como plazo de prescripción el de cinco años (en vez de los cuatro propugnados por la entidad recurrente) sino que, en todo caso, la infracción estaría prescrita tomando como dies a quo la fecha del acuerdo adoptado en “el seno del denominado Grupo Mixto”, esto es, el día 20 de abril de 1994.

Sostiene la recurrente que “si esta es la fecha (20 de abril de 1994) en que se considera cometida la infracción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 16/89 el término de la prescripción empezó a correr desde ese día y el mismo se interrumpió, de conformidad con el apartado 2 del mismo precepto”, cuando el Servicio de Defensa de la Competencia acordó la incoación del expediente (27 de septiembre de 1999) y lo notificó (6 de octubre siguiente) al Banco.

A juicio del recurrente, en este último momento (esto es, el 6 de octubre de 1999, fecha en que se comunica el acuerdo de incoación del expediente) “había transcurrido con exceso el plazo de (...) prescripción (...) cualquiera que sea el plazo de 4 o 5 años que se contemple.”

El motivo no puede ser estimado. De un lado, porque no tiene en cuenta que en el relato de hechos probados de la sentencia, anteriormente transcrito, consta cómo después de la citada reunión del “Grupo Mixto”, en fecha no determinada pero no posterior al 10 de junio de 1999, las entidades concertadas suscribieron un acuerdo sobre los criterios de exclusión de establecimientos. La Sala de instancia manifestará, además, en el fundamento jurídico quinto de su sentencia, que “los hechos se cometieron durante los años 1.994 y siguientes”. El dies a quo no es, pues, el que pretende la entidad recurrente. Tanto por esta circunstancia como, sobre todo, porque la práctica prohibida no consistió tan sólo en la suscripción de un mero acuerdo sino en su ejecución continuada durante los años sucesivos, la infracción de estas características no había prescrito cuando en 1999 se inició el expediente sancionador”.

CUARTO.- En segundo término se aduce que no existe tipicidad y antijurisdicción de la conducta imputada a Banesto porque falta el aspecto material efectivo de la lesión del bien jurídicamente protegido, al perseguirse con el acuerdo celebrado entre los intervinientes evitar el fraude en la utilización de las tarjetas de pago y de crédito, sin que el acuerdo sancionado restrinja la competencia entre las sociedades de medios de pago.

Esta cuestión también ha sido resuelta por esta Sala en su sentencia de 14 de febrero de 2007, cuyos razonamientos son enteramente aplicables al presente supuesto, ya que los elementos de hecho de uno y otro son semejantes. Se dijo en ella que:

“Es interesante para comprender los mecanismos del sistema de pago mediante tarjetas de crédito o débito hacer su descripción, tal cual ha sido elaborado en el informe de 1 de julio de 1999 por el TDC:

“La mecánica más usual de funcionamiento de una tarjeta de crédito o débito es la siguiente:

Un cliente adquiere en un establecimiento comercial un producto o servicio determinados y paga mediante la exhibición y procesamiento de su tarjeta; el comerciante se resarcirá de dicho importe aplicando a su banco el mandato de pago hecho por el cliente a través de la tarjeta; ese banco, que recibe el nombre de banco adquirente cobra al comerciante un porcentaje de la cantidad anterior por prestar el servicio y a este porcentaje se le denomina tasa de descuento. El banco adquirente presenta a través del Sistema de compensación al banco emisor la suma antedicha disminuida en una cantidad que recibe nombre de tasa de intercambio. Esta tasa de intercambio es un porcentaje del valor de la transacción que cobra el banco emisor para resarcirse de todos los costes ajenos al proceso de emisión y pago final. Quien responde ante el Sistema de pago de una tarjeta es siempre la entidad emisora, quien finalmente se lo repercutirá al titular de la misma. Por tanto, los elementos del Sistema son los siguientes:

a) Titular de la tarjeta. Es la persona cuyo nombre figura impreso en la tarjeta y que tiene derecho a utilizarla como medio de pago. Para ello suele abonar una cuota anual.

b) Establecimiento adherido. Es el establecimiento comercial cuya venta o servicio es abonado por el consumidor mediante tarjeta. El establecimiento adherido hace efectivo el importe de la operación mediante un ingreso que realiza en su favor la entidad de depósito adquirente.

c) Entidad emisora. Es la entidad de depósito que ha emitido la tarjeta y cuyo nombre figura también en la misma. Es el responsable ante el Sistema del buen fin de cualquier operación que se haga con cargo a la misma. La entidad o banco emisor es el banco del que es cliente el titular de la tarjeta.

d) Entidad adquirente. Es la entidad de depósito de la que es cliente el establecimiento comercial en el que efectúa sus compras el titular de la tarjeta. La entidad o banco adquirente paga al establecimiento comercial la transacción efectuada deduciendo del importe de ésta la tasa de descuento.

e) Sociedades de medios de pago. Son las entidades propietarias o concesionarias de la marca de las respectivas tarjetas y en su seno se realizan todas las operaciones de compensación de pagos. Respecto de las tarjetas bancarias en España son VISA ESPAÑA y SISTEMA 4B para las tarjetas VISA; SISTEMA 4B para las tarjetas 4B, Master Card y Maestro; y SISTEMA 6000 de la Confederación Española de Cajas de Ahorro para la Tarjeta 6000.

f) Tasas de descuento. Son las que cobran los bancos adquirentes a los comerciantes. Se negocian entre la entidad adquirente y el establecimiento adherido y se acuerdan, conforme a criterios comerciales, en un marco de libre competencia entre las entidades de crédito. Dicha negociación es la que permite, en cada caso concreto, la reducción o incluso la supresión de esa tasa.

g) Tasa de intercambio. Son las que la entidad emisora cobra a la entidad adquirente en el Sistema de compensación para cubrir los costes de sus servicios y riesgos de impago”.

