



# 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 2746

Madrid, lunes 19 de octubre de 2009



## TS PENAL

2009/143752

TS Sala 2ª, Sentencia 12 junio 2009. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

### Responsabilidad civil directa de compañía de seguros por delito doloso de su asegurado

*Frente a la sentencia de la AP que dictó diversas absoluciones y condenó a uno de los acusados como autor de un delito de estafa y otro de deslealtad profesional interpone recurso de casación la acusación particular que resulta parcialmente estimado. El TS condena, en segunda sentencia, a la aseguradora como responsable directo de la indemnización civil pues una cosa es el principio de no asegurabilidad del dolo, que rige en nuestro derecho con carácter general y otra muy distinta que, acreditada la conducta dolosa del asegurado, los efectos jurídicos del seguro no se desplieguen respecto a terceros, a salvo la oportuna acción de repetición frente al asegurado.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Murcia, Sección Tercera, absolvió a José Pablo, Luis Francisco, Juan María y Luis María de un delito de estafa, de los que venían acusados por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, y a Miguel Ángel de un delito de insolvencia punible (en la modalidad de alzamiento de bienes), del que era igualmente acusado por la acusación particular, así como a este último y a José Pablo del delito de desobediencia grave a la autoridad judicial, junto a la absolución de Agustín por un delito continuado de falsedad en documento público, condenándole, en cambio, como autor de un delito de estafa y otro de deslealtad profesional, a las penas que dejamos consignadas en nuestros antecedentes, así como a que indemnice a la mercantil "Cementos Murcias, S.L." en la cantidad de 184.059,93 €, más los intereses de dicha cantidad, desde la fecha de tal Sentencia.

Y también se pronuncia que no ha lugar a declarar la responsabilidad

civil subsidiaria de "Obras y Transportes Magesco, S.L." y de "Hormigones Prefabricados y Morteros, S.A.L.", ni a declarar la responsabilidad civil directa de "Caser Seguros".

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución judicial, ha interpuesto este recurso de casación la entidad mercantil "Cementos Murcia, S.L.U.", que ejercita la acusación particular.

El primer motivo se formaliza por quebrantamiento de forma, al amparo de lo autorizado en el art. 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la base de falta de claridad o contradicción en los hechos probados, con respecto "al paradero del pagaré extraviado con vencimiento de 22 de diciembre de 2000".

El recurrente no se refiere a una denunciada falta de claridad, ni siquiera a una contradicción interna en la construcción y formulación de los hechos probados, sino que quiere integrar ese dato, es decir, que Agustín fue responsable de la desaparición

del pagaré, con objeto de incluir su importe en el montante de su responsabilidad civil.

De esa manera, lleva a cabo elucubraciones sobre el contenido de una prueba de contenido personal (declaraciones del Sr. José, o del director comercial Sr. Hipólito, o bien del contable, Sr. Jenaro) para integrar un dato que la Sala sentenciadora de instancia expresó ya, y es que no les constaba, a los juzgadores de instancia, con seguridad, la posesión del original de tal pagaré, pues tal documento mercantil se perdió, como reconoció el representante de "Cementos Murcia, S.L." en el acto del juicio oral, en concordancia con lo expresado por el propio Sr. Agustín.

El motivo es, pues, inatendible.

TERCERO.- El segundo motivo, articulado con fundamento en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, bajo el sistema impugnativo conocido como "error facti", pretende la modificación del "factum", para que en éste conste, en vez de la mención narrativa de que se desconoce el paradero del pagaré (original), el número 1.150.827.3, de "Caja de Murcia", a favor de "Cementos Murcia, S.L." (librado el 13 de noviembre de 2000 y con vencimiento el día 22 de diciembre de 2000), que por el contrario se haga figurar que el acusado tuvo en su poder una fotocopia del mismo, y también su original "sin estar acreditado si éste (el acusado) se niega a devolverlo (el referido original) o lo extravió sin comunicarlo a su cliente hasta la fecha indicada", que el recurrente lo sitúa al 1 de febrero de 2001, que es la fecha cuando supuestamente el Juzgado tiene por ampliada la ejecución por un segundo pagaré.

Desde luego que de los documentos que presenta como literosuficientes, no puede tenerse por acreditado tal extremo.

Primeramente, porque en el simulado escrito de ampliación de la demanda ejecutiva, claramente se expone en tal documento que "el pagaré en cuestión... ha resultado impagado ... según nos ha informado el Banco de Murcia, oficina donde se procedió a su descuento, estando

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Responsabilidad civil por publicar fotografía de menor sin consentimiento 4

### TS

#### CIVIL

Indemnización por incumplimiento de contrato de alojamiento turístico 7

Donación con cláusula de reversión 8

#### PENAL

Responsabilidad civil directa de compañía de seguros por delito doloso de su asegurado 1

Aplicación de excusa absolutoria en delito de estafa y falsedad 3

#### ADMINISTRATIVO

Denegación de la marca solicitada por incidir en el ámbito propio de una denominación de origen 10

Exclusión del proyecto de construcción de centro penitenciario del trámite de evaluación de impacto medioambiental 11

#### SOCIAL

Responsabilidad subsidiaria del FOGASA por insolvencia empresarial 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

pendientes de que nos entreguen tal efecto, cuya copia acompañamos, ofreciendo aportar al Juzgado el mismo, una vez que obre en nuestro poder”.

Esto significa que el acusado tenía una copia, y no el original, como dicen los hechos probados: una fotocopia del pagaré número 1.150.827.3.

En segundo lugar, porque la sentencia recurrida argumenta con fundamento en la declaración testifical del representante legal de “Cementos Murcia, S.L.”, que tal documento (el pagaré de fecha de vencimiento 22 de diciembre de 2000) se extravió, manifestación que deduce de prueba práctica en el plenario, y en tercer lugar, porque de un documento falso (por simulación), como es la copia de los escritos forenses y de un Auto también falso (como el de fecha 1-2-2001), sorprendentemente considerados atípicos por la Sala sentenciadora de instancia, no puede deducirse un “error facti”, al tratarse de documentos presuntamente delictivos, desde luego no literosuficientes.

Finalmente, si en el primer escrito apócrifo hizo constar que poseía el original, y en el segundo, que lo era una copia, no vemos razón para que faltara a la verdad, en una secuencia de actuaciones forenses inventadas, al relatar esto último.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO.- El cuarto motivo está formalizado por pura infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invocando la indebida aplicación de los arts. 109 y 116 del Código penal, en lo que se refiere a la determinación del “quantum” de la indemnización civil.

La sentencia recurrida determina que la indemnización de 184.059,93 euros se podía haber hecho efectiva sobre el pagaré primeramente librado, sobre la base de la existencia de una finca libre de cargas (la núm. 000).

Este razonamiento es incorrecto, aunque no puede ser ahora revisado. La responsabilidad civil nace a la vida jurídica, cuando proviene de un delito de estafa, existan o no bienes en donde hacerla efectiva.

En otras palabras, la insolvencia del acusado o del resto de responsables civiles no interfieren en la fija-

ción del importe que corresponda sobre indemnización civil.

Siendo ello así, no pueden atenderse los razonamientos de donde se colige, en el desarrollo del motivo, que pudo ser atendida por esa vía el segundo pagaré.

De otro lado, si el acusado no tuvo en su poder el original del mismo, también resulta evidente su carencia de fuerza ejecutiva, en cualquier caso.

De todos modos, la desestimación del motivo precedente, en donde el recurrente pretende la modificación del “factum”, acarrea la de éste.

QUINTO.- El quinto motivo del recurso, formalizado por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reclama la aplicación del art. 117 del Código penal, en relación con el contenido del art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro.

Solicita, pues, que la entidad aseguradora CASER sea declarada responsable directa de las cantidades a que fue condenado a pagar su asegurado Agustín, en concepto de indemnización civil. Lo estudiamos conjuntamente con el motivo tercero, que plantea este mismo problema.

Esta censura casacional será estimada.

Ciertamente el contenido de la póliza incluye en su articulado la exoneración de la conducta dolosa del asegurado en su actuación profesional como abogado, pero ello no le hace inmune frente a las reclamaciones de terceros, víctimas de estos hechos, por la vía de la acción directa que se disciplina en el aludido art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro.

Una cosa es el principio de no asegurabilidad del dolo, que rige en nuestro derecho con carácter general (salvo en algunos supuestos de dolo de peligro), y otra muy distinta que, acreditada la conducta dolosa del asegurado, los efectos jurídicos del seguro no se desplieguen respecto a terceros, a salvo la oportuna acción de repetición frente al asegurado.

Por solo poner un ejemplo: si un asegurado de incendios quema dolosamente el objeto sobre el que recae el seguro, ello no impide las reclamaciones de terceros frente a tal aseguradora, sobre los daños irradiados por el mismo, y, por el contra-

rio, abre la vía de la repetición sobre su asegurado. Así lo disciplina con total claridad el art. 76 que interpretamos.

Aquí ocurre lo propio, y así lo hemos declarado reiteradamente en casos de conductas dolosas de abogados, condenados penalmente, respondiendo la compañía aseguradora de forma directa frente a los terceros, bajo el principio de protección de las víctimas.

La Sentencia Tribunal Supremo núm. 129/2005, de 11 febrero, nos dice en un caso idéntico, que “basta leer los últimos párrafos del fundamento noveno de la resolución para advertir que la sala ha reflexionado sobre el alcance legal de esa disposición contractual, concluyendo que la misma no resulta oponible a terceros, según un criterio jurisprudencial de interpretación del art. 76 de aquella Ley, que hace propio”.

Este canon interpretativo se expresa con toda claridad en la Sentencia de esta Sala núm. 1240/2001, de 22 de junio.

Pues, bien, en esta última resolución (STS 1240/2001) sostiene que la doctrina establecida por este Tribunal, a cuya virtud el seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados, determina, en casos de actuación dolosa del asegurado, el derecho del asegurador a repetir contra éste una vez subrogado en la obligación indemnizatoria conforme al art. 76 de la Ley de Seguros.

En las Sentencias, entre otras, de 24-10-1997, 11-2-1998 y 4-12-1998, se dice al efecto -siguiendo criterios hermenéuticos unificados en Sala General -:

“Una cosa es que no quepa asegurar conductas dolosas y otra muy distinta que entre los riesgos aleatorios del seguro esté incluido el de hacer frente a los perjuicios causados por actuación ilícita del asegurado.

En esos casos, el asegurador que se subroga en la obligación indemnizatoria, tiene derecho a repetir sobre el asegurado culpable para resarcirse del perjuicio que a su vez sufre por esa conducta culpable.

El tercero inocente es ajeno a todo ello y ostenta por eso aquella acción directa e inmune del artículo 76 que rige con especificidad en la materia

por lo que como norma singular es prevalente.

El mismo dato de que prevea la posibilidad de la repetición es revelador de que ha habido obligación legal y su pago por el asegurador, si no, tal previsión sería ociosa.

El artículo 19 lo que excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por el siniestro producido por mala fe de éste.

El seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados.

En consecuencia, se trata de amparar a las víctimas dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposo o doloso.

Con carácter general el art. 76 de la Ley de Contratos de Seguro establece que:

“el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero”, de lo que se deduce necesariamente que los daños ocasionados como consecuencia de eventos dolosos no están excluidos de la cobertura del seguro con respecto a las víctimas del daño, y únicamente permiten repetir frente al asegurado, pues en tales casos el seguro no ampara el patrimonio del asegurado frente a las consecuencias negativas de su propio comportamiento doloso.

En el mismo sentido el art. 117 del nuevo Código Penal dispone que “los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando como consecuencia de un hecho previsto en este Código se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien legalmente corresponda”.

Frente a las razones expuestas se alega, en primer lugar, el principio de no asegurabilidad del dolo.

Sin embargo lo que prohíbe dicho principio es que el agente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le pueden derivar de sus propios comportamientos dolosos, pero no que se establezca un sistema obligatorio de protección a las víctimas de una determinada fuente de riesgo que garantice a las mismas un nivel básico de cobertura frente a los daños sufridos, con independencia de que el origen del daño sea un ilícito civil o penal, doloso o culposo.

La diferencia no afecta a la víctima, pero sí al autor: si el comportamiento causante del daño fue culposo, el seguro ampara a la víctima sin posibilidad de repetición, es decir que también exonera al causante del daño de su responsabilidad civil.

Si el acto es doloso, el seguro ampara igualmente a la víctima, pero se puede repetir contra el causante del daño pues al ser doloso el acto la responsabilidad del causante no se elimina con el pago del seguro, sino que se le exige por el asegurador”.

En este mismo sentido la reciente STS 322/2009, de fecha 23/03/2009, nos dice que, como ya ha declarado con reiteración esta Sala, en sentencias de 4 de diciembre de 1998 y 17 de octubre de 2000, números 1574/2000, 225/2003, de 2 de junio de 2005, entre otras), la responsabilidad civil directa frente al perjudicado de los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, incluye expresamente los supuestos en que el evento que determine el riesgo asegurado sea “un hecho previsto en este Código”, es decir, un delito doloso o culposo, sin perjuicio de la facultad de los aseguradores de repetición contra el autor del hecho.

