



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2850

Madrid, martes 29 de junio de 2010



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/14266

TS Sala 3ª, Sección: 3, Sentencia 18 febrero 2010. Ponente: D. Mª Isabel Perelló Domenech

Interpretación del art. 6,1 b) de la Ley de Marcas

Inexistencia de riesgo de error o confusión

El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que anuló la resolución por la que se había concedido la inscripción de una marca. La Sala considera que cuando, como ocurre en este supuesto, la Sala del TSJ interpreta el art. 6,1 b) Ley de Marcas y lo aplica tras apreciar fundada y racionalmente que no existe el riesgo de error, confusión o asociación, por la circunstancia descrita, no cabe en vía casacional combatir su decisión alegando, precisamente, que se da el riesgo o la coincidencia apreciados por la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 13 de noviembre de 2008, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil Quinta de Salut L'Aliança, Mutualitat de Previsió Sòcial a Quota Fixa i Variable, contra la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas de fecha 26 de septiembre de 2005, confirmada en alzada por otra resolución de 17 de marzo de 2006, que concedió la inscripción de la marca nacional número 2.618411/7, "Alianzadirecta (mixta)", para productos de la clase 36 del Nomenclátor Internacional, en particular, para "Seguros, negocios financieros, negocios monetarios, negocios inmobiliarios."

La citada Oficina Española de Patentes y Marcas desestima el recurso de alzada deducido contra la decisión inicial de concesión de la marca solicitada en atención a las siguientes consideraciones: "Que el riesgo

de confusión existe cuando el público pueda creer que los productos o servicios proceden de la misma empresa o empresas vinculadas económicamente. Debiendo apreciarse globalmente, tomando en consideración todos los factores del supuesto concreto pertinentes, en particular la posible semejanza fonética, gráfica o conceptual entre los signos enfrentados desde una visión de conjunto que permita tener en cuenta los elementos con mayor o menor poder de diferenciación, y la eventual similitud de los productos o servicios designados, teniendo en cuenta su naturaleza, destino o finalidad, utilización, su carácter competitivo o complementario, o su comercialización en las mismas o relacionadas áreas.

Esta apreciación global del riesgo de confusión implica una cierta interdependencia entre los factores tomados en consideración, y en particular, la similitud entre las marcas y la existente entre los productos o servicios designados. Así un bajo grado de similitud entre los productos o servicios designados puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre las marcas, y a la

inversa (SSTJCE de 11-11-97 Sábel; de 29-9-98 Canon; de 22-6-99 Lloyd).

Tomando en cuenta en esta apreciación el criterio de percepción que tiene el consumidor medio, que se supone es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que rara vez puede comparar directamente las marcas, sino que debe confiar en la imagen imperfecta que conserva en la memoria, y cuyo nivel de atención puede variar en función de la categoría de productos o servicios contemplada (SSTJCE 22-6-99 Lloyd; 16-7-98 Springenheide y Tusky)."

Frente a esta resolución la entidad Quinta de Salut L'Aliança, Mutualitat de Previsió Sòcial a Quota Fixa i Variable, formula recurso contencioso administrativo que estimado en la sentencia ahora recurrida en casación, denegando el registro de la marca "Alianzadirecta".

La sentencia aborda la comparación entre la marca aspirante antes citada, "Alianzadirecta" y las marcas oponentes "L'Aliança" número M-1270506 y "Aliança" número M-1982509, concedida para distinguir productos de la clase 36 del Nomenclátor Internacional, para "Servicios de seguros de accidentes, seguros y pensiones para enfermedad, seguros de vida, seguros vitalicios, organización de colectas benéficas."

Tras exponer sintéticamente la jurisprudencia de esta Sala Tercera, en materia de marcas, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña razona en los siguientes términos:

Tanto en la marca solicitada - Alianzadirecta- como en las marcas prioritarias -L'Aliança y Aliança- coincide el vocablo Alianza. En el caso examinado no hay duda que el término "Alianza" que usan ambas marcas es el más característico en ellas, no sólo por ser el de mayor énfasis sino por su colocación en primer lugar, dotándole de carácter relevante, por lo que se da una similitud fonética y gramatical evidente.

Puede decirse que el vocablo Alianza identifica en su totalidad los signos enfrentados, viéndose además

SUMARIO

TS

CIVIL

Concurrencia de responsabilidad del menor en el incendio causado por explosión de petardo 5

Carácter privativo de negocio de farmacia y derechos relativos al mismo 7

PENAL

Absolución del delito de enaltecimiento del terrorismo 9

ADMINISTRATIVO

Inexistencia de riesgo de error o confusión 1

Concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos 3

SOCIAL

Efectos "ex tunc" de sentencia anulatoria de precepto convencional 12

Apreciación de cosa juzgada positiva en proceso de conflicto colectivo 13

RS

RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

esta identidad reforzada por el hecho de que la palabra diferente que forma parte de la marca solicitada, Directa, lejos de dotarla de una singularidad propia que sirva para diferenciarlos de las marcas anteriores, sugiere más bien una conexión entre ellas, una innovación respecto a las marcas prioritarias que, en todo caso, carece de todo carácter identificador.

Conviene añadir que la diferencia gráfica invocada no puede estimarse relevante a los efectos de evitar riesgo de asociación en los destinatarios de los servicios, al no reunir suficientes disparidades que eviten la asociación entre los signos enfrentados.

Así, pues, si la semejanza o similitud entre dos marcas es un concepto jurídico indeterminado, su apreciación debe hacerse en función de las pautas generales del comportamiento colectivo, con arreglo a la sana crítica o al buen sentido.