Se trata, por tanto, de un sistema libre en el que las entidades que lo instauran pueden seguir criterios comerciales diferentes de otras del mismo sector, dando mayores posibilidades de recuperación de los créditos impagados, o criterios más flexibles en el tratamiento de los establecimientos incursos en conductas morosas o menos rigurosos a la hora de controlar a los consumidores que usan el sistema de tarjetas de crédito. El establecimiento de comportamientos rígidos que impiden la conformación por los firmantes de un sistema diferente o más flexible, que pueda a su vez determinar la libertad de elección de las entidades de créditos, incluso, como dice el TDC, eliminando la necesidad de potenciar o de mejorar sus propios medios técnicos de seguridad y prevención del fraude, al tener la seguridad de que tampoco lo harán sus competidores, constituye sin duda un pacto colusorio incardinado en el artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que se trata de coordinar sus políticas comerciales, con desaparición en este punto de la competencia, inclusión que se extiende a las sociedades de medios de pago no solo por formar parte de ellas las entidades financieras, sino sobre todo por ser ellas las impulsoras de estos acuerdos.

La celebración del pacto colusorio, en cuanto tiene efectos en la competencia, es incardinable en el artículo primero, aunque no tenga una finalidad económica, ya que es suficiente que “produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia”, y no cabe duda, como se dijo anteriormente, que ese efecto se consigue en el pacto en cuestión al impedir que cada sociedad de medios de pago actúe de dife-

rente forma ante las irregularidades que puedan detectarse en los comercios adheridos.

El elemento de culpabilidad está presente en el pacto, y no puede excusarse sobre la base de las Comunicaciones de la Comisión Europea relativas a la lucha contra el fraude, pues en ninguna de ellas se refiere al concierto entre empresas. En efecto como señala el TDC:

“Este es también el criterio de las Autoridades comunitarias que, pese a las alegaciones de las partes, en ningún momento alientan una colaboración entre las entidades particulares, especialmente entre las sociedades de medios de pago, que exceda estrictamente de un intercambio de información sobre las irregularidades y fraudes detectados. Así, el Anexo 2 de la Comunicación de la Comisión Europea de 1 de julio de 1998, sobre Acción común sobre el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, exhorta a las sociedades de medios de pago a luchar contra el fraude “intensificando la seguridad intrínseca al producto de pago ofrecido y a los sistemas de tramitación de las operaciones hechas mediante él, incluido el sistema electrónico de transmisión; perfeccionando la seguridad de los mecanismos de acceso condicional y selectivo a la utilización de sus productos de pago; creando estructuras para el intercambio de información; implantando programas de formación, especialmente destinados al propio personal de las entidades financieras”, expresando además que “para garantizar el desarrollo armonioso y competitivo de los servicios de pago, se velará porque las medidas expuestas en los apartados a1 y a2 (las dos primeras de entre las transcritas) no obstaculicen injustificadamente la competencia”. Ese texto, lo mismo que el contenido en la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 2001, también citada por las partes en sus escritos de conclusiones, que toma únicamente en consideración como medidas a adoptar por las entidades privadas en su lucha contra el fraude el intercambio de información (punto 2) y el empleo de las tecnologías y técnicas operativas más avanzadas (punto 4), ponen de relieve que la cooperación que tratan de impulsar las Autoridades comunitarias se refiere exclusivamente al intercambio de información, dentro del respeto a los derechos individuales y a la libre competencia, sin que en ningún momento exista ninguna indicación o afirmación que permita suponer que se alienta la concertación o la adopción de políticas comerciales uniformes frente a los casos de fraudes e impagos”.

Se trata, por tanto, de recomendaciones en relación con el intercambio de información, pero que siempre respetan la libre competencia, pensando sin duda que es ésta la mejor fórmula, sobre cualquiera otra, en la lucha contra el fraude.

Basta una simple lectura de los acuerdos sancionados para darse cuenta de que muchas de las situaciones que contempla no son constitutivas de fraude, sino de protección al Sistema. En efecto, bajo el epígrafe "Exclusión inmediata", se contemplan situaciones de simple estrategia comercial, como son las referentes a la autofinanciación, no ajuste al tipo de venta del establecimiento, actividad no autorizada (teléfono erótico, tarot, etc), que, aunque en algunos casos puedan ser encubridores de estas conductas ilícitas, no siempre es así, y cabe que se realicen por establecimientos comerciales y que unas entidades financieras las admitan y otras no".