Y se repite de nuevo que lo que excluye el art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por mala fe de éste, pero no impide que el asegurador responda frente a los terceros perjudicados en el caso de que el daño o perjuicio causado a éstos en el ámbito de cobertura del seguro sea debido a la conducta dolosa del asegurado -disponiendo el asegurador en este caso de la facultad de repetición frente al asegurado que lo reconoce el art. 76 L.C.S., o bien sea debido a un acto doloso o culposo de un empleado o dependiente del que se derive responsabilidad civil subsidiaria para el asegurado (art. 120. 4º C.P. de 1995), en cuyo caso

dispone también el asegurador del derecho de repetición contra el autor del hecho que expresamente reconoce el art. 117 del Código Penal de 1995, siendo este último supuesto precisamente el aplicable en el presente caso (STS de 22 de abril de 2002 y Auto de 14 de diciembre de 2006).

En consecuencia, dictaremos segunda sentencia en la que se condenará a CASER como responsable directo de la indemnización civil.

SEXTO.- Al proceder la estimación parcial del recurso, se han de declarar de oficio las costas procesales, ordenando también la devolución del depósito para recurrir, si éste hubiera sido satisfecho (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos Haber Lugar, por estimación parcial, al recurso de casación interpuesto por la Acusación Particular Cementos Colacem España SLU, contra Sentencia núm. 28/2007, de 31 de octubre de 2007 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia.

Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso y ordenamos la devolución del depósito legal si en su día lo hubiere constituido.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro José Antonio Martín Pallín

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de junio de dos mil nueve.

El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Murcia incoó P.A. núm. 146/2005 por delitos de deslealtad profesional, desobediencia grave a la autoridad y falsedad en documento público contra José Pablo, con DNI núm. 001, vecino de Murcia, sin antecedentes penales, Luis María, con DNI núm. 002, con domicilio en Murcia y sin anteceden-

tes penales, Luis Francisco, con DNI núm. 003, vecino de Murcia y sin antecedentes penales, Juan María, con DNI núm. 004, con domicilio en Cabezo de Torres (Murcia) y sin antecedentes penales, Miguel Ángel, con DNI núm. 005, vecino de Fortuna (Murcia) sin antecedentes penales, Agustín, con DNI núm. 006 con domicilio en Murcia, sin antecedentes penales, y como Responsables Civiles Subsidiarias las mercantiles Hormigones, Prefabricados Y Morteros, SL y Obras Y Transportes Magesco, SL, y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia que con fecha 1 de octubre de 2007 dictó Sentencia núm. 28/2007, la cual ha sido recurrida en casación por la Acusación Particular Cementos Colacem España SLU, y ha sido casada y anulada en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Antecedentes De Hecho.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- Hechos Probados.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en la anterior Sentencia Casacional, debemos condenar a CASER como responsable directo de la indemnización civil impuesta a Agustín.

#### FALLO

Que manteniendo todos los pronunciamientos civiles y penales de la sentencia recurrida, debemos condenar a CASER Seguros como responsable directo de la indemnización civil impuesta a Agustín.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Artemio Sánchez Melgar.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.- José Antonio Martín Pallín.

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

2009/92385

TS Sala 2ª, Sentencia 8 mayo 2009.

Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

## Al ser aún cónyuges en el momento de producirse los hechos Aplicación de excusa absolutoria en delito de estafa y falsedad

*Frente a la sentencia que condenó al acusado como autor responsable de un delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa se interpone recurso de casación que resulta parcialmente estimado. Considera el TS que respecto al delito de estafa y al estar ante un delito patrimonial debe aplicarse la excusa absolutoria del art. 268 CP 95 pues en el momento de producirse los hechos las partes eran cónyuges que aún no estaban separados legalmente y ni siquiera de hecho.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Invocando el art. 852 Lecrim se ha denunciado vulneración del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, del art. 24,2 CE. Al respecto se argumenta que no es cierto que Santiago desconociera la existencia de la cuenta en la que se ingresó el importe de las indemnizaciones, como lo prueba el dato de que el 13 de agosto de 2003 y el 7 de mayo de 2004 hubiera realizado domiciliaciones y pagos contra la misma; algo que no tomó en consideración el tribunal. Así las cosas, la circunstancia de que el recurrente hubiese dispuesto de las cantidades recibidas en ese concepto para hacer frente a obligaciones derivadas de su negocio, no habría estado en ningún caso precedida de engaño. De todo esto, en fin, se derivaría también la duda sobre la realidad de la existencia de la falsificación de la firma de la esposa, que muy bien pudo haberla estampado a requerimiento del banco, para ampliar la titularidad de la cuenta. El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que -salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos- es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito (por todas, STC 17/2002, de 28 de enero y STS 213/2002, de 14 de febrero).

Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciaria, para que resulte atendible la conclusión inculpativa, según jurisprudencia asimismo

muy conocida (por todas, STC de 21 de mayo de 1994 y STS de 2 de febrero de 1998) es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados, mediante prueba de la llamada directa, y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente. Se trata, pues, de ver si el tratamiento del material probatorio existente en la causa se ajusta a este canon jurisprudencial.

El tribunal ha tomado en consideración lo declarado por Santiago, en el sentido de que no firmó la ampliación de la titularidad de la cuenta y tampoco el endoso del cheque, ni cobró el importe de éste. Y resulta también que la pericial caligráfica descarta que tales firmas fueran suyas. De otra parte, las operaciones a que se refiere el recurrente son de fechas posteriores a esas vicisitudes e incluso, también, a la del cobro y retirada del dinero. Y, en fin, el mismo acusado admite la posibilidad de una disposición unilateral por su parte, para la que, es obvio, en la situación de la pareja, no habría obtenido consentimiento.

Pues bien, así las cosas, lo cierto es que los elementos en que se funda el cuestionamiento de la hipótesis acogida por la sala no desvirtúan en absoluto la calidad convictiva de los que prestan sustento a los hechos probados; y, menos aún, dan lugar a la contradicción, ciertamente inexistente, que parece sugerirse. De este modo, mientras la afirmación central del recurso no sirve para invalidar la conclusión que se expresa en los hechos probados, éstos tienen el consistente apoyo que se ha hecho ver. Es por lo que, considerado desde el punto de vista en que se sitúa el recurrente, el motivo no puede acogerse.

**SEGUNDO.-** No se ha planteado, pero resulta con toda claridad de los hechos probados que los implicados en ellos, en la época en que acontecieron -julio de 2003- eran cónyuges que aún no estaban separados legalmente y ni siquiera de hecho, pues, la ruptura se sitúa a finales de ese verano, esto es, en un momento posterior. Por tanto, en lo relativo al delito patrimonial, es de aplicación la excusa absolutoria del art. 268 Cpenal. Y en tal sentido, por imperativo legal, que impide una condena sin respaldo de esta índole, la sentencia debe casarse en este aspecto; es decir, por lo que se refiere al delito de estafa. No así en lo que hace al de falsedad, que, según se ha visto, está plenamente acreditado Tercero. Por el cauce del art. 849,1º Lecrim, se ha alegado aplicación indebida de los arts. 123 y 126 Cpenal, al haberse impuesto en la sentencia las costas de las acusaciones particulares, que, se dice, no habrían sido relevantes para el fallo, por razón de la hetero-

geneidad con el planteamiento acogido en la sentencia. No es cierto que la divergencia de las acusaciones particulares con el fallo de instancia sea del grado que se sugiere.

Primero, porque existe plena coincidencia en lo relativo a la cuestión de hecho; y, segundo, porque, en todos los casos -cierto que con la imprevisión que se ha puesto de manifiesto- denunciado fue una acción de falseamiento documental, y un acto de ilegítima apropiación de dinero ajeno.

Por eso, el motivo es inatendible, pues, si bien en materia de costas ocasionadas por la acusación particular no rige por ley el automatismo en la imposición; a partir del acuerdo de Sala General de 3 de mayo de 1994, hay que entender que, del mismo modo que la esencial coincidencia de planteamiento de aquélla con el de la acusación pública no es obstáculo para la inclusión de las mismas en la condena; tampoco tendría por qué serlo la eventual disparidad relativa, asentada sobre un tratamiento razonable del material probatorio.

Esta interpretación es plenamente ajustada a las previsiones de los arts. 123 y 124 Cpenal, pues, en efecto, el primero establece que "las costas procesales", es decir, todas las partidas que comprende el concepto, se imponen normalmente al condenado. Cierto es que el segundo precepto, al disponer que las de la acusación particular lo serán "siempre" sólo en los delitos perseguibles a instancia de parte, admite que en los de otra naturaleza esa inclusión podría no darse. Pero, puesto que las costas integran legalmente los honorarios de abogados y procuradores (art. 241,3º Lecrim) esa es una posibilidad que sólo debería operar en ocasiones excepcionales, como cuando las pretensiones de esa parte sean abiertamente extrañas o desproporcionadas a las particularidades de los hechos (SSTS 531/2002, de 20 de marzo y 2015/2002, de 17 de diciembre), caso que no es el de esta causa. Por tanto, el motivo no puede acogerse.

#### FALLO

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación de Luis María contra sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Tercera, de fecha 21 de febrero de 2008 dictada en la causa seguida por delitos de falsedad y estafa y, en consecuencia, se anula parcialmente la sentencia recurrida. Se declaran de oficio las costas causadas.

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

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

Adolfo Prego de Oliver Tolivar.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Luciano Varela Castro.- Siro Francisco García Pérez.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de mayo de dos mil nueve En el procedimiento abreviado número 33/2007, dimanante de diligencias previas número 2238/2004 del Juzgado de Instrucción número 1 de Cádiz, seguida por delitos de falsedad y estafa a instancia del Ministerio Fiscal y de las acusaciones particulares Santiago y Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, La Caixa, contra el acusado Luis María con D.N.I. núm.001, natural de Panamá, nacido el día 29 de enero de 1967, hijo de Rodolfo y Asteria María con domicilio en Cádiz, la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Tercera, dictó sentencia en fecha 21 de febrero de 2008 que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

#### ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y los hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por lo razonado en la sentencia de casación, Luis María, en aplicación de lo dispuesto en el art. 286 Cpenal, debe ser absuelto del delito de estafa.

Como también se ha dicho, debe mantenerse la condena por el delito de falsedad en documento mercantil, de los arts. 392 y 390.1, 1º y 3º Cpenal, con imposición de seis meses de prisión y seis meses multa.

#### FALLO

Se absuelve a Luis María del delito de estafa en concurso medial con un delito de falsedad a que había sido condenado en la instancia.

Se condena a Luis María, como autor de un delito de falsedad en documento mercantil, a la pena de seis meses de prisión y seis meses de multa con una cuota diaria de 6 euros, con una responsabilidad subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, y a la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se deja sin efecto la declaración de responsabilidad civil. Se mantiene la condena en costas, incluidas las de las acusaciones particulares.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- Luciano Varela Castro.- Siro Francisco García Pérez.

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



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

## Responsabilidad civil por publicar fotografía de menor sin consentimiento

*Se impugna la sentencia que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por entidad mercantil recurrente, contra la sentencia que, confirmando la de instancia, la condenó al pago de una indemnización en concepto de daño moral por la publicación en un reportaje periodístico sobre discapacitados de una fotografía de un niño sin el consentimiento de sus padres. El TC deniega el amparo solicitado, rechazando la lesión de su derecho a la libre información. La Sala considera que existe responsabilidad civil por dicha publicación dado que no existió consentimiento paterno ni justificación legal.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La presente demanda de amparo tiene por objeto la impug-

nación de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2006, que declara no haber lugar al recurso de casación in-

terpuesto por La Opinión de Murcia, S.A., contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia de 15 de abril de 2000, que confirmó, a su vez, la dictada el 24 de junio de 1999 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Murcia, por la que la recurrente en amparo fue condenada al pago de una indemnización de 3.005 euros en concepto de daño moral por la publicación en un reportaje periodístico sobre discapacitados de una fotografía de un niño sin el consentimiento de sus padres.

La sociedad mercantil recurrente en amparo imputa a la Sentencia del Tribunal Supremo la vulneración de sus derechos a la libertad de expresión y de información, consagrados en el art. 20.1 a) y d) CE, por falta de ponderación de los derechos en conflicto. No impugna la recurrente las Sentencias de instancia y de apelación, lo que no es óbice para que las consideremos igualmente recurridas, toda vez que “cuando se impugna en el recurso de amparo una resolución judicial confirmatoria de otras que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, han de entenderse también recurridas esas precedentes resoluciones judiciales confirmadas, aunque las mismas no lo hayan sido de forma expresa” (por todas, SSTC 97/1999, de 31 de enero, FJ 2; 209/2001, de 22 de octubre, FJ 1; 13/2002, de 28 de enero, FJ 2; 40/2002, de 14 de febrero, FJ 1; 196/2006, de 3 de julio, FJ 2; y 40/2009, de 9 de febrero, FJ 2).

