



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 2760

Madrid, miércoles 18 de noviembre de 2009



2009/211074

TS Sala 1ª, Sentencia 26 junio 2009, Ponente: D. Vicente Luis Montes Penadés

Responsabilidad de cofiadores solidarios derivada de compromiso de compraventa de acciones

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el comprador demandado, confirmando la sentencia de la AP que a su vez corrobora la de instancia, condenándose a los cofiadores solidarios demandados - en virtud del compromiso de compraventa de acciones- a satisfacer al actor el porcentaje que les corresponde a los mismos en la deuda afianzada en virtud de la acción de regreso, habiéndose acreditado tanto el pago por el demandante como la validez de transacción efectuada en su día con el acreedor principal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Sevillana de Expansión, S.A. (Sevillana), la actora, y demandados, era deudores solidarios en virtud de un compromiso de compra de acciones de la sociedad "Mary Trini, S.A." frente al acreedor Sociedad de Desarrollo Industrial de Andalucía (Sodian). La sociedad acreedora reclamó la íntegra deuda a Sevillana, que fue condenada por Sentencia firme después de llegar a casación. En ejecución de sentencia, transigieron Sodian y Sevillana con el pago de setenta millones de pesetas, en cuatro plazos de 105.177,12 euros con vencimiento los días 7 de mayo de 2002, 2003, 2004 y 2005.

Con base en estos antecedentes Sevillana solicitaba que los demandados fueran condenados cada uno de ellos al pago de 35.059,04 euros, con los intereses legales de anticipo correspondientes al primer plazo devengado a la fecha de interposición de la demanda, así como al abono de igual cantidad los días 7 de mayo de los años 2003 a 2005, con costas. El petitum fue después ampliado al pago de las cantidades correspon-

dientes al segundo plazo, que mientras tanto venció.

De los demandados, Isidoro opuso que el contrato de transacción era nulo, al haber sido suscrito por personas que no ostentaban la representación, sin previo acuerdo de Junta, y además que no se acredita el pago por la actora.

Celestino, por su parte, solicitaba que se le condene al pago del 15% de la cantidad transigida, porque tal era su participación en el compromiso de compra de las acciones de que trae causa el conflicto, y además el porcentaje debe aplicarse sobre la cantidad estipulada en el compromiso (211.580,30 euros) y no sobre la convenida en transacción.

PRIMERO.- El Juzgado identifica la acción que se ejercita como la acción de regreso en solidaridad pasiva (artículo 1145 del Código civil), señala que ninguno de los demandados discute la existencia y validez del compromiso de compra ni el carácter solidario de la deuda, ni la realidad de la transacción. Acto seguido, rechaza las excepciones.

En cuanto a las opuestas por Isidoro, la falta de pago de la deuda solidaria es desestimada, empezando por no aceptar la nulidad de la transacción, toda vez que no se produce ni la falta de poder ni la necesidad de una autorización de la Junta General de las sociedades intervinientes, representadas en el acto por apoderados con poder especial, ni es relevante que en la fecha de la transacción ya no existieran las acciones de "Mary Trini, S.A." (disuelta en 10 de diciembre de 1996), puesto que la transacción versaba sobre la obligación de pago impuesta por sentencia firme, y no sobre la compra de las acciones. Se rechaza asimismo la excepción de falta de pago, pues se entiende plenamente probado que Sevillana ha pagado los dos primeros plazos y ha entregado pagarés avalados bancariamente por el resto. Por lo que respecta a los plazos futuros, debe condenarse a los demandados a satisfacer el importe de los plazos cuando venzan, tal y como se pide en el suplico de la demanda.

Las excepciones opuestas por Celestino son también rechazadas. La división interna de la deuda se produce, por presunción legal, en partes iguales, y no existe en Autos prueba alguna sobre un pacto de los deudores solidarios que la contradiga, ni puede basarse en el porcentaje de acciones a adquirir, puesto que ese porcentaje varió por razón del compromiso de recompra y, en todo caso, la estipulación que establecía la responsabilidad solidaria no contenía una previsión sobre la división interna. Ni, finalmente, prospera la objeción sobre el monto de la deuda. Sevillana, cuando fue demandada, notificó a sus codeudores, y, aunque tal notificación se produjo cuando ya había transcurrido el plazo para contestar la demanda, los codeudores tenían ya conocimiento del pleito, puesto que Sodian les había demandado de arbitraje. Sevillana fue condenada en todas las instancias y finalmente transigió en ejecución por la cantidad inicialmente estipulada, más intereses al 14% anual, más costas, a pagar en el plazo de cuatro años por cuartas partes iguales. Se considera por ello que la transacción ha sido útil, porque ha supuesto la quita de 21.173.013 pesetas, de principal, más los intereses venideros y las costas.

SUMARIO

TS

CIVIL

Responsabilidad de cofiadores solidarios derivada de compromiso de compraventa de acciones 1

Nulidad contractual al contener cláusula restrictiva de la competencia 3

PENAL

Delito de falsedad y estafa a través del "timo de las loterías" 8

ADMINISTRATIVO

Validez de la notificación efectuada al domicilio reflejado por el propio interesado 10

SOCIAL

Inclusión de sociedades en el ámbito de aplicación de convenio 13

Indemnización por lesión de la garantía de indemnidad tras exclusión de bolsa de empleo 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

Por cuyas razones el Juzgado estimó la demanda, con costas.

La Sala de apelación, respecto del Recurso de Apelación interpuesto por D. Isidoro, rechaza la alegación de falta de legitimación activa de Sevillana, por defecto de poder. La excepción se desestima porque se trata de una cuestión nueva, no planteada como tal en la contestación a la demanda (405.3 LEC), si bien se hacía referencia al poder como argumento para sostener la nulidad de la transacción. La Sala analiza la intervención y la formación del acuerdo transaccional y concluye la validez y eficacia de los apoderamientos concedidos a las personas que intervinieron. No prospera tampoco la alegación de que la transacción adolecía de falta de objeto, puesto que la sociedad cuyas acciones se comprometían a comprar ya estaba disuelta, circunstancia que entiende la Sala que no afecta a la validez de la transacción, ni puede entenderse como una imposibilidad, sobre todo porque el convenio de origen ya preveía una solución para el caso de que concurriese la disolución o cese de actividad de "Mary Trini, S.A." La Sala entiende que los codeudores hoy demandados estuvieron informados del proceso por el que Sodian reclamó a Sevillana el crédito, y confirma el criterio del Juzgado en orden a la utilidad de la transacción al tiempo que considera lógico que en el monto se incluyan las costas por efecto de las actuaciones procesales, por virtud de la fuerza expansiva de la solidaridad (SSTS 28 de abril 1988, 13 de febrero de 1993).

Por último, la Sala de instancia considera adecuada la formulación de la sentencia de primera instancia como condena de futuro (artículo 220 LEC) para los plazos futuros.

En cuanto al recurso formulado por D. Celestino, la Sala confirma el criterio del Juzgado de Primera Instancia respecto de la división interna, señalando que no se ha probado un pacto que la estableciera de modo diverso a como la ley la presume (artículo 217 LEC). Examinado el documento de recompra de las acciones, entiende la Sala que de sus cláusulas no cabe deducir más que la solidaridad de las prestaciones, pues en tal documento se obligan "independientemente de su condición de accionistas" y además ya se preveía la posibilidad de sustituir la entrega de acciones por el pago del precio de aquéllas, en atención al valor originario aumentado con los réditos correspondientes.

Por tales razones, los recursos fueron desestimados y confirmada la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- El Recurso de Casación ha sido interpuesto por la representación procesal de D. Celestino, por cuatro motivos:

(a) En el primero, denuncia la infracción del artículo 1138 CC. El documento se suscribió en calidad de socios de "Mary Trini, S.A." y se ha de estar, por ello, a la proporción en que participaban en el capital social de dicha sociedad.

(b) En el segundo, se denuncia infracción de los artículos 1445, 1447, 1448 y 1449 CC. El recurrente no fue parte en la transacción y su deuda, entiende, se contrae al precio, según el convenio original de compra de acciones, sin las partidas de costas, y el precio pactado fue de 35.204.000 pesetas. De ahí, entiende, habría de pagar el 15%.

(c) En el tercero, se denuncia la infracción del artículo 1809, en relación con los 1935 y 1257 todos ellos del Código civil. Dice el recurrente, que no fue parte en la transacción, que se ha infringido "el principio de bilateralidad de la transacción".

(d) En el cuarto, se denuncia la infracción del artículo 1815 CC, ya que -dice el recurrente- la renuncia general de derechos se entiende solo producida respecto de los que tienen relación con la disputa sobre la que ha recaído la transacción.

TERCERO.- En el primero de los motivos se denuncia la infracción del artículo 1138 del Código civil. Sostiene el recurrente que la obligación que se ha contraído como solidaria ha de entenderse como participación de los deudores en la proporción en que participaban en el capital social de "Mary Trini, S.A.", cuyas acciones se comprometían a recomprar. Por ello, entiende que la acción de regreso se ha de ejercitar reclamando de cada partícipe en la proporción en que participaban en el capital de la mencionada sociedad, y no por partes iguales.

El motivo se desestima.

Ante todo, se formula de modo contradictorio. Se dice que se trata de una "solidaridad tácita" cuando la solidaridad se ha establecido expresas verbis y sin señalar una división interna de la deuda a efectos de regreso. La Sala de instancia, en ejercicio de su potestad de interpretación

de lo convenido, cuya revisión tiene limitado acceso a la casación, a menos que incurriera en error patente o que llegara a resultados ilógicos, absurdos o manifiestamente contrarios a Derecho, sin que en ningún caso quepa sustituir la interpretación rechazada por el criterio del recurrente (SSTS 12 y 16 de julio de 2002, 11 de marzo, 21 de abril y 30 de diciembre de 2003, 23 de enero y 20 de mayo de 2004, etc.) en una posición que alguna sentencia ha señalado como "repetida hasta el cansancio", después de examinar el documento de recompra de acciones, entiende que de sus cláusulas no cabe deducir más que la solidaridad de las prestaciones, pues en tal documento las partes se obligan "independientemente de su condición de accionistas" y además ya se preveía la posibilidad de entrega de acciones por el pago de aquéllas, en atención al valor originario aumentado con los réditos correspondientes. De modo que la Sala de instancia aplica correctamente la presunción de división por partes iguales que la jurisprudencia de esta Sala, distinguiendo en la obligación solidaria entre las relaciones externas con el acreedor de las relaciones internas entre codeudores, obtiene de la aplicación combinada de los artículos 1145 y 1138 del Código civil, y que entre otras razones cabe apoyar en el propio tenor literal del inciso inicial del artículo 1138 CC, dividiéndose entonces, en consecuencia, la deuda entre los deudores por partes iguales (SSTS 26 de octubre de 2000, 11 de marzo y 16 de julio de 2001, 26 de octubre de 2002, 4 de mayo de 2006, etc.)

CUARTO.- En el motivo segundo se denuncia la infracción de los artículos 1445, 1447, 1448 y 1449 del Código civil. El recurrente trata de demostrar que en la reclamación efectuada por el codeudor que pagó se determina el importe de la deuda añadiendo al precio un conjunto de costes que no son precio, cuando la Estipulación quinta del contrato de recompra establece la transmisión con pago efectivo del "precio". El precio sería el de 35.204.000 pesetas, y de ese precio - insiste el recurrente, lo que ya se ha descartado al desestimar el motivo anterior - habría de pagar el 15%.

El motivo guarda relación con el Motivo tercero, en que se denuncia la infracción de los artículos 1809, en relación con los artículos 1935 y 1257, todos ellos del Código civil, pues el recurrente señala la "bilateralidad de la transacción" como princi-

pio infringido, y se colige de la formulación de ambos motivos que lo que se intenta es revisar la fijación del importe del crédito a satisfacer en virtud de la acción de regreso que se ejercita, dado el iter que se ha seguido en el caso, en que el deudor que ha pagado resistió hasta la sentencia de casación, lo que generó costes e intereses, y después, firme ya la sentencia, llegó a un acuerdo transaccional en el que se fijó definitivamente la cantidad a pagar, rebajando una cantidad sustancial del monto, calculado por principal, más intereses y costas. El tema de fondo que late en estos motivos no es otro que el de la fijación o determinación del importe del crédito a efectos de la acción de regreso, y se encontraría enclavado en el artículo 1145 II del Código civil, precepto no citado como infringido en ninguno de los motivos. Conviene, pues, un examen conjunto de los motivos 2º y 3º.

La cuestión ha sido examinada en la instancia, aunque no siempre propuesta por el actual recurrente. Así, la Sentencia de Primera Instancia ya destaca que se ha alegado "la inutilidad de la transacción" a los efectos de discutir el monto de la deuda del que deben responder los codeudores, y al efecto señala:

a) Que la actora fue demandada en 6 de agosto de 1984, y la actora lo notificó a las codeudoras, si bien después de transcurrido el plazo para contestar la demanda, pero los actuales demandados ya tenían debido conocimiento del pleito, pues la entidad acreedora les había demandado de arbitraje.

b) La codeudora demandada (actual acreedora en regreso) fue condenada en todas las instancias "... a cumplir la obligación de comprar en la forma estipulada en dicho contrato, con forme al precio pactado más la tasa de actualización prevista..." y al pago de las costas causadas, esto es, al pago de 35.204.000 pesetas - cantidad correspondiente al precio de las acciones que no ha sido discutida - con el incremento anual del 14%, capitalizados también anualmente, según la cláusula 4ª del contrato.

c) Que en ejecución de sentencia la acreedora transigió en el pago aplazado en 4 años de la cantidad de 70 millones de pesetas. De ello concluye el Juzgado que se prueba cumplidamente la "utilidad" de la transacción, que ha supuesto la quita de 21.173.013 pesetas de principal, sin incluir la quita de intereses venideros

ni las costas judiciales. A lo que añade el Juzgado: “.. ciertamente el aumento de la cuantía inicialmente debida se debe a los intereses devengados durante el tiempo que transcurrió por el uso de los recursos procesales contra la sentencia por la que se condenaba al pago...Sin embargo, la defensa en juicio de quien ha sido demandado haciendo uso de los derechos que la Ley concede en ningún caso puede perjudicar a quien los ejercita de buena fe, dando cumplida cuenta del pleito a los codeudores, a su inicio -si bien transcurrido el plazo para contestar la demanda- pleito, por lo demás, y como ya se ha dicho, tenían conocimiento los hoy demandados...Por el contrario, cabe entender de su silencio, y de su declaración testifical en el proceso, no que la aprobaron sino que la secundaron. Además, en última instancia, los demandados siempre pudieron eludir el devengo de tales intereses pagando cumplidamente al actor tras la reclamación arbitral o al conocer la sentencia condenatoria en cualquiera de las instancias, lo cual si no sucedió fue porque los demandados no emplearon la más mínima diligencia, requiriendo al actor de información o personándose en las actuaciones.

Tras el más absoluto desinterés por la reclamación (de la acreedora), deviene inatendible la alegación de que no les beneficia y que, por tanto, no les obliga, a tenor del artículo 1141 CC, ni la actuación procesal de la (actual) actora -acto no libérrimo sino condicionado por el ejercicio de la acción para reclamar el pago y que entraña el ejercicio de buena fe del derecho, ni la transacción- acto también condicionado y que supone la quita parcial de lo debido según la sentencia (recaída en el pleito anterior entre acreedora y codeudora que ahora reclama)...”

Este argumento es sustancialmente acogido por la Sentencia de apelación (Fundamento Jurídico Tercero). A juicio de la Sala de instancia, la cantidad inicial (35.204.000 pesetas) no fue cuestionada en la contestación a la demanda, ni fue objeto de controversia. La cantidad inicial fue estimada en el anterior litigio, entre acreedora y codeudora demandada (actual actora) y la tasa de actualización se dejó para ejecución de sentencia.

A lo que añade que “..la transacción tiene un efecto novatorio y a su contenido ha de estarse, con preferencia al litigio previo...” En definitiva, al sentencia recurrida da por buenos los cálculos del Juzgador de primera instancia, pues la cantidad a la que se llega antes de la transacción depende de la interpretación de las estipulaciones del contrato e compra, en el que intervinieron todas las partes y cuyo contenido fue sometido a controversia judicial, gozando del efecto de cosa juzgada, que se extiende no sólo a los que fueron parte, sino a los que fuesen ti-

tuales de los derechos que fundamentan la legitimación de las partes (artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento civil), como es el caso de los deudores solidarios. A ello añade la sentencia recurrida que, por lo que se refiere a las costas, constituyen un gasto generado en el proceso por la actuación de la codeudora que ahora reclama, la cual agotó los recursos en defensa de sus pretensiones. A juicio de la Sala de instancia “.. Lógico resulta concluir que los efectos de las actuaciones procesales de uno de los condenados alcance a su obligado solidario, por virtud de la fuerza expansiva de la solidaridad (SSTS 28 de abril de 1988 y 13 de febrero de 1993)...”