QUINTO.- Se hace referencia a que la entidad financiera recurrente no tuvo intervención alguna en los acuerdos colusorios, pues la persona que intervino en su nombre no tenía facultades para obligarla.

El motivo debe rechazarse, pues como consta en su escrito ante el Servicio de Defensa de la Competencia (folio 924 del expediente ante el SDC), se está reconociendo en él su asistencia a la reunión del Grupo Mixto, lo que contradice su afirmación de que no había participado en el Acuerdo. Pero, aunque esto no fuera así, lo cierto es que Banesto ejecutó dicho acuerdo, mediante actos concretos, evidenciando, por el juego de la prueba de presunciones, que se encontraba en el círculo de miembros que conformaron el acuerdo.

SEXTO.- En último lugar, se aduce que la sanción es desproporcionada dado el carácter del acuerdo dirigido a la lucha contra el fraude, y la inferior cuota de mercado de la entidad respecto de las otras entidades de crédito firmantes del acuerdo.

Por lo que respecta a la primera alegación, ya esta Sala ha dicho, en su sentencia de 27 de febrero de 2007 que:

"Cabe considerar, en primer término, que la Sala de instancia ha atendido en la confirmación de la cuantía de la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia a los criterios de graduación establecidos en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al tener en cuenta, como factor atenuante para fijar la multa, la intervención de la Entidad recurrente para tratar de combatir el fraude detectado en la utilización de los sistemas de pagos por tarjetas mediante la suscripción del Acuerdo, y valorar, para determinar la relevancia jurídica de la infracción, que se ha producido realmente un efecto restrictivo de la competencia sobre los competidores efectivos, como hemos declarado en los precedentes fundamentos jurídicos.

En relación con la máxima cuantía de la sanción de multa que puede imponer el Tribunal de Defensa de la

Competencia con carácter ordinario - hasta 901.518,16 € (hasta 150.000.000 de pesetas)-, si la dividimos para su aplicación en tres grados - máximo, medio y mínimo-, se aprecia que la sanción impuesta de 300.000 € se encuentra en el grado mínimo en su tramo superior, lo que se ajusta a criterios razonables teniendo en cuenta la gravedad de la conducta y la compensación que se induce de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia entre los criterios establecidos en los apartados a), b) y c) del artículo 10.2, por tratarse de acuerdos suscritos entre entidades financieras competidoras entre sí, como entidades adquirentes en el mercado de los sistemas de pago mediante tarjetas, en referencia a la dimensión nacional del mercado afectado y las cuotas de mercado, y valorar como circunstancia atenuante la finalidad de tratar de combatir el fraude detectado en los sistemas de pagos por tarjetas, aunque sea por medios ilegítimos prohibidos por el Derecho de la Competencia".

En relación con el último punto, habiéndose demostrado que la entidad recurrente tiene una cuota de mercado inferior a la de las otras entidades financieras sancionadas con igual multa, es procedente, en aplicación del principio de proporcionalidad, rebajarla a la suma de 225.000 euros.

SÉPTIMO.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, no procede hacer una especial imposición de las costas causadas.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

#### FALLO

Que declaramos haber lugar y, por lo tanto, ESTIMAMOS el presente recurso de casación núm. 6191/2006, interpuesto por la Entidad BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A., contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 17 de octubre de 2006, debemos revocar dicha sentencia, y declaramos ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo núm. 280/2002, promovido por la Entidad BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A., y rebajar la sanción a la cuantía de 225.000 euros; sin expresa condena en costas.

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



2009/143987

TS Sala 4ª, Sentencia 28 mayo 2009. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

No vulnera la libertad sindical

## Válida exclusión de un sindicato de la negociación de un convenio extraestatutario

*Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el sindicato demandante contra sentencia que declaró válida su exclusión de la negociación de un pacto extraestatutario.*

*Entiende el Alto Tribunal que no ha habido violación de su derecho de negociación colectiva por cuanto en este tipo de convenios celebrados al margen del ET existe una absoluta libertad del empresario para proceder a la selección de su interlocutor y si la eficacia que se pretende con el mismo, como es el caso, es la limitada que le corresponde, con ello no se merman las posibilidades de negociación, en tanto que no obstaculiza un ulterior convenio colectivo de eficacia "erga omnes", ni le impide al recurrente la negociación de otro pacto colectivo, igualmente extraestatutario, con afectación limitada a sus afiliados.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El examen de las cuestiones planteadas en el presente recurso de casación requiere, previamente, recordar que: el Sindicato Independiente de Baleares (S.I.B.) que tiene una representatividad del 1'99 por 100 en la Caixa a nivel nacional, fue convocado por la empresa, junto con otros sindicatos, para negociar un Protocolo de Igualdad y Conciliación de la Caixa.

El día 10 de mayo de 2007 se constituyó formalmente la mesa negociadora en la que, inicialmente, se integraron todos los sindicatos con presencia en el los distintos comités de empresa de la Caixa. Se convino que se alternarían reuniones conjuntas con otras bilaterales de la empresa con los distintos sindicatos, reuniones bilaterales de las que la empresa tuvo dos con el S.I.B., durante el periodo de 25 de mayo de 2007 al 16 de julio siguiente, reuniones en las que el S.I.B. trasladó a la empresa su opinión sobre las ofertas que hacía.