Ello nos conduce a determinar que en el presente caso, se evidencia una similitud gramatical y fonética y una identidad aplicativa, especialmente en lo que se refiere a la coincidencia en la clase 36 de la marca solicitada Alianzadirecta -"Seguros; negocios financieros, negocios monetarios, negocios inmobiliarios"- y las marcas oponentes L'Aliança y Aliança -"Servicios de seguros de accidentes, seguros y pensiones para enfermedad, seguros de vida, seguros vitales, organización de colectas benéficas"- que produce la aplicación de la prohibición del artículo 6.1.b) de la Ley de Marcas, ya que no cabe apreciar suficientes diferencias entre los ámbitos aplicativos entre las marcas enfrentadas que evite la posibilidad de confusión entre ellas y también el riesgo de confusión entre el consumidor medio a los que van destinados los servicios que amparan, entendiéndose por tal, como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 22 de junio de 1999, "persona dotada con raciocinio y facultades perceptivas normales, que percibe la marca como un todo, sin detenerse a examinar sus diferentes detalles".

SEGUNDO.- En el recurso de casación se articulan dos motivos de impugnación, ambos formulados al amparo del apartado d) del artículo 88.1. de la Ley de la Jurisdicción, en los que se denuncia, en el primero de ellos, la infracción del artículo 6.1.b) en relación con el artículo 4.1 a) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre,

de Marcas, por error en la apreciación de la prueba así como de la jurisprudencia aplicable. En el segundo motivo se denuncia, de igual modo, la infracción del artículo 6.1 b) de la aludida Ley de Marcas y de la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de esta Sala Tercera de fechas de 24 de mayo, 27 de junio de 2007, de 6 de febrero y 9 de julio de 2008.

El primer argumento que esgrime la parte recurrente para sostener su impugnación, basada en la infracción del artículo 6.1 b) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, consiste en que la Sala de instancia no realiza una visión global y de conjunto de las marcas enfrentadas, y efectúa un análisis comparativo de la marca solicitada frente a las prioritarias artificial, ficticia y fraccionada, incluso equivocando los verdaderos signos gráficos y denominativos que las componen en contra del principio jurisprudencial que exige una real y efectiva comparación del conjunto de los elementos sin descomponer su unidad fonética y gráfica, tal como los percibe el consumidor medio al que van destinados.

El motivo no puede ser acogido pues ya hemos dicho en reiteradas sentencias que "(...) los motivos de casación, en cuanto se limiten a discrepar de las apreciaciones de la Sala de instancia acerca de la relación semejanza/diferenciación entre los signos enfrentados, así como sobre la existencia o inexistencia del riesgo de confusión o de asociación entre ambos, deben ser rechazados"; y también hemos indicado que "(...) ha de prevalecer la apreciación del Tribunal de instancia sobre el mayor o menor grado de semejanza entre los signos distintivos enfrentados, sean gráficos o denominativos, sin que aquella apreciación pueda ser sustituida por la del Tribunal de casación, a menos que sea de todo punto irracional (...); lo que obviamente aquí no ocurre, pues es claro que entre aquellas denominaciones pueden encontrarse elementos semejantes suficientes como para fundar, razonadamente, un juicio como el emitido en este caso por el Tribunal de instancia que concluye de forma razonada sobre la incompatibilidad de las marcas en conflicto.

La Sala tras valorar la visión o la impresión del conjunto de las marcas aprecia que desde la perspectiva denominativa hay semejanza entre los vocablos oponentes además de identidad aplicativa de los ámbitos a los que se refieren una y otras marcas,

apreciación que resulta definitiva para declarar la imposibilidad de coexistencia pacífica de los signos en liza.

Frente a lo afirmado en el recurso de casación, el órgano jurisdiccional realiza una correcta valoración global y conjunta de los signos enfrentados, en esta ponderación examina la composición de los signos enfrentados, y concluye que el vocablo "Alianza" es el más característico de ambas marcas, al que atribuye un carácter relevante.

Añade que la inclusión de la diferente palabra "directa", no dota de singularidad propia a la marca aspirante ni es suficiente para diferenciar ambas marcas; por el contrario, entendiéndose que la adición del referido término "directo", -exento de carácter diferenciador-, sugiere, más bien, una conexión y una innovación respecto a las prioritarias, sin que, por otra parte, la diferencia gráfica resulte relevante a los efectos de excluir el riesgo de asociación en los destinatarios de los servicios.

No cabe estimar que en el referido análisis comparativo la sala de instancia haya incurrido en error de hecho, como se denuncia en el motivo de casación, pues aún cuando la marca solicitada se identifica con el término "Alianzadirecta", en su unidad gráfica específica, es cierto que en esta composición coexisten dos diferentes palabras unidas que pese a ser contiguas, se reconocen claramente, siendo el vocablo "Alianza" el que se identifica con las marcas prioritarias.

Los demás errores denunciados, en la denominación de la marca prioritaria -al omitirse la L', o al cambiarse la Ç-, o al referirse al carácter mixto de ambas oponentes -cuando una es tan sólo denominativa- no presentan la relevancia pretendida, pues no altera en esencia el juicio de confundibilidad realizado por la Sala ni sus conclusiones sobre la imposibilidad de coexistencia pacífica de ambas marcas.

Cuando, como ocurre en este supuesto, la Sala del Tribunal Superior de Justicia interpreta el artículo 6.1.b) de la Ley de Marcas, y lo aplica tras apreciar fundada y racionalmente que no existe el riesgo de error, confusión o asociación, por la circunstancia descrita, no cabe en vía casacional combatir su decisión alegando, precisamente, que se da el riesgo o la coincidencia apreciados por la sentencia de instancia.

Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que señala que las apreciaciones de hechos respecto a los litigios entre marcas no son revisables en casación por tratarse de un recurso destinado exclusivamente a la correcta aplicación e interpretación del derecho (STS 19 de febrero de 2008, recurso de casación 6880/2005), a excepción de los errores manifiestos o de la eventual vulneración de las normas sobre valoración de la prueba, (por todas, en esta materia de marcas, las sentencias de 25 de marzo de 2009, recurso de casación 991/2007, de 15 de enero de 2008, recurso de casación 6879/2005; de 29 de mayo de 2007, recurso de casación 1868/2005, y de 10 de marzo de 2005, recurso de casación 4700/2002) lo que como hemos expuesto, no concurre en el presente caso en que los errores denunciados resultan irrelevantes.