Esta Sala, aunque no comparte la totalidad de los argumentos utilizados en la instancia para desestimar la excepción que ahora se opone en el Recurso de Casación, considera que deben desestimarse los motivos 2º y 3º del Recurso que, además de haber sido formulados sin apoyarse en el único precepto que ha podido ser vulnerado (artículo 1145 II CC, aunque en la instancia se ha invocado el artículo 1141, párrafo primero, para negar la “utilidad” de la transacción), y de haberse razonado de modo muy sucinto, por no decir escaso e insuficiente, hasta el punto de forzar a esta Sala a una averiguación del sentido en que se denuncian las infracciones que se presentan como producidas, desconocen el tenor del contrato del que trae causa la reclamación formulada frente a uno de los codeudores, que a continuación de efectuar el pago ejercita la acción de regreso frente a sus codeudores (el contrato de recompra de las acciones de “Mary Trini, S.A.”), que es la fuente de las obligaciones reclamadas, y en el que se preveía un precio más una tasa de actualización, lo que determinó la condena del codeudor (y, de modo reflejo, de los otros codeudores solidarios, artículo 1141 II CC) a una determinada cantidad, en función del tiempo en que se habría de ejecutar la sentencia, después de que el codeudor demandado ejercitase los recursos que la ley le concedía frente a las sucesivas sentencias que le condenaban, toda vez que no cabe calificar como actuación de mala fe la del codeudor demandado, además de que los codeudores (ahora demandados) han podido evitar el incremento del monto de la deuda, verificando el pago, después de haber tenido conocimiento del pleito, como se ha dicho en la sentencia de primera instancia.

A ello se han de añadir las costas procesales, punto en el que la posición doctrinal más prudente apunta a que se ha de examinar en cada caso la conducta del codeudor que paga, como se ha hecho en la instancia, con argumentación que se puede compartir.

De modo que, en definitiva, se llega a la fijación de la cantidad a pagar partiendo del contrato origen del cré-

dito que se reclama, en el que se prevé una cantidad inicial que no se discute, más una tasa de actualización cuyo final importe está en función del tiempo transcurrido a lo largo del proceso, que es a su vez consecuencia de la utilización de los recursos procesales por el codeudor demandado, pero cuyo efecto ha podido ser evitado por los codeudores frente a los que ahora se reclama, por lo que puede ser comprendido en el importe a reclamar por vía de regreso en base al artículo 1145 II CC, y en cuanto a la transacción, además de las invocadas cabría señalar una razón de coherencia, pues si la remoción convenida con un codeudor o la novación se proyectan a los demás codeudores no se acaba de ver la razón de que, no obstante las dificultades que derivan de una lectura de los textos legales, no hayan de proyectarse los efectos de la transacción, cuya utilidad ha sido indudable. Razones por las cuales han de ser desestimados los Motivos 2º y 3º, confirmando en este punto la sentencia recurrida.

QUINTO.- En el motivo cuarto se denuncia como infringido el artículo 1815. II del Código civil, señalando el recurrente, por único argumento, que el contenido del precepto abona su tesis respecto de la subsistencia de la obligación de entrega de las acciones y pago del precio.

El motivo se desestima.

Tal y como está formulado, el motivo no permite una respuesta casacional, pues no se explicitan las razones de la conclusión a que llega el recurrente, ni se manifiesta una orientación sobre el sentido en que se denuncia la infracción que se presenta a la consideración de esta Sala, con infracción de lo dispuesto en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, lo que hubiera podido determinar la inadmisión del motivo in limine, pero ya en este trámite ha de conducir a su desestimación. A ello hay que añadir que se trata de una cuestión nueva, no debatida en la instancia, y por ello inatendible en casación, según reiteradamente ha dicho esta Sala, puesto que atentaría a los principios de audiencia bilateral y de congruencia, así como los de eventualidad y preclusión, produciendo indefensión en la contraparte (SSTS 11 de abril y 18 de diciembre de 2003, 21 de abril de 2004 y 28 de mayo de 2004, entre muchas otras).

SEXTO.- La desestimación de los motivos determina la del propio Recurso, que ha tenido acceso al amparo del artículo 477.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que esta Sala debe confirmar la sentencia, conforme a lo previsto en el artículo 487. II LEC, imponiendo las costas de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 398.1 y 394.1 de la misma Ley de Enjuiciamiento civil.

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

FALLO

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Celestino, que ahora ejerce el Procurador de los Tribunales D. Carmelo Olmos Gómez, contra la Sentencia dictada en 30 de noviembre de 2004 por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3ª, en el Rollo de Apelación núm. 276/2004, dimanante de los Autos de Juicio Ordinario núm. 33 /2003 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcalá la Real, imponiendo a dicha parte las costas causadas por su Recurso de casación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Antonio Seijas Quintana.- Vicente Luis Montes Penades.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

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

2009/171691

TS Sala 1ª, Sentencia 30 junio 2009. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Relativa a la exclusividad en el abastecimiento

Nulidad contractual al contener cláusula restrictiva de la competencia

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de la AP y de la instancia desestimatorias de sus pretensiones, y con estimación parcial de la demanda se declara la nulidad de la escritura de constitución del derecho de superficie así como del contrato de arrendamiento de industria y venta en exclusiva, por contener una cláusula restrictiva de la competencia por la exclusividad en el abastecimiento limitada por tiempo superior a cinco años, y ser esto contrario a la normativa comunitaria aplicable al respecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre defensa de la competen-

cia, y concretamente sobre la aplicación de la normativa comunitaria, constituida por el art. 81 del Tratado de Amsterdam (art. 85 Tratado CEE, posteriormente art. 85 Tratado CE, actualmente 81 CE) y el Reglamento Comunitario 2790/99, en relación con la cláusula contractual restrictiva de la competencia consistente en la exclusividad del abastecimiento de combustibles y carburantes y su duración superior a cinco años.

a empresa petrolero -proveedora- rechazó la adaptación del contrato de suministro en exclusiva de veinticinco años de duración por no estimar aplicable el nuevo Reglamento Comunitario, y estar ajustado el contrato al anterior Rto. 1984/83, en tanto las sociedades propietaria del suelo (constituyente de un derecho de superficie en cuya virtud la petrolera construyó la estación de servicio) y arrendataria de la estación de servicio e instalaciones (compradora y revendedora de los combustibles) alegan que se tratan de empresas vinculadas ex art. 11 Rto CE 2790/99, lo que excluye la exención de la cláusula de no competencia más allá de cinco años (31 de diciembre de 2006).

Por las entidades mercantiles "Renta Vencan, S.L." y "Canoven, S.L.", se dedujo el 28 de junio de 2002 demanda de juicio ordinario contra la entidad "Shell España, S.A.", actualmente "Disa Península, S.L. Sociedad Unipersonal", en la que solicitan, con carácter principal, se declare nulos y sin efecto la escritura de constitución del derecho de superficie de fecha 26.10.94 (modificado por la escritura de rectificación de 17.3.98) otorgada por "Renta Vencan, S.L." a favor de "Shell España, S.A." y el contrato privado de arrendamiento de industria y compra en exclusiva suscrito entre "Canoven, S.L." y "Shell España, S.L." también en fecha 26.10.94 por conformar todos ellos una relación jurídica compleja que vincula a las empresas vinculadas "Renta Vencan, S.L." y "Canoven, S.L." por un periodo de 25 años, por contravenir los mismos el Tratado de Amsterdam, así como el Reglamento CE núm. 2790/99, de 22 de diciembre, todo ello de conformidad con el art. 6.3 del Código Civil, y se ordene el cumplimiento de las consecuencias establecidas en el art. 1.306, punto 2º, del Código Civil, de conformidad con las bases especificadas en el presente escrito, y subsidiariamente, para el caso de que el anterior pedimento fuese rechazado y sin perjuicio de la declaración de nulidad radical de los contratos referidos, ordene el reintegro de las contraprestaciones recíprocas de las partes, minorados en las cantidades que ya hubieran sido amortizadas y cuya fijación habrá de quedar diferida para el periodo de ejecución de sentencia.

La "causa petendi" de las pretensiones radica en que el contrato de suministro conculca la normativa del

Reglamento CE 2790/99 en relación con el Tratado de Amsterdam al hallarse pactada la compra en exclusiva y una duración de veinticinco años, a pesar de que, si bien la petrolera es arrendadora de las instalaciones, no es propietaria del terreno y existe una vinculación entre la sociedad dueña del suelo y la sociedad arrendataria de la estación de servicio, sin que la proveedora haya aceptado la adaptación correspondiente a la nueva normativa reglamentaria reduciendo la duración de la cláusula de exclusividad -que es restrictiva de la competencia- a cinco años.

Por la parte demandada "Shell España, S.A.", (actualmente "Disa Península, S.L., Sociedad Unipersonal"), en su escrito de contestación, se negó la existencia de vinculación entre la empresa constituyente del derecho de superficie sobre el terreno en que se halla instalada la estación de servicio y la empresa arrendataria de esta estación, y se afirma que se rechazó la adaptación solicitada por la otra parte porque entendió y entiende que la duración del contrato era y es de veinticinco años y porque no se podía aceptar la pretensión de las actoras de que la adaptación tuviera que pasar por suministrar el combustible al mejor precio ofrecido a otras Estaciones, como si se tratase de una estación libre y no afecta a las importantísimas inversiones realizadas por la demandada, todo ello con base en las alegaciones que, caso de tener carácter sustancial y ser necesario, se examinarán en su momento.

Y terminó suplicando que, con desestimación de la demanda, se declare:

1.- La validez del contrato de arrendamiento de industria y compra en exclusiva suscrito entre "Canoven, S.L." y "Shell España, S.A.", de fecha 26/10/1994.

2.- Subsidiariamente de la petición anterior y solo para el caso de que no fuera estimada, se declare la validez del mismo contrato hasta el día 31/12/2006, en la totalidad de los términos convenidos, con la única excepción de su duración, limitada, en este caso, a la fecha expresada.

3.- Tanto para el caso de que se declare la nulidad total del contrato entre "Canoven, S.L." y "Shell España, S.A." de 26/10/1994, como en el que se declare su validez limitada al 31/12/2006, se condene a "Canoven, S.L." por expiración de su título de ocupación, a desalojar de inmediato, desde la fecha en que se declare procedente, es decir, desde la sentencia (en caso de declaración de nulidad total) o desde el 31/12/2006 (en otro caso), la Estación de Servicio que ocupa en virtud del contrato declarado total o parcialmente nulo, sin obligación de restitución alguna que traiga causa de las prestaciones ya efectuadas y con obligación de liquidación de saldo de las relaciones co-

merciales entre las partes, existente en ese momento.

4.- Que en todo caso, se declare la validez de la cesión del derecho de superficie otorgado por "Renta Vencan, S.L." a favor de "Shell España, S.A." mediante escritura autorizada el 26/10/1994 ante el Notario de Madrid D. Valerio Pérez de Madrid y Palá.

5.- Subsidiariamente de la petición núm. 4 anterior, y solo para el caso de que no fuera estimada declarándose la nulidad de dicho contrato, se declare la inaplicación del art. 1.306.2 del Código Civil y la aplicación del artículo 1.303 del mismo cuerpo legal, condenando a "Renta Vencan, S.L." a restituir a "Shell España, S.A.":

a) La parte proporcional de la cantidad de 69 millones de pesetas (414.698'35 euros) satisfechas en el momento de la constitución del derecho de superficie, correspondiente al período de tiempo no disfrutado, computado en el momento del desalojo por "Shell España, S.A." de la Estación de Servicio, respecto de los veinticinco años inicialmente convenidos, incrementando la cantidad resultante de la prorrata con los intereses al tipo legal desde el momento del pago (26.10.1994) hasta el momento de la devolución efectiva.

b) La parte de la inversión total realizada por "Shell España, S.A." en la construcción y equipamiento de la Estación de Servicio que quedará pendiente de amortizar a la fecha de cesación efectiva del derecho de superficie, más los intereses de la cantidad resultante, al tipo legal, desde la fecha de la inversión hasta la fecha del pago efectivo.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 15 de Valencia el 28 de febrero de 2003, en los autos de juicio ordinario núm. 609 de 2002, desestima íntegramente la demanda con base en que no se aprecia que entre las dos mercantiles actoras exista vinculación a los efectos de la normativa aplicable por lo que no será efectiva la limitación temporal del tiempo de vigencia del contrato de exclusiva y por lo tanto los contratos que vinculan a las partes son perfectamente válidos y eficaces.

La Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia el 7 de noviembre de 2003, en el Rollo núm. 548 de 2003, confirma la resolución con fundamento: en que las dos sociedades demandantes ostentan personalidad jurídica propia, que no nos encontramos ante un supuesto de empresas vinculadas del art. 11 del Reglamento comunitario 2790/99, y que son precisamente las dos sociedades actoras las que pretenden hacer ver su especial vinculación cuando evidentemente no se da tal, al menos en el sentido que se pretende en este momento, precisamente para

obtener las ventajas tendentes al fin de la relación negocial.

Por las entidades mercantiles "Renta Vencan, S.L." y "Canoven, S.L." se interpuso recurso de casación articulado en dos motivos que fue admitido por Auto de esta Sala de 27 de mayo de 2008.

SEGUNDO.- En el motivo primero se alega infracción, por aplicación errónea, del art. 5 en relación con el art. 11 del Reglamento CE 2790/99, de 22 de diciembre.

El tema del motivo debe circunscribirse a sí entre las sociedades dueña del terreno en que se encuentra instalada la estación de servicio y arrendataria de la estación compradora del combustible a la petrolera existe vinculación a los efectos del art. 5.a) del Reglamento Comunitario 2790/99, con arreglo al que "...el límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del periodo de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador".

La sentencia recurrida solo examina el tema de la vinculación, y, sin una adecuada relación histórica (defecto en el que también incurre la resolución del Juzgado), concluye que no la hay porque se trata de sociedades con personalidad jurídica propia no vinculadas como grupos de empresas, con independencia de la concreta titularidad de sus participaciones sociales por personas físicas determinadas más o menos coincidentes en ambas empresas.

Con carácter previo al examen del motivo es preciso detener la atención en la causa de inadmisibilidad del recurso alegada por la recurrida "Shell España, S.A." (posteriormente "Shell Peninsular, S.L.", y actualmente con sucesión procesal "Disa Península, S.L. Sociedad Unipersonal"). Se aduce que el recurso carece de interés casacional porque, si bien el Reglamento CE 2790/99 no tenía al tiempo de la demanda los cinco años de vigencia a que se refiere el presupuesto de recurribilidad del art. 477.3 LEC, sin embargo en el aspecto del mismo que regula la duración máxima de los pactos de no competencia existe jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de otra norma de contenido igual o similar, aparte de que la regulación de dicho Reglamento es similar a la del Reglamento anterior núm. 1984/83 variando únicamente el plazo máximo de diez años que establecía éste al de cinco años que fija el núm. 2790/99.

La causa invocada de inadmisibilidad se desestima por las razones siguientes:

a) Planteamiento defectuoso porque no es suficiente la alegación de una retahíla de Sentencias de esta Sala -mera indicación de las fechas y números de los recursos de casación, en algunos casos ni éstos- sin expresar la respectiva doctrina y su posible aplicación al caso;

b) No es cierto que las diferencias entre los Reglamentos Comunitarios núms. 1984/83 y 2790/99 se halle únicamente en el tiempo de duración como afirma el recurrido;

c) Aunque haya cuestiones similares entre los asuntos objeto de las Sentencias citadas (2 de junio de 2000; 15 de marzo de 2001; 11 -no 12 como dice el recurso- de diciembre de 2002; 23 de diciembre de 2004; 11 de octubre de 2005; 10 de noviembre de 2005; 29 de marzo de 2007 -Sent. núm. 343; Rec. 2104 de 2000-; y 3 de octubre de 2007 -núm.989, Rec. 3962 de 2000) en absoluto se estableció jurisprudencia, ni siquiera se trató, sobre el tema controvertido en el recurso.