El día 27 de junio de 2007 se reunió la mesa negociadora y los representantes de los sindicatos más representativos (CC.OO., U.G.T. y S.E.C.P.B.), los que ostentaban la mayoría de la representatividad en la empresa, acordaron constituir mesa negociadora para alcanzar un acuerdo sobre conciliación e igualdad en la empresa, que la representación social tendría 12 miembros, conforme

al artículo 88 del T.R.E.T., que de ellos 6 pertenecerían a CC.OO., 4 a S.E. C.P.B. y 2 a U.G.T., y que cada sindicato designaría a los miembros de su representación y que las votaciones se realizaran con base proporcional a la representatividad de cada sindicato.

Los sindicatos excluidos de la mesa se reservaron las acciones legales oportunas y el SIB manifestó que su exclusión constituía un acto de discriminación sindical, que no era de aplicación a ese tipo de negociación del artículo 88 del T.R.E.T. y que no procedía, por tanto, el reparto de representantes de la parte social que se había realizado.

Concertado, el 17 de diciembre de 2007, el Protocolo de Igualdad y Conciliación, denominado convenio extraestatutario por los negociadores, el SIB presentó el 29 de enero de 2008 demanda impugnándolo y pidiendo su nulidad por la exclusión indebida de la negociación del sindicato demandante.

Tal pretensión fue desestimada por sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 1 de abril de 2008, resolución contra la que se ha presentado el presente recurso de casación ordinaria.

SEGUNDO.- 1. El único motivo del recurso, formulado al amparo del artículo 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral, alega la infracción del artículo 37 de la Constitución en



relación con los artículos 6 y 7 del Código Civil. Sostiene el recurso que estamos ante un pacto extraestatutario, regulador de cuestiones no contempladas por el Convenio, que tiene vocación de afectación general, motivo por el que su exclusión de la negociación vulnera su derecho a negociar, derecho que forma parte del derecho a la libertad sindical, sin que las razones dadas para su exclusión justifiquen la misma, por cuanto el artículo 88 del Estatuto de los Trabajadores no es aplicable a la negociación extraestatutaria que se regula por las normas del Código Civil, lo que supone que a la negociación deben asistir todos los sindicatos de representantes en los órganos de representación unitaria en igualdad de condiciones.

Por ello, al buscarse la cobertura del artículo 88 del Estatuto de los Trabajadores se habría actuado en fraude de ley en contra de lo dispuesto en el artículo 6-4 del Código Civil y se habría obrado en contra del principio de buena fe que establece el artículo 7-1 del citado Código, principio que debe presidir la negociación colectiva extraestatutaria.

Como se puede apreciar lo que se plantea es resolver si de una negociación colectiva extraestatutaria, esto es que tiene lugar al margen de lo dispuesto en los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, cabe excluir a un sindicato al margen de su mayor o menor representatividad en la empresa o sector donde se lleva a cabo la negociación y si esa exclusión supone un atentado a la libertad sindical del sindicato excluido.

El problema es determinar el alcance del derecho a la negociación colectiva, derecho que forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, como con reiteración ha señalado el Tribunal Constitucional, valga por todas la sentencia 107/2000, de 5 de mayo, donde se dice:

“nuestra doctrina tiene también reiteradamente declarado que no toda limitación a la capacidad de actuación de un Sindicato determina necesariamente una vulneración de la libertad sindical sino que la lesión sólo se producirá cuando la reducción incida realmente en el derecho a la actividad sindical y tenga lugar de modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación, como sucede en el supuesto de las exclusiones o minoraciones de presencia sindical en las comisiones creadas por convenios colectivos con facultades negociadoras (SSTC 73/1984, de 27 de junio; 9/1986, de 21 de enero, 39/1986, de 31 de marzo...), o en el caso de la utilización de las mayorías legales para alcanzar un convenio estatutario con exclusión dentro Sindicato legitimado (SSTC 187/1987, de 24 de noviembre, y 137/1991, de 20 de junio), o cuando.....la actuación unilateral del empresario, amparada

en principio por las facultades directivas implícitamente reconocidas por la libertad de empresa (art. 38 CE), afecte a la posición negociadora del Sindicato vaciando sustancialmente de contenido la libertad sindical (SSTC 58/1985, de 30 de abril).”

2. Si la cuestión es deslindar el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva y en especial a la negociación colectiva extraestatutaria, conviene recordar la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a este derecho recogido en los artículos 7, 28 y 37 de la Constitución.

Así, en la sentencia 108/1989, de 8 de junio, señaló:

“La protección del derecho de un sindicato a la negociación colectiva estatutaria no exige, por tanto, como la entidad recurrente reconoce, la exclusión de toda posibilidad de negociación colectiva a los demás sindicatos, aunque sí implica la necesidad de que el ejercicio de esa facultad de negociación entre sindicatos y asociaciones empresariales no suponga una práctica antisindical de las vedadas en el art. 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, o imposibilite jurídicamente la negociación colectiva de eficacia general”.