Tampoco pueden ser tenidas en consideración las sentencias citadas de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo que cita la recurrente en su segundo motivo de casación, porque es doctrina reiterada la consistente en que en la apreciación de las similitudes o coincidencias entre marcas no se pueden hacer declaraciones generales aplicables a todos los casos, ya que cada recurso debe ser contemplado de manera individualizada y en relación con las circunstancias concurrentes específicas; de modo que cabe afirmar que ninguno de los distintos criterios utilizados para determinar si existe o no la relación de semejanza capaz de inducir a error o confusión en el mercado tiene un carácter absoluto.

En lo que se refiere al criterio de la necesidad de realizar un visión de conjunto de las marcas enfrentadas, hemos de reiterar lo indicado anteriormente, y es que aún cuando la marca aspirante forme un conjunto denominativo "Alianzadirecta", no cabe duda que esta única denominación comprende dos distintas palabras claramente identificables; y precisamente, es su singular composición la que determina, a criterio de la Sala, la conexión o relación con las prioritarias que hace imposible su pacífica convivencia en el mercado. En suma, no se aprecia la infracción de la citada jurisprudencia realizarse correcta y razonadamente la comparación de los signos enfrentados.

Con arreglo a lo razonado, es clara la procedencia de rechazar el motivo porque la sentencia no ha vulnerado

el art. 6.1.b) de la Ley de Marcas, ni tampoco la jurisprudencia nacional y comunitaria que lo interpreta, que, en último término, remite a una valoración de conjunto de todos los elementos integrantes de las marcas en confrontación a partir de la cual la Sala ha llegado a una conclusión razonable, contraria a la de la Oficina Española de Patentes y Marcas, y contraria también al registro de la marca solicitada "Alianzadirecta", por la existencia de semejanzas fonéticas y denominativas e idénticos ámbitos de aplicación con las prioritarias que pueden generar el riesgo de confusión y de asociación, conclusión frente a la cual no cabe formular ninguna objeción desde nuestra perspectiva casacional. Son evidentes las similitudes expuestas y la identidad de las áreas comerciales a las que se refieren cada una de las marcas (clase 36), que permiten generar confusión al consumidor medio que puede llegar a concluir de que las marcas enfrentadas se encuentran relacionadas o vinculadas entre sí, siendo, en definitiva, los servicios a que se refieren coincidentes en su respectivo ámbito de comercialización.

CUARTO.- Procede la desestimación del recurso de casación, con imposición de las costas a la parte recurrente de conformidad con la norma imperativa contenida en el art. 139.2. de la Ley Jurisdiccional.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLO

No ha lugar, y por tanto desestimamos, el recurso de casación número 79/2009, interpuesto por la representación procesal de la entidad Segurialianza Correduría de Seguros SL, contra la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recaída en el recurso número 445/2006. Imponiendo a la parte recurrente las costas de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Pedro José Yague Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perello Domenech.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a María Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.

2010/31696

TS Sala 3^a, Sección: 3, Sentencia 30 marzo 2010. Ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Calificada de servicio público Concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos

El TS desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil contra el RD 1804/2007, por el que se convierte parte de las concesiones de explotación de hidrocarburos situadas en el mar Cantábrico frente a las costas de la provincia de Vizcaya, en una concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos. La tesis impugnatoria de la recurrente se sustenta en una interpretación del alcance de el art. 100 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en relación a si será aplicable a los supuestos de extinción contemplados al rescate de la concesión demanial, en que debe atenderse al perjuicio material producido. La Sala indica, como argumento desestimatorio, que no se ha tomado en consideración que la concesión de almacenamiento subterráneo analizada tiene la calificación de concesión de servicio público, a diferencia de las precedentes concesiones de explotación de hidrocarburos, que tienen un carácter demanial, por lo que resulta inaplicable la invocada disposición legal, y sin tener en cuenta que la disposición enjuiciada se integra con las prescripciones establecidas en el art. 34 de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso contencioso-administrativo.

Constituye el objeto del recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Murphy Spain Oil Company, la pretensión de que se declare la nulidad de los párrafos segundo y tercero del artículo 5 y del último párrafo del artículo 15 del Real Decreto 1804/2007, de 28 de diciembre, por el que se convierte parte de las concesiones de explotación de hidrocarburos Gaviota I y Gaviota II, situadas en el mar Cantábrico frente a las costas de la provincia de Vizcaya, en una concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de

hidrocarburos, por ser contrarios a Derecho.

Asimismo, en el tercer otrosí formulado en el suplico del escrito de demanda, la parte actora solicita, al amparo del artículo 35.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que se plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, respecto de los apartados 1 y 2 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, por no ser conforme a la Constitución.

En aras de una adecuada comprensión del objeto del recurso contencioso-administrativo, procede transcribir el contenido de las disposiciones impugnadas:

El artículo 5 del Real Decreto 1804/2007, de 28 de diciembre, que estipula el régimen retributivo de la concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de gas natural denominada Gaviota, en sus párrafos 2 y 3, dispone: "El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, establecerá el importe de dicha retribución, que se devengará desde la entrada en vigor de la Ley 12/2007, de 2 de julio. Dicho régimen económico incluirá una retribución financiera por el activo pendiente de amortizar, costes de amortización y costes reconocidos por operación y mantenimiento.

Para ello, antes de que transcurran dos meses desde la entrada en vigor del presente real decreto, Repsol Investigaciones Petrolíferas, S. A. y Murphy Spain Oil Company deberán acreditar el valor contable neto de amortizaciones y auditado de cada una de las instalaciones afectas al almacenamiento de forma desagregada a fecha de entrada en vigor de la Ley 12/2007, de 2 de julio. Además, deberán presentar los costes de operación y mantenimiento, diferenciando entre costes fijos y costes variables, de los tres últimos años, debidamente auditados."