A fin de poder examinar la concreta cuestión objeto de enjuiciamiento, ante la omisión de la relación histórica correspondiente por los dos juzgadores que conocieron en instancia y habida cuenta que los datos son incontrovertibles por figurar en escrituras públicas y/o no haber sido además discutidos por las partes, procede hacer constar los antecedentes fácticos siguientes:

1. Sociedad Renta Vencan: Se constituyó el 8 de febrero 1989 como S.L. con un capital social de cuatro millones de pesetas dividido en cuatrocientas participaciones distribuidas a partes iguales entre los hermanos D. Efrain, D. Gregorio, D^a Candelaria y D. Lorenzo. El objeto social era la construcción, promoción, compraventa y arrendamiento de bienes inmobiliarios. Por acuerdo social de 20 de diciembre de 1991, documentado en escritura pública de 30 de abril de 1992 se amplió el capital.

Entró en la sociedad el padre de los mencionados D. Victorino que adquirió 2.684 participaciones, en tanto los restantes cuatro socios se atribuyeron 850 cada uno. El 15 de marzo de 1994 -esc. pub. del 23- se amplió el objeto social que se extendió a "la compra, venta y distribución de gasolinas, gasóleos, aceites y carburantes para vehículos, así como la explotación de estaciones de servicios, tiendas y lavaderos de vehículos", estableciéndose que "las actividades integrantes del objeto social, podrán ser desarrolladas total o parcialmente de modo indirecto, mediante titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo".

Por acuerdo del 30 de septiembre de 1997 -esc. pub. 22 oct.- se efectúa una nueva ampliación de capital, quedando distribuido de forma que

D. Victorino tiene 4.220 participaciones y sus hijos 1336 participaciones cada uno. La administración de la sociedad correspondió a D. Lorenzo hasta el 22 de diciembre de 1991, en que se designó como administradores solidarios al mismo y a su padre D. Victorino.

2. Sociedad Canoven: Se constituyó con carácter de Sociedad Limitada el 25 de julio de 1994 por D. Efrain, D. Gregorio, D^a Candelaria y D. Lorenzo, con un capital social de cuatro millones de pesetas dividido en cuatro mil participaciones distribuidas a partes iguales entre los socios fundadores. Se fijó como objeto social "la construcción, promoción y explotación de forma directa o indirecta de estaciones de servicio, así como la compra, venta, importación, exportación y distribución al mayor o detall de productos petrolíferos y derivados", designándose como administrador único a D. Victorino. Por escritura pública de 30 de octubre de 1997 se documentaron los acuerdos de adaptación de los Estatutos sociales a la legalidad vigente, y se nombró como administrador único por tiempo indefinido al Sr. Victorino.

3. Compra por "Renta Vencan, S.L." de la finca registral núm. 5.861 del Registro de la Propiedad de Paterna. La finca fue adquirida por dicha entidad representada por D. Victorino por compraventa a la Compañía "Lino-Fibra, S.L.", con el fin de desarrollar en ella las actividades comprendidas dentro del objeto social de la adquirente por escritura pública de 23 de diciembre de 1993. Por escritura pública de 17 de marzo de 1988 se rectificó el número de la inscripción registral de la finca transmitida sustituyendo el expresado 5.861 por los números 10.139, 10.212, 13.012 y 13.010.

4. Derecho de superficie: Por escritura pública de 26 de octubre de 1994 (con rectificación por escrituras públicas de 17 de marzo y 30 de marzo de 1988), por D. Victorino en representación de rentas "Vencan, S.L." se constituyó sobre el terreno expresado en el apartado anterior derecho real de superficie a favor de la Compañía "Shell España, S.A."

Se establece en la estipulación segunda que "el derecho real de superficie que se concede tiene por objeto la construcción por parte de "Shell España, S.A.", sobre la expresada finca, de una Estación de Servicio independiente del Monopolio de Petróleo, para el suministro y venta de gasolinas y gasóleos de automoción, según prevé el Real Decreto 645/1988 de 24 de junio, en virtud de la inscripción provisional que la sociedad cedente ha obtenido en el Registro de Instalaciones de Venta al por menor de gasolinas y gasóleos de automoción del Ministerio de Industria y Energía, con el número de expediente 13.351, de fecha 22 de septiembre de 1994, que como afec-

ción queda unida indisolublemente a la finca objeto del presente derecho real de superficie. Se entenderá asimismo el derecho de superficie concedido, a las edificaciones e instalaciones que efectúe o realice "Shell España, S.A." en la citada finca y que se destinen y sirvan de complemento o desarrollo a la citada Estación de Servicio".

Otros pactos de interés se refieren al plazo para realizar la construcción -1 año-; precio por la cesión -60.000 ptas. más 9.000.000 de IVA; plazo de duración del derecho real -25 años, a contar desde la fecha de puesta en funcionamiento de la Estación de Servicio; y que "transcurrido el plazo de duración del derecho real de superficie pactado, la finca cedida revertirá a su propietaria con todos los elementos constructivos de carácter permanente edificados sobre la finca, así como la inscripción en el Registro de Instalaciones de venta al por menor de gasolinas y gasóleos de automoción del Ministerio de Industria y Energía, a excepción de los aparatos e instalaciones pertenecientes a "Shell España, S.A.", que serán retirados por ésta al término del derecho real de superficie, sin que la parte cedente deba satisfacer por ello indemnización alguna a "Shell España, S.A."

5. Contrato de arrendamiento de la estación de servicio y de compra en exclusiva: Se celebró el 26 de octubre de 1994 entre "Canoven, S.L.", representada por D. Victorino, y "Shell España, S.A.". Se fija como plazo de duración del arrendamiento de combustibles y carburantes líquidos el de 25 años que se contará a partir de la fecha de entrada en funcionamiento de la Estación de Servicio que Shell comunicará al arrendatario.

En la cláusula quinta se recoge la cláusula de suministro en exclusiva:

"Es condición esencial de este contrato a cuyo riguroso cumplimiento se obliga al Arrendatario, la de proveerse de Shell con exclusividad absoluta, de todos los productos combustibles y carburantes, lubricantes, grasas, y productos o artículos de automoción afines a Shell que se vendan o utilicen en la Estación y demás productos propios del tráfico de la industria o negocio que Shell comercialice sin que bajo ningún pretexto, momento o circunstancia pueda hacerlo con las de ninguna otra marca o procedencia".

Para la decisión del motivo es preciso tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 5.a), ya transcrito anteriormente en lo sustancial, y el art. 11, ambos del Reglamento (CE) núm. 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE, a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. El art. 11 establece: 1. A efectos del presente Reglamen-

to, los términos "empresa", "proveedor" y "comprador" incluirán sus respectivas empresas vinculadas.

2. Serán empresas vinculadas:

a) las empresas en las que una de las partes del acuerdo, directa o indirectamente:

- tenga la facultad de ejercer más de la mitad de los derechos de voto, o

- tenga la facultad de designar más de la mitad de los miembros del consejo de vigilancia, del consejo de administración o de los órganos de representación legal de la empresa, o

- disponga del derecho a gestionar las actividades de la empresa;

b) Las empresas que, directa o indirectamente, tengan sobre una de las partes del acuerdo los derechos o facultades enumerados en la letra a);

c) las empresas en las que una empresa contemplada en la letra b) posea, directa o indirectamente, los derechos y facultades enumerados en la letra a);

d) las empresas en las que una parte del acuerdo junto con una o varias de las empresas contempladas en las letras a) b) o c) o en las que dos o varias de estas últimas empresas posean conjuntamente los derechos o facultades enumerados en la letra a);

e) las empresas en las que los derechos o facultades enumeradas en la letra a) sean titularidad conjunta de:

- partes del acuerdo o sus respectivas empresas vinculadas contempladas en las letras a) a d), o

- una o varias de las partes del acuerdo o una o varias de sus empresas vinculadas contempladas en las letras a) a d) y una o varias terceras partes.

3.- A efectos del artículo 3, la cuota de mercado de las empresas a las que hace referencia la letra e) del apartado 2 del presente artículo será asignada en proporciones iguales a cada una de las empresas que tenga los derechos o facultades enumerados en la letra a) del apartado 2.

El motivo parte, en síntesis, de que la regla general del art. 5, letra a) -de que la exención prevista en el art. 2 a la prohibición de los acuerdos de suministro en exclusiva, es decir, la permisibilidad de los mismos, no se aplicará cuando contengan cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida, o exceda de cinco años, o tácitamente renovable al final de este periodo-, tiene dos excepciones (en que la duración puede exceder de cinco años): que los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor, o cuando los locales y terrenos

estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador. A continuación señala que conforme a la jurisprudencia del TJCE las excepciones deben ser interpretadas restrictivamente, y añade que no concurre ninguna de las excepciones, porque la proveedora no es propietaria de los terrenos e instalaciones sino mera superficiaria de los terrenos, y porque las sociedades propietaria del terreno y arrendataria de las instalaciones (que se encuentra obligada a adquirir en exclusiva los carburantes y combustibles a la proveedora) se encuentran íntimamente vinculadas.

Centrándose en este tema, que es el concreto objeto del recurso de casación, examina el motivo las circunstancias personales de los socios -padre e hijos-, identidad de objeto social, y del titular del órgano de administración, que es la misma persona (el padre, también socio de una de ellas), y analiza ampliamente el contenido del art. 11 del Rgto. en relación con las empresas del caso, haciendo especial hincapié en el término "indirectamente" que emplea el precepto, para concluir que una interpretación lógica conduce a la apreciación de existencia de vinculación.

En primer lugar debe señalarse que el ajuste del contrato a la normativa comunitaria del Reglamento 1984/83 (vigente al tiempo de la celebración del contrato), no obsta a la aplicación al caso del Reglamento 2790/1999, dado que el art. 12 de éste dispone que "las exenciones establecidas en los Reglamentos 1983/83, 1984/83 y 4087/88 se seguirán aplicándose hasta el 31 de mayo 2000", y que "la prohibición establecida en el apartado 1 del art. 81 del Tratado no se aplicará, durante el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2000 y el 31 de diciembre de 2001 respecto de los acuerdos que ya estén en vigor el 31 de mayo de 2000 y que no cumplan las condiciones de exención previstas en el presente Reglamento, pero que cumplan las condiciones establecidas en los Reglamentos (CE) números 1983/83, 1984/83 o 4087/88".

Examinadas las alegaciones de las partes y las circunstancias concurrentes se aprecia la existencia de importantes vínculos entre las empresas actoras, las que por los lazos de parentesco próximo entre los componentes (padre e hijos) se pueden calificar de familiares o cerradas, coincidiendo además la identidad de objeto y que las facultades de administración se concentran en una persona que es precisamente el cabeza de la familia, siendo prácticamente irrelevantes las diferencias de composición accionarial y relativas a la administración sufridos a lo largo de su existencia.

Por consiguiente, el reducido número de socios, los vínculos de parentesco y la unidad negocial, cua-

lesquiera que fueren los móviles para establecer y mantener la dualidad societaria, revelan que existe una vinculación entre las empresas con recíproco y absoluto control de una respecto de la otra. Hay comunidad de intereses, identidad de objetivos, unidad de dirección y de decisión y control único.

Entenderlo de otro modo implicaría consagrar construcciones artificiales que, en lo que aquí respecta, podrían permitir burlar la restricción de la normativa comunitaria europea en relación con derecho de la competencia (ap. 59, "in fine", Comunicación de la Comisión de 13 de octubre 2000 sobre Directrices en relación Rto. CE 2790/1999, de 22 dic.)

Como consecuencia de lo expuesto debe acogerse el primer motivo, no siendo necesario el examen del segundo, lo que acarrea la casación de la sentencia recurrida, y que deba resolverse sobre el caso haciendo las declaraciones que procedan, de conformidad con lo establecido en el art. 487.3 LEC, sin que proceda imponer las costas del recurso a ninguna de las partes con arreglo a lo dispuesto en el art. 398.2 LEC.

TERCERO.- La asunción de la instancia que se deriva de la estimación del recurso de casación exige examinar una serie de cuestiones planteadas en el proceso, algunas de las cuales sólo lo serán según resulte de la decisión de las principales o previas a que las restantes se hallan subordinadas.

La primera cuestión se encuentra relacionada con la cuota de mercado. En el caso no hay problema porque es claramente aplicable la previsión del apartado 2 del art. 3 del Reglamento 2790/99 para los casos de "acuerdos verticales" (acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos de acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes puedan adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios, conforme al art. 2.1) que contengan obligaciones de suministro exclusivo, a los que es de aplicación la exención del art. 2, cuando, como aquí sucede, la cuota de mercado del comprador no excede del 30% del mercado de referencia en el que adquiere los bienes contractuales.

La segunda cuestión se refiere a la regla "de minimis". Se resume el planteamiento del escrito de oposición al recurso de casación en la alegación de que el acuerdo de exclusividad de suministro, a pesar de su larga duración, no tiene por efecto falsear o restringir la competencia en el sentido del artículo 1 LDC y 81 TCE en cuyo ámbito de aplicación no podrían por ello encuadrarse.

El planteamiento se contempla con un carácter preferente porque si bien

la hipotética existencia de una exención haría innecesario examinarlo dado que no habría prohibición inordinable en el art. 81 CE, sin embargo resulta dialécticamente coherente analizar si hay prohibición por restricción de la competencia porque, de no haberla, resulta innecesario entrar en si hay o no exención.

La argumentación de la entidad demandada debe rechazarse porque plantea una cuestión nueva, que no hizo valer en el momento procesal oportuno, por lo que su invocación extemporánea vulnera los principios de preclusión, contradicción y defensa.

Aparte de ello debe decirse (a efectos de una perspectiva de hipotética apreciación de oficio) que no se infringe la regla "de minimis" porque hay afectación sensible a la competencia. Así (con valor interpretativo aplicable al caso) el art. 2.2, e) del Reglamento de Defensa de la competencia aprobado por RD 261/2008, de 22 de febrero, que, en desarrollo del art. 5 LDC 15/2007, de 3 de julio, enumera entre las conductas excluidas del concepto de menor importancia el establecimiento entre no competidores de cualquier cláusula de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años.

Y como en el cuerpo del motivo se vierten diversas consideraciones sobre la problemática, procede observar que la regla "de minimis" comprende dos aspectos. El primero se refiere a la exigencia de que el acuerdo tenga un efecto sensible en el comercio de los Estados miembros -afectación sustancial al comercio intracomunitario-. El segundo es que el acuerdo (práctica, cláusula, conducta) afecta sustancialmente a la competencia. Si no hay este efecto sensible, o es insignificante, no hay prohibición ("de minimis non curat lex").

El que no se afecte al comercio intracomunitario, no obsta a que se pueda afectar sensiblemente a la competencia, no es óbice a que se pueda afectar a todo o parte del mercado nacional, y en cuanto a la afectación sensible de la competencia la valoración puede tener lugar en atención a la doctrina comunitaria (Comunicación "De minimis" de 9 de diciembre de 1997, sustituida por la de 22 de diciembre de 2001), o en su caso en la perspectiva de la legislación nacional (arts. 5 LDC, y 1 a 3 del Reglamento).

Y no cabe confundir dicha regla, con la de la doctrina Automec STPI 18 de septiembre de 1992, Asunto T-24/90 ("de minimis non curat pretor") que se refiere más bien al interés comunitario del caso para el examen por los órganos comunitarios. El que el supuesto de autos no esté explícitamente comprendido en la regla "de minimis" ex Comunicación de la Comisión de 2001, no

obsta a que sí lo esté en la legislación nacional (ex art. 5 LDC y 2.2 e) del Reglamento DC), cuya aplicación por los Tribunales de la Jurisdicción Civil en los casos en que se pretenda la nulidad de contratos entre particulares no resulta dudosa, habida cuenta la tesis de la doble barrera, el Reglamento Comunitario 1/2003, art. 9.2 LOPJ y jurisprudencia de esta Sala.

La tercera cuestión hace referencia al alcance de la condición de superficiario del proveedor de los carburantes (entidad petrolera). El tema tiene que examinarse por este Tribunal en función de instancia porque la Sentencia del Juzgado asimiló el derecho de superficie al arrendamiento con base en el art. 1.655 CC, cuya apreciación, aunque perjudicaba a la entidad demandada, no la pudo recurrir en apelación (ni posteriormente en casación dado que la Sentencia de la Audiencia confirmó la de primera instancia) por falta de gravamen (perjuicio ex art. 448.1 LEC) ya que el fallo desestimatorio de la demanda le fue favorable.