“No vinculada por el convenio colectivo de eficacia limitada, y teniendo abiertos los medios de acción sindical que la Constitución y la Ley pone a su disposición, la entidad recurrente conservó la posibilidad de conseguir sus objetivos en la negociación colectiva, y no puede convertir la obligación de negociar, ni en un deber de aceptar unas determinadas reivindicaciones, ni en una prohibición de aceptar otras reivindicaciones que a la representación empresarial le parecieran más aceptables o razonables”.

Por otro lado, en la sentencia 121/2001, de 4 de junio, abordó la cuestión relativa a la negociación de los pactos extraestatutarios y señaló que:

“Tales pactos, que se encuentran amparados por el art. 37 CE, en cuanto garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, carecen de eficacia personal “erga omnes”, y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquéllos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias.

Se rigen, por tanto, por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código Civil). La lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar co-

lectiva y concretamente las condiciones laborales”.

“La singularidad más relevante de este modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor.

Relevante y significativa diferencia si la comparamos con las severas exigencias que impone el paradigmático modelo legal, pero que se encuentra condicionada, precisamente, por el limitado alcance personal de sus efectos, que quedan reducidos al estricto ámbito de representación que las partes posean, pues, como este Tribunal tuvo oportunidad de señalar en su STC 108/1989, de 8 de junio (F. 2), “la extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la libertad de quienes en él no participaron”.

De este modo, cuando se celebra un acuerdo colectivo fuera de la disciplina estatutaria, pero que, en alguna de sus disposiciones, persigue generalidad, de manera tal que su aplicación sólo fuera posible desde su eficacia “erga omnes”, habría que convenir que tales disposiciones no serían válidas, en tanto que eficacia de tal clase sólo es predicable de los convenios colectivos que regula el Estatuto de los Trabajadores.”

3. Tal doctrina es acorde con la de esta Sala que en distintas ocasiones la ha aplicado. Así la Sala en su sentencia de 11 de marzo de 2003 (Rec. 23/02), dictada en un caso de exclusión de un sindicato de la negociación de un pacto extraestatutario, se hizo eco de la doctrina sentada por el TC en su sentencia 121/2001, de 4 de junio, y dijo:

“la singularidad más relevante de este modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor.

Relevante y significativa diferencia si la comparamos con las severas exigencias que impone el paradigmático modelo legal, pero que se encuentra condicionada, precisamente, por el limitado alcance personal de sus efectos, que quedan reducidos al estricto ámbito de representación que las partes posean”.

Asimismo, en el segundo fundamento nuestra Sentencia de 30 de marzo de 1999 (Recurso 2947/98) decíamos, con referencia a los convenios extra-estatutarios, lo siguiente: Por ello, este último pacto queda totalmente al margen de la regulación que de la negociación colectiva hacen el ET y la LOLS, toda vez que el art. 82.3 del ET limita la normativa de su Título III a “los convenios colectivos regulados por esta Ley” y

el art. 90.1 a los convenios “a que se refiere esta Ley”, por lo que los convenios extra-estatutarios carecen de una regulación legal propia y se rigen directamente por el art. 37.1 de la CE y por las normas que el Código Civil dedica a los contratos (STS-4ª de 2 de febrero y 21 de junio de 1994), en concreto sus artículos 1.091 y 1.254 a 1.258 (STS-4ª de 14 de diciembre de 1996), sin perjuicio de aplicar, en su dimensión básica, las reglas generales del propio Estatuto, dada su calidad de “concertos” plurales.

De ahí que la principal característica de estos pactos extra-estatutarios estriba en que su ámbito personal de aplicación se limite a la empresa y a los trabajadores que (bien por sí mismos o bien a través del Sindicato al que vienen afiliados) los concertaran inicialmente, así como a aquéllos otros que en lo sucesivo se adhieran al concierto por cualquiera de los medios previstos en el ordenamiento jurídico, en este caso, como se ha dicho, fundamentalmente el Código Civil.”

Por otro lado, en nuestra sentencia de 12 de diciembre de 2006 (Rec. 21/06), dictada en un supuesto en el que, tras el fracaso en la negociación de un convenio colectivo estatutario, se firma un pacto extraestatutario de cuya negociación y firma se excluye a un sindicato que impugna la validez del acuerdo, se reiteró la anterior doctrina y se dijo:

“ya esta Sala ha sostenido que la firma de un pacto extraestatutario suscrito ante el fracaso de la negociación estatutaria no supone en principio vulneración de la libertad sindical, siempre, naturalmente, que las funciones atribuidas a aquélla sean acordes con la eficacia limitada que es propia de este tipo de pactos.

Y ello es así, porque “la existencia de un pacto colectivo extraestatutario, cuando la eficacia que se pretende para el mismo es la limitada que le corresponde, no perjudica la libertad sindical de sindicato no interviniente en dicho pacto, pues no merma sus posibilidades de negociación, en tanto que no obstaculiza un ulterior convenio colectivo de eficacia “erga omnes”, ni le impide propiciar la negociación de otro pacto colectivo, también extraestatutario, con afectación limitada a sus afiliados” (STS 30/05/91 -cas. 1356/90-) (SSTS 11/09/03 -cas. 144/02-; y 22/05/06 -cas. 79/05).