El artículo 15 del Real Decreto 1804/2007, de 28 de diciembre, que desarrolla el régimen jurídico de la extinción de la concesión, en su último apartado, refiere: "En caso de caducidad o extinción de la concesión se compensará a la empresa concesionaria por el valor neto contable de las instalaciones afectas al almacenamiento subterráneo siempre que éstas continúen operativas y que no se realice el desmantelamiento de las mismas. Lo anterior no será de aplicación en caso de dolo o negligencia imputable a la empresa concesiona-

ria."

La Disposición adicional cuarta de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, dispone:

"1. Los almacenamientos subterráneos "Gaviota" y "Serrablo" tendrán la consideración de almacenamientos incluidos en la red básica del sistema gasista.

2. Los titulares de las concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos denominadas "Gaviota-I" y "Gaviota-II", antes de que transcurran tres meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, comunicarán a la Secretaría General de Energía del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio su elección entre las siguientes opciones:

a) Solicitud de la extinción de las citadas concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos "Gaviota-I" y "Gaviota-II".

En este caso, los titulares serán compensados por las inversiones afectas a dichas concesiones pendientes de amortizar en el momento de la extinción.

Para garantizar la seguridad de suministro y el adecuado funcionamiento del sistema gasista, los titulares mantendrán el normal funcionamiento de todas las instalaciones afectas al almacenamiento de gas natural tanto en tierra como en mar, de acuerdo con las instrucciones del Gestor Técnico del Sistema, hasta que se otorgue la correspondiente concesión de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos a la que hace referencia el artículo 24 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. El incumplimiento de esta condición tendrá la consideración de infracción de las tipificadas como muy graves en el artículo 109 de la presente Ley.

b) Solicitud de la conversión de las citadas concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos "Gaviota-I" y "Gaviota-II" en una concesión de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos a las que hace referencia el artículo 24 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en lo que se refiere a la superficie afecta al almacenamiento y a la ampliación prevista en el párrafo siguiente, subsistiendo las concesiones de explotación de hidrocarburos en la restante extensión del área otorgada.

La nueva concesión de almacenamiento tendrá un período de vigencia de 30 años contados a partir de su fe-

cha de entrada en vigor, sin perjuicio de las eventuales prórrogas que pudieran concederse, y el otorgamiento de la misma queda supeditado a la aprobación por parte de la Administración, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, de un proyecto de ampliación para las citadas instalaciones de almacenamiento.

Si en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, los titulares de las concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos "Gaviota-I" y "Gaviota-II" no hubiesen comunicado su elección, se entenderá que la opción elegida es la extinción de las citadas concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos."

SEGUNDO.- Sobre la pretensión de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto de los apartados 1 y 2 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

La pretensión formulada por la defensa letrada de la entidad mercantil recurrente Murphy Spain Oil Company, al amparo del artículo 35.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional, de que se plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, respecto de los apartados 1 y 2 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, por considerar que son contrarios a los artículos 9.3, 14, 24 y 33 de la Constitución, no puede ser acogida, en cuanto que consideramos, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en los Autos 46/1993, de 8 de febrero, 24/2008, de 22 de enero, 158/2009, de 23 de junio, y en las sentencias 28/1997, de 13 de febrero, 86/2009, de 23 de febrero y 115/2009, de 18 de mayo, que los particulares no están legitimados ex constitución para recurrir directamente una Ley o norma con rango de Ley ante la jurisdicción constitucional o en el orden contencioso-administrativo, según se desprende del artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del artículo 1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ni pueden cuestionar la validez de una Ley en un proceso contencioso-administrativo, a través de la promoción de cuestión de inconstitucionalidad, cuando se aprecia que no con-

curre el presupuesto del denominado juicio de relevancia, de que la decisión del proceso judicial depende de la validez de la Ley cuestionada, conforme determina el artículo 35 de la LOTC.

En efecto, sostenemos que el pronunciamiento que se pretende de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo, respecto de la declaración de nulidad de los párrafos considerados de los artículos 5 y 15 del Real Decreto 1804/2007, de 28 de diciembre, que regulan, respectivamente, el régimen retributivo de la concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos Gaviota, y concreta la compensación debida en favor de la empresa concesionaria en el supuesto de caducidad o extinción de la concesión, no está interrelacionado con la validez de las disposiciones de la Ley cuestionada, puesto que no regula estas cuestiones.

En este sentido, la referida Disposición adicional cuarta de la Ley 12/2007, de 2 de julio, no constituye la norma legal aplicable como canon de enjuiciamiento para determinar la conformidad o disconformidad a Derecho de las disposiciones reglamentarias impugnadas, que desarrollan complementando las disposiciones sobre los derechos de los titulares de concesiones de explotaciones de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos y los efectos jurídicos derivados de la extinción de la concesión, establecidas en los artículos 24 bis y 34 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, de modo que el fallo de este recurso contencioso-administrativo, al no cuestionarse la legalidad del artículo 1 de la norma reglamentaria que enjuicamos, no depende de la validez o falta de validez de dicha disposición legal.

El juicio de relevancia, concerniente a determinar si el fallo que haya de dictarse en el proceso judicial depende de la validez y aplicabilidad de la norma legal cuestionada, constituye un presupuesto procesal exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que debe superarse para considerar adecuado el planteamiento por el órgano judicial de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, de modo que promueve rechazar aquellas cuestiones notoriamente infundadas en que se aprecie la inexistencia de nexo causal entre la norma legal cuestionada y la decisión a adoptar en el proceso contencioso-administrativo (ATC 124/2009, de 28 de abril).