El Ministerio Fiscal interesa la denegación del amparo, al entender que el Tribunal Supremo ha analizado y ponderado correctamente en su Sentencia los derechos constitucionales en conflicto (al igual que se ha hecho en las Sentencias de primera instancia y de apelación), razonando que en el caso enjuiciado prevalecen los derechos a la intimidad y la propia imagen del menor (art. 18.1 CE) sobre los derechos a la libertad de expresión y de información veraz de la demandante de amparo (art. 20.1 a) y d) CE).

**SEGUNDO.-** Por los propios términos en que se ha planteado la controversia que es objeto del presente recurso de amparo es pertinente precisar que la misma atañe, en sentido estricto, y así, además, lo han apreciado los órganos judiciales que han entendido de la controversia, al conflicto entre el derecho a la propia imagen de un menor (no su derecho a la intimidad, pues la fotografía del rostro no afecta al sentimiento de pudor personal con arreglo a las estimaciones arraigadas en nuestra cultura, y no fue captada en un ámbito que pueda considerarse privado a estos efectos), y la libertad de comunicar información veraz de un medio de comunicación, pues el reportaje periodístico en el que se publicó la fotografía del menor no constituye propiamente un ejercicio de la expresión de pensamientos, ideas u opi-

niones (garantizado por el derecho a la libertad de expresión), sino de la comunicación de unos hechos o noticias (garantizado por el derecho a la libertad de información).

En suma, lo que se plantea ante este Tribunal en el presente caso es una queja respecto a la ponderación que la jurisdicción ordinaria ha llevado a cabo entre el derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE) y la libertad también fundamental de información (art. 20.1 d) CE), por lo cual es procedente recordar nuestra doctrina conforme a la cual (entre otras muchas, SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 3; 83/2002, de 22 de abril, FJ 3; y 300/2006, de 23 de octubre, FJ 2) el enjuiciamiento por parte de este Tribunal no debe limitarse a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial, ya que no se trata aquí de comprobar si dicha resolución ha infringido o no el art. 24.1 CE, sino de resolver un eventual conflicto entre los derechos afectados determinando si, efectivamente, aquéllos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales (entre muchas, SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 2; 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 21/2000, de 31 de enero, FJ 2; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 282/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 3; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 2; 46/2002, de 25 de febrero, FJ 5; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4; y 83/2002, de 22 de abril, FJ 3).

**TERCERO.-** Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con quejas referidas a presuntas o efectivas vulneraciones del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) en diversas Sentencias, entre las que cabe destacar las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 99/1994, de 11 de abril, 117/1994, de 17 de abril, 81/2001, de 26 de marzo, 139/2001, de 18 de junio, 156/2001, de 2 de julio, 83/2002, de 22 de abril, 14/2003, de 28 de enero, 300/2006, de 23 de octubre, 72/2007, de 16 de abril, y 77/2009, de 23 de marzo.

En lo que aquí interesa resaltar, de dicha doctrina resulta que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o

tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (por todas, SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2, y 72/2007, de 16 de abril, FJ 3).

Ahora bien, lo que no puede deducirse del art. 18.1 CE es que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o se difundan. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos, libertades y bienes constitucionales (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 6; y 14/2003, de 28 de enero, FJ 4), entre los que destaca, por lo que al presente caso interesa, la libertad de información (art. 20.1 d) CE).

La determinación de estos límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, y por esta razón hemos considerado que debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. De ahí que hayamos sostenido que “la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia -y previa- conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél” (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5).

Resulta, por tanto, que el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden determinar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen.

Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen

(SSTC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6; y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2, por todas).

**CUARTO.-** Ahora bien, cuando se trata, como en el presente caso sucede, de la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta, además de lo anteriormente señalado, que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras de proteger el interés superior del menor, como destacan el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada en amparo (así como las precedentes Sentencias de primera instancia y de apelación que aquélla confirma) y el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones. En efecto, cabe recordar que, de conformidad con el art. 20.4 CE, las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I, en las leyes que lo desarrollan “y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Asimismo, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia (sobre cuyo valor interpretativo ex art. 10.2 CE no es necesario insistir), y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos del niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), que garantiza el derecho de los niños a la protección de la ley contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 16), así como la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta europea de los derechos del niño, en la que se establece que “todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales a su honor” (apartado 29 del § 8 de la Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio).

A su vez, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, tras establecer que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso al efecto (art. 2), precisa seguidamente en su art. 3, en cuanto a los menores de edad (e incapaces) que su consentimiento deberá ser prestado por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten y, de no ser así, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por sus representantes legales, quienes estarán obligados a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, habiendo de resolver el Juez si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere. Las previsiones del art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 se complementan, en cuanto a los menores, por lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica

1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor “cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales” (art. 4.3).

En suma, para que la captación, reproducción o publicación por fotografía de la imagen de un menor de edad en un medio de comunicación no tenga la consideración de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982), será necesario el consentimiento previo y expreso del menor (si tuviere la suficiente edad y madurez para prestarlo), o de sus padres o representantes legales (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982), si bien incluso ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho a la propia imagen del menor si la utilización de su imagen en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses (art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996).

QUINTO.- La recurrente considera que en la Sentencia impugnada en amparo se ha hecho una incorrecta ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, lo que ha conducido a dar indebidamente prevalencia al derecho a la propia imagen sobre la libertad de información.

A juicio de la demandante, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no efectuó correctamente la ponderación constitucionalmente exigible, pues no tuvo en cuenta que el reportaje periodístico en el que fue publicada la fotografía controvertida cumplía todas las exigencias para el legítimo ejercicio del derecho a la libre información, toda vez que se trataba de una información veraz y con una finalidad de buena fe, ilustrada con imágenes del centro educativo para reflejar su actividad en esos momentos y contando para ello con la autorización de los responsables del centro, siendo la fotografía publicada completamente accesoria o accidental, por lo que no se requería consentimiento expreso de los fotografiados ni de sus representantes legales.

Sin embargo, a la vista de las circunstancias concurrentes en el presente caso y a tenor de la doctrina constitucional expuesta y de lo establecido en los citados arts. 3, 7.5 y 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, debemos

llegar a la conclusión de que la queja de la demandante de amparo no puede ser compartida por este Tribunal, por las razones que seguidamente se expresan.

En el presente caso, y según consta en las actuaciones, el periódico “La Opinión de Murcia” publicó en el número correspondiente al 8 de mayo de 1997 un reportaje divulgativo sobre las actividades de la entidad Apanda, encabezado con el titular “Discapacitados” e ilustrado con una fotografía en la que se observa a una profesora del centro de Apanda con dos niños, fotografía de gran tamaño en la que el hijo de los padres cuya demanda ha dado lugar al presente asunto aparece en primer plano, sentado junto a otro niño, y con el rostro perfectamente visible ambos menores (la profesora está situada de espaldas al objetivo); en el pie de foto se puede leer lo siguiente

“Los discapacitados necesitan todo tipo de atención desde sus primeros años de vida”. Días después, a instancias de los padres demandantes, el periódico publicó una rectificación, pero sin el tamaño e importancia del reportaje, en el sentido de aclarar que los niños de la fotografía en cuestión no son discapacitados.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Murcia, ponderando el conflicto entre el derecho a la información de la recurrente y el derecho a la propia imagen del niño, estimaron la pretensión de los padres del menor, considerando que se produjo una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen del niño con la publicación de la fotografía que ilustra el reportaje (art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982), toda vez que dicha fotografía, que identifica al menor como discapacitado, fue captada y difundida sin el consentimiento de los padres del menor (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, en relación con el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996), siendo por ello irrelevante que la entidad titular del centro (Apanda) en el que fue tomada la imagen prestara su autorización para ello.

Asimismo se razona por los órganos judiciales, en síntesis, que la publicación de la fotografía no puede ampararse en el evidente interés social del reportaje sobre los discapacitados, ni en la buena fe y veracidad del mismo, pues ello no justifica la inclusión de una fotografía de dos menores sin el consentimiento de sus representantes legales, siendo además innecesaria la publicación de dicha fotografía para la presentación del asunto abordado en el reportaje, por lo que no es de aplicación la exclusión del art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982 (accesoriedad de la imagen insertada en la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público).

En el mismo sentido, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, confir-

mando el criterio de las Sentencias de primera instancia y de apelación, ha considerado en la Sentencia impugnada en amparo que el derecho a la propia imagen del menor (art. 18.1 CE) prevalece en este caso sobre el derecho de los periodistas a difundir libremente información veraz (art. 20.1 d) CE), toda vez que ha sido captada y difundida la fotografía del menor sin que medie ninguna causa que excluya la protección que le brinda el art. 18.1 CE y la Ley Orgánica 1/1982: esencialmente, porque ni existe consentimiento (arts. 2.2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982), ni exclusión legal (art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, que comprende la accesoriedad).

Además, el Tribunal Supremo rechaza expresamente en su Sentencia las razones alegadas por la recurrente en el motivo único de su recurso de casación para sostener que la publicación de la fotografía controvertida no constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor.

Y así señala el Tribunal Supremo que la finalidad divulgativa y social del reportaje sobre la discapacidad en nada afecta a la ilegalidad de la publicación de la fotografía, siendo intrascendente la intención del autor o la función que persigue el reportaje, pues el hecho que se enjuicia es la publicación no consentida de la foto del menor, lo que convierte en irrelevantes la corrección y el interés social del reportaje al que ilustra gráficamente dicha fotografía.

Además, la imagen del menor no aparece como meramente accesoria (por lo que no es aplicable la excepción del art. 8.2.c de la Ley Orgánica 1/1982), ya que ocupa media página y resalta más que el propio artículo de texto escrito, a lo que se añade que el rostro de los niños es el centro de la foto, teniendo a la profesora de espaldas, y que, tratándose de la representación gráfica de la figura de un menor, es mucho más restringida la consideración de la accesoriedad, por la especial protección que le brinda la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Por último, que es improcedente en este caso la invocación de la doctrina desarrollada al respecto del concepto de información veraz, amparada y protegida constitucionalmente, porque la veracidad se predica de la libertad de información, que impide que se aprecie atentado al honor si lo dicho es verdad, pero no afecta al derecho a la intimidad ni al derecho a la propia imagen, cuya veracidad es inmanente salvo que se manipule la representación gráfica.

SEXTO.- De lo expuesto resulta que la captación y publicación en el diario “La Opinión de Murcia” de la controvertida fotografía del menor se produjo sin el consentimiento de sus padres (art. 3.2 de la Ley Orgánica

1/1982), debiendo tenerse presente en este sentido que el art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982 establece como supuesto de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen “La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2”. Y el art. 8.2 establece, en lo que aquí importa, que el derecho a la propia imagen no impide:

“c) La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada en amparo (al igual que las de primera instancia y apelación que confirma) ha explicitado, conforme ha quedado expuesto, las razones por las que la fotografía del menor no tenía el carácter de accesoriedad a que se refiere la excepción del art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982, razones a las que nada cabe aquí objetar, en particular porque, cuando se trata de la representación gráfica de la figura de un menor, la apreciación de la accesoriedad prevista en el referido precepto ha de ser más restrictiva, por la especial protección del derecho a la propia imagen de los menores que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Asimismo es indiscutible que el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía del menor como un atentado a su derecho a la propia imagen, y que resulta igualmente irrelevante en este caso la invocación por la recurrente de la doctrina constitucional referida al concepto de información veraz.

Ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor “viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz” (SSTC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6; y 127/2003, de 30 de junio, FJ 7).

En definitiva, coincidiendo con la ponderación de los derechos fundamentales en juego llevada a cabo por la Sentencia de 13 de julio de 2006 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo recurrida en amparo, debe rechazarse la pretendida

vulneración del derecho fundamental a la libertad de información (art. 20.1 d) CE) que se alega por la recurrente.

### FALLO

Denegar el amparo solicitado por La Opinión de Murcia, S.A.

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

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

cuanto mediante el mismo se impugna la sentencia recurrida por no dejar indemne a la actora-recurrente de todos los daños y perjuicios que le causó el incumplimiento de la demandada, ya que, según la recurrente, los daños y perjuicios "estaban compuestos no sólo por las cantidades vencidas sino por las cantidades que debía haber recibido a lo largo de la vida del contrato" si la demandada lo hubiera cumplido fielmente.