De no examinarse la objeción formulada al respecto en el escrito de contestación se produciría una evidente indefensión para la parte demandada, y en tal aspecto tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia de esta Sala son muy claras en orden a que debe evitarse tal efecto negativo procesal.

El problema de la condición o alcance jurídico del derecho real de superficie tiene trascendencia porque para que sea aplicable la norma que permite la duración del contrato con cláusula de compra en exclusiva más allá de cinco años (con independencia del supuesto de no vinculación ya examinado) exige que el proveedor sea propietario del terreno en que se hallan las instalaciones y de éstas. Bajo el Reglamento 1984/83 bastaba con que fuera propietario de las instalaciones (local) que arrendaba al comprador (Estación de Servicio), pero, en cambio, el Reglamento 2790/99 exige en el art. 5.a) que lo sea de ambos (terreno y local).

Así lo indica de modo que no deja lugar a dudas la STJCE de 2 de abril de 2009 (C-260/07, Pedro IV Servicios, S.L./Total España, S.A.), en cuyo apartado 69 declara que "el art. 5, letra a), del Reglamento núm. 2790/99 debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de la aplicación de la excepción que prevé, exige que el proveedor sea propietario tanto de la estación de servicio que arrienda al revendedor como del terreno sobre el que aquélla está construida o que, en el caso de no ser propietario, los arriende a terceros no vinculados con el revendedor".

Sostiene, sin embargo, la entidad demandada que el superficiario, como el enfiteuta, es titular de un dominio útil, y que, por consiguiente, se le debe dar el trato de un pro-

pietario. Tal planteamiento ha de resolverse con arreglo al régimen de la propiedad del Derecho nacional, y así lo declara el apartado 66 de la STJCE de 2 de abril de 2009.

La respuesta a la objeción o defensa invocada en el escrito de contestación se resume en que el titular de un derecho real de superficie no es propietario del terreno por lo que no se cumple el requisito que permitiría alargar la duración del contrato de arrendamiento de instalaciones y de suministro de carburante con cláusula de exclusividad más allá de cinco años por el periodo pactado de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador (revendedor).

Esta apreciación se basa en que, sin necesidad de entrar en temas que aquí y ahora resultarían estériles (teorías dualistas y unitaria, alcance de la regulación del Código Civil, si la temporalidad es o no esencial, etc.), sí debe señalarse que la concepción tradicional que asimilaba al derecho de superficie a los derechos censarios ha sido superada, y el derecho de superficie no solo es un derecho real con autonomía y sustantividad propia sino que además su estructura es claramente diferente de la del censo enfiteútico, pues si en ambos hay un doble dominio, el dominio dividido del censo enfiteútico (dominio directo del constituyente y útil del enfiteuta) recae sobre el mismo y único objeto, la finca, en cambio en el derecho de superficie hay dos propiedades separadas que recaen sobre objetos distintos, la que recae sobre la finca que corresponde en exclusiva (a diferencia del derecho de vuelo que hay cotitularidad) al concedente (constituyente del gravamen real), y la que recae sobre la edificación (o, en su caso, plantación), que constituye la propiedad superficiaria (claudicante, en cuanto de duración temporal); y, como consecuencia, el concedente conserva como propietario de la finca todos los derechos del dueño que sean de posible utilización y no incompatibles, en cada caso, con la superficie.

Dicha estructura del derecho de superficie se recoge en la Legislación del Suelo (actualmente arts. 40 y ss., singularmente 40.1 y 41.4 y 5 del TR aprobado por RD Legislativo 2/2008, 23 de diciembre, disposición final 16ª LPGE para 2009) y en la legislación de Cataluña (art. 564-1, inciso segundo):

“en virtud del derecho de superficie se mantiene la separación entre la propiedad de lo que se construye o planta y el terreno o suelo en que se hace”, de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, Libro 5º del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales) y de Navarra (leyes 430 y 434 de la Ley 1/1973, 1 de marzo sobre Compilación de Derecho Civil Foral).

Otra cuestión de singular importancia planteada también como defensa en el escrito de contestación, y en la que se hace especial hincapié

en el escrito de impugnación del recurso de casación, se resume en la alegación de que la duración de la cláusula de exclusividad de compra por veinticinco años está justificada por las inversiones realizadas por el proveedor, cuya permisibilidad ha sido reconocida por Sentencias de esta Sala de 15 de marzo de 2001 y 23 de diciembre de 2004.

El problema radica en que estas resoluciones se dictaron para un régimen jurídico recogido en el Reglamento 1984/83 que no se recoge en el Reglamento 2790/99. Se establecía en aquél la inaplicabilidad del art. 85.1 (actual 81.1) del Tratado en el caso de acuerdos entre dos empresas y en los cuales una de ellas, el revendedor, se comprometía con la otra, el proveedor, como contrapartida de la concesión de ventajas económicas, a comprarle determinados carburantes para vehículos de motor a base de productos petrolíferos (art. 10), y, aunque en el art. 12.1,c) se limitaba la duración a diez años, sin embargo el art. 12.2 excluía esta restricción cuando se había dado en arrendamiento (o usufructo) la estación de servicio (“No obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, cuando el acuerdo se refiera a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en el presente Título, durante todo el periodo durante el cual explota efectivamente la estación de servicio”).

Y, como hemos dicho, esta previsión normativa no la hay en el Reglamento 2790/99, que, además, a diferencia del sustituido (1984/83), no contiene “Disposiciones especiales aplicables a los Acuerdos de Estaciones de Servicio”.

Así expuesto el tema no habría dificultad para rechazar la excepción (en sentido amplio) de la demandada, máxime si se tiene en cuenta que el Reglamento 2790/99 no supone una mera continuidad, o modificación, del anterior, sino una reglamentación nueva, pero el problema surge en la invocación por dicha demandada de los apartados 155 y 116.4 de las Directrices comunitarias dictadas para la aplicación del Reglamento 2790 de 1999 (Comunicación de la Comisión DOC 13 de octubre de 2000), cuya normativa cabe sintetizar en que puede estar justificada una duración de la exclusividad superior a cinco años en el caso de inversiones de importe elevado ligadas específicamente a la relación, a largo plazo y asimétricas.

Sin entrar en toda la problemática que envuelve el tema, pues no se debe olvidar que el Reglamento núm. 1984/83, como resalta el apartado núm. 57 de la STJCE de 2 de abril de 2009, tenía un ámbito de aplicación autónomo y más estrecho

que el correspondiente al Reglamento núm. 2790/99, y que las ventajas (a que se refiere el art. 10 Rto. 1984/83) debían ser no sólo importantes para justificar la exclusividad de suministro de una duración de diez años, sino también servir para mejorar la distribución, facilitar la instalación o modernización de la estación de servicio y reducir los costes de distribución, entendemos que no cabe estimar el planteamiento de la parte demandada de mantener la duración contractual pactada porque concretada la inversión en el coste

■

"El problema de la condición o alcance jurídico del derecho real de superficie tiene trascendencia porque para que sea aplicable la norma que permite la duración del contrato con cláusula de compra en exclusiva más allá de cinco años (...) exige que el proveedor sea propietario del terreno en que se hallan las instalaciones y de éstas. Bajo el Reglamento bastaba con que fuera propietario de las instalaciones (...) que arrendaba al comprador (...), pero, en cambio, el Reglamento 2790/99 exige en el art. 5.a) que lo sea de ambos..."

■

de la estación de servicio (instalaciones) bastaría su arrendamiento para justificar la mayor duración, es decir, ya no sería preciso que el proveedor fuera propietario del terreno, con lo que se afectaría al nuevo régimen reglamentario, dado que si bajo el Reglamento 1984/93 no se requería la doble condición dominical (del terreno y de las instalaciones arrendadas) sí la exige el Reglamento 2790/99.

Por todo ello no cabe aplicar la exención de duración superior a cinco años y son de aplicación los arts. 81.1 del Tratado y 1 LDC.

CUARTO.- Se plantean a continuación una serie de cuestiones que

hacen referencia al efecto jurídico que debe producirse en virtud de las consideraciones anteriores y las consecuencias de índole económica y jurídica.

Con carácter previo procede señalar que el aparente obstáculo procesal de no haberse formulado adecuadamente reconvenición por la parte demandada (art. 406.3 LEC) no obsta para tomar en cuenta en la medida que proceda las peticiones del escrito de contestación, siempre que, por un lado, supongan reducción de lo interesado en la demanda, por cuanto no supone incongruencia dar menos de lo pedido a ésta, o, por otro lado, constituyan efectos jurídicos que deben o pueden acordarse de oficio, como sucede con los que son consecuencia de una declaración de nulidad contractual.

Entrando en el examen de los temas aludidos, la primera decisión que debe adoptarse es la declaración de invalidez del contrato de arrendamiento de industria y compra en exclusiva (celebrado el 26 de octubre de 1994 entre “Canoven, S.L.” y “Shell España, S.A.”) desde el 31 de diciembre de 2006.

Descartada la nulidad parcial que afectaría únicamente a la cláusula de exclusividad de compra, dado el carácter de condición esencial de la misma según el propio texto del contrato de naturaleza compleja, y la práctica imposibilidad de hacer ajustes o modificaciones que requerirían el mutuo acuerdo de las partes, por lo que no es de observancia el principio de conservación del negocio jurídico (de la que la nulidad parcial es solo una modalidad) pues requiere que sea de posible aplicación, no cabe tampoco declarar la nulidad originaria del contrato como interesa la parte actora toda vez que la invalidez es sobrevenida en virtud del Reglamento 2790/99 CE, ya que las partes son conformes en que se ajustaba al Reglamento 1984/83 (prorrogado por el Rto. núm. 1582/97, de 30 de julio).

Por lo demás, la apreciación de validez hasta el 31 de diciembre de 2006 se ajusta al límite de duración máxima de la cláusula de no competencia (compra en exclusiva) y es aceptada por las partes para el caso de no prosperar sus otras posiciones expresadas, por lo que no es necesaria más argumentación.

Se pide también en la demanda la nulidad del contrato constitutivo del derecho de superficie celebrado entre “Renta Vencan, S.L.” y “Shell España, S.L.”, a lo que se opone la demandada argumentando (fs. 369 v. y 371 de autos) que no es un contrato único, y que se trata de dos contratos con objeto totalmente diferente y que responden a finalidades e intereses económicos totalmente distintos.

La petición de la demandada debe estimarse en la misma medida que la

del contrato anterior, pues ambos negocios jurídicos deben seguir la misma suerte. El que los contratos tengan una función económica-social diferente, y no coincidan los otorgantes, no obsta a que se hallen íntimamente relacionados -combinados o entrelazados- e incluso vinculados (recíprocamente condicionados), hasta el punto de que no se hubiera celebrado el uno sin el otro.

Una cosa es que no coincida la causa, y otra diferente que no respondan al mismo fin. Resulta incontrovertible que "Renta Vencan, S.L." no habría concedido el derecho de superficie, si no estuviera ya convenido que el objeto de éste (Estación de Servicio) se arrendaría por la superficiaria a "Canoven, S.L."

La tercera cuestión que se suscita se refiere a si es aplicable al caso el art. 1.306.2ª CC, como pretende la parte actora, o el art. 1.303 CC, en cuanto sea posible, como sostiene la parte demandada. El tema debe decidirse en el sentido de aplicar el art. 1.303 CC, y no el 1.306, ni en su número segundo, ni en su número primero, porque en el caso no hay causa torpe (en el sentido estricto de inmoral al que se refiere el precepto), y el criterio de "dejar las cosas como están" aplicado al caso, aparte de ser injusto y dar lugar a un enriquecimiento injustificado, no se ajusta a las circunstancias concurrentes relativas a que se trata de una invalidez sobrevinida por cambio legislativo, ajena a cualquier asomo de culpa o negligencia de la petrolera demandada, a lo que debe añadirse que la aplicabilidad del art. 1.303 CC a casos similares es el criterio adoptado por esta Sala y el más adecuado, en la medida en que sea posible su aplicación, para mantener el equilibrio de los intereses en juego.

Como consecuencia de la aplicación del art. 1.303 CC, en lo que se refiere al contrato de arrendamiento y compra en exclusiva procede acordar la devolución del objeto arrendado y liquidación de saldos pendientes; y en lo que atañe al contrato de superficie, como la construcción revierte al concedente del derecho en los términos pactados, la entidad "Renta Vencan, S.L." deberá reintegrar a "Shell España, S.L." (actualmente "Disa Península") las cantidades que procedan correspondientes a la parte proporcional de la suma de sesenta y nueve millones de pesetas (principal más IVA) satisfechos por la constitución del derecho de superficie, correspondiente al periodo no disfrutado, con intereses legales desde la fecha de entrega, y parte de la inversión realizada en la construcción que revierte a la entidad concedente del derecho de superficie pendiente de amortizar a la fecha de cesación efectiva de este derecho, con los intereses legales desde esta fecha.

Como no hay datos suficientes para concretar las cantidades que

procede abonar ni cabe remitirlo a ejecución de sentencia, ni siquiera con una interpretación flexible del art. 219 LEC, procede remitir a las partes el planteamiento del juicio que corresponda.

QUINTO.- Por aplicación de los arts. 394.2 y 398.2 LEC no se hace especial imposición de las costas causadas en las instancias y en el recurso de casación. Por el Secretario Judicial se deberá remitir testimonio de esta Sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia (art. 212.3 LEC).

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

FALLO

PRIMERO.- Que estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de las entidades mercantiles "Renta Vencan, S.L." y "Canoven, S.L." contra la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia el 7 de noviembre de 2003, en el Rollo núm. 548 de 2003, la cual casamos, y, asimismo, revocamos íntegramente la Sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 15 de Valencia el 28 de febrero de 2003, en los autos de juicio ordinario núm. 609 de 2002.

SEGUNDO.- Que estimamos parcialmente la demanda deducida por las actoras "Renta Vencan, S.L." y "Canoven S.L.", y, acordamos:

1º. Declarar la invalidez -nulidad- del contrato celebrado entre "Canoven, S.L." y "Shell España, S.L." (actualmente "Disa Península, S.L.") el 26 de octubre de 1994, desde el 31 de diciembre de 2006, debiendo la parte arrendataria devolver el objeto arrendado y efectuarse la liquidación de saldos que procedan, que se fijarán en el juicio correspondiente.

2º. Declarar la invalidez -nulidad- del contrato celebrado entre "Renta Vencan, S.L." y "Shell España, S.L." (actualmente "Disa Península, S.L.") el 26 de octubre de 1994, desde el 31 de diciembre de 2006, debiendo "Renta Vencan, S.L." reintegrar a la demandada de la parte proporcional del precio pagado por el derecho de superficie correspondiente al periodo de tiempo no disfrutado, y también la parte de inversión no amortizada en la construcción que revierte a la concedente de aquél en los términos expuestos en la presente resolución, que se fijarán en el juicio correspondiente.

3º. Desestimamos la demanda en todo lo restante no estimado en esta Sentencia.

4º. No hacemos especial pronunciamiento en las costas causadas en las dos instancias y en este recurso de casación.

5º. Por el Secretario del Tribunal se deberá comunicar esta Sentencia a la Comisión Nacional de la Competencia en cumplimiento de lo establecido en el art. 212 LEC.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvase a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testi-

monio de esta resolución a los efectos procedentes.