Por ello, advirtiendo que la regulación reglamentaria impugnada no tiene un contenido expropiatorio contrario a la garantía establecida en el artículo 33 de la Constitución, y que la impugnación de los artículos 5 y 15 del Real Decreto 1804/2007, de 28 de diciembre, por el que se convierte parte de las concesiones de

explotación de hidrocarburos Gaviota I y Gaviota II, situadas en el mar Cantábrico frente a las costas de la provincia de Vizcaya, en una concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos, se fundamenta en la alegación de cuestiones calificables de mera legalidad, el juicio de inconstitucionalidad de la Disposición adicional cuarta de la Ley 12/2007, de 2 de julio suscitado, mediante la petición de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, deviene irrelevante, pues está desvinculado del objeto concreto de este proceso contencioso-administrativo, aunque ello, no obste, para que, en su caso, los actos ejecutivos de aplicación puedan ser objeto de control en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por su presunta contrariedad con la Constitución o con el principio de legalidad administrativa.

TERCERO.- Sobre la pretensión de nulidad de los párrafos segundo y tercero del artículo 5 del Real Decreto 1804/2007, de 28 de diciembre.

La pretensión impugnatoria de los párrafos segundo y tercero del artículo 5 del Real Decreto 1804/2007, de 28 de diciembre, que se sustenta en la infracción de los artículos 15 y 16 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural, debe ser desestimada, en cuanto que consideramos que la previsión de que el régimen económico incluya una retribución financiera por el activo pendiente de amortizar, costes de amortización y costes reconocidos por operación y mantenimiento, para cuyo cálculo las empresas titulares de la concesión deberán acreditar el valor contable neto de las amortizaciones correspondientes a las instalaciones afectas al almacenamiento, no contradice, en abstracto, el régimen retributivo de las actividades reguladas, conforme a lo dispuesto en el artículo 60.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, ni los criterios generales sobre retribución de la actividad de almacenamiento, puesto que no se ha acreditado que no asegure la recuperación de las inversiones realizadas por los titulares en el periodo de vida útil, ni que no permita una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos o que no se incentive una gestión eficiente, o que se pudiera menoscabar el principio general del Derecho concursal de equilibrio financiero de la explotación, pues no puede eludirse las características singulares de las instalaciones afectas a la explotación de la concesión Gaviota, derivada de la conversión parcial de las concesiones de explotación de hidrocarburos, otorgadas por los Reales Decretos 1943/1983 y 1944/1983, de 1 de junio, en concesión de explotación de almacenamiento subterráneo, derivado del agotamiento de los recursos de gas natural de los yaci-

mientos, cuyas condiciones fueron objeto de modificación por el Real Decreto 891/1993, de 4 de junio, ni cabe ignorar la circunstancia de que la nueva concesión de explotación de almacenamiento subterráneo, supeditada a la aprobación de un proyecto de ampliación, coherente con su elevado interés estratégico y su integración en la red básica del sistema gasista, en aras de garantizar el suministro de gas, y su interconexión con Europa, tiene un periodo de vigencia de 30 años, contado a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1804/2007, sin perjuicio de las eventuales prórrogas que pudieran otorgarse, de modo que se produce una extensión de los derechos de los concesionarios, justificada por razones de interés público.

CUARTO.- Sobre la pretensión de nulidad del último párrafo del artículo 15 del Real Decreto 1804/2007, de 28 de diciembre.

El motivo de anulación del último párrafo del artículo 15 del Real Decreto 1804/2007, de 28 de diciembre, en el inciso que establece la obligación de compensar a la empresa concesionaria por el valor neto contable de las instalaciones afectas al almacenamiento subterráneo, siempre que éstas continúen operativas y no se efectúe el desmantelamiento de las mismas en el supuesto de extinción de la concesión, basado en su contrariedad -según se aduce- con las normas reguladoras de los supuestos de rescate o expropiación de concesiones demaniales y, concretamente, con el artículo 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, debe ser desestimado, puesto que la tesis impugnatoria se sustenta en una interpretación del alcance de dicha disposición reglamentaria, en relación a si será aplicable a los supuestos de extinción contemplados al rescate de la concesión demanial, en que debe atenderse al perjuicio material producido, sin tomar en consideración que la concesión de almacenamiento subterráneo analizada tiene la calificación de concesión de servicio público, a diferencia de las precedentes concesiones de explotación de hidrocarburos, que tienen un carácter demanial, por lo que resulta inaplicable la invocada disposición legal, y sin tener en cuenta que la disposición enjuiciada se integra con las prescripciones establecidas en el artículo 34 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

El motivo de impugnación del último inciso del artículo 15 del Real Decreto 1904/2007, de 28 de diciembre, que prescribe que la obligación de compensar analizada no será de aplicación "en caso de dolo o negligencia imputable a la empresa concesionaria", sustentado en ser contrario al principio de tipicidad y de reserva de Ley en materia sancionadora, debe ser desestimado por carecer manifiestamente de fundamento,

en cuanto no puede considerarse dicha previsión reglamentaria incardinable en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador.

En consecuencia con lo razonado, al rechazarse íntegramente los motivos de impugnación deducidos, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Murphy Spain Oil Company, contra el Real Decreto 1804/2007, de 28 de diciembre, por el que se convierte parte de las concesiones de explotación de hidrocarburos Gaviota I y Gaviota II, situadas en el mar Cantábrico frente a las costas de la provincia de Vizcaya, en una concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos.

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLO

Primero.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Murphy Spain Oil Company, contra el Real Decreto 1804/2007, de 28 de diciembre, por el que se convierte parte de las concesiones de explotación de hidrocarburos Gaviota I y Gaviota II, situadas en el mar Cantábrico frente a las costas de la provincia de Vizcaya, en una concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos.

Segundo.- No procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

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. Pedro José Yague Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perello Domenech.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Alfonso Llamas Soubrier.