Los otros dos motivos del recurso se presentan, en realidad, como meramente complementarios de los antedichos, pues el segundo, fundado en infracción de los arts. 50 y 57 C.Com. y 1254, 1255 y 1256 y siguientes del CC y de la jurisprudencia correspondiente, se dedica a resaltar el dolo y la mala fe de la demandada cuando alegó unos incumplimientos contractuales de la actora que han resultado falsos, y por ende tras haber exigido en su momento unas obras de reforma del hotel que la actora llevó a cabo, alegato del motivo que en esencia no resulta contradicho por la sentencia recurrida; y el cuarto, fundado en infracción del párrafo primero del art. 1281 CC y de la jurisprudencia que lo desarrolla, no viene a impugnar en realidad la interpretación del contrato por el tribunal sentenciador sino que insiste en argumentos comunes a todos los motivos y tendentes a que el incumplimiento del contrato por la demandada no repercuta en favor de la misma mediante una reducción de la cantidad total que habría tenido que pagar a la actora.

En definitiva, lo que se sostiene en el recurso es que la contratación de la actora con otro turoperador para un tiempo muy inferior al de su contrato con la demandada no implicó por su parte resolución extrajudicial alguna de éste sino, pura y simplemente, y como se alega en el motivo tercero, un intento de "minimizar los daños" que el incumplimiento por la demandada le estaba ocasionando y de "buscar la forma de continuar el negocio"

TERCERO.- La recurrente tiene razón en su planteamiento y por ello deben ser estimados los motivos tercero y primero de su recurso, sin necesidad de resolver sobre los otros dos en cuanto meramente complementarios de aquellos.

La sentencia infringe el art. 1124 CC porque, descartado totalmente según los hechos probados cualquier incumplimiento de la actora hoy recurrente previo al incumplimiento de la demandada, su contratación con otro turoperador para un tiempo determinado no supuso una resolución extrajudicial de su contrato con la demandada ni tampoco una ruptura de la bilateralidad del contrato ni del pacto de exclusividad sino, como entendió la sentencia de primera instancia, un intento de la actora para "paliar o sobrevivir a la deficiente temporada turística" sin por ello cau-

sar perjuicio alguno a la demandada porque ésta ya se había desentendido del contrato; y es que, como también se razona en la sentencia de primera instancia, "si el hotel hubiera respetado el contrato de garantía podría haberse visto obligado al cierre, ante la ausencia de clientes".

Como se desprende de las sentencias de esta Sala de 3 de diciembre de 1992 (rec. 15/90), 14 de diciembre de 2001 (rec. 2454/96), 15 de diciembre de 2004 (rec. 3387/98) y 3-12-2008 (rec. 2919/02), el incumplidor del contrato no puede pretender que la otra parte contratante, cumplidora, permanezca pasiva ante los perjuicios que el incumplimiento le está causando y busque remedios que le permitan atenuarlos, siquiera sea por la elemental razón de que cuanto menores sean esos perjuicios tanto menor será también el importe de la indemnización que la parte incumplidora deba satisfacer a la cumplidora.

En el caso examinando está probado que la demandante cumplió el contrato hasta el punto de acondicionar su hotel como la demandada le había exigido, y de ello se deriva que, dadas la naturaleza, contenido y duración del contrato, no se le pudiera imponer, cuando la demandada se desentendió de sus obligaciones, el sacrificio extremo de mantener cerrado el hotel durante varias temporadas a la espera de que la demandada rectificase y decidiera volver a cumplir el contrato.

Es por esto que no fue la actora quien rompió la bilateralidad del contrato ni lo resolvió "extracontractualmente", como declara la sentencia impugnada, o extrajudicialmente o de hecho, ni tampoco lo dio por extinguido sin más, como técnicamente sería más correcto entender desde la propia perspectiva del tribunal sentenciador, sino que, por el contrario, fue la demandada, con su temprano e injustificado incumplimiento, quien puso a la actora en una situación tan apurada que justificaba plenamente su intento de, como se alega en el recurso, minimizar los daños de la temporada 2002 y buscar el modo de no tener que cerrar el negocio.

La sentencia infringe también el art. 1106 CC, uno de los especialmente citados en el motivo primero, y la jurisprudencia de esta Sala invocada también por la parte recurrente, porque si el lucro cesante se funda en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el hecho dañoso (SSTS 14-7-03 y 26-9-02 entre otras), es decir, en este caso el incumplimiento contractual de la demandada, claro está que, dado el total cumplimiento de sus obligaciones contractuales por la actora, lo razonablemente presumible era que la demandada cumpliera íntegramente las suyas y pagara su contraprestación a la reserva exclusiva de todas



2009/112087

TS Sala 1ª, Sentencia 3 junio 2009. Ponente: D. Francisco Marín Castán

## Indemnización por incumplimiento de contrato de alojamiento turístico

*El TS estima el recurso de casación en el que se plantea como cuestión jurídica si la entidad demandante propietaria de un hotel, que reservó todas sus plazas y servicios en exclusiva para un operador turístico o turoperador alemán, parte demandada, para cuatro temporadas, asumiendo el turoperador la obligación de pagar las habitaciones reservadas con independencia de que llegaran o no a ocuparse, debe ser indemnizada por la totalidad de las temporadas reservadas y servicios prestados y facturados, tras desentenderse del contrato la demandada. Anula la sentencia impugnada y, en su lugar, confirma el fallo de la de primera instancia, con la única modificación de que, de las cantidades que según el mismo debe pagar la demandada a la actora por el incumplimiento del contrato de alojamiento turístico, habrá de restarse lo ganado por ésta en virtud a su contrato con otro turoperador durante su vigencia, con arreglo a la duración pactada en el contrato.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión jurídica que plantea el presente recurso de casación, articulado en cuatro motivos, consiste en si la entidad propietaria de un hotel en Baleares, parte demandante, que reservó todas sus plazas y servicios en exclusiva para un operador turístico o turoperador alemán, parte demandada, para cuatro temporadas (2001 a 2004), asumiendo el turoperador la obligación de pagar las habitaciones reservadas con independencia de que llegaran o no a ocuparse, debe ser indemnizada por la totalidad de las temporadas reservadas y servicios prestados y facturados, tras desentenderse del contrato la demandada, tesis de la sentencia de primera instancia que estimó íntegramente la demanda, o por el contrario debe ser resarcida únicamente de los servicios prestados, facturados y no pagados (medias pensiones) y del precio del contrato por mayo, junio y julio de 2001 al haber contratado en agosto de este mismo año con otro turoperador diferente, lo que supondría una resolución extrajudicial o de hecho del contrato por la actora, tras su incumplimiento por la demandada, que no facultaría a la primera para, des-

pués, pretender judicialmente el cumplimiento íntegro del mismo contrato, tesis de la sentencia de segunda instancia recurrida en casación únicamente por la parte demandante. Queda incólume, pues, la apreciación de que la demandada incumplió el contrato y el rechazo de la excepción non adimpleti contractus opuesta por esta misma parte al contestar a la demanda alegando incumplimientos contractuales de la actora previos a la referida contratación con otro turoperador diferente.

SEGUNDO.- Aunque el recurso se compone de cuatro motivos, como se ha indicado anteriormente, los verdaderamente relevantes para la única cuestión jurídica que se plantea ante esta Sala son el tercero, fundado en infracción del art. 1124 CC y de la jurisprudencia de esta Sala al respecto, ya que mediante el mismo se impugna la razón causal del fallo recurrido consistente en que la actora hoy recurrente resolvió el contrato extrajudicialmente o de hecho al contratar con otro turoperador, y el motivo primero, fundado en infracción de los arts. 1088 "y siguientes" del CC, pero señalando especialmente los arts. 1091, 1100, 1101 y 1106 y la jurisprudencia al respecto, en

las habitaciones del hotel durante el tiempo pactado.

De aquí que cuantificar lo que debe pagar la demandada en todo lo que ésta tenía que abonar por las temporadas contratadas no entrañe el enriquecimiento injusto que apunta la sentencia recurrida en su fundamento jurídico quinto para justificar la exclusión de lo correspondiente a las temporadas 2002, 2003 y 2004, sino que esa cuantificación constituirá en principio la base de la suma a cargo de la demandada para, a partir de la misma, y por el principio de que los daños y perjuicios indemnizables son los verdaderamente sufridos o probados como tales, deducir lo que ganó la actora al contratar con el otro turoperador tras desentenderse la demandada de sus obligaciones.

CUARTO.- La estimación de los dos referidos motivos del recurso determina que, conforme al art. 487.2 LEC de 2000, la sentencia impugnada deba ser casada, aunque no en todo porque, según lo razonado en el fundamento jurídico anterior, procede restar de las cantidades fijadas por la sentencia de primera instancia lo que la actora ganó merced a su contrato con el turoperador "Airtours", único incorporado a las actuaciones y único probado según las sentencias de ambas instancias.

QUINTO.- Pese a la antedicha reducción de las cantidades reclamadas por la actora en su demanda, las costas de la primera instancia deben ser impuestas a la demandada, conforme al art. 394.2 LEC de 2000, por haber litigado con temeridad negando su manifiesto incumplimiento del contrato y alegando unos incumplimientos contractuales de la actora rotundamente desmentidos por la prueba practicada.

En cambio, las costas de la segunda instancia no deben imponerse especialmente a ninguna de las partes, conforme al art. 398.2 de la citada ley procesal, porque el recurso de apelación de la demandada tendría que haber sido estimado aunque en un grado mucho menor del decidido por la sentencia impugnada.

SEXTO.- Conforme al referido art. 398.2 LEC de 2000, y dada la estimación del recurso, las costas causadas por el mismo no deben imponerse especialmente a ninguna de las partes.

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

#### FALLO

1º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil demandante M. Coll S.A., representada ante esta Sala por la Procuradora Dª Paloma Rubio Peláez, contra la sentencia dictada con fecha 30 de junio de 2004 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Ba-

leares en el recurso de apelación núm. 121/04.

2º.- Casar en parte la sentencia recurrida.

3º.- En su lugar, confirmar el fallo de la sentencia de primera instancia con la única modificación de que, de las cantidades que según el mismo debe pagar la demandada a la actora, habrá de restarse lo ganado por ésta merced a su contrato con el turoperador "Airtours" durante la vigencia, con arreglo a la duración pactada en el contrato, de su relación con la demandada.

4º.- Imponer las costas de la primera instancia a la demandada por su temeridad al litigar.

5º.- Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia ni del 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. Francisco Marin Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Vicente Luis Montes Penades.- Encarnación Roca Trías.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan, 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.

2009/165914

TS Sala 1ª, Sentencia 15 julio 2009. Ponente: D. Encarnación Roca Trías

Aplicación de los límites de la sustitución fideicomisaria

### Donación con cláusula de reversión

*El TS desestima los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia que, revocando la apelada, estimó en parte la demanda en el ejercicio de la acción reivindicatoria, pidiendo que se declarara que las hermanas en cuestión eran las propietarias de la finca donada. Señala la Sala que la donación con cláusula de reversión al propio donante o a un tercero, para el caso de que se cumpla el evento previsto por el*

*donante al efectuarla, contiene un pacto añadido a la donación, cuyos límites se encuentran en los de la sustitución fideicomisaria, conforme a lo dispuesto en el art. 641 CC cuando el reversionario sea un tercero. Confirma que no era necesaria para la validez de la donación originaria la aceptación en ella de las posibles beneficiarias por la cláusula reversional. Dicha donación contó con la aceptación del donatario y se otorgó en escritura pública, por lo que era válida y eficaz, y la recurrida- demandante la aceptó tácitamente al reclamar los bienes donados, aunque ello no era necesario en virtud del citado efecto automático. Añade que en el momento de cumplirse el evento condicional previsto por la donante, que fue la muerte del donatario sin haber dispuesto de los bienes donados y sin tener hijos ni descendientes, las beneficiarias adquirieron su derecho, sin perjuicio de poder renunciarlo, como sucedió con la otra donataria.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos probados:

1º El 3 diciembre 1969, Dª Tarsila donó a su hijo D. José Enrique una finca con la siguiente cláusula: "si el donatario falleciere sin haber tenido descendencia y sin haber enajenado la vivienda donada, a su fallecimiento ésta debería pasar a su hermana Josefa y si ésta le hubiera premuerto", debía pasar a las hijas de Dª Josefa.

2º D. José Enrique falleció el 2 abril 2002, casado, sin hijos ni descendientes y sin haber enajenado la finca donada. Su hermana Dª Josefa le había premuerto con dos hijas: Dª Encarna, actual demandante y Dª Marina, demandada en este pleito. Al fallecimiento de su esposo, Dª Bernarda ejerció actos de posesión sobre la finca, arrendando los apartamentos de que constaba el inmueble; además, aceptó la herencia de su esposo, en cuyo inventario incluyó la finca objeto de la donación.