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



TS Sala 2ª, Sentencia 12 julio 2009. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Delito de falsedad y estafa a través del "timo de las loterías"

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de falsedad y estafa. El TS verifica que no ha existido vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues la Audiencia sí que dispuso, en realidad, de material probatorio, susceptible de valoración, tal como el constituido, esencialmente, por las declaraciones de algunos de los perjudicados e, incluso, de los propios acusados, junto con la documental que evidencia los movimientos de cuentas, ingresos, envío de "faxes" desde el número de línea contratado por alguno de los recurrentes y el terminal sito en su domicilio, etc.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) Recurso de Anton, Aurelio, Gloria y Cecilio:

PRIMERO.- Los recurrentes, condenados por la Audiencia como autores de sendos delitos de falsedad y estafa continuados, en el caso de Anton, Aurelio y Gloria, a la pena de tres años de prisión para cada uno de ellos, y de un delito de estafa, para Cecilio, a la pena de seis meses de prisión, plantean su Recurso conjunto de Casación con base en dos motivos, de los que el Primero de ellos se refiere a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que ampara a los recurrentes (art. 852 LECr en relación con el 24.2 CE) y el segundo a la indebida inaplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas (art. 849.1º en relación con el 21.6ª CP):

A) Comenzando por el ordinal Primero, hay que recordar cómo en multitud de ocasiones, cuya cita explícita resulta ociosa por su reiteración, ha tenido oportunidad de pronunciarse este Tribunal a propósito del concepto, naturaleza, eficacia y alcance procesal del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, que aquí se alega motivando, en su supuesta vulneración, la impugnación de la Resolución recurri-

da. No obstante, de tan copiosa y pormenorizada doctrina acerca de la presunción de inocencia invocada, sí que conviene que resaltemos cómo elementos esenciales de la misma los siguientes:

a) Que nos hallamos ante un derecho fundamental que toda persona ostenta y, en cuya virtud, ha de presumirse inicialmente inocente frente a las imputaciones que contra ella se produzcan en el ámbito de un procedimiento de carácter penal o, por extensión, de cualquiera otro tendente a la determinación de una concreta responsabilidad merecedora de cualquier clase de sanción de contenido afflictivo.

b) Que presenta una naturaleza "reaccional", o pasiva, de modo que no precisa de un comportamiento activo de su titular para hacerlo efectivo sino que, antes al contrario, constituye una auténtica e inicial afirmación interina de inculpabilidad respecto de quien es objeto de acusación, que ha de ser enervada por quien afirma su responsabilidad.

c) Por lo que es precisamente tal carácter de interinidad, o de presunción "iuris tantum", del derecho, el que a su vez posibilita la legal enervación, mediante la aportación, por quien acusa, de material probatorio de cargo, válido y bastante; material

sometido a la valoración por parte del Juzgador y desde la intermediación, acerca de la efectiva concurrencia de esos dos requisitos, el de su validez, en la que por supuesto se ha de incluir la licitud en la obtención de la prueba, y el de su suficiencia para producir la necesaria convicción racional acerca de la veracidad de los hechos sobre los que se asienta la pretensión acusatoria.

d) Correspondiendo, en definitiva, a este Tribunal, en vía casacional y para tutela del derecho de quien ante nosotros acude, tan sólo la comprobación, tanto de la concurrencia de los referidos requisitos exigibles a la actividad probatoria, como de la corrección de la lógica intrínseca en la motivación sobre la que la Resolución impugnada asienta su convicción fáctica y la consecuente conclusión condenatoria.

Pero todo ello por supuesto sin que, en ningún caso, resulte permisible que nuestra actividad se inmiscuya en la función estrictamente valorativa de la prueba, que corresponde, en principio, a la soberanía del Tribunal "a quo".

Habiéndose afirmado reiteradamente en este sentido que la prueba practicada en el juicio oral es inmune a la revisión en lo que depende de la intermediación. Pero también que es revisable por nosotros en lo que concierne a la estructura racional del discurso valorativo, haciéndose aún más ineludible y estricto este control del proceso racional en los supuestos de mayor riesgo para el derecho a la presunción de inocencia, considerándose entre los más característicos en este sentido aquellos en los que la condena se fundamenta exclusivamente en la declaración de la víctima (vid., por ejemplo, la STS de 25 de octubre de 2006). A la luz de los anteriores presupuestos, en el presente caso se advierte que la Audiencia sí que dispuso, en realidad, de material probatorio, susceptible de valoración, tal como el constituido, esencialmente, por las declaraciones de algunos de los perjudicados e, incluso, de los propios acusados, junto con la documental que evidencia los movimientos de cuentas, ingresos, envío de "faxes" desde el número de línea contratado por alguno de los recurrentes y el terminal sito en su domicilio, etc.

Datos todos ellos que se analizan con rigor por la Audiencia, especialmente en los Fundamentos Primero a Tercero de su Resolución, para rechazar, por otra parte, la versión exculpatoria de los recurrentes, alusiva a la existencia de una tercera persona, que no ha podido ser localizada, y que, según ellos, habría sido, él solo, el verdadero autor de los hechos y conocedor de la comisión delictiva en la que habría implicado al resto, ignorantes de todo ello.

B) A su vez, por lo que se refiere al Segundo motivo, en el mismo se

plantea la infracción de ley, conforme al artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 21.6º del Código Penal, que contempla la atenuante analógica que, en este caso, derivaría de la existencia de unas dilaciones indebidas a lo largo del procedimiento, al haberse enjuiciado unos hechos que acaecieron en torno a ocho años antes. En tal sentido, es cierto que esta Sala acordó, en el Pleno celebrado en fecha 21 de mayo de 1999, seguido en numerosas Sentencias posteriores como las de 8 de junio de 1999, 28 de junio de 2000, 1 de diciembre de 2001, 21 de marzo de 2002, etc., la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6º del Código Penal, en los casos en que se hubieren producido en el enjuiciamiento dilaciones excesivas e indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). Ese derecho al proceso sin dilaciones, viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen. Al "plazo razonable" se refieren incluso, con mayor amplitud los textos supra-nacionales.

O que esas propias "dilaciones", en los términos de nuestra Constitución, no se produzcan a causa de verdaderas "paralizaciones" del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc. Semejante derecho no debe, así mismo, equipararse a la exigencia de cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos.

La "dilación indebida" es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (Ss. del TC 133/1988, de 4 de junio, y del TS de 14 de noviembre de 1994, entre otras).

En esta ocasión los Hechos ocurren a lo largo del año 2000 y la Sentencia que los enjuicia en la instancia es de fecha 10 de septiembre de 2008, es decir y como ya se dijo, unos ocho años después. Pero esa duración de las actuaciones, que pudiera, en efecto, parecer dilatada con exceso en el tiempo, encuentra suficiente justificación, específicamente en este caso, si atendemos a que la Instrucción fue prolija, con práctica de numerosas testificales de personas residentes en el extranjero, comi-

siones rogatorias, etc., lo que sirve de explicación, de manera excepcional, a tanto tiempo transcurrido que, por otra parte, viene a ser una circunstancia habitual en la investigación de delitos cometidos a través de redes informáticas con implicación de empresas ("servidores") y personas de muy diferentes y lejanos países, como aquí sucede con EEUU y Australia.

A lo que hay que añadir además que el procedimiento, durante gran parte de su transcurso, carecía del carácter de especial urgencia a que se refiere el artículo 504, párrafo 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por hallarse entonces los recurrentes en situación de libertad provisional. Cuestión ésta de las dilaciones indebidas que, por otra parte, no consta que en ningún momento fuera planteada en la instancia.

Razones, en definitiva, por las que procede la desestimación de los motivos y, con ellos, la del Recurso conjunto de los condenados en su integridad.

B) Recurso de Alejandro:

SEGUNDO.- En el Recurso de este condenado, al que se le impuso la pena de dos años y tres meses de prisión como autor de delitos de falsedad y estafa, se articulan tres diferentes motivos, el Primero de ellos denunciando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 LECr en relación con el 24.2 CE) y los otros dos restantes alegando sendas infracciones de Ley (art. 849.1º LECr) por indebida aplicación de los artículos 248, 249 y 390 del Código Penal, dada la falta de competencia de los Tribunales españoles para conocer de los delitos enjuiciados, y del artículo 27 del mismo Cuerpo legal, toda vez que el recurrente no sería autor de las infracciones sino, en todo caso, simple cómplice del artículo 29.

A) En cuanto a la infracción del derecho a la presunción de inocencia, alegada en el primer motivo, recordando la doctrina genérica ya expuesta en relación con el anterior Recurso, en el apartado A) del Fundamento que precede, tan sólo se hace preciso señalar el contenido del Tercero de los Fundamentos Jurídicos de la recurrida para advertir cómo la Audiencia sí que contó con prueba suficiente para alcanzar su conclusión condenatoria respecto de este acusado, cuando consta que utilizaba el nombre falso de Ezequiel para recibir parte de las cantidades defraudadas, frente a lo que no se ofrece una explicación lícita plausible. De igual modo que la propia actitud del Tribunal de instancia, excluyendo a Alejandro de cualquier relación delictiva con los otros acusados, lejos de servir de soporte a la pretensión absolutoria, refuerza la objetividad de los Jueces "a quibus" en su tarea de valoración de la pre-

ba disponible, a través de la cual alcanzó su criterio, plenamente razonable y que no merece ser aquí corregido.

B) Finalmente, el cauce casacional utilizado en los dos motivos restantes, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que, en todo caso, ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

En este sentido, es clara también la improcedencia de los motivos, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, en orden a la autoría de sendos delitos de falsedad y estafa por parte del recurrente.

El Recurso, en el motivo Segundo en concreto, cuestiona la competencia de los Tribunales españoles para conocer de los delitos enjuiciados, pero, al margen de la inoportunidad de plantear una cuestión semejante a través del cauce de la infracción de Ley en lugar de otros posibles planteamientos más idóneos, como la vulneración del Juez legalmente predeterminado, lo cierto es que al resultar de aplicación, para la determinación de la jurisdicción nacional competente, el principio de "ubicuidad", según el cual puede atribuirse aquella a cualquiera de los órganos territoriales de los lugares donde se cometieron actos ejecutivos del delito y en este caso, como con tanto acierto indica el Fiscal en su escrito de impugnación del Recurso, gran parte de esos actos ejecutivos de los delitos de las defraudaciones se han cometido en nuestro país, entre otros los estrictamente consumativos de los ilícitos como el hecho de quedar el dinero defraudado a disposición del sujeto activo precisamente en España, es evidente la competencia de nuestros Tribunales para conocer de este enjuiciamiento.

Mientras que por lo que se refiere al Tercero y último motivo, la pretensión de calificar la participación del recurrente en los hechos objeto de juicio como de simple cómplice, en vez de autor, ha de rechazarse pues resulta indiscutible que su actuación, abriendo la cuenta en la que habrían de ingresarse cantidades defraudadas utilizando una identidad falsa para figurar como destinatario de éstas, le convierte, al menos, en

cooperador necesario de tales infracciones.

Por todo lo cual, procede la desestimación todos los motivos y, con ellos, la del Recurso en su integridad.

C) Costas:

TERCERO.- A la vista de la conclusión desestimatoria del presente Recurso y de acuerdo con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deben serles impuestas a los recurrentes las costas ocasionadas. En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por las Representaciones de Anton, Aurelio, Gloria, Cecilio y Alejandro contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial

de Málaga, el 10 de septiembre de 2008, por delitos de Falsedad y Estafas. Se imponen a los recurrentes las costas procesales ocasionadas por sus respectivos Recursos.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.- José Manuel Maza Martín.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Manuel Marchena Gómez.- Diego Antonio Ramos Gancedo.

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

ilegible por lo que no se cumplen los requisitos legales. Se denuncia igualmente que la segunda notificación por correo se intentó cuando ya se había mandado oficio por el TEAC al BOE para la publicación y que los anuncios, tanto en el tablón del TEAR como en el BOE, fueron dirigidos al representante D. Cecilio y no al recurrente.

Se afirma, por tanto, que no es válida la notificación edictal que determina la extemporaneidad del recurso contencioso administrativo pues se debería haber probado que se han agotado todos los medios posibles para llevar a cabo la notificación personal. De esta manera la parte actora concluye que se da por notificada del fallo del TEAC el 24 de abril de 2001 fecha en la que se personó en el TEAC y obtuvo una copia de la resolución. Por todo ello la actora concluye que se ha producido una prescripción en vía de recurso al haber estado paralizadas las actuaciones ante el TEAC desde el 11 de abril de 1997, fecha de interposición, hasta el 24 de abril de 2001 fecha en que, según su criterio, se produjo la notificación.

De lo actuado en el expediente administrativo se desprende que el actor, en el escrito de interposición de la reclamación económico administrativa, reclamación que interpuso en su propio nombre, designaba como domicilio el de la calle000 núm. 001 de las Palmas de Gran Canaria, domicilio que coincidía con el que se había utilizado ante la Inspección Tributaria, pero el recurso de alzada fue interpuesto por D. Cecilio como representante del recurrente sin efectuar la designación de domicilio a efectos de notificaciones que obliga art. 48 del RPREA Real Decreto 391/1996 en el primer escrito de cualquiera de las instancias y sin que fuera requerido a efectos de subsanación conforme determina el art. 50 del RPREA. También consta que el Tribunal Económico Administrativo Central procedió a notificar la resolución del recurso de alzada en el domicilio designado en la reclamación económico administrativa mediante certificado con acuse de recibo, siendo de destacar que tales notificaciones se remitieron al mencionado domicilio con expresa indicación de que el destinatario era el hoy recurrente aunque figurase también como representante el Sr. Florentino. Dicha notificación frustrada se intentó por dos veces y el certificado postal, así consta en el expediente, fue devuelto por caducado la primera vez y por destinatario desconocido la segunda. En ninguno de los acuses de recibo consta el núm. de identificación del empleado del operador postal. Por otra parte no consta que el interesado procediera a comunicar a la Administración otro domicilio o su cambio domiciliario.

Consecuencia de ese fallido de la notificación, por la Administración basándose en el art. 86.1 del RPREA

1996, se procedió a efectuar la notificación por anuncios expuestos en el Tablón de anuncios del TEAR de Canarias durante el plazo reglamentario (22 de enero de 2001 a 1 de febrero de 2001). Además el anuncio fue publicado en el B.O.E 19 de enero de 2001.

Es innegable la neutralidad que ha de predicarse del Servicio de Correos, neutral respecto a la controversia fiscal que nos ocupa (S. TS 22-3-2002), gozando, en principio, los actos de la Administración Postal de la presunción de legalidad (S. TS 12-12-1997) y sobre la base de que si a lo largo de la tramitación de las reclamaciones económico administrativas no se comunica cambio del domicilio designado a efecto de notificaciones y aparece el interesado como desconocido en el mismo no es necesario agotar otras posibilidades antes de acudir a la notificación edictal, como intentar notificar al representante en el domicilio que del mismo constaba ante la Inspección de Tributos, pues el art. 83 del RPREA 1996 (en igual sentido el art. 87 del RPREA 1981”), al regular la forma de las comunicaciones e intimaciones, no quiere que se siga una tras otra hasta llegar a la notificación edictal, sino que el Reglamento confiere a los recurrentes la posibilidad de optar por las distintas formas que permite, en el entendimiento de que, por razones de economía y eficacia, el Reglamento prefiere una sobre otra, y así la primera es la oficina del órgano que ha dictado el acto recurrido, por la sencilla razón de que esta Oficina ha debido de notificar precisamente el acto que se recurre.

La forma que prefiere a continuación es la del domicilio especialmente elegido por el recurrente para las notificaciones de la concreta reclamación de que se trate, que será el resultado de las circunstancias personales que concurren, y así puede ser la de su Abogado, Asesor Fiscal, Gestor administrativo, amigo, pariente, etc. Ahora bien esta designación no impide que a lo largo de la tramitación pueda el recurrente cambiar de domicilio, en el entendimiento de que si no lo comunica formalmente el Tribunal considerará válido el inicial. Las restantes formas por las que puede optar son el domicilio civil del interesado, de su representante legal o de su apoderado, que de otro modo constare en el expediente o fuera conocido. Por último, el cuarto en el orden de prelación, no es optativo, sino que opera cuando fracasan las notificaciones en el domicilio elegido por el recurrente. (S. TS 21-12-2001).

Por tanto, si el recurrente hubiera señalado un domicilio especial para recibir las notificaciones originadas en las reclamaciones concretas, de modo que el domicilio especial elegido inicialmente continuaba vigente por no haberse comunicado cambio al efecto, al ser desconocido en el mismo, habría de concluirse que el

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/217447

TS Sala 3ª, Sección: 2, Sentencia 10 junio 2009. Ponente: D. D. Juan Gonzalo Martínez Micó

Validez de la notificación efectuada al domicilio reflejado por el propio interesado

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la SAN, que anuló la deuda tributaria reclamada, por entender prescrito el derecho de la Administración a su determinación y, en su lugar, declara que el recurso contencioso administrativo fue indebidamente admitido al haberse interpuesto fuera de plazo. La Sala considera que las dos notificaciones efectuadas por el TEAC en el propio domicilio que el interesado ha hecho constar deben producir efectos, debiendo por la parte recurrida estar y acomodarse al domicilio designado por ella por imperio de la regla “venire contra factum proprium non valet”, indicando que la circunstancia de que el aviso de recibo de correos contuviera no un nombre sino dos, no constituye ninguna irregularidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dice la sentencia recurrida que el Abogado del Estado en su contestación a la demanda plantea, de forma previa, la inadmisibilidad, por extemporáneo, del recurso contencioso administrativo.