2010/14201

TS Sala 1ª, Sentencia 23 febrero 2010. Ponente: D. Encarnación Roca Trías

Reducción de la indemnización de quien los suministro Concurrencia de responsabilidad del menor en el incendio causado por explosión de petardo

El TS declara haber lugar al recurso de casación, anulando en parte la sentencia recurrida, y acuerda reducir la indemnización que el demandado debe satisfacer al menor demandante como consecuencia de los daños sufridos por el incendio de unos petardos. La AP estimó que la indemnización debía satisfacerla por completo el demandado que fue quien facilitó los petardos a su hijo, también menor y amigo del actor, sabiendo que iban a usarlos todos los menores, y debiendo conocer las normas relativas a la venta y distribución de petardos por su condición de guardia municipal. El TS en cambio, estima que se debe atribuir también un porcentaje de culpa, que fija en el cuarenta por ciento, a la negligencia del propio menor ya que fue quien hizo un mal uso del petardo, y a la de sus padres por falta de los deberes de cuidado ya que los hechos se produjeron en una discoteca abierta a las cuatro de la madrugada, teniendo el lesionado tan sólo once años de edad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos probados.

1º El día 1 de septiembre de 2001 el menor, de 11 años de edad, Lorenzo, se hallaba con otros amigos en las fiestas del pueblo de Burguillos, en una discoteca abierta y lanzando unos petardos denominados "carretillas" con otros jóvenes y de forma incontrolada. Al prender fuego a un petardo que tenía en la mano, éste explotó, propagándose el fuego a otros petardos que Lorenzo llevaba en los bolsillos, lo que produjo un incendio en sus ropas, debiendo ser auxiliado por los compañeros para la extinción. Ello le produjo una serie de lesiones, por las que ahora reclama.

2º El demandado, D. Alfredo, guardia municipal de Burguillos, había comprado los petardos, ya que de acuerdo con la normativa vigente en esta materia, no pueden ser adquiridos por menores de edad. Se los dio a su hijo, también menor, quien se encargó de distribuirlos entre sus amigos, entre los que se encontraba el lesionado Lorenzo.

3º El incendio que ocasionó los daños se produjo hacia las 4 de la madrugada. Lorenzo, de 11 años de edad, se encontraba en la citada discoteca sin vigilancia alguna.

4º Los padres de Lorenzo demandaron a D. Alfredo, actuando en

nombre y representación del hijo menor. Después de exponer los hechos, y de describir los daños por los que reclamaban, cuantificándolos, pidieron que "(...) en atención a la prueba practicada y al desglose de cantidades realizado por esta parte en el hecho quinto de la demanda, condene al demandado a indemnizar a los actores, que actúan en representación y defensa de los intereses y derechos de su hijo Lorenzo, en la cantidad que SSª estime ajustada a derecho, atendiendo a los daños físicos y morales sufridos por el menor como consecuencia de la manipulación de los petardos (carretillas) que le proporcionó el demandado".

5º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 5 de Toledo, de 22 marzo 2004, estimó en parte la demanda. Declaró probado:

a) Que el demandado había adquirido los petardos.

b) Que se los había entregado a su hijo menor, sabiendo que iba a repartirlos entre sus amigos, entre los que se encontraba el lesionado/demandante Lorenzo. Sin embargo, el hecho de la entrega de los petardos a un menor no era causa exclusiva del resultado dañoso, que resultó interferido por otros hechos, entre los que se encontraba:

a) La culpa in vigilando de los padres del menor, que no debieron permitir que éste comprase los productos.

b) La culpa de la propia víctima al no manipular de forma correcta el explosivo, a pesar de conocer su manejo. Ello llevaba a concluir que debía repartirse el daño entre los distintos intervinientes por terceras partes, por lo que condenó a D. Alfredo al pago de 16.321,98 euros.

6º Apelaron los demandantes e impugnó la sentencia el demandado. La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1ª, de 6 junio 2005, estimó el recurso de apelación, revocando en parte la sentencia apelada y desestimó la impugnación. Los argumentos son los siguientes:

a) Es patente la responsabilidad del demandado/impugnante D. Alfredo en la causación del daño.

b) la conducta del impugnante generó un riesgo para el menor demandante, ya que la situación que se produjo, la posesión de los petardos, no habría podido ocurrir sin la colaboración del demandado.

c) No puede admitirse la concurrencia de culpa de la víctima porque "no se puede tener por cierto que el menor fuera capaz de saber y/o entender perfectamente las instrucciones de uso de los petardos", mientras que el demandado sí tenía dicha capacidad, "lo que no le impidió facilitar los petardos, directa o indirectamente, al menor".

d) Aunque el menor hubiera utilizado de forma inadecuada los petardos, "es la conducta del demandado la que ostenta entidad tal en la causación del resultado como para absorber los efectos de cualquier conducta inadecuada del menor, si es que concurre", ya que, además, el uso de estos explosivos está terminantemente prohibido a los menores en la legislación vigente y el demandado, por su condición de guardia municipal, la conocía, lo que no impidió que los proporcionara, incurriendo, por ello, en negligencia.

e) Respecto a la culpa de los padres, señala la sentencia que se trata de "una cuestión procesal", no siendo ni la víctima ni los demandantes a título particular, "no puede ser relevante para determinar que el menor no haya percibido de aquel causante del daño, contra el que concretamente se ha dirigido, la total cuantía que tiene derecho a que se le indemnice, porque cuenta con el privilegio del acreedor solidario para obtener el cumplimiento íntegro de la obligación resarcitoria, sin tener que cobrarse de los agentes causantes por reclamación individualizada contra cada uno, (...) siendo cuestión bien distinta el que a su vez el demandado, una vez haya atendido a dicha responsabilidad frente a la víctima, pueda repetir todos los demás agentes (sic) que a lo largo de sus alegaciones ha calificado igualmente responsables y de los que pudiera dicha responsabilidad apreciarse: sean los padres del menor, sea el Ayunta-

miento de la localidad, sean las restantes personas que pudieran haberle facilitado petardos, etc., independientemente de lo cual el recurso de apelación ha de prosperar también en cuanto a este particular”.