3º Dª Encarna, hija de Josefa, hermana premuerta del donatario, demandó a Dª Bernarda y a su hermana Dª Marina, a ésta, por no haber estado dispuesta a demandar a su tía, ni haber querido proceder a otorgar la escritura de donación. Acumuló la acción declarativa de dominio y la acción reivindicatoria, que ejercitaba solamente frente a Dª Bernarda y pidió que se declarara que las hermanas Encarna y Marina eran las propietarias de la finca donada.

b) Que se declarara la prioridad de su título frente a la posesión de Dª Bernarda.

c) Que se condenara a Dª Bernarda a la entrega de los frutos percibidos

desde la fecha de la notificación fehaciente de la demanda.

d) Que se ordenara la inscripción en el registro declarando la propiedad y el pleno dominio de la finca inscrita.

e) La condena en costas. La demandada Dª Bernarda, sin oponerse a lo fundamental de la demanda, negó el derecho de Dª Encarna a ser considerada como propietaria de la finca donada, al no haber aceptado en escritura pública la donación. La demandada Dª Marina contestó diciendo que concurría falta de legitimación ad causam de la actora, al no haber aceptado, por lo que carecía de derecho alguno sobre la finca y además, que no podía reclamar la mitad que correspondería en su caso a la hermana demandada.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia e instrucción núm. 5 de Inca, de 3 febrero 2004, desestimó la demanda. En primer lugar, declaró la falta de legitimación de la actora frente a su hermana. Calificó la donación como reversional, sometida a dos condiciones, que el donatario falleciera sin dejar descendencia y sin haberla enajenado, que consideró cumplidas, por lo que debía aplicarse el artículo 641 CC. Se planteó a continuación si dichas cláusulas producían sus efectos de forma automática o si era necesaria la aceptación; a tal efecto dijo que:

a) No se pueden aplicar las normas de las sustituciones fideicomisarias, que no se alegan en la demanda ni en el escrito de contestación.

b) Que la remisión del artículo 641 CC a la regulación de dichas sustituciones se limita a los llamamientos, y por ello debe aplicarse la doctrina de la Audiencia Provincial de Baleares, de acuerdo con la que es necesaria la aceptación del donatario. En consecuencia desestimó la demanda en su integridad porque "la actora no puede ser declarada propietaria de la finca objeto del litigio porque no ha adquirido propiedad por ninguno de los títulos previstos en el ordenamiento jurídico".

5º La actora apeló dicha sentencia. La de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Baleares, de 16 noviembre 2004, revocó la apelada y estimó en parte de la demanda. En primer lugar la sentencia consideró correcto el recurso de apelación presentado, a pesar de que las apeladas dicen que la apelante no expresa a qué concretos pronunciamientos del fallo de la sentencia se limitará la apelación; la sentencia de la Audiencia Provincial ahora recurrida dice que la apelante "(...) alegó que impugnaba los pronunciamientos contenidos en los Fundamentos de Derecho segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto, por entenderlos (...) erróneos y perjudiciales para los intereses en cuanto desestiman la demanda e imponen las costas a la parte actora";

teniendo en cuenta que la sentencia fue desestimatoria de la totalidad de la demanda, "(...)esta Sala considera que la parte apelante dio debido cumplimiento a las exigencias del artículo 457.2 LECiv, pues los requisitos previstos en dicho artículo no pueden ser interpretados en sentido rigorista que pretenden las demandas-apeladas".

Respecto al núcleo de la polémica en relación a la interpretación del artículo 641 CC, la Sala entiende que se efectuó una donación con cláusula de reversión y respecto a la necesidad de la aceptación, señala que ésta "no viene exigida por la Ley" y que "tan solo la aplicación analógica de dicho artículo (633 CC) podría conducir a exigir tal aceptación en escritura pública por parte del repetido tercero reversionario", pero que "no procede tal aplicación analógica en virtud del principio de libertad de forma" y concluye que "es por todo ello que consideramos que si bien es necesaria la aceptación por parte del tercero reversionario (porque nadie puede enriquecerse si no quiere), no es preciso que tal aceptación se verifique en escritura pública", porque "el evento reversional determina automáticamente la adquisición a favor del tercero reversionario y si bien éste tiene que aceptar, pues nadie puede enriquecerse si no quiere, ello no implica que tal aceptación tenga que hacerse en escritura pública como si fuera el donatario primitivo".

Por ello estima la demanda en relación a la actora y la desestima en relación a la otra hermana demandada. D<sup>a</sup> Bernarda interpuso el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que fueron admitidos por el auto de esta Sala de 15 abril 2008:

A) Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469, 1, 3º LECiv, denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 457 y 456 LECiv, por no haberse cumplido los requisitos legales para la preparación e interposición del recurso de apelación. Dice la recurrente que la finalidad del recurso de apelación es que se dejen sin efecto los pronunciamientos de la parte dispositiva de las sentencias y nunca que se reformen los razonamientos jurídicos seguidos por el órgano judicial que las dicta.

Según el artículo 457.2 LECiv, el escrito de preparación debe cumplir dos requisitos: citar la resolución impugnada y la manifestación de la voluntad de recurrir con la expresión de los pronunciamientos que se impugnan y es en este momento y no en el de la interposición del recurso, que debe quedar acotado lo que va a ser objeto de la alzada. Se produce una falta de claridad en el recurso

que perjudicaría los derechos de defensa de la parte recurrida, teniendo en cuenta, además, que ni siquiera pide que se estime íntegramente la demanda.

El motivo se desestima. Las alegaciones artificiosas de la parte recurrente no tienen en cuenta que en el caso que la sentencia que se recurre haya sido desestimatoria, esta Sala entiende que la interposición del recurso de apelación supone que la parte recurrente se refiere a la totalidad de lo denegado. Además, cuando se trata de escritos impugnando la sentencia, en la gran mayoría de los casos la necesidad de proteger el principio de tutela judicial efectiva impone una interpretación favorable al acceso al recurso.

Es cierto que una parte de la doctrina considera que deben expresarse claramente todos los pronunciamientos que van a ser objeto del recurso de apelación, porque la parte perjudicada, en virtud de los principios de justicia rogada y dispositivo debe determinar si recurre todos o solo alguno de los pronunciamientos, que en este caso, quedarían firmes. Pero también es cierto que el art. 457.3 LEC establece que "si la resolución impugnada fuera apelable y el recurso se hubiera preparado dentro de plazo, el tribunal tendrá por preparado el recurso y emplazará a la parte recurrente por veinte días para que lo interponga", de modo que solo el incumplimiento de estos requisitos comportará la denegación.

Dicho lo anterior, debe advertirse que la parte recurrente en su escrito de preparación señaló que se impugnaban los "pronunciamientos contenidos en los Fundamentos de derecho Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto en que se basa el fallo de la resolución impugnada", que desarrolló ampliamente en el escrito del recurso de apelación, por lo que según lo dicho anteriormente, no procede declarar la concurrencia de la infracción procesal alegada.

TERCERO.- En el segundo motivo, se denuncia la infracción de los artículos 219 y 218 LECiv, al amparo de lo dispuesto en el artículo 469, 1,2 LECiv, que formula, además, subsidiariamente. Señala que el artículo 219.2 LECiv dice que la sentencia establecerá de forma precisa la cuantía o las bases para la liquidación de las cantidades pedidas. De este modo, la sentencia recurrida al reconocer el derecho de la demandada a los frutos de la finca donada, sin concretar su importe, ni precisar las bases para concretarlo, se vulnera el artículo 219 LEC, de modo que no es admisible una condena a restituir unos frutos cuya concreción no se ha efectuado.

El motivo se desestima. El artículo 219.2 LECiv establece que la "sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y

precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución". Los frutos producidos por la casa objeto de la reversión se reducen a los arrendamientos contratados por la viuda del propietario a la muerte de éste, por lo que es de suponer que se encajan en una operación sencilla. Por tanto, dejar la determinación de la exacta cantidad a la ejecución de la sentencia no supone una infracción que comporte la declaración de nulidad de la sentencia, porque se ajusta a lo establecido en el artículo 219.2 in fine LECiv (en un sentido parecido, STS 818/2008, de 3 octubre).

B) Recurso de casación.

CUARTO.- El motivo único del recurso de casación denuncia la infracción de los artículos 618, 633 y 641 CC. Dice que "la cuestión sobre la que planea el presente recurso se centra en si el tercero favorecido por una cláusula de reversión insita en una donación condicional (artículo 641 CC) es también donatario y, por tanto, se somete al régimen que el CC establece en las donaciones, en particular, las que se refieren a las formalidades para su validez y eficacia, puesto que si bien la sentencia recurrida dice que para adquirir el dominio debe el tercero reversionario aceptar la donación, ésta no está sometida a las formalidades del artículo 633 CC".

Opina que el tercero reversionario tiene la misma condición de donatario, pues adquiere en virtud de un negocio entre vivos y existe el acto traslativo a su favor, presidido por el ánimo de liberalidad del donante, que actúa como causa de la disposición.

Por ello opina que adquiriendo el donatario por medio de una donación entre vivos, se deben respetar los requisitos de forma del artículo 633 CC. De modo que al faltar la aceptación en escritura pública, la demandante- recurrida no debe ser considerada propietaria del chalet donado. El motivo se desestima. La donación con cláusula de reversión al propio donante o a un tercero, par el caso de que se cumpla el evento previsto por el donante al efectuarla, contiene un pacto añadido a la donación, cuyos límites se encuentran en los de la sustitución fideicomisaria, según lo dispuesto en el artículo 641 CC cuando el reversionario sea un tercero.

Y hay que estar de acuerdo con la doctrina cuando señala que el término reversión se utiliza en forma propia cuando lo donado debe volver al donante, pero no cuando sea un tercero el beneficiario para el caso de que se cumplan las condiciones previstas, porque en este caso lo más propio sería hablar de sustitución. De todos modos, a pesar de la incorrección lingüística, los ordenamientos jurídicos aceptan que en ambos

supuestos nos hallamos ante lo que se denomina reversión o devolución, que constituye una carga de la donación y que, en definitiva, introduce la técnica de las sustituciones fideicomisarias en un negocio jurídico entre vivos (así también el art.531-19 del Código civil de Cataluña). A los efectos del problema planteado en el presente recurso de casación, deben distinguirse, por consiguiente, dos elementos en este tipo de donaciones:

a) La donación en la que consta la condición y la cláusula reversional.

b) La reversión que se produce en el momento en que se cumple lo previsto por el donante.

El primer elemento de estos negocios jurídicos es la donación, que debe cumplir todos los elementos exigidos en el Código civil para su validez, es decir, la aceptación efectuada por el donatario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 630 CC, y la forma establecida en el artículo 633 CC. mayores dificultades presenta la identificación de los efectos del cumplimiento de la condición impuesta cuando los bienes donados hayan de revertir (o ser devueltos) a terceros que no han intervenido en la originaria donación por no haber sido llamados o porque ni tan solo existían.

La interpretación más adecuada a esta situación, es decir, aquella en que la reversión beneficia a terceros, es considerar que nos hallamos en una situación parecida a la sustitución fideicomisaria, en la que el beneficiario no ha intervenido en el otorgamiento, porque su presencia no es necesaria para la validez de la donación, y, en cambio, debe actuar cuando se cumple la condición, que funcionará como resolutoria para el donatario y como suspensiva para el tercero beneficiado. Se plantea así la problemática de determinar si los efectos jurídicos del cumplimiento de lo previsto para que se produzcan los efectos devolutivos producen automáticamente la adquisición de lo donado, o bien se requiere la aceptación del tercero beneficiado.

Si se acepta la tesis predominante en la doctrina, deberá concluirse que el beneficiario adquirirá automáticamente el objeto donado, aunque le queda siempre la posibilidad de rechazarlo. Nos hallamos en una situación semejante a la prevista en el artículo 881 CC, que establece que "el legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador", sin perjuicio, claro está, de su derecho a renunciarlos, porque no se puede permitir que otra persona aumente el patrimonio del beneficiario sin su consentimiento. Esta solución no resulta extraña en el ordenamiento español porque el artículo 531-19 del Código civil de Cataluña, que regula este tipo de donaciones de una forma más completa que el Código civil, se remite a

las reglas de los fideicomisos para la regulación de las reversiones previstas en favor de terceros y el artículo 426-44.1 del mismo Código establece que la delación atribuye al fideicomisario la condición de heredero o legatario.

El fundamento de la norma es el mismo, porque en definitiva, tanto en la sustitución fideicomisaria como en la donación con cláusula reversional, el tercero beneficiado adquiere del donante y no del donatario y no va a saber cuándo va a adquirir sino hasta que se cumpla el evento previsto, por lo que no es necesario que participe en la donación originaria, en la que se había incluido el pacto reversional.

QUINTO.- Estas son las razones que llevan a desestimar el presente recurso de casación. En resumen y aplicando lo dicho al presente recurso, hay que señalar lo siguiente:

1º No era necesaria para la validez de la donación originaria la aceptación en ella de las posibles beneficiarias por la cláusula reversional. Dicha donación contó con la aceptación del donatario y se otorgó en escritura pública, por lo que era válida y eficaz.

2º En el momento de cumplirse el evento condicional previsto por la donante, que fue la muerte del donatario sin haber dispuesto de los bienes donados y sin tener hijos ni descendientes, las beneficiarias adquirieron su derecho, sin perjuicio de poder renunciarlo, cosa que ocurrió con la otra donataria, Dª Marina.