De otra parte, también hemos afirmado que la posible vulneración del deber de negociar (inexistente en el caso de autos) no lleva consigo, en principio, la nulidad de los acuerdos alternativos que puedan lograrse al margen de la negociación estatutaria, pues si ello fuera así el ámbito del convenio extraestatutario, como solución ante el fracaso de las negociaciones, quedaría notablemente reducido (en tales términos, la precitada STS 22/05/06 -cas. 79/05 -).”

“Finalmente, en lo que corresponde a la obligación de negociar cuya tutela se demanda, la Sala considera suficiente recordar su doctrina relativa a que después de intentada y fracasada la negociación de un Convenio Colectivo estatutario con la presencia de todos los legitimados para dicha negociación (éste es el supuesto examinado), la obligación de negociar de buena fe establecida en el art. 89 ET no implica el deber de reanudar las negociaciones del convenio fallido, salvo cuando el promotor de la negociación plantea una plataforma negociadora novedosa en el contenido o en el tiempo (SSTS 17/11/98 -cas. 1760/98-; 30/09/99 -rec. 3652/98-; y 01/03/01 -cas. 2019/00 -); y que el deber de negociar no se confunde con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos (SSTS 03/02/98 -cas. 121/97-; 01/03/01 -cas. 2019/00-; 07/10/04 -cas. 189/03-; y la ya citada de 22/05/06 -cas. 79/05 -).”

Por último, conviene recordar igualmente nuestra sentencia de 18 de septiembre de 2007 (Rec. 52/06), dictada en un supuesto similar al de autos, planteado entre las mismas partes por igual motivo con la diferencia de que entonces se accionó por lesión del derecho fundamental de la libertad sindical, mientras que ahora se acciona para impugnar la validez del acuerdo extraestatutario alcanzado por violación de su derecho a la negociación colectiva, derecho derivado del de libertad sindical.

De esta sentencia, cuyos argumentos damos por reproducidos, debemos destacar las siguientes consideraciones:

“en la negociación colectiva extraestatutaria el derecho de negociación colectiva que todo Sindicato tiene, ha de compaginarse con el principio de autonomía de la voluntad que los demás negociadores tienen igualmente reconocido por las leyes - art. 38 CE en el caso de la libertad de la empresa para negociar con quien considere oportuno, y arts. 1069 y sgs y 1254 y sgs del Código Civil en relación con todos los negociadores de tales pactos privados -.

En esta situación, como dijo de forma expresa el TC en su sentencia 121/2001, de 4 de junio, contemplando también una denuncia de atentado a la libertad sindical en un pacto de esta naturaleza (FJ 5, párrafo quinto) “la singularidad más relevante de este modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor “; criterio que ha sido reconocido y reiterado también por esta Sala entre otras en las sentencias antes citadas.”

“En definitiva, en el presente caso, en el que la normativa estatutaria no rige, la pretensión del sindicato de

mandante de que se le dé participación en una negociación llevada al margen del Estatuto de los Trabajadores no puede prosperar por cuanto su derecho a la negociación colectiva ha topado con el derecho de las demás partes a no negociar con él, y este derecho no significa negarle el derecho a negociar que tiene, sino hacer uso de la libertad que las demás partes tienen, pues aquel derecho a negociar del Sindicato termina donde comienza el derecho a la libertad de negociación de aquellos otros, de conformidad con las reglas del Código Civil que rigen este tipo de negocios situados al margen del Estatuto de los Trabajadores - por todas SSTS de 30-3-1999 (Rec.- 2947/98) o 11-3-2003 (Rec.- 23/02), las citadas y las que en unas y otras se citan -.

“Con independencia de lo antes dicho, no se puede dejar de tener en cuenta que el Sindicato demandante, con su representatividad de menos del tres por ciento dentro del ámbito funcional de la empresa no solo no está legitimado para exigir participar en una negociación situada al margen del Estatuto de los Trabajadores sino que tampoco estaría legitimado para intervenir en una negociación estatutaria de conformidad con las previsiones del art. 87 del Estatuto de los Trabajadores. Aceptar esta legitimación en base a su derecho a la actividad sindical supondría exigir a las empresas en general y a ésta en concreto - como ella señala en su escrito de impugnación - que hubiera de negociar pactos extraestatutarios o de eficacia limitada con “todos” los Sindicatos cualquiera que fuera su implantación en la empresa, cuando el legislador no le exige hacerlo aun tratándose de convenios colectivos normativos con eficacia “erga omnes” (posibilidad ésta aceptada como adecuada al art. 28 de la Constitución y 2.2 c) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical por el TC desde su trascendental sentencia 98/1985, del Pleno, de 29 de julio de 1985, aceptando a estos efectos la diferencia de trato que el ET da a afectos negociadores a los Sindicatos representativos frente a los que no tienen tal condición), e incluso se admite legalmente la posibilidad de acuerdos extraestatutarios sin la presencia de sindicatos dotados de las prerrogativas propias de los representativos cuando fracasa la negociación estatutaria previamente intentada con todos los legitimados para llevarla a cabo - STC 108/1989, de 8 de junio, o STS 14-12-1996 (Rec.- 3063/95) o 22-5-2006 (Rec.- 79/05).”

4. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso obliga a desestimar el recurso por no haberse violado el derecho del sindicato recurrente a la negociación colectiva.

En efecto, ese derecho no es absoluto, ni excluyente del derecho de otros sindicatos a negociar, pues, como la libertad sindical supone, necesariamente, el pluralismo sindical,

la existencia de varios sindicatos y la libertad de afiliarse o no a uno u otro, no cabe pretender que se negocie exclusivamente con uno, ni que sea inviable la negociación con otros, sin la presencia obligatoria de todos los interesados.

Cuando se trata de la negociación colectiva de pactos con eficacia personal “erga omnes” la ley establece unas normas reguladoras de la negociación que limitan la autonomía de la voluntad y que son especialmente rigurosas a la hora de determinar quienes son los sujetos negociadores.

Las normas de los artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores velan porque los negociadores tengan la mayor representatividad de las personas a quienes va a afectar el Convenio Colectivo porque se piensa que quienes reúnen esos requisitos son más representativos de la mayoría de los afectados. Por ello, cuando se va a negociar un Convenio Colectivo, los requisitos de legitimación negocial, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 73/84, tienen un doble significado: por un lado manifiestan la mayor representatividad de los negociadores y por otro el derecho de los más representativos a participar en la negociación.

No ocurre eso cuando se trata de la negociación extraestatutaria, cuando se negocian acuerdos que no tienen eficacia “erga omnes”, sino sólo para los que los firman o aceptan. En estos casos, como el acuerdo tiene eficacia personal limitada, no existe un derecho a negociar que deban respetar los demás sindicatos, ni tampoco las empresas o asociaciones empresariales.

No sería lógico estimar que la negociación extraestatutaria se encuentra sometida a reglas de legitimación negocial más rigurosas que las que regulan la estatutaria, ya que, dado el carácter de esta última y su eficacia “erga omnes”, lo lógico es exigir la máxima representatividad a quienes negocian y reconocerle el derecho a negociar sólo a quienes representan a un colectivo importante y no al contrario, cual pretende la parte recurrente que, incluso, parece insinuar que en estos casos la representación sindical es paritaria y no viene fijada en función de la mayor o menor representatividad de cada sindicato, ni del número de miembros que tiene en el comité de empresa, cual se deriva de lo dispuesto en los artículos 8-2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, y 87-1 y 88-1 del Estatuto de los Trabajadores.

La negociación extraestatutaria es más flexible e informal y no requiere la intervención de todos los sindicatos interesados, precisamente porque lo acordado en la misma sólo vincula a quienes han firmado los pactos o se adhieren a ellos.

Con este tipo de negociación se hace más fácil llegar a acuerdos, al

no estar los firmantes vinculados por las reivindicaciones que puedan tener otros sindicatos.

Y con ello no se viola el derecho inexistente de los sindicatos excluidos, máxime si son minoritarios, aunque se trate de acuerdos que tengan por fin su permanencia y extensión a todos los trabajadores de la empresa, por cuanto la eficacia de los mismos viene limitada a quienes los firman por si o por sus representantes y a quienes se adhieren libremente a ellos, sin que la empresa pueda aplicarlos a los trabajadores que no los hayan aceptado.

Si el sindicato recurrente no tenía derecho a participar en la negociación concreta del pacto extraestatutario que impugna, es claro que tampoco puede estimarse que las demandadas obraran en fraude de ley para burlar ese supuesto derecho, ni que actuaran en contra del principio de buena fe que debe presidir todo ejercicio de derechos, pues la buena fe no las obligaba a negociar con quien no querían.

La escasa representatividad a nivel nacional del sindicato recurrente en la empresa demandada, menos del 2 por 100, justificaba su exclusión para negociar un convenio estatutario, conforme a los citados artículos 87-1 y 88 del Estatuto de los Trabajadores, así como para negociar un pacto extraestatutario que se puede convenir entre los interlocutores que quieran las partes del mismo, razón por la que la diferente representatividad hace que no se estime que con ello se quiso discriminar a la parte recurrente, máxime cuando, inicialmente, se negoció con ella, se pusieron en su conocimiento las propuestas empresariales y se la oyó al respecto, antes de que por circunstancias que no constan pero que están ligadas a su menor representatividad, se la excluyera de la comisión negociadora que firmó los acuerdos.

Por todas las razones expuestas, procede la desestimación del presente recurso, sin imposición a la recurrente de las costas causadas (art. 233.2 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

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Alvaro Hernando de Larramendi Samaniego, en nombre y representación de Sindicato Independiente De Baleares (S.I.B.), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 1 de abril de 2008, en actuaciones núm. 12/08 seguidas en virtud de demanda a instancia de Sindicato Independiente De Baleares (S.I.B.) contra La Caixa D'estalvis I Pensions De Barcelona, Comisiones Obreras (CC.OO.), Unión General



# EL DERECHO

Año XVI. Número 2744

Madrid, 13 de octubre de 2009

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

De Trabajadores (UGT), Sindicato De Empleados De La Caja De Ahorros Y Pensiones De Barcelona (SECPB), Ministerio Fiscal, sobre Impugnación De Convenios. Confirmamos la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos. Sin costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y

firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Luis Fernando De Castro Fernández.- Jorge Agusti Julia.- José Manuel López García De La Serrana.