A tal extemporaneidad se opone la actora sobre la argumentación de que la notificación de la resolución del TEAC es defectuosa ya que la comunicación del fallo mediante correo certificado con acuse de recibo se di-

rige a D. Cecilio, el representante, pero al domicilio sito en la calle000 núm. 001 de Las Palmas de Gran Canaria, cuando dicha dirección corresponde al representado, siendo el domicilio del representante, tal y como consta al folio 150 del expediente, el de avenida000 núm. 002-núm. 003. Por otro lado se denuncia que la notificación a través del servicio de correos (primer intento el 27 de octubre de 2000 “devuelto caducado” y segundo intento el 4 de enero de 2001 “desconocido”), responde a una reseña a mano de una rubrica

Tribunal actuó correctamente al notificar su resolución mediante la forma edictal, lo que no es el caso ya que como hemos visto al interponer la alzada no se hizo la designación que se prevé en el art. 48 del RPREA.

Esta actuación tampoco esta amparada por lo dispuesto en el art. 59.3 y 4, de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con los arts. 39 y ss del Real Decreto 1829/1999, de 3 diciembre, que aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13-7-1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales ya que el empleado del operador postal no hizo constar su número de identificación en el aviso de recibo que, en su caso, acompañe a la notificación (obra solo una rubrica ilegible) ni los motivos por las que no pudieron llevarse a cabo la primera de las notificaciones.

Al ser defectuosa la notificación que se efectuó del fallo del TEAC aplicando las disposiciones del art. 58.3 de la LRJ-PAC Ley 30/92 acerca de que surtirá efecto a partir de la fecha de la interposición de cualquier recurso que proceda, es de concluir que el recurso contencioso administrativo no es extemporáneo desestimándose la causa de inadmisibilidad invocada por el Abogado del Estado, al amparo de los arts. 82.f) y 58.2, ambos, de la Ley de la Jurisdicción.

De otro lado se ha de entender planteada la prescripción, producida en vía de recurso ante el TEAC, del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.

El plazo prescriptivo que resulta de aplicación al caso es el de cuatro años, rigiéndose la prescripción denunciada por lo determinado en los nuevos arts. 24 de la Ley 1/1998 y 64 de la LGT.

La aplicación del plazo de prescripción cuatrienal en el presente caso se corresponde con la redacción literal de la matización introducida por el Tribunal Supremo Sentencia de 19 de septiembre de 2001, pues el momento en que se cierra el periodo temporal durante el que ha estado inactiva la Administración es posterior al 1 de enero de 1999, y ello aunque el "dies a quo" del citado periodo sea anterior a la indicada fecha.

En consecuencia, interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo por escrito de fecha de presentación 22 de junio de 2001, considerándose esta como fecha de notificación, ha de estimarse la pretensión de prescripción por paraliza-

ción en vía de recurso de alzada por mas de cuatro años (el recurso de alzada se interpuso por escrito de fecha 11 de abril de 1997 y fue resuelto por acuerdo de 20 de octubre de 2000, que no se entiende notificado sino hasta el 22 de junio de 2001).

SEGUNDO.- La Audiencia Nacional, en la sentencia ahora recurrida, desestimó, como se ha visto, la inadmisión planteada por el Abogado del Estado y estimó el recurso interpuesto por D. Florentino. El Letrado de la Administración General del Estado, considerando que la sentencia debió declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, por presentación del escrito inicial fuera del plazo establecido, articula un motivo único de casación para alegar que la sentencia recurrida infringe el art. 69 de la Ley 29/98, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación a su vez con el art. 46 de la misma Ley, y con los arts. 83, 85 y 86 del Real Decreto 391/96, de 21 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico administrativas. Este motivo se invoca al amparo del apartado c) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional.

El art. 69.e) de la Ley 29/98 establece que la sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso en los supuestos en que "se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera el plazo establecido"; es decir, fuera del plazo de dos meses establecido en el art. 46.1, contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa.

La forma de practicar las notificaciones en vía económico administrativa se regula en el art. 83 del Reglamento de 1 de marzo de 1996. Este precepto enumera, por orden de prelación, la notificación en las oficinas del Tribunal; en el domicilio designado para notificaciones conforme al art. 48; en tercer lugar, la notificación en el domicilio del interesado, de su representante legal o apoderado, que conste en el expediente y fuera conocido; y por último mediante anuncios, en la forma prevenida por el art. 86.

En el presente supuesto no hubo personación en las oficinas en plazo, ni se designó para notificaciones un domicilio conforme al art. 48. Por tanto, dictado Acuerdo el día 20 de octubre de 2000, se intentó la notificación en el domicilio del interesado o de su representante que constare en el expediente o fuera conocido. Y por dos veces se intentó por medio de correo, en la forma prevista en el art. 85 del Reglamento de Procedimiento Económico Administrativo, notificación, concretamente la de 4 de enero de 2001, en la que, según obra en el expediente administrativo, la remisión se hacía a ambos, al representante D. Cecilio y al interesado, D. Florentino, en la calle000,

núm. 001, de Las Palmas, que, en definitiva, resultó ser el domicilio del propio interesado. En ambas ocasiones existió devolución, lo que obligó a la Administración a practicar la notificación en la cuarta forma prevista, es decir, por medio de anuncios, según lo establecido en el art. 86 del Reglamento. Así, según obra en el expediente administrativo, en el Boletín Oficial del Estado de 19 de enero de 2001 se practicaron los correspondientes anuncios, y la resolución del Tribunal Central fue expuesta al público en el tablón de anuncios del Tribunal Regional de Canarias desde el día 22 de enero de 2001 hasta el día 1 de febrero de 2001.

En consecuencia, el día 1 de febrero de 2001 hay que considerar debidamente efectuada la notificación según lo previsto en el art. 83 en relación con el 86 del Reglamento de Procedimiento Económico Administrativo. Esta consecuencia no se desvirtúa por la sentencia recurrida, ciertamente contradictoria en este punto, puesto que, admitiendo que no se designó domicilio para notificaciones conforme al art. 48 y que el domicilio era el del interesado, viene a concluir que la Administración no podía efectuar la notificación mediante diligencia o por anuncio.

A raíz de la validez de éste, el Abogado del Estado ante la Audiencia Nacional solicitó expresamente, en su contestación a la demanda, la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo, puesto que si la notificación fue realizada en enero de 2001 o el día 1 de febrero siguiente, resulta que la interposición del recurso contencioso administrativo no se realizó hasta el día 22 de junio de 2001, por lo que había transcurrido con exceso el plazo de 2 meses establecido por el art. 46 de la Ley Jurisdiccional, siendo aplicable en consecuencia la previsión el art. 69 de la misma.

La declaración de inadmisibilidad del recurso supone, por tanto, la confirmación o firmeza de la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central. Por todo ello el Abogado del Estado solicita que se case y anule la sentencia recurrida, sustituyéndola por otra en la cual se declare la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo por presentación del escrito inicial fuera del plazo establecido.

TERCERO.- La sentencia de instancia, estimando el recurso contencioso-administrativo, anula la resolución del TEAC de fecha 20 de octubre de 2000, por la que se estima en parte el recurso de alzada formulado por D. Florentino contra acuerdo del TEAR de Canarias, de 26 de febrero de 1997, recaído en expediente de regularización por el concepto de IRPF, ejercicio 1986 y cuantía de 150.256.033, y declara prescrito el derecho de la Administración a liquidar la deuda tributaria.

Para la más acertada resolución del presente recurso de casación, es conveniente precisar los siguientes extremos que han quedado acreditados en las actuaciones:

a) Al folio 2 del expediente del TEAC figura un Aviso de recibo del Servicio de Correos de la Estafeta del Ministerio de Administraciones Públicas, con certificado del 27 de octubre de 2000 en el que figura la siguiente identificación del destinatario del certificado: Interés: Florentino. Repres: Cecilio de. domicilio: calle000, núm. 001, Las Palmas.

En el aviso de recibo constaba, bajo el concepto de "clase de envío", que se trataba de una notificación; y en el concepto "contenido del certificado" se expresaba "Fallo TEoctubre 2000".

En el reverso del citado aviso de recibo figuraban unas anotaciones impresas con la indicación "devuelto caducado". Debajo del aviso de recibo figura una anotación ológrafa en la que se leía: "Enviada de nuevo al mismo domicilio y al BOE el 26-12-00". En el centro del Aviso de recibo aparecía estampado el sello del Tribunal Económico-Administrativo Central, indicando la fecha 18 de diciembre de 2000 como Registro de Entrada.

b) Al folio 1 del expediente del TEAC consta un Aviso de Recibo del Servicio de Correos. En la casilla correspondiente a la identificación del destinatario del certificado figura D. Florentino. Rep: D. Cecilio, calle000, núm. 001. Las Palmas. Se especificaba en "Clase de envío" que se trataba de una notificación y en el "contenido del certificado" se decía: Fallo TEOct.-2000. En la parte marginal derecha, en letra manuscrita, se decía: "Desconocido. 4-1-01 G.L." con una rubrica ilegible. No se lee el sello redondo de Correos que figura estampada pero sí el sello del Tribunal Económico-Administrativo Central, con fecha de 10 de enero de 2001 de Registro Entrada de la notificación intentada.

Como puede apreciarse, el TEAC procedió a notificar la resolución del recurso de alzada en el domicilio del Sr. Florentino, siendo de destacar que tales notificaciones se remitieron al mencionado domicilio con expresa indicación de que el destinatario del certificado era D. Florentino, aunque figurase también como representante D. Cecilio. Dicha notificación frustrada se intentó por dos veces, como reconoce la sentencia recurrida.

c) Al folio 23 del expediente del TEAC consta certificado, de fecha 2 de mayo de 2001, del Abogado del Estado-Secretario del TEAR de Canarias haciendo constar que la notificación referente a la resolución dictada por el TEAC en el expediente R.G. 3083-97; R.D. 623-00R, a instancia de D. Florentino, ha estado

expuesta al público en el Tablón de Anuncios del Tribunal Regional por término de diez días (desde el 22-01-01 hasta el 01-02-01).

d) Y al folio 5 del expediente del TEAC obra fotocopia de una hoja del BOE num. 17, correspondiente al viernes 19 de enero de 2001, relativa a la "Notificación a D. Cecilio, representante de D. Florentino, de fallo dictado por el Tribunal Económico-Administrativo Central en el expediente número R.G. 3083/97; R. S. 623/00 R, por aplicación de lo dispuesto en el art. 86 del Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, al no haberse podido practicar en el domicilio que consta en las actuaciones.

e) El Sr. Florentino, en el escrito de interposición de la reclamación económico-administrativa, que formuló en su propio nombre, designó como domicilio el de la calle000 núm. 001 de Las Palmas de Gran Canaria, domicilio que coincidía con el que se había utilizado ante la Inspección Tributaria. Así se hace constar en la sentencia recurrida.

f) El recurso de alzada fue interpuesto por D. Cecilio como representante del Sr. Florentino, que, sin embargo, significativamente, no señalaba ningún otro domicilio distinto del indicado como propio del interesado. Así lo reconoce la sentencia de instancia.

g) En resumen, siempre figuró el domicilio de la calle000 núm. 001 de Las Palmas de Gran Canaria a efectos de notificaciones (así se recoge, por ejemplo, en el encabezamiento de la resolución del TEAC). Ni ante el TEAR ni ante el TEAC figuró ningún otro domicilio que el ya indicado de calle000; en las actuaciones ante el TEAR y ante el TEAC no figuró domicilio alguno que pudiera corresponder al del representante D. Cecilio, que era el de avenida000 núm. 002-núm. 003, según consta al folio 150 del expediente, según nos cuenta la sentencia.

h) Habiendo consignado el Servicio de Correos, en el segundo intento de notificación, que en el domicilio señalado para notificaciones el destinatario de los certificados -D. Florentino y su representante D. Cecilio- eran desconocidos procedió el TEAC a efectuar la notificación mediante su publicación en el Tablón de Anuncios del TEAR de Las Palmas de Gran Canaria y en el Boletín Oficial del Estado.

CUARTO.- Las notificaciones en el propio domicilio que el interesado ha hecho constar deben producir efectos. La notificación afecta al principio de la buena fe en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, que impone a éstos un deber de colaboración con la Administración en la recepción de los actos de comunicación que aquella les dirija (STS de 28 de octubre de 2004).

La Ley General Tributaria establece un sistema tributario que sustenta en una serie de obligaciones de los sujetos pasivos, entre ellas la de comunicar expresamente el domicilio fiscal o tributario, que en el caso de las personas naturales ha de ser el de su residencia habitual. En razón a esto último, el art. 45 de la L.G.T. 230/1963 establece que la obligación de declarar el domicilio fiscal corresponde al sujeto pasivo y en el supuesto de que el mismo no comunique el cambio de dicho domicilio, éste no surte efectos frente a la Administración.

La Administración puede rectificar el domicilio fiscal o fijarlo primariamente previa la pertinente comprobación, pero no tiene, en principio, ningún deber u obligación de hacerlo, de entrada, ya que dicha carga recae normativamente sobre el sujeto pasivo (de modo que, si tal obligado tributario no cumple con la citada carga, el potencial cambio real de domicilio no produce efectos frente a la Administración hasta que se presente la oportuna declaración tributaria; y, además, intentada, varias veces, sin resultado, la notificación liquidatoria en el domicilio fiscal declarado expresamente, en su día, por el interesado —bien de una forma singularizada o bien con ocasión de autoliquidar el tributo de que se trate—, resulta válida la consecuente notificación edictal. (STS de 9 de octubre de 2001; recurso num. 4489/2000).

En esta línea, el art. 48 del Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico administrativas, aprobado por Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, (al igual que el art. 54.1 del R.P.R.E.A. aprobado por Real Decreto 1999/1981, de 20 de agosto) precisa con toda claridad que en el primer escrito que se presente en cada reclamación económico-administrativa, en cualquiera de sus instancias, habrá de exponerse necesariamente el domicilio en que deban hacerse las notificaciones, teniéndose por bien practicadas las que se verifiquen en dicho domicilio mientras no se haya acreditado en el expediente la sustitución de aquél por medio de escrito de comparecencia personal suscrita por el interesado o apoderado.

En el caso de autos, el interesado D. Florentino señaló como domicilio para las notificaciones relativas a la tramitación, sustanciación y resolución de la reclamación económica administrativa el de calle000 núm. 001 de Las Palmas de Gran Canaria, sin que a lo largo de su tramitación y posterior recurso de alzada se comunicara cambio de domicilio a efectos de notificaciones, de donde se deduce que al aparecer como "desconocido" en ese domicilio en el segundo intento de notificación, el TEAC actuó correctamente al notificar mediante anuncio en el Tablón de Anuncios del TEAR de Las Palmas y en el Boletín Oficial del Estado.

Así lo hemos dicho en nuestra sentencia de 21 de diciembre de 2001 (recurso num. 5661/1996) y en la anterior de 28 de mayo de 2001: la notificación edictal está atemperada a Derecho al no haberse podido realizar la personal en el domicilio que en el expediente figuraba para la Administración.

Dijimos también entonces que el orden de prelación de las distintas formas de notificación que aparece en los arts. 83 y 87 de los Reglamentos de Procedimiento referidos, no quiere decir que haya de seguirse una tras otra, hasta llegar a la notificación edictal, sino que el Reglamento confiere a los recurrentes la posibilidad de optar por las distintas formas que permite, en el entendimiento de que, por razones de economía y eficacia, el Reglamento prefiere una sobre otra, y así la primera es la oficina del Órgano que ha dictado el acto recurrido, por la sencilla razón de que esta Oficina ha debido notificar precisamente el acto que se recurre. La forma que prefiere a continuación es la del domicilio especialmente elegido por el recurrente para las notificaciones de la concreta reclamación de que se trate, que será el resultado de las circunstancias personales que concurren, y así puede ser la de su Abogado, Asesor Fiscal, Gestor administrativo, amigo, pariente, etc. Ahora bien, esta designación no impide que a lo largo de la tramitación pueda el recurrente cambiar de domicilio, en el entendimiento de que si no lo comunica formalmente el Tribunal considerará válido el inicial. Las restantes formas por las que puede optar son el domicilio civil del interesado, de su representante legal o de su apoderado, que de otro modo constare en el expediente o fuera conocido. Por último, el cuarto en el orden de prelación, no es optativo, sino que opera cuando fracasan las notificaciones en el domicilio elegido por el recurrente.