3º Se puede admitir, a mayor abundamiento, que la recurrida y demandante Dª Encarna aceptó tácitamente al reclamar los bienes donados, aunque ello no era necesario en virtud de este efecto automático a que antes nos hemos referido.

SEXTO.- La desestimación de todos los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de Dª Bernarda determina la de su recurso. La desestimación de todos los motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Bernarda determina la de su recurso de casación. Con relación a las costas originadas por ambos recursos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC/2000, que se remite al art. 394 LEC, corresponde imponerlas a la recurrente.

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

#### FALLO

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de Dª Bernarda contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma

de Mallorca, Sección 4ª, de 16 noviembre 2004, dictada en el rollo de apelación núm. 228/04.

2º Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Bernarda contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 4ª, de 16 noviembre 2004, dictada en el rollo de apelación núm. 228/04.

3º No ha lugar a casar la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

4º Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente,

con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Román García Varela.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Rubricado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sra. Dª Encarnación Roca Trias, 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.



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

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

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Oficina Española de Patentes y Marcas otorgó la inscripción de la marca núm. 2.495.053 FUNDACIÓN CAJA DUERO de la clase 33 para "bebidas alcohólicas (excepto cervezas)".

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

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de

Justicia de Madrid dictó sentencia desestimatoria con base en los siguientes fundamentos:

(...) en el caso presente las denominaciones enfrentadas en su conjunto "Consejo Regulador de la Denominación de Origen de Ribera del Duero" y "Fundación Caja Duero" existe una total disparidad denominativa, ya que sólo coinciden en la expresión "Duero", la cual al tener un carácter geográfico forma parte del patrimonio cultural común de todos y por lo tanto es inapropiable para nadie, ni siquiera para el titular de una denominación de origen (la cual no se denomina simplemente "Duero" sino "Ribera del Duero"),

pero además no puede entenderse que se trate a excepción de la palabra Duero de una expresión genérica como pretende el recurrente de que los términos "Consejo", "Regulador" "Denominación" "Origen" y "Fundación" y "Caja", pues si bien es cierto que cada uno de ellos individualmente considerado tiene tal carácter su unión a otro u otra denominación "ribera del Duero" y "Duero" supone una la especificación. Es pues rechazable el argumento de la recurrente pues realiza una actividad invalida a la hora de analizar las marcas opuestas, ya que procede a su descomposición cuando el análisis ha de realizarse de forma conjunta, y como hemos señalado la única coincidencia del análisis conjunto se produce en un término inapropiable cual es el término Duero. Este motivo ha de ser desestimado.

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

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

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

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

En primer lugar, nada se dice respecto del posible error sobre la procedencia geográfica de los productos, que el término "Duero" puede producir en los consumidores, cuestión que fue invocada en la demanda en el hecho quinto y motivó la res-

puesta correspondiente del Abogado del Estado, en relación con la prohibición del artículo 11.1.f) de la Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre.

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

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

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

En estas prohibiciones generales, a diferencia de lo que ocurre en casos especiales (marca renombrada), basta que no se dé una de estas circunstancias para que desaparezca la prohibición, y deba permitirse el acceso al Registro de la marca solicitada. Esto quiere decir, en primer lugar, que, aunque se produzca la similitud de los signos, no habrá prohibición si los productos, servicios y actividades designados son diferentes, y, en segundo término, que aunque los productos, servicios y actividades sean iguales, tampoco operará la prohibición si no existe similitud en los signos.

Por tanto, el objeto del derecho sobre la marca es un signo puesto en relación con una clase de productos o servicios (regla de la especialidad de la marca). Como señala la doctrina, esta asociación de signo y producto se transforma de esta forma en una verdadera marca cuando la contemplación del signo produce en la mente de los consumidores las representaciones en torno al origen empresarial, calidad y, en su caso, buena fama de los productos.

Al juzgador de instancia le corresponde valorar el grado de semejanza

que se produce entre los diferentes signos, así como si los productos o servicios son similares o están relacionados.

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

A diferencia de la identidad, que es apreciable a simple vista, los conceptos de semejanza, similitud o relación son indeterminados, y requieren en el juzgador una actividad dirigida a dar claridad al ámbito de incertidumbre del concepto.

Se trata de una operación que ha de ejecutarse en cada caso concreto, pues difícilmente encontrará precedentes que se ajusten al que tiene entre sus manos, dada la variadísima gama de términos, imágenes y signos que puede concebir el ingenio humano, y de actividades, servicios y productos que existen en el comercio de los hombres.

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

En el presente caso, al amparar la marca concedida "bebidas alcohólicas", está incidiendo de manera directa en el campo propio de la "Denominación de Origen Ribera del Duero", denominación que protege, conforme a su Reglamento de 1 de diciembre de 1992, "los vinos de calidad tradicionalmente designados bajo esta denominación geográfica que, reuniendo las características definidas en este Reglamento, cumplan en su producción, elaboración y crianza, todos los requisitos exigidos en el mismo y en la legislación vigente".

No hay duda que la utilización del término "duero" para bebidas alcohólicas, entre las que se incluye el vino, puede producir una asociación de la marca pretendida con el origen de los vinos protegidos por la anterior denominación de origen, lo que llevaría al público consumidor al error de confundir, de un lado, el origen geográfico del producto, caso de que éste no fuere producido en este territorio, lo que determina la prohibición prevista en el art. 11.1.f) de la

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

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

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

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

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

#### FALLO

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

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Oscar Gonzalez Gonzalez, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.

2009/150510

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 8 julio 2009.  
Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

## Exclusión del proyecto de construcción de centro penitenciario del trámite de evaluación de impacto medioambiental

*El TS deniega la solicitud de suspensión interesada por la representación procesal del Gobierno Vasco en relación con la ejecutividad del acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, por el cual se declaraba excluido del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro penitenciario en el término municipal de Iruña de Oca. Asimismo se solicitaba la suspensión del procedimiento de autorización o aprobación del proyecto de construcción del centro penitenciario y de los procedimientos de licitación y adjudicación de las obras para su construcción. La Sala destaca en primer lugar el rango legal que sirve de base al acuerdo impugnado, la disposición adicional 2ª RDleg 1/2008, concluyendo la Sala que no concurre el "periculum in mora" por cuanto han sido realizados unos estudios, informes y consultas previas que no ponen de manifiesto daños medioambientales irreversibles por la materialización del proyecto en la forma en la que está configurado. Asimismo, desde la perspectiva del "fumus boni iuris", deja constancia de que los tres posibles objetos de afectación medioambiental, en la realidad, y vista la contestación del Ministerio del Interior al requerimiento autonómico vasco, no tendrían una afectación medioambiental tan intensa y extensa de la que pudieran deducirse unos daños medioambientales irreversibles. Formula voto particular D. Jesús Ernesto Peces Morate.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, como hemos señalado, entre otras muchas resoluciones, en ATS de 12 de julio de 2002, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolu-

ción que ponga fin al proceso o, como dice expresivamente el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) “asegurar la efectividad de la sentencia”.

Por ello el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar, “opera como criterio decisor de la suspensión cautelar” (AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000), y, el artículo 130 LJCA especifica como uno de los supuestos en que procede la adopción de ésta es aquél en que “la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

En definitiva, con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

Como señala la STC 218/1994, la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia.

Pero, además, en el proceso administrativo la “justicia cautelar” tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones Públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad, con respecto a los particulares, ante los tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el artículo 106.1 de la Constitución Española (“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”), así como también el 153.c) de la Constitución Española (“El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:

(...) c) Por la jurisdicción Contencioso-Administrativa, el de la Administración autónoma y sus normas reglamentarias”) y, en último término, respecto de la legislación delegada, el artículo 82.6 de la Constitución Española (“Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control”).

SEGUNDO.- Pues bien, continúa el ATS de precedente cita, señalando que “la decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los

distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LRJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que según nuestra jurisprudencia puede resumirse en los siguientes términos:

a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997:

“la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación”.

El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable la duración del proceso.

De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 “el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal” (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El *periculum in mora*, conforme al artículo 130.1 LJCA:

“previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

Este precepto consagra el llamado *periculum in mora* como primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar.

Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta

que de modo inmediato puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso.

Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) La ponderación de intereses: Intereses generales y de tercero. Conforme al artículo 130. 2 LJCA, la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia:

“al juzgar sobre la procedencia (de la suspensión) se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”.

Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada, según exige el citado artículo 130.2 LRJCA. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto” (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares.

Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

La LRJCA no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LECiv/2000 que sí alude a este criterio en el artículo 728.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en de-

terminados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta ATS 14 de abril de 1997 de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que “la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no (...) al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)”.

TERCERO.- En aplicación de la doctrina expuesta se ha de concluir rechazando la pretensión de la medida cautelar solicitada de suspensión del Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en su reunión de fecha 28 de noviembre de 2008, por el cual se declara excluido, del trámite de evaluación de impacto ambiental, el proyecto de construcción de un Centro Penitenciario en el término municipal de Iruña de Oca (Álava).

A tal efecto, debemos comenzar recordando dos aspectos del presente incidente cautelar con evidente incidencia en el desarrollo del mismo:

a) En primer término el dato de que la medida cautelar suspensiva solicitada abarca no solo al mencionado Acuerdo -lo que, en realidad, implicaría una medida cautelar positiva consistente en someter el proyecto a evaluación de impacto ambiental-, sino que la misma medida cautelar suspensiva se extiende también a la iniciación de los procedimientos de autorización o aprobación, así como a los de licitación y adjudicación, de las obras del Proyecto de Construcción de un Centro Penitenciario en el término municipal de Iruña de Oca (Álava).

Por tanto, el acto principal cuenta con una especial característica, pues la decisión que en el Acuerdo del

Consejo de Ministros se adopta, en realidad, no es otra que la excepción o la exclusión del cumplimiento de un determinado deber legal, previo al inicio del desarrollo de un proyecto, y que consiste en realizar, con antelación al inicio de las obras y a la aprobación del proyecto, una Evaluación de Impacto Ambiental (consecuencia de un determinado Estudio) que daría lugar a una Declaración de Impacto Ambiental, que, en síntesis, condicionaría, desde una perspectiva medioambiental, el proyecto.

Pues bien, el Acuerdo aquí adoptado consiste en excluir este concreto Proyecto de Construcción de un Centro Penitenciario, en el término municipal de Iruña de Oca (Álava), de la mencionada técnica de control que la Declaración de Impacto Ambiental implica.

b) Pero, en seguida, debe repararse en que dicha exclusión no se sitúa solo en el ámbito de la actuación administrativa, por cuanto, como tal vía de exclusión, tienen su fundamento en una específica norma con rango de ley cual es la Disposición Adicional Segunda del Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, conforme a la cual bien el Consejo de Ministros, bien el órgano que se determine en cada Comunidad Autónoma "podrán, en supuestos excepcionales y mediante acuerdo motivado, excluir un proyecto determinado del trámite de evaluación de impacto ambiental".

Es cierto que como tal norma de excepción a una regla general merece una interpretación restrictiva, pero, también debe de tomarse en consideración el rango legal de la citada norma que constriñe y condiciona, en gran medida, la acción administrativa que nos ocupa.

Pues bien, el Acuerdo impugnado motiva, de conformidad con dicha Disposición Adicional, la decisión de exclusión de la evaluación "dado que la construcción de un nuevo Centro Penitenciario en la Comunidad Autónoma del País Vasco es urgente y perentorio dado, con carácter general, el aumento de la población penitenciaria de España y con carácter particular el déficit de plazas penitenciarias existentes en dicha Comunidad Autónoma.

Es por ello, por lo que en la última actualización del PACEP, aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de diciembre de 2005, se prevé que dicho Centro Penitenciario esté plenamente operativo en el año 2012".

CUARTO.- Partiendo de los expresados datos, hemos de señalar que desde ninguno de los criterios legales y jurisprudenciales que hemos expuesto, podemos considerar procedente la medida cautelar solicitada

en relación con los actos de precedente cita:

1º. No concurre el periculum in mora. Si bien se observa, la no adopción de la medida cautelar en modo alguno implica que la materialización del Proyecto del Centro Penitenciario va a tener lugar sin ningún tipo de control previo medioambiental, por cuanto la misma Disposición Transitoria Segunda, de precedente cita, dispone que "En tales casos -de exclusión- se examinará la conveniencia de someter el proyecto excluido a otra forma de evaluación".

Y ello es lo acontecido en el supuesto de autos, en el que no puede aceptarse que se haya producido la puesta en marcha de un proyecto de obras con absoluta ausencia de control medioambiental. En tal sentido, debemos destacar:

A) Se ha realizado la tramitación establecida en los artículos 16 y 17 del Texto Refundido; esto es, no se actúa sobre la nada, sino que la decisión que nos ocupa ha sido adoptada por el Consejo de Ministros tras haberse formulado una previa solicitud ante los órganos medioambientales con la finalidad de que por los mismos se resolviera sobre la determinación de sometimiento, o no, del proyecto a evaluación de impacto ambiental.