7º D. Alfredo presentó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. El primero fue inadmitido y se admitió el segundo por auto de 8 septiembre 2008.

SEGUNDO.- Primer motivo. Denuncia la infracción de los Arts. 1902 y 1903 CC y de la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación conforme a dichos artículos de la valoración de conductas, en concreto la relativa a la concurrencia de causas y acreditación del nexo causal, así como del criterio de previsibilidad.

El recurrente entiende:

a) Que existe ruptura del nexo causal, porque de la conducta de los padres se deduce una falta de vigilancia, dada la hora y lugar en que se produjo el daño, las 4 de la madrugada en una discoteca, sabiendo los padres que el menor se encontraba allí, por lo que se trata de una causa trascendente que concurre con la del causante del daño.

b) La del propio menor, quien provocó el accidente al sostener temerariamente el petardo encendido, pese a conocer su manejo, en contra de las advertencias de sus amigos y de llevar encima más de 4 docenas de carretillas, no todas provenientes del recurrente, por lo que hubo más de una conducta concurrente a producir el daño.

c) Si no se estimara el razonamiento anterior, el recurrente subsidiariamente entiende que se produjo un supuesto de concurrencia de culpas, sobre la base de la falta de vigilancia, es decir, una negligencia de los padres, lo que no puede ser imputado al recurrente. Se va a examinar conjuntamente con el segundo motivo, que denuncia la infracción por inaplicación de los Arts. 1902 y 1903, 162, 1104 y 1144 CC y de la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación de la solidaridad concurrente en las obligaciones extracontractuales en relación al principio de moderación de la indemnización y al principio de representación legal.

Los argumentos son:

a) La sentencia reconoce que hubo una pluralidad de agentes en la causación del daño, pero no examina el grado de responsabilidad del demandado en el resultado, aunque ello no tiene efecto alguno en la fijación de la condena.

b) El reconocimiento de la intervención del demandante en el nexo causal solo tiene como efecto el reparto de la indemnización.

c) En virtud de las normas relativas a la patria potestad, los padres no son terceros en el proceso, lo que es contradicho por la Audiencia Provincial por haber actuado los padres solo como representantes del menor y no por sí mismos, por lo que aplica la doctrina de la solidaridad en su cualidad de terceros.

d) Hay que determinar si concurren o no los requisitos exigidos para que surja la obligación de resarcir, lo que implica determinar quiénes son deudores o de qué modo concurren y después procederá fijar la indemnización de los daños que corresponde a cada agente en función de su participación, sin que pueda adjudicarse la total indemnización a quien ha participado junto con otros en la producción del daño.

Ambos motivos se estiman.

TERCERO.- Los hechos relatados en el Fundamento Primero de esta sentencia plantean una cuestión relacionada con la causalidad objetiva, que ha sido aplicada por esta Sala para solucionar problemas de causalidad jurídica. Esto es lo que debe estudiarse en primer lugar, porque la problemática relativa a la solidaridad de varios responsables debe estudiarse teniendo en cuenta lo relativo a la causalidad.

Hay que partir de que la sentencia recurrida no niega que la conducta de los padres no fuera negligente, porque en este aspecto plantea la cuestión solo desde el punto de vista procesal, de modo que al no haber sido demandados los padres, entiende que no puede atribuírseles una parte del daño. Ello no es exactamente así, porque debe determinarse cuál es el grado de participación de la persona que resulta demandada, lo que no causa indefensión a los que no lo han sido y permite demandarles en otro procedimiento. Por ello hay que fijar claramente el ámbito de la discusión, ya que no nos encontramos ante el problema de la solidaridad o no de diversos causantes del daño, puesto que antes debe necesariamente determinarse quiénes lo han producido, para saber a quiénes debe imputarse y solo una vez efectuado este primer paso, podrá decidirse acerca de la solidaridad o no de la obligación en el caso de que se concluya, a la vista de las pruebas, que concurrió más de un causante en la producción del daño.

CUARTO.- La primera conclusión es que la falta de vigilancia del menor contribuyó a la causación del daño. La sentencia de 6 septiembre 2005, dictada en un caso muy semejante, dice que “Estamos, en el caso, ante un problema de imputación objetiva, que muchas veces se ha presentado entre nosotros como una cuestión de relación de causalidad, sin deslindar con precisión entre la operación de fijación del hecho o acto sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere

efecto o consecuencia del primero (nexo causal), y la que estriba en enuclear del conjunto de daños que pueda haber producido el evento lesivo cuales son resarcibles y cuales no. Esto es, en evitar que sean puestas a cargo del responsable todas las consecuencias de las que su conducta sea causa (imputación objetiva en sentido propio), para “poner a cargo” del obligado a reparar los daños que sean resarcibles según las pautas ofrecidas por el sistema normativo.”

De acuerdo con esta doctrina, debe efectuarse el análisis de las conductas:

a) La sentencia recurrida ha considerado probados los hechos que se han resumido en el Primer Fundamento de esta sentencia, por lo que la conducta del demandado D. Alfredo debe considerarse como concurrente, dado que adquirió los petardos para los menores, que no podían comprarlos por sí mismos y a pesar de conocer la prohibición, los dio a su hijo, también menor, para que los repartiera entre sus amigos. Teniendo en cuenta la profesión del recurrente, que implicaba su conocimiento de la norma que prohibía esta venta, hay que coincidir con la sentencia recurrida que se produjo una negligencia que debe considerarse contribuyó decisivamente a la producción del resultado.

b) La conducta de los padres demandantes en nombre del menor debe considerarse asimismo concurrente a la producción del daño, porque dada la edad del menor, 11 años y las obligaciones de guarda y custodia que corresponden a los padres, las circunstancias en las que se produjo el accidente llevan a esta Sala a considerar que sin esta dejación de funciones, el daño no podría haberse producido, y ello en virtud de los criterios de la responsabilidad objetiva, porque como afirma la citada sentencia de 6 septiembre 2005, “en la configuración del hecho dañoso el control de la situación correspondía a la víctima, o, si se prefiere otra expresión, a la parte que como tal se presenta, dadas las características del supuesto de hecho”; además, la sentencia recurrida no ha descartado su negligencia, sino que los ha eliminado por un simple criterio procesal, y c) debe entenderse de acuerdo con la ya citada sentencia de 6 septiembre 2005, que no puede descartarse la contribución del propio menor en la producción de su daño, ya que ha sido considerada probada la conducta negligente de dicho menor y, además, no puede excluirse que tuviera capacidad para entender el manejo de los petardos, dado que no era la primera vez que los utilizaba.