Es claro, por tanto, que el TEAC eligió la segunda forma de notificación: la del domicilio especialmente elegido por el obligado tributario para las notificaciones de la concreta reclamación económico administrativa que formuló, sin que fuera modificado por su representante al interponer el recurso de alzada, de modo que el domicilio especial elegido inicialmente continuaba vigente y por ello, al ser desconocido en el mismo no ya el representante Sr. Cecilio Fariña sino también el Sr. Florentino que lo había designado, el TEAC actuó correctamente al notificar su resolución mediante la forma edictal. Otra cosa es que la Sala entienda que las notificaciones de la resolución del TEAR en el último domicilio designado por el interesado sean válidas para producir efectos y que, consecuentemente, no fuera necesario llegar a la notificación edictal.

La parte recurrida tenía que estar y acomodarse al domicilio designado por ella por imperio de la regla "ve-

nire contra "factum" propum non valet...".

Hay que proteger el principio de confianza que se basa en la coherencia del comportamiento en las relaciones humanas y negociales. Por ello, forzoso resulta destacar la incoherencia extrema del proceder observado en la parte recurrida que designa un domicilio y luego resulta que es desconocido en el mismo. La consecuencia ha sido bien puesta de relieve en las sentencias del Tribunal Constitucional 133/1986, de 29 de octubre, y 188/1987, de 27 de noviembre: cuando el destinatario no es hallado en el lugar por él designado, la Administración no tiene obligación de llevar a cabo "largas, arduas y complejas indagaciones ajenas a su función".

En conclusión, que las dos notificaciones efectuadas por el TEAC en el domicilio del obligado tributario fueron correctas.

La circunstancia de que el Aviso de recibo de Correos contuviera no un nombre sino dos (el del propio obligado tributario y el de su representante legal) no constituye ninguna irregularidad, puesto que la notificación se dirigía al domicilio correcto, correspondiente al interesado; pero es que bien podría decirse que el hecho de que figurasen dos nombres pudo constituir una precaución "ad cautelam" del TEAC a la vista que había interpuesto el recurso de alzada un representante del obligado tributario que, sin embargo, no había señalado domicilio distinto al de aquél, como se ha destacado con anterioridad.

Habida cuenta de la corrección de los intentos de notificación de la resolución del TEAC en el domicilio que consta en las actuaciones, debe estimarse el recurso de casación del Abogado del Estado y en consecuencia casarse la sentencia recurrida, debiendo la Sala resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate (art. 95.2.d) LJCA).

QUINTO.- A la luz de las consideraciones anteriores y si se consideran debidamente efectuados los dos intentos de notificación (el primer intento el 27-10-2000 -el devuelto por caducado- y el segundo intento -devuelto por desconocido- el 4-1-2001), hay que entender que el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Florentino resultó extemporáneo toda vez que no se presentó el escrito de interposición de recurso hasta el 22 de junio de 2001, con lo que había transcurrido con creces el plazo de dos meses establecido en el art. 46.1 de la Ley de la Jurisdicción, siendo aplicable, en consecuencia, la previsión del art. 69.e) de la misma Ley, con la consiguiente inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del TEAC de fecha 20 de octubre de

2000, que debe ser confirmada al haberse presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido.

Por vía de consecuencia, debe entenderse también que nunca se produjo la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, pues desde el 11 de abril de 1997, fecha de la interposición del recurso de alzada, hasta las notificaciones de la resolución del TEAC en el domicilio del obligado tributario (27-10-2000 y 4-1-2001), no habían transcurrido cuatro años.

SEXTO.- Procediendo estimar el presente recurso de casación, no ha lugar a hacer expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en el mismo y en el recurso contencioso-administrativo de instancia, a tenor de lo al respecto prescrito en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción.

Por lo expuesto,

En nombre de su Majestad el Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución

FALLO

Que debemos estimar, y estimamos, el recurso de casación inter-

puesto por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada, con fecha 21 de octubre de 2003, por la Sala de la Jurisdicción, Sección Tercera, de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo num. 1209/2002, sentencia que casamos y anulamos, y, en su lugar, inadmitimos por extemporáneo el recurso interpuesto por D. Florentino y confirmamos la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de octubre de 2000 y la liquidación de que trae causa, sin hacer pronunciamiento en las costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Rafael Fernández Montalvo.- Juan Gonzalo Martínez Mico.- Emilio Frías Ponce.- Ángel Aguillo Avilés.- José Antonio Montero Fernández.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Juan Gonzalo Martínez Mico, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

empresas a que procedan a su aplicación íntegra a todo el personal con efectividad económica de un año anterior a la formulación inicial de la demanda. Los sindicatos Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores y Unión Sindical Obrera, se adhieron a la demanda en el acto del juicio que se celebró ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

La Sala de instancia dictó sentencia por la que desestimaba las excepciones procesales que habían sido formuladas por las codemandadas y, al propio tiempo, desestimó la demanda, absolviendo a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

Interponen sendos recursos de casación común los sindicatos CCOO, UGT y CIG, que serán examinados separadamente.

SEGUNDO.- Recurso del sindicato Comisiones Obreras.

Denuncia, por interpretación errónea los arts. 83.1 y 82.3 párrafo 1º del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los arts. 1116, 1284 y 1285 del Código civil, en relación con el art. 1 párrafo 1º del II Convenio colectivo del Grupo Unión Fenosa.

Como cuestión previa al análisis del motivo es oportuno recordar que el II Convenio de referencia fue objeto de una larga negociación, en la que se planteó, como una de las reivindicaciones sindicales, su aplicación a las empresas Comercial y Metra, no obteniéndose acuerdo sobre ese extremo y pactándose finalmente el convenio entre la Dirección del Grupo y los sindicatos Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Unión Sindical Obrera, y Confederación Intersindical Gallega, el 29 de abril de 2002, y retrotrayéndose sus efectos al 1 de enero de 2000. (Hecho tercero de los declarados probados).

El art. 1 del Convenio colectivo, regulador del ámbito funcional, establece que "el II Convenio Colectivo de Grupo de Unión Fenosa establece el marco unitario en el que se desarrollarán las relaciones laborales en "Unión Fenosa S.A. "Unión Fenosa Generación S.A. "Unión Fenosa Distribución S.A. y en las empresas que en adelante se integren en el mismo como consecuencia de procesos de separación de actividades o similares, siempre que impliquen la incorporación obligatoria a la nueva empresa del personal proveniente de la empresa en que se ha producido la separación.

La integración en el II Convenio Colectivo del Grupo de Unión Fenosa de nuevas empresas del grupo mercantil, o de otras provenientes de procesos de separación o similares al margen de lo establecido en el párrafo anterior, requiere el previo acuerdo de las partes firmantes de este.

No estarán incluidas por tanto en este Convenio Colectivo de Grupo Unión Fenosa las restantes sociedades que en términos mercantiles, componen hoy el grupo de empresas Unión Fenosa, ni aquellas que pudiesen indicarse en el futuro al margen de lo indicado en los párrafos precedentes"

Pues bien. Según se expresa en los hechos probados sexto y séptimo, Unión Fenosa Comercial se constituyó -aunque con otro nombre- en diciembre de 1998 y Unión Fenosa Metra S.L. en enero de 2000. Por tanto ambas entidades tenían vigencia y actividad en la fecha 29 de abril de 2002, en que se suscribió, por la Dirección del Grupo y los sindicatos, el convenio colectivo que expresamente dejaba fuera de su ámbito las relaciones laborales en ambas empresas. Señala acertadamente la sentencia recurrida y recuerda el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, que ninguna de las dos empresas están insertas en el ámbito de aplicación del convenio, ninguna de las dos proviene de una segregación o separación de la empresa principal, después de suscrito el convenio. Aparece claro lo que la recurrida reitera: se intenta por la vía del juicio obtener lo que no se logró en las negociaciones del convenio.

Siendo innecesarios mayores razonamientos: el texto del Convenio no permite sea de aplicación a empresas que no se recogieron en su texto. No siendo de aplicación los restantes preceptos que el recurrente denuncia. Se impone en consecuencia la desestimación del recurso. Sin costas.

TERCERO. Recurso de la Unión General de Trabajadores.

Se articula en dos motivos, en los que al amparo del art. 205, c), insta la nulidad de actuaciones, por haberse denegado diligencias de prueba testifical e interrogatorio de las partes (motivo primero) y por insuficiencia del relato de hechos probados (motivo segundo).

La sentencia recurrida ya razonaba suficientemente la razón por la que se había denegado una prueba que resultaba inútil. No puede olvidarse que en este pleito se pretende la aplicación de un Convenio colectivo a dos sociedades que habían sido excluidas de su ámbito de aplicación. Esa pretensión, o es meramente una cuestión jurídica o constituiría un conflicto de intereses ajeno a nuestra competencia, y, en el primer caso, su éxito solo puede lograrse interpretando las cláusulas del convenio acordado precisamente por las mismas partes que hoy litigan, siendo irrelevante que los trabajadores de las empresas excluidas realicen o no tareas idénticas a las que se llevan a cabo en las empresas incluidas en el ámbito del convenio. Por tanto no se ha producido indefensión desde el momento en que los datos que se pretendían aportar con las pruebas



2009/166029

TS Sala 4ª, Sentencia 29 junio 2009. Ponente: D. D. Luis Ramón Martínez Garrido

No es sustitutable por los tribunales la voluntad de las partes Inclusión de sociedades en el ámbito de aplicación de convenio

Desestima el TS el recurso de casación formulado por la federación accionante contra sentencia que rechazó su demanda de conflicto colectivo sobre ámbito de aplicación del convenio colectivo del grupo eléctrico demandado.

Señala la Sala que fue voluntad de las partes negociadoras dejar fuera de su ámbito a las dos sociedades que se pretenden incluir, las cuales ya se hallaban en el momento de la suscripción del convenio inscritas y operando en el mercado, de forma que la modificación del ámbito precisa que el acuerdo se obtenga, bien como resultado de negociación, bien como fruto del planteamiento de un conflicto de intereses, sin que puedan los tribunales de justicia sustituir la libre voluntad de las partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La Confederación Intersindical Gallega (CIG) interpuso demanda por el cauce de conflicto colectivo frente a las empresas Unión Fenosa, S.A., Unión Fenosa Distribución, S.A., Unión Fenosa Generación, S.A., Unión Fenosa

Metra, S.L. y Unión Fenosa Comercial, S.L., en la que se postulaba se dictara sentencia por la que se declarase que el II Convenio colectivo de Unión Fenosa Grupo es de aplicación al personal que presta servicios a las empresas Unión Fenosa Metra, S.L. y Unión Fenosa Comercial, S.L., condenando a estas dos

denegadas eran absolutamente irrelevantes para el resultado del litigio, hasta el punto que, aún teniendo por acreditados los hechos que se pretendían incluir en el relato de hechos probados con su práctica, el resultado hubiera sido el mismo. En la regulación legal de los convenios colectivos su ámbito funcional y personal se fija por las partes que deben hacerlo constar en su texto (art. 85.3.a) del Estatuto de los Trabajadores), no existiendo vía alguna que imponga o permita modificar el ámbito funcional pactado por los negociadores. Es de destacar, por otra parte, que las diligencias de prueba denegadas fueron propuestas en el juicio por el sindicato CIG, que, en el recurso que hoy formula, ni siquiera menciona el tema.

Respecto a la supuesta insuficiencia del largo relato de hechos probados (trece folios) de la recurrida es conclusión que también hay que desestimar. No señala el recurrente cuales sean los hechos que, siendo necesarios para la solución del litigio, se omitieron. Nuevamente hemos de recordar que el objeto de este proceso era el señalado en el suplico de la demanda y a tal fin el relato de la sentencia recurrida es exhaustivo. En consecuencia, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, se impone la desestimación del recurso. Sin costas.

CUARTO.- Recurso de la Confederación Intersindical Gallega, iniciadora de este proceso.

Se articula en motivo único al amparo del apartado e) del art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral, señalando que se concreta "exclusivamente a denunciar la interpretación errónea que del art. 1º del Convenio de Grupo lleva a cabo la sentencia recurrida, al decidir que no resulta aplicable dicha norma a las empresas UFM y UFC vulnerando dicho precepto, en relación con el art. 17.1 ETT, al producir una diferencia de trato entre unos y otros trabajadores a quienes se aplica el Convenio no justificada objetivamente, afectando con ello además a la adecuación del marco de la negociación".

El motivo aparece redactado en términos tales que resulta difícilmente aceptable, pues, en esencia, es una mera reiteración de la demanda, aduciendo los hechos que interesan a su tesis, que no coinciden con el relato de hechos probados, cuyos términos no ha tratado de modificar por el cauce adecuado.

El texto del art. 1 del II Convenio de Grupo de Fenosa, ha sido más arriba transcrito y es indudable que fue voluntad de las partes dejar fuera de su ámbito las dos sociedades que hoy se pretenden incluir. La exclusión aparece expresamente formulada al decir que "No estarán incluidas por tanto en este Convenio Colectivo de Grupo Unión Fenosa

las restantes sociedades que en términos mercantiles, componen hoy el grupo de empresas Unión Fenosa, ni aquellas que pudiesen crearse en el futuro al margen de lo indicado en los párrafos precedentes". El acuerdo fue resultado de la voluntad libre de las partes negociadoras, entre las que se hallaba la hoy recurrente, siendo así que en el momento de la suscripción del Convenio las dos sociedades ya se hallaban inscritas y operando en el mercado. La modificación del ámbito del Convenio ha de ser forzosamente el acuerdo que se obtenga, bien como resultado de negociación, bien como fruto del planteamiento de un conflicto de intereses, sin que puedan los Tribunales de Justicia sustituir la libre voluntad de las partes.

Consecuencia de lo expuesto es que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal proceda la desestimación del recurso. Sin costas.

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

FALLO

Desestimamos los recursos de casación, interpuestos por los Letrados Sr. Lillo Pérez, en la representación que ostenta de FEDERACION MINEROMETALURGICA DE CC.OO., Sr. Aguado Pastor, en nombre y representación de FEDERACION DE INDUSTRIAS AFINES DE LA CENTRAL SINDICAL UNION GENERAL DE TRABAJADORES y Sr. García Fernández, en representación de CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.), contra la sentencia de la Sala de lo Social de las Audiencias Nacionales de fecha 29 de diciembre de 2006, recaída en autos número 157/2006, promovidos por la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (a la que adhirieron los sindicatos UGT, CC.OO. y UNION SINDICAL OBRERA) frente a UNIÓN FENOSA, S.A. UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A. UNIÓN FENOSA GENERACIÓN, S.A. UNIÓN FENOSA METRA, S.L. Y UNIÓN FENOSA COMERCIAL, S.A. y UNION SINDICAL OBRERA, U.S.O.. Sin costas

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

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

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

2009/190334

TS Sala 4ª, Sentencia 28 julio 2009. Ponente: D. José Luis Gilolmo López

De trabajadora previamente despedida en Correos

Indemnización por lesión de la garantía de indemnidad tras exclusión de bolsa de empleo

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandada Correos contra sentencia que consideró vulnerada la garantía de indemnidad de la trabajadora al excluirla de sus bolsas de empleo por no cumplir el requisito de no haber sido despedida ni indemnizada por despido. Condena el Alto Tribunal a la recurrente a que realice a la actora las pruebas que fueron convocadas para ingreso de personal fijo.

Según la Sala, no basta con probar la exclusión de la lista de contratación y la no ocupación para entender que existe un daño indemnizable, sino que es necesario, además, que el daño sea efectivo y esa efectividad sólo surge de la contratación durante el periodo de referencia de otros aspirantes en peor posición que la actora. Por ello, como la actora afirmó en la demanda que en el periodo en que ha estado excluida de la lista, Correos "contrataba, todos los días, temporalmente a trabajadores con menor derecho", la demandada estaba obligada a negar de manera inequívoca este hecho y a acreditar, en virtud del principio de proximidad o control de la prueba, que en el periodo en cuestión no había sido contratada ninguna persona con puntuación inferior en la lista a la de la trabajadora, de forma que, al no hacerlo, ha quedado acreditado el daño y, en consecuencia, surge la obligación de indemnizarlo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La actora ha venido prestando servicios en Correos en los periodos que constan en la certificación de servicios a la que remite el hecho probado primero. Fue cesada el 16 de mayo de 2004 e interpuso demanda por despido que, declarado nulo por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Elche, después se declaró improcedente por la Sala del TSJ de la Comunidad Valenciana, optando la entidad demandada por la indemnización y cesando la actora de forma definitiva el 28 de marzo de 2006. Por sentencia de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo

del 29 de mayo de 2008, en recurso de casación unificadora núm. 2979/06, tras declararse la inexistencia del despido, se concluyó desestimando la demanda inicial. Con fecha 30 de junio de 2006 se convocaron pruebas de ingreso de personal fijo, presentando la actora solicitud para formar parte de las bolsas de empleo, de las que fue excluida por no cumplir el requisito de no haber sido despedida, ni indemnizada. En la demanda inicial de las presentes actuaciones se solicita que se declare la vulneración del derecho a la igualdad y de la garantía de indemnidad, que se le permita acceder a las bolsas de contratación y realizar la prueba de selección en las condiciones de la convocatoria de la que fue excluida, así como el abono de una indemnización. La sentencia de instancia estimó en parte la pretensión, reconoció la vulneración del derecho a la igualdad y el derecho a quedar incluida en la bolsa de contratación para prestar servicios en la primera vacante que se produjera, condenando a la demandada al abono de 22.965,80 euros por los daños causados. Esta indemnización se fijó partiendo de los siguientes criterios:

1º) La exclusión de las listas sólo se produce a partir del 28 de marzo de 2006 y hasta entonces no existe pérdida de ingresos porque la actora ha percibido salarios y tiene pendiente de cobrar los de tramitación.