Y, a dicha solicitud se acompañó un "documento ambiental del proyecto", cuyo contenido se especifica en el artículo 16 del Texto Refundido 1/2008, y del que debemos destacar la concreción de las características y ubicación del proyecto, las principales alternativas estudiadas, el análisis de los impactos potenciales, las medidas preventivas, correctoras o compensatorias para la adecuada protección del medio ambiente, así como la forma de realizar el seguimiento que garantice el cumplimiento de las indicaciones y medidas protectoras contenidas en el documento ambiental.

E, igualmente, debe destacarse (artículo 17 siguiente) que previamente a la decisión sobre la determinación del sometimiento a evaluación se ha procedido a consultar "a las administraciones, personas e instituciones afectadas por la realización del proyecto, poniendo a su disposición el documento ambiental del proyecto a que se refiere el artículo 16".

Fruto de dicha consulta son los informes que se aportan a las actuaciones, y que lo son en el sentido de que la evaluación debería efectuarse, pero, al mismo tiempo, los citados documentos, informes y resultados de consultas medioambientales constituyen una garantía, límite o concreción de los posibles perjuicios que el desarrollo de la obra pudiera producir; esto es, la posterior evaluación vendría a mejorar las medidas correctoras, complementarias o compensatorias, pero difícilmente -dado

el contenido de los informes- a descubrir nuevos efectos perversos sobre los recursos naturales.

B) En segundo término debemos destacar que -en esa actuación previa de acercamiento o concreción- se han identificado los aspectos o motivos de posible afectación medioambiental; esto es, se han concretado los aspectos sensibles o de especial riesgo, y que según se expresan en el Acuerdo del Consejo de Ministros, son:

1. La posibilidad de una afectación medioambiental por la proximidad de los terrenos a la zona del proyecto de los Montes de Vitoria, catalogados como Espacio Natural, y la vega del río Zadorra, que tiene la consideración de Lugar de Interés Comunitario.

2. El estar enclavados los terrenos donde se pretende construir el Centro Penitenciario en la Zona de Presunción Arqueológica núm. 21, Poblado de Zaballa.

3. Estar enclavados los terrenos afectados por el proyecto en el Catálogo de Paisajes Singulares y Sobresalientes de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

C) En tercer lugar, y, sin duda, como consecuencia de los expresados trámites iniciales referenciados, se han establecido para el promotor una serie de medidas tendentes a la protección de los aspectos medioambientales expresados, de conformidad con lo previsto en los informes medioambientales aportados por el Gobierno Vasco.

1. En relación con el cauce del Río Zadorra -una de las zonas que hemos calificado de sensibles- se impone al promotor la adopción de medidas para "reducir las actuaciones ... al mínimo indispensable para evitar el impacto sobre las especies protegidas que viven en la zona", imponiéndosele, por otra parte, "la reposición de la vegetación en los tramos de la ribera afectados por las obras".

2. En relación con la fauna de la zona (el murciélago de la cueva, el aguilucho pálido y una pareja de halcones peregrinos) se impone al promotor evitar "realizar trabajos durante las épocas de cría".

3. En relación con el paisaje se le impone la realización de "obras de recuperación ambiental e integración paisajística al finalizar las obras mediante la repoblación de especies autóctonas".

4. En relación con los vertidos procedentes de la EDAR que se instalará en el Centro, se impone al promotor de la obra cumplir "las condiciones marcadas por la Agencia Vasca del Agua".

5. Desde la perspectiva del patrimonio histórico el promotor ya ha

procedido a realizar una "excavación arqueológica en la zona afectada por las obras, a los efectos de valorar el interés arqueológico del yacimiento".

6. Por otra parte, el Acuerdo dispone la puesta a disposición del público afectado de la información recogida sobre la evaluación realizada, sobre la decisión de exclusión adoptada y sobre las razones por las que ha sido acordada.

7. Por último, se dispuso comunicar el Acuerdo a la Comisión Europea con carácter previo a la autorización o aprobación del proyecto.

En consecuencia, como todos estos datos, insistimos en el rechazo del periculum in mora por cuanto:

1) han sido realizados unos estudios, informes y consultas previas -con valoración de alternativas:

2) no ponen de manifiesto daños medioambientales irreversibles por la materialización del proyecto en la forma en la que está configurado;

3), a mayor abundamiento, han sido previstas una serie de medidas correctoras, compensatorias o de garantía informativa, sin haber efectuado la evaluación de impacto ambiental, suficientemente intensas para evitar cualquier daño irreversible medioambiental.

2º. Desde la perspectiva de la confrontación de los intereses en juego, el Gobierno recurrente en ningún momento discute o pone en duda el interés general penitenciario que respalda el Acuerdo adoptado ni la urgencia en la construcción del centro penitenciario, por cuanto, sin discutir el expresado, el Gobierno contrapone otros intereses medioambientales.

Esto es, el Gobierno recurrente se sitúa no en una posición de enfrentamiento o exclusión de una de las opciones, sino, mas bien, en la de -en defensa de los intereses medioambientales que podrían resultar afectados por la construcción del Centro- tratar de buscar medidas compensatorias de dichos intereses.

Y no niega una realidad objetiva que consta en las actuaciones: que a enero de 2009 existen 1.426 personas cumpliendo condena en el País Vasco, mientras que la capacidad óptima de los establecimientos penitenciarios existentes es de 830 plazas, debiendo seguir así hasta el 2012, de no suspenderse el Acuerdo.

3º. En relación con el primero -y principal- acto al que afecta la medida cautelar (Acuerdo de exclusión de la evaluación) debe repararse en que tal medida consistiría en el sometimiento del proyecto, cautelarmente, a evaluación, con lo que, en realidad, se estaría resolviendo el fondo del litigio, estándonos vedado, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, en

esta fase del proceso adoptar cualquier decisión cautelar prejuzgando el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

4º.- Que, por último, desde la perspectiva del *Fumus boni iuris*, hemos, igualmente, de dejar constancia de que los tres posibles objetos de afectación medioambiental, en la realidad, y vista la contestación del Ministerio del Interior al requerimiento autonómico vasco, no tendrían una afectación medioambiental tan intensa y extensa de la que pudieran deducirse unos daños medioambientales irreversibles, pues:

1. En relación con alegación relativa a la proximidad de los terrenos a la zona del proyecto de los Montes de Vitoria (catalogados como Espacio Natural) y la Vega del río Zadorra, (que tendría la consideración de Lugar de Interés Comunitario), el Ministerio del Interior niega tales consideraciones medioambientales por cuanto "el emplazamiento seleccionado para el Centro Penitenciario no se encuentra incluido en la Red de Espacios naturales Protegidos ni en la Red Natura 2000".

2. En relación con la alegación de estar enclavados los terrenos donde se pretende construir el Centro Penitenciario en la Zona de Presunción Arqueológica núm. 21, Poblado de Zaballa, se expone que solamente "aproximadamente la mitad del terreno de actuación se sitúa dentro de la Zona de Presunción Arqueológica núm. 21, Poblado de Zaballa".

3. Estar enclavados los terrenos afectados por el proyecto en el Catálogo de Paisajes Singulares y Sobresalientes de la Comunidad Autónoma del País Vasco, el Ministerio del Interior señala que, sin embargo, "presenta una calidad paisajística muy baja".

Por tanto, la solicitud de suspensión no puede ser respondida afirmativamente:

1) por la falta de acreditación del *periculum in mora*, esto es, del riesgo de la pérdida de finalidad legítima del recurso (art. 130 LRJCA);

2) por la evidente presencia de intereses públicos para mantener la eficacia del Acuerdo cuestionado (de carácter penitenciario) no discutidos por el Gobierno recurrente;

3) porque, de acordarse la suspensión del primer Acuerdo, en reali-

dad se estaría resolviendo el fondo del litigio;

4) porque desde la perspectiva provisional y cautelar que ahora tenemos, no apreciamos daños medioambientales especialmente extensos e intensos que determinarían irrevocablemente su imposibilidad de subsanación.

QUINTO.- No se aprecien motivos para hacer un pronunciamiento sobre costas, a tenor del artículo 131 de la LRJCA.

#### FALLO

Denegar la solicitud de suspensión interesada por la representación procesal del Gobierno Vasco en relación con:

a) La ejecutividad del Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en su reunión de fecha 28

de noviembre de 2008, por el cual se declara excluido del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro penitenciario en el término municipal de Iruña de Oca (Álava).

b) El procedimiento de autorización o aprobación del Proyecto de Construcción de un Centro Penitenciario en el término municipal de Iruña de Oca (Álava).

c) Los procedimientos de licitación y adjudicación de las obras de construcción del Centro Penitenciario en el término municipal de Iruña de Oca (Álava).

No se hace expresa imposición de las costas de este incidente.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados.

La demandante presentó demanda en reclamación de cantidad, recayendo en sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3, autos 410/05, condenando a la empresa demandada al abono de 13.710'84 euros, en concepto de indemnización por despido, no habiendo sido parte el FOGASA.

Instada la ejecución, el Juzgado de lo Social dictó auto el 16 de abril de 2007 declarando la insolvencia provisional de la empresa Erlea S.A., habiendo solicitado la trabajadora al FOGASA el abono de dicha cantidad, dictó resolución el 22 de junio de 2007, denegando lo solicitado.

Recurrida en suplicación por la demandada la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia el 17 de junio de 2008, recurso 1121/08, desestimando el recurso formulado.

La sentencia entendió que al haberse reconocido en sentencia la cantidad reclamada, en concepto de indemnización por despido, aunque el procedimiento seguido fuera el ordinario de reclamación de cantidad, no el de despido, en el que sólo tangencialmente se ha pronunciado el Juzgado sobre existencia de la extinción contractual, su calificación y efectos, la convicción de la realidad de la existencia de una extinción contractual, conduce a que, habiéndose comprobado que la cantidad indemnizatoria tiene visos de realidad y certeza, la aplicación del artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores -tras la reforma efectuada por la Ley 43/06 - exige que el término "abono de indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia", no pueda sólo limitarse para los procedimientos específicos de despido, sino que ha de ampliarse a otras resoluciones judiciales donde la condena a la empresa al abono de la indemnización, no derive de un procedimiento de despido, sino también de un procedimiento de reclamación de cantidad.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, el 26 de septiembre de 2007, recurso 1122/07, firme en el momento de publicación de la recurrida.

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima improcedente el recurso.

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



2009/143993

TS Sala 4ª, Sentencia 10 junio 2009. Ponente: Dª Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

En el pago de indemnización fijada en proceso de reclamación de cantidad

## Responsabilidad subsidiaria del FOGASA por insolvencia empresarial

*Recorre en casación para la unificación de doctrina el demandado FOGASA frente a sentencia que le condenó a abonar a la actora, ante la insolvencia empresarial, la cantidad reclamada por indemnización por despido improcedente.*

*Desestima el TS el recurso ya que considera que se cumple la exigencia prevista en el ET de que la indemnización haya sido reconocida por alguno de los títulos que contempla y, en el caso de autos, ese título es la sentencia de condena dictada en procedimiento de reclamación de cantidad. Señala la Sala que no es exigible, pues la norma no lo contempla, que la determinación judicial del importe de la indemnización necesariamente haya de producirse en un proceso por despido. En efecto, si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido y la falta de ejercicio de esta no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para estos ceses lícitos.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 2 de San Sebastián dictó sentencia el 5 de febrero de 2008, autos 729/07, estimando la demanda formulada por Dª María del Pilar contra el Fondo de Garantía Salarial, condenando al citado organismo a que abone a la demandante la cantidad de 7.412'9 euros.

Tal y como resulta de dicha sentencia en fecha 15-11-04, la empresa

Erlea S.A., para la que la actora venía prestados servicios desde el 1-8-00, procedió a despedirla, reconociendo en la carta de despido que se ponía a su disposición la indemnización equivalente a 45 días de salario por año de servicio, reconociendo mediante documento privado una deuda, derivada de la indemnización por despido de 13.710'84 euros, cantidad que no abonó, ni la parte proporcional de pagas extras y salarios de octubre y noviembre de 2004.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, el 26 de septiembre de 2007, recurso 1122/07, estimó el recurso de suplicación interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de León el 19 de marzo de 2007, autos, 879/06, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Eburne contra el indicado recurrente, en reclamación de cantidad.

Consta en dicha sentencia que la actora, que venía prestando servicios para la empresa Carral y Ocoy S.L., fue despedida el 6 de octubre de 2007, entregando la empresa carta de despido el día 7 reconociendo la improcedencia del despido y ofreciéndole la cantidad de 6.657'39 euros, cantidad que no abonó.

La trabajadora presentó demanda en reclamación de cantidad, recayendo sentencia en los autos 851/05, del Juzgado de lo Social núm. 2 de León, condenando a la demandada a abonar, entre otras, la cantidad de 6.657'39 euros, en concepto de indemnización por despido.