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

la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Manuel López García de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## RESEÑA

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

### TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/150486

TC Sala 2ª, Sentencia 29 junio 2009.  
Ponente: D. Pascual Sala Sánchez

#### Irrazonable cómputo en días naturales del plazo para interponer incidente de nulidad de actuaciones

El TC estima la demanda de amparo interpuesta por los recurrentes frente a sentencia que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones contra sentencia de apelación en juicio de faltas. Considera lesionado el derecho de los demandantes a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al recurso. La Sala estima que la interpretación realizada por el órgano judicial sobre el cómputo del plazo de interposición del incidente, en el que debía descontarse los días inhábiles, fundada en una mera similitud entre dicho remedio y el recurso de revisión civil, cae en arbitrariedad.

### TS CIVIL

2009/120187

TS Sala 1ª, Sentencia 5 junio 2009.  
Ponente: D. Román García Varela

#### Justificada extinción unilateral de arrendamiento de servicios

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

das del pago al actor de la cantidad reclamada, al considerar justificada la extinción unilateral de la relación jurídica por la parte demandada por tratarse de un arrendamiento de servicios con algunas peculiaridades derivadas del uso de las instalaciones de la clínica por parte del actor como médico mediante el pago de un canon o renta mensual.

### TS PENAL

2009/42587

TS Sala 2ª, Sentencia 11 marzo 2009.  
Ponente: D. Juan Saavedra Ruiz

#### Valor de los informes periciales

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delitos de torturas, lesiones, homicidio imprudente, y omisión del deber de socorro. Dice la Sala que la doctrina de esta Sala solo excepcionalmente considera los informes periciales como documentos a los efectos casacionales, y ello únicamente en aquellos supuestos en los que, tratándose de un único informe pericial o de varios absolutamente coincidentes, y no disponiéndose de otros elementos de prueba, el juzgador haya tomado los mismos como única base de los hechos declarados probados de un modo sesgado, incompleto, mutilado o fragmentado, o bien contraviniendo las reglas de la lógica y de la experiencia.

2009/42582

TS Sala 2ª, Sentencia 20 marzo 2009.  
Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

#### Falta de agotamiento de las diligencias de búsqueda y citación de testigo

Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el procesado contra

sentencia dictada en causa seguida al mismo y otro por delito de lesiones. Impugna el recurrente la denegación de suspensión del juicio oral ante la inasistencia de una testigo. El TS declara la nulidad del juicio, pues la declaración de la testigo era sustancial para la defensa del recurrente, en tanto que había sido testigo presencial de los hechos, exculpando a dicha parte, y atribuyendo al coimputado la autoría de las lesiones de la víctima. De modo que era el único testigo, aparte de la víctima naturalmente, que podía dar cuenta de todo lo acontecido aquella noche.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/92537

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 6 mayo 2009.  
Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne

#### Modificación de relación de puestos de trabajo derivada del uso de potestades organizatorias

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Madrid desestimatoria de los recursos acumulados promovidos por el recurrente frente a la resolución del Ente Público Empresarial, Loterías y Apuestas del Estado, por la que se procedía al nombramiento del actor para el nuevo puesto de trabajo de Jefe de Patentes y Marcas de dicho Ente, y contra la resolución de la Comisión Ejecutiva Interministerial de Retribuciones, por la que se modificaba la Relación de Puestos de Trabajo de que derivaba dicho puesto. La Sala considera que la resolución impugnada no incurre en vicio de incoherencia y concluye que la aprobación de la RPT del Ente Público Empresarial es

una decisión derivada del uso de potestades organizatorias, sin que se haya demostrado que tuvieran efectiva y real repercusión sobre las concretas condiciones de trabajo del recurrente, por lo que no es sostenible la afirmación de vulneración de lo dispuesto en el art. 34 Ley 9/1987.

### TS SOCIAL

2009/120326

TS Sala 4ª, Sentencia 19 mayo 2009. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

#### Incompetencia social para acreditar la laboralidad de un contrato a efectos de méritos en concurso

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora demandante frente a sentencia que rechazó su pretensión de reconocimiento de existencia de relación laboral. La Sala señala que, pese a superarse el requisito de la contradicción, ha de declararse de oficio la incompetencia del orden social pues lo que la parte pretende no es resolver una controversia actual o pretérita con su empleador público, sino acreditar, mediante una sentencia laboral, un mérito a efectos de la puntuación de un concurso administrativo, es decir, obtener una declaración que ha de surtir efectos fuera del vínculo laboral y en el marco de una actuación administrativa de selección de personal y esto no entra en la competencia del orden social de la jurisdicción; por otro lado, aunque también se pide que la Administración demandada sea condenada a "acreditar en legal forma la laboralidad de dichos periodos", esta acción carece de autonomía y no es más que una mera consecuencia instrumental del reconocimiento de la laboralidad en que se funda la pretensión básica de carácter declarativo, puesto que la certificación se ha expedido por la Administración pero no en los términos que la actora pretende, porque se han certificado los contratos administrativos realizados pero no el carácter laboral de los servicios prestados.