2º) Desde el 4 de abril hasta el 3 de agosto de 2006 percibió prestaciones por desempleo y, por tanto, tampoco acredita una pérdida de ingresos. Se fija, pues, una indemnización por la pérdida de los salarios desde el 29 de marzo al 3 de abril de 2006 y desde el 4 de agosto de 2006 hasta la fecha de la sentencia (12-12-2007) que, conforme al salario declarado probado (43,42 € en 2006 y 47,06 € en 2007), se cuantifica en los referidos 22.965,8 euros.

2. La sentencia de instancia fue recurrida por las dos partes en suplicación. Correos y Telégrafos planteó cuatro motivos, sosteniendo la exclusión de la indemnización por no ser firme el carácter improcedente del despido (que, como se vio, ha sido definitivamente declarado como inexistente), la inaplicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, la lesión del derecho a la negociación colectiva y la falta de acreditación del daño, entre otras razones, por no haber justificado la actora los contratos que pudieran haberle correspondido en caso de ser admitida en la bolsa. La parte actora formalizó cuatro motivos relativos a la repetición de la prueba de selección, la vulneración de la garantía de la indemnidad y la determinación de la indemnización de daños y perjuicios.

3. La sentencia recurrida desestimó el recurso de la entidad empleadora y estimó en parte el de la demandante, al considerar también

vulnerada la garantía de indemnidad, condenando a la demandada a realizar la prueba de selección en las mismas condiciones de la convocatoria de 30 de junio de 2006, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida.

4. Contra este pronunciamiento recurre en casación unificadora la sociedad estatal demandada, planteando un solo punto de contradicción, relativo al reconocimiento de la indemnización por los días en que se contrató a otros trabajadores que tenían una posición inferior en las listas, y aportando como sentencia de contraste la dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 17 de junio de 2008 (R. 2862/2007). En ella se condena a la entidad demandada al abono a los actores de una indemnización por los salarios dejados de percibir pero limitados a los períodos en que hubiesen sido contratados otros trabajadores con inferior preferencia y excluyendo cualquier cantidad adicional por daño moral. Los allí demandantes habían sido excluidos también de las listas de contratación tras la formulación de sus demandas por despido y la sentencia referencial fija la indemnización en “346,46 € por día, desde la fecha en que fueron contratados por la demandada trabajadores con inferior puesto en las lista”.

5. Y es precisamente en este punto, es decir, respecto a los días de salario que han de tenerse en cuenta, en el que puede apreciarse la contradicción que se invoca, debiendo aclararse, por un lado, que el escrito de interposición, aunque ciertamente parco, contiene una relación suficientemente precisa y circunstanciada de la contradicción porque establece la identidad de las controversias y la oposición de los pronunciamientos. Por otra parte, y a la vista de alguna de las manifestaciones del Ministerio Fiscal, también conviene dejar sentado que la sentencia aquí impugnada, al confirmar en este extremo la resolución de instancia, se limita a cuantificar el importe de la indemnización, exclusivamente, en función de la pérdida de ingresos, según dice de forma literal, “por el período comprendido entre el 29 de marzo y el 3 de abril de 2006 y entre el 4 de agosto de 2006 y la fecha de dictado de la presente sentencia, que, según el salario declarado probado, asciende a un total de 22.965,8 euros”, cantidad ésta que, en cuanto tal, no aparece cuestionada en el recurso.

SEGUNDO.- 1. El problema que el recurso plantea ha sido resuelto recientemente por esta Sala, analizando además la misma resolución referencial, en nuestra sentencia de 24 de junio de 2009 (R. 3412/08), y a idéntica solución, que no hay motivos para alterar, debemos llegar ahora, no sólo por elementales razones de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, sino también por resultar ello acorde con el espíritu y finalidad del recurso de casación

para la unificación de doctrina. La expresada resolución, en lo que aquí interesa, contiene los siguientes razonamientos literales, que sirven igualmente, como allí, para desestimar el presente recurso: “El recurso no puede estimarse. Es cierto que la reparación del daño exige la alegación y acreditación de éste, que, según precisa la sentencia de contraste, ha de realizarse con criterios objetivos que en este caso han tener en cuenta “los salarios dejados de percibir por mor del decaimiento de las listas de contratación, aunque exclusivamente limitados a los períodos en que hubiesen sido contratados trabajadores con inferior preferencia en tales listas... y en el reconocimiento de tal privación contractual a los efectos -económicos- del cómputo de ese tramo temporal como de trabajo”. Y es así, porque el daño, que es elemento constitutivo necesario de la reparación, ha de ser efectivo y no se produce por la simple exclusión de la lista y la falta de empleo, sino que tiene que ponderar también la pérdida efectiva de las oportunidades de trabajo y no la de una mera expectativa de ocupación.

Sólo hay pérdida efectiva de empleo cuando se ha producido la contratación de personas que ocupaban en las listas una posición inferior a la de la demandante. Esta exigencia de acreditación del daño ha sido establecida con reiteración por la Sala Primera de esta Tribunal y por esta Sala. Así la sentencia de la Sala Primera de 26 de octubre de 2005 señala que la doctrina que mantiene la posibilidad de acordar el efecto indemnizatorio por el simple incumplimiento es una doctrina que se refiere a supuestos excepcionales, en los que el incumplimiento determina “por sí mismo” un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral. Pero este criterio no puede generalizarse, porque “la jurisprudencia es reiterada en el sentido de que la indemnización exige la constancia de la existencia de daños y perjuicios y la prueba de los mismos”. De esta forma -sigue diciendo la sentencia citada- “la cuestión relativa a la existencia o no de daños y perjuicios es de mero hecho”. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la doctrina que recoge la sentencia de 12 de diciembre de 2007, que cita otras muchas, entre ellas las de 22 de junio de 1996, 9 de noviembre de 1998, 28 de febrero de 2000 y que, en síntesis, señala que no basta con que quede acreditada la vulneración de un derecho fundamental; es preciso para que haya condena a la indemnización que “en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios

o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”.

Hay que concluir, por tanto, que no basta probar la exclusión de la lista o bolsa de contratación y la no ocupación para entender que existe un daño indemnizable. Es necesario además, como señala la sentencia de contraste, que el daño sea efectivo y esa efectividad sólo surge de la contratación durante el período de referencia de otros aspirantes en peor posición que la actora. Pero lo cierto es que en la demanda la actora afirma que en el período en que ha estado excluida de la lista, Correos “contrataba, todos los días, temporalmente a trabajadores con menor derecho”. De esta forma, en la demanda se concreta y se delimita el daño de una manera efectiva, como exige la sentencia de contraste, y ante una afirmación como ésta la demandada estaba obligada a negar de manera inequívoca este hecho y acreditar, en virtud del principio de proximidad o control de la prueba, que en el período en cuestión no había sido contratada ninguna persona con puntuación inferior en la lista. No lo hizo así, como se deduce del acta de juicio y de las alegaciones formuladas en el recurso de suplicación, en el que se insiste en que “en ningún momento acredita su derecho a ser contratado, no justifica, ni siquiera menciona, los contratos que le habrían correspondido por el orden que ocupaba en las listas (...). Es cierto que, conforme al principio general de la carga de la prueba, correspondía a la actora probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de su demanda (artículo 216.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Pero, aparte de las excepciones que la propia ley establece en orden a la tutela antidiscriminatoria y la protección de los derechos fundamentales (artículos 96 y 179 de la Ley de Procedimiento Laboral), la doctrina jurisprudencial ha venido aplicando con carácter excepcional un criterio alternativo de carácter corrector ponderando las especiales dificultades probatorias de determinados hechos y la posición de las partes ante los medios de prueba. Así, por ejemplo, en materia de reincorporación de la excedencia, la sentencia de 6 de octubre de 2005, que continúa una línea doctrinal anterior, señala que “la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte. Criterio éste que en la actualidad ya viene legalmente consagrado, al establecer el apartado 6 del tan citado art. 217 de la LEC vigente, tras haber suministrado determinadas reglas concretas acerca de la carga probatoria, que “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados an-

teriores de este artículo, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

Conforme a este principio se concluye que no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor probabilidad de los elementos probatorios acerca de la existencia o inexistencia de determinada vacante en un momento concreto, no sólo porque a su alcance se encuentra la pertinente documentación, sino además porque la posible inexistencia, pese a tratarse de un hecho negativo, puede perfectamente probarla, en el caso de ser cierta, por cualquiera de los demás medios admitidos en derecho, entre ellos la testimonial a cargo del personal conocedor del hecho”. (...) En conclusión, aunque efectivamente el daño no surge únicamente de la exclusión de las listas en la falta de empleo, lo cierto es que en el presente caso hay que considerar como acreditado el daño en los términos que para el período aceptado por la sentencia recurrida se establece en ésta, ya que la entidad demandada no ha probado que en ese período la actora no hubiese sido contratada por estar en una posición en la lista inferior a la de las personas que sí lo fueron”.

2. Debe, por tanto, desestimarse el recurso, con los pronunciamientos que de ello se derivan en orden a la pérdida del depósito constituido para recurrir y la condena en costas. En cuanto a la consignación realizada, se mantiene la misma en garantía del cumplimiento de la condena.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 15 de julio de 2008, en el recurso de suplicación núm. 1846/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Elche, en los autos núm. 619/07, seguidos a instancia de D^a Encarna contra dicha recurrente, sobre tutela de derecho fundamental de igualdad. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, manteniéndose la consignación realizada como garantía del cumplimiento de la condena. Condenamos a la empresa recurrente al abono de los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la cuantía que, dentro de los límites legales, fijará la Sala si a ello hubiera lugar. Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

(...)



2009/158085

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 9 julio 2009.
Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

Reserva provisional de frecuencias a favor de Radiotelevisión Española en el canal 26 de UHF

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Ente Público Radiotelevisión Española contra la STSJ de Madrid, y en su lugar se desestima el recurso contencioso administrativo formulado contra la resolución de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnología de la Información, que acordó realizar la reserva provisional de frecuencias a favor de Radiotelevisión Española en el canal 26 de UHF correspondiente a la estación de Navarra TVE 1. La Sala considera que el acto impugnado no infringe la Ley 41/1995 pues, por un lado, esta misma Ley establece la preferencia de la asignación de frecuencias a los canales de ámbito nacional y, por otro lado, la asignación objeto de litigio no hace estéril la garantía temporal de emisión de que pudiera gozar la recurrente, asimismo, tampoco infringe los derechos fundamentales cuya vulneración se denunciaba ni incurre en arbitrariedad. Por último, indica que el derecho a la libertad religiosa no implica que la recurrente deba tener asegurada en todo caso la utilización de las concretas frecuencias radioeléctricas que se atribuyó sin título específico para usarlas.

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

2009/216684

TC Sala 2ª, Sentencia 28 septiembre 2009.
Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo

Condena a pena privativa de libertad superior a la soidada

El TC estima parcialmente el recurso promovido frente a resoluciones que condenaron al recurrente por un delito contra la salud pública, declarando vulnerados sus derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías. Señala la Sala, entre otras consideraciones, que, instada por la parte acusadora la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito imputado, el órgano judicial no puede imponer una pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso. Es esta ruptura del vínculo de congruencia entre la acusación y la pena impuesta la que conlleva la estimación de amparo en este extremo.

to la actora no adeudaba nada, al haberse garantizado las misma con una cesión de rentas, que no se cobraron sin que la recurrente ejercitara las acciones pertinentes, y con unas letras de cambio, que tampoco fueron protestadas ni se ha interpuesto la correspondiente acción cambiaria. En conclusión, la Sala entiende que las garantías "pro solvendo" se convirtieron en "pro soluto" al haber dejado la entidad financiera sus derechos sin ejercitar.

2009/178818

TS Sala 1ª, Sentencia 17 julio 2009. Ponente: D. Román García Varela

Nulidad de acuerdo de privación de acceso por los patios y ascensores a titulares de plaza de garaje

El TS desestima el recurso de casación presentado por la demandada contra la sentencia dictada por la AP, y la confirma. Este Tribunal, entre otros pronunciamientos, considera que la sentencia impugnada no vulnera precepto alguno cuando declara la nulidad del acuerdo de la junta de propietarios consistente en la privación de acceso por los patios y ascensores a los titulares de las plazas de garaje sin vivienda, en cuanto el demandante sí forma parte de la comunidad de propietarios de todo el edificio, en la medida en que es partícipe de los elementos comunes según su cuota de participación, que le atribuye un derecho de uso compartido con el resto, dicho acuerdo vulnera no sólo lo que establece el título constitutivo sino la ley

sentencia en el recurso de casación deducido contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de prevaricación medio ambiental y contra el medio ambiente. Señala la Sala, en cuanto al importe de la cuota de la pena de multa, que es cierto que el legislador ha establecido que se fijará el importe de la misma teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del reo. Esta situación económica habrá que deducirla de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo; fijándose en este caso, teniendo en cuenta que no se trata de un indigente y que podría concluirse que tiene ingresos en cuantía no determinada, en la cantidad de treinta euros día.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/158093

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 8 julio 2009.
Ponente: D. Eduardo Espín Templado

Incompatibilidad de la marca solicitada por riesgo de asociación con la prioritaria oponente

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil contra la STSJ de Madrid y en su lugar estima el recurso contencioso administrativo, formulado contra las resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas, dictadas en el expediente correspondiente a la marca "Dermoestética Magazine", que anula, procediendo la denegación de la solicitud de inscripción de la misma. La Sala considera que las marcas en litigio presentan una coincidencia denominativa relevante, la del término "dermoestética" que es sin duda el de mayor distintividad de los tres presentes entre las dos marcas, y dicha coincidencia denominativa y fonética hace que la marca solicitada "Dermoestética Magazine" pudiera asociarse a la prioritaria "Corporación Dermoestética", llevando a los usuarios a pensar que cualquier publicación con esa denominación perteneciese a la empresa titular de la prioritaria.

TS SOCIAL

2009/166001

TS Sala 4ª, Sentencia 23 junio 2009.
Ponente: Dª Mª Lourdes Arastey Sahún

Gastos de destacamento por demora de traslado

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por los mandos intermedios accionantes contra sentencia que rechazó su pretensión frente a ADIF, sobre gastos de destacamento por demora de traslado.

Señala la Sala, en cuanto a la toma de posesión para la cobertura de puestos de carácter definitivo a través de concurso, como es el caso enjuiciado, que la normativa laboral de la demandada indica que a partir de uno y tres meses, respectivamente, los trabajadores percibirán la cantidad fijada en las tablas salariales vigentes en concepto de gastos de destacamento por demora de traslado, sin que en el pleito se haya ofrecido discusión sobre la adecuación, en su caso, del importe reclamado al tiempo de demora.

TS CIVIL

2009/165903

TS Sala 1ª, Sentencia 21 julio 2009.
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

Conversión de garantías "pro solvendo" en "pro soluto" ante la falta de ejercicio de la acción

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la prestamista demandada, confirmando la sentencia de la AP y de la instancia que declara que al vencimiento de las pólizas de crédi-

TS PENAL

2009/112124

TS Sala 2ª, Sentencia 28 mayo 2009.
Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

Vulneración del derecho del acusado a la tutela judicial efectiva en fijación de cuota diaria de multa

De conformidad con la sentencia del TC que declaraba que se había vulnerado el derecho del acusado a la tutela judicial efectiva, el TS dicta segunda