Tramitada la ejecución, el Juzgado dictó auto declarando la insolvencia de la empresa y habiendo solicitado del FOGASA el abono de dicha cantidad, le fue denegada.

La sentencia entendió que el reconocimiento de la improcedencia del despido, a cuya indemnización resulta condenada la empresa en la sentencia de 13 de febrero de 2006, no se realiza en una sentencia o conciliación judicial, sino en una simple carta remitida por la empresa, por lo que falta el título habilitante para exigir al FOGASA la responsabilidad prevista en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, siendo irrelevante que en la sentencia recurrida conste que el FOGASA no fue parte en el procedimiento de reclamación de cantidad -en concepto de indemnización por despido- en tanto en la de contraste consta que el FOGASA fue parte en el citado procedimiento, pues lo relevante es si la sentencia recurrida en un procedimiento de reclamación de cantidad, en concepto de indemnización por despido, es título idóneo para que el FOGASA reconozca dicha prestación, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral procede entrar a conocer del fondo del asunto.

**TERCERO.** - El recurrente alega infracción de los artículos 33.2 del Estatuto de los Trabajadores 14.2 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo.

En esencia alega el recurrente que la determinación judicial del importe de crédito a satisfacer al trabajador, en concepto de indemnización por despido improcedente, sólo puede producirse en un proceso de despido, no cabe un pacto entre empresario y trabajador a fin de que un tercero, el FOGASA, abone con fondos públicos las consecuencias de dicho pacto "inter privados".

Esta Sala entiende que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia recurrida, pudiendo citarse como antecedente jurisprudencial nuestra sentencia de 22 de enero de 2007, recurso 3011/05, en la que se señaló que en los supuestos en los que no hay controversia alguna sobre la ausencia de motivo o improcedencia del despido "si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario, no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto, no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada.

Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos".

En el supuesto ahora examinado existe una carta de despido remitida por la empresa a la trabajadora, de fecha 15-11-04, en la que hace constar que con motivo de las desavenencias existentes entre la dirección de la empresa y la demandante procede a despedirla con efectos de 30-11-04, poniendo a su disposición dicho día la indemnización correspondiente a 45 días de salario por año de servicio, reconociendo la empresa en esta última fecha, mediante un documento privado, una deuda derivada de la indemnización por despido de 13.710'84 euros, siendo aceptado por la trabajadora.

Por ello la trabajadora no entabló acción por despido, ya que no existía discrepancia alguna acerca de la calificación del mismo y de la indemnización procedente, siendo posteriormente, ante el impago de la indemnización ofrecida, cuando procedió a reclamar la misma, a través del proceso ordinario de reclamación de cantidad.

**CUARTO.**- Cuestión similar a la ahora planteada ha sido resuelta por esta Sala en la sentencia de 4 de mayo de 2009, recurso 2062/08, en la que se contiene el siguiente razonamiento:

"Partiendo de tales premisas ha de analizarse el contenido del artículo 33.2 ET y la interpretación que del mismo viene haciendo la doctrina de

esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo para determinar los requisitos y el alcance de la responsabilidad subsidiaria que el precepto contiene en orden al pago de la indemnización por despido en caso de insolvencia empresarial.

Para que nazca esa responsabilidad subsidiaria, se recuerda en la STS de 31 de enero de 2008 (recurso 3863/2006) es necesario que las indemnizaciones por despido que se reclamen al Fondo de Garantía Salarial hayan sido "reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores".

No basta, por tanto, a los efectos de esta responsabilidad subsidiaria con que, de un modo u otro, aparezca en el ámbito de la controversia una indemnización por despido, sino que es ineludible, para que exista esta responsabilidad subsidiaria, que aquélla esté reconocida en alguno de los títulos habilitantes que se concretan en el art. 33.2 ET.

En el mismo sentido cabe recordar la doctrina anterior recogida en las sentencias de esta Sala de 4 de julio de 1990 (dictada en "interés de ley" y por el Pleno de la Sala), 22 de diciembre de 1998 (rec. 1595/98), 17 de enero del 2000 (rec. 574/99), 18 de septiembre del 2000 (rec. 3840/99), 26 de diciembre del 2002 (rec. 644/2002), 23 de abril del 2004 (rec. 1216/2003) y 23 de noviembre del 2005 (rec. 3429/2004), entre otras, en las que se sostiene, en síntesis, que el referido precepto del Estatuto encomienda al FOGASA la satisfacción de las prestaciones que sustituyen obligaciones incumplidas por un empresario insolvente, en materia de salarios y de indemnizaciones por cese.

"Pero estos conceptos dinerarios no se atienden sin más. Es preciso disponer de un título habilitante que la norma exige. Para los salarios es suficiente con una conciliación, previa o judicial.

Para las indemnizaciones por despido u otras modalidades extintivas, se precisa una sentencia o una resolución administrativa; debiéndose de añadir a estos 'títulos habilitantes', como se ha precisado, los autos y conciliaciones judiciales, en base a las reformas de este precepto llevadas a cabo en los últimos años".

Poniendo en conexión la referida doctrina de la Sala con la literalidad del precepto en cuestión hemos de afirmar que en el mismo no se exige, como se razona en la sentencia recurrida, que el título habilitante para que pueda aparecer legalmente la responsabilidad subsidiaria del FOGASA cuestionada haya de ser necesariamente una sentencia específica de despido, pues en el repetido precepto se dice que ese Organismo y en estos casos abonará las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia.

zaciones reconocidas como consecuencia de sentencia.

En el caso de autos, como se ha podido ver antes, el título que sirve de base a la pretensión que se ejercita por los trabajadores no es la comunicación escrita enviada por la empresa, las cartas de despido y la liquidación aneja, sino que ese título viene constituido por una sentencia en la que se reconoce como no abonada la indemnización por despido y se condena a la empresa a su abono, sin perjuicio, se dice en ella, de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA.

De esta forma esa indemnización no nace, como se ha dicho, de una pura manifestación de voluntad de la empresa de resolver los contratos de trabajo reconociendo su improcedencia, sino de una sentencia judicial consecuencia de un proceso en el que no sólo fue parte el Fondo, sino que en él alegó lo que tuvo por conveniente en orden a la deuda propiamente dicha así como a su eventual responsabilidad subsidiaria, hasta el punto de que ese fue el motivo del recurso de suplicación instado y constituye también el único pronunciamiento de la sentencia recurrida, con lo que la finalidad del precepto de establecer controles de carácter básico para garantizar en la medida de lo posible la realidad y certeza de los débitos cuyo pago tiene que asumir subsidiariamente el Fondo queda así debidamente garantizada".

En el caso de autos, como anteriormente se consignó, el título en el que se fundamenta la pretensión que se ejercita por la trabajadora no es la carta de despido enviada por la empresa, en la que reconoce la improcedencia del mismo, ni tampoco el documento privado de fecha 30-11-04 por el que la empresa reconoce la deuda derivada de la indemnización por despido, sino que el título lo constituye la sentencia en la que se declara que la empresa no abonó la citada indemnización y se condena a su pago.

**QUINTO.**- Por todo lo razonado y, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso formulado, confirmándose en su integridad la sentencia recurrida, condenando en costas al recurrente.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial, contra la sentencia de 17 de junio de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 1121/08, interpuesto fren-



# EL DERECHO

Año XVI. Número 2746

Madrid, 19 de octubre de 2009

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

te a la sentencia de 5 de febrero de 2008, dictada en autos 728/07, por el Juzgado de lo Social núm. 2 de San Sebastián, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> María del Pilar contra el Fondo de Garantía Salarial, en reclamación de cantidad. Se condena en costas al recurrente.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Jesús Souto Prieto.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Joaquín Samper Juan.

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

la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## 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

2009/171590

TC, Sección 1<sup>a</sup>, Sentencia 16 julio 2009.  
Ponente: D<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde

#### Emplazamiento edictal sin agotar los medios de comunicación efectiva

Se promueve amparo frente a auto que denegó la nulidad de actuaciones en un procedimiento de ejecución de títulos judiciales dimanante de un juicio monitorio instado por una comunidad de propietarios. El TC estima el recurso, entendiendo lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Señala la Sala que el órgano judicial autorizó el emplazamiento edictal del recurrente sin desplegar una actividad indagatoria suficiente en los Registros y organismos públicos, a fin de intentar determinar un domicilio en el que pudiera ser emplazado personalmente, no actuando con la diligencia que le era constitucionalmente exigible en la averiguación de dicho domicilio.

2009/171591

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

#### Citación judicial sin garantías a pesar de encontrarse en centro penitenciario

Considera el TC que se ha lesionado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, por haber sido condenado en ausencia tras un emplazamiento que no le permitió tener un efectivo conocimiento de la celebración del juicio de faltas dirigido contra él. La Sala afirma que a pesar de los esfuerzos re-

alizados por el órgano judicial para localizar al denunciante y poder emplazarle personalmente, no puede afirmarse que se hubiera actuado con la diligencia necesaria, dado que desde meses antes de que se ordenara a la policía la averiguación del paradero del recurrente y de que se intentara su emplazamiento y de que se celebrara el juicio estaba interno en un centro penitenciario y que la sentencia condenatoria, sin que aparezca ninguna especial actuación por parte del Juzgado tendente a la localización del recurrente, le fue directamente notificada en el centro penitenciario donde la recibió sin mayor problema.

### TS CIVIL

2009/112078

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 22 mayo 2009.  
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

#### Inaplicación del CC a cesiones gratuitas de suelo impuestas en derecho urbanístico

El TS declara no haber lugar al rec. de casación considerando que la sentencia impugnada ha estimado con acierto que los preceptos del CC relativos a que la perfección de la donación tiene lugar en el momento en que la conoce el donatario, resultan inaplicables a las cesiones gratuitas de suelo impuestas coactivamente en Derecho Urbanístico, con ocasión de la ejecución del planeamiento, como ocurre en el presente caso en el que el ayuntamiento donatario reclama las fincas donadas a los herederos del causante. Declara la Sala que el pleno del ayuntamiento no admitió la anulación de la cesión gratuita y obligatoria realizada, y dicho acuerdo fue recurrido por los interesados en reposición extemporáneamente, sin que fuera seguido del correspondiente rec. contencioso ad-

ministrativo, no resultando procedente ahora su revisión por el orden jurisdiccional civil.

### TS PENAL

2009/50773

TS Sala 2<sup>a</sup>, Sentencia 6 abril 2009.  
Ponente: D. Joaquín Delgado García

#### Delito contra la ordenación del territorio

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los hermanos condenados como autores de un delito contra la ordenación del territorio pues resulta probado que los mismos realizaron en zona verde unas obras de construcción destinadas a piscina para una urbanización. La referida zona verde fue declarada como tal por el correspondiente plan de urbanismo y los acusados lo conocían por lo que se cumplen todos los requisitos exigidos por el tipo penal imputado.

### TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/82934

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección 3<sup>a</sup>, Sentencia 7 mayo 2009.  
Ponente: D. Eduardo Espín Templado

#### Creación de sucursales de la red básica de loterías y apuestas del Estado.

Se desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AN y se confirma la legalidad de la O M<sup>o</sup> Economía y Hacienda, sobre

creación de sucursales de la red básica de loterías y apuestas del Estado. Tal y como se expone en la sentencia de instancia, la estructura comercial del Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado se recoge en la actualidad en el RD 419/1991, de 11 junio, que establece en su art. 3 que dicho Organismo puede encomendar la comercialización de la totalidad de sus productos a los puntos de venta integrados en su red comercial, sin mayores distinciones. Con dicha habilitación, lo que hace la Orden impugnada es ampliar a los puntos de venta de la red complementaria la posibilidad de comercializar la Lotería Nacional, lo que hasta el momento no ocurría, como se indica en la exposición de motivos.

### TS SOCIAL

2009/112246

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 5 mayo 2009.  
Ponente: D. Luis de Castro Fernández

#### Imposible diferencia salarial entre trabajadores con contratos temporales e indefinidos

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de Estadística demandado frente a sentencia que la condenó al abono de las cantidades reclamadas por diferencias salariales. La Sala señala, por un lado, que no cabe aplicar el instituto de cosa juzgada puesto que los pedimentos son distintos, en el proceso por conflicto colectivo se cuestionó la contratación en masa peyorativa fuera de convenio Colectivo y en esta litis lo que se debate es si la retribución inferior del actor puede ampararse en la cláusula contractual que le deja fuera del convenio; por otro lado, la posibilidad de excluir la aplicabilidad de la norma convencional -art. 1.4 Convenio Único Personal Laboral- a determinados trabajadores no puede ampararse que, con carácter general, sean excluidas las contrataciones temporales puesto que tal posibilidad se condiciona a una elemental exigencia de legalidad y, en cuanto a la minoración retributiva de los trabajadores temporales, el mandato del art. 15,6 ET y la doctrina del TC y TS impiden la diferencia salarial entre trabajadores con contratos temporales y trabajadores con contratos de duración indefinida, por lo que la sentencia ha de ser confirmada.