De este análisis, debe llegarse a la conclusión de que no pueden ponerse a cargo del demandado todas las consecuencias del daño sufrido por el menor, ya que a ello contribuyeron causalmente la propia conducta de la víctima y la de sus padres, al faltar la

necesaria vigilando a que venían obligados en virtud de su calidad de titulares de la patria potestad. Por tanto, la primera de las cuestiones que debe ser resuelta en el presente recurso pasa por considerar que al no excluirse la negligencia de los padres ni la de la propia víctima, estos contribuyeron causalmente al daño.

QUINTO.- Determinada la participación de los padres y del propio menor, debería poder fijarse el grado de participación de cada uno en el daño, ya que la solidaridad solo se va a predicar cuando no existe posibilidad de determinarlo en el caso de que hayan concurrido diversos agentes. Lo que no puede aceptarse es que por aplicación de la regla de la solidaridad y antes de saber quiénes han contribuido a la producción del daño, se declare a uno de los posibles causantes como deudor solidario. Una cosa, por tanto, es la determinación de quiénes fueron los causantes del daño, en cuyo caso se sigue inmediatamente la distribución de culpas y otra que sabiendo que han intervenido varios, no se pueda fijar su grado de participación, en cuyo caso funciona la solidaridad para evitar el perjuicio de la víctima.

Debe declararse que el demandado contribuyó al daño en un 60%, dadas las características de su conducta en relación con las obligaciones de su cargo y el conocimiento que debía tener de las normas relativas a la venta y distribución de las “carretillas”, mientras que el otro 40% es debido a las negligencias e imprudencias de los padres y del propio menor, quienes, en consecuencia, se considera que han contribuido al resultado dañoso en esta proporción.

SEXTO.- Tercer motivo. Denuncia la infracción del art. 7.1 CC y de la jurisprudencia relativa a la doctrina de los propios actos, enclavada en el ejercicio de la buena fe en el ejercicio de un derecho. Se refiere a la cuantía demandada, porque insiste en que en la demanda solo se pedía que se indemnizase en la cantidad que se estimase ajustada a derecho y pese a ello, en apelación la parte demandante entró a discutir la valoración efectuada por el juez de 1ª Instancia, lo que constituye un acto contradictorio con la solicitud de la demanda.

El motivo se desestima.

Lo denunciado en este motivo es la incongruencia que según el recurrente supone establecer unas cantidades concretas como indemnización, cuando según el mismo, no se habían pedido en la demanda. La incongruencia debería haber sido denunciada en el procedimiento extraordinario por infracción procesal, y al no haberse hecho así, se está incurriendo en un defecto en la formulación del recurso de casación, que lleva a la desestimación del motivo.

SÉPTIMO.- La estimación de los motivos primero y segundo del re-

curso de casación presentado por la representación procesal de D. Alfredo conlleva la de su recurso de casación, que se estima en parte.

Procede dictar sentencia, manteniéndose la recurrida en lo relativo a la valoración de los daños causados al menor demandante por la explosión de los petardos, 211.563€, indemnización que se distribuye entre el demandado, 60%, y los demandantes en nombre de su hijo y el propio menor, 40%, con los correspondientes intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda.

Al haber sido estimado en parte el recurso, no se imponen las costas del recurso de casación.

No se hace pronunciamiento sobre las costas causadas en la 1ª Instancia ni en la apelación.

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

FALLO

1º Se estima en parte el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Alfredo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, de 6 junio 2005, dictada en el rollo de apelación núm. 261/04.

2º Se casa y anula en parte la sentencia recurrida.

3º Se acuerda indemnizar al demandante Lorenzo en la cantidad de 211.563 euros (doscientos once mil quinientos sesenta y tres euros), corriendo a cargo del demandado recurrente D. Alfredo el 60% de la misma y del demandante el restante 40%, con los correspondientes intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda.

4º No se imponen las costas del recurso de casación.

5º No se hace pronunciamiento de las costas causadas en la primera instancia y en la apelación.

Líbrese 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. Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Francisco Marín Castán.- Encarnación Roca Trias.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Excm. 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.

2010/31637

TS Sala 1ª, Sentencia 16 marzo 2010. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Al existir separación de bienes Carácter privativo de negocio de farmacia y derechos relativos al mismo

El TS declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que declaró la cotitularidad al cincuenta por ciento respecto de determinados bienes litigiosos, y el carácter privativo del esposo demandado del negocio de farmacia que ostenta y de otros derechos relativos a la misma, dado que entre los cónyuges existe separación de bienes, por lo que el carácter comunal del bien tiene que probarse sin estar beneficiado de presunción de comunidad alguna, antes al contrario, ya que el farmacéutico es exclusivamente el esposo, y dado que no existe prueba suficiente de que haya existido una voluntad de establecer la empresa de farmacia como bien comunal, siendo esta argumentación respecto al negocio de farmacia válida en cuanto a las cuentas corrientes vinculadas a dicho negocio o las participaciones en la cooperativa farmacéutica, consideradas igualmente de carácter privativo del esposo. La Sala confirma dicho pronunciamiento de la sentencia recurrida sobre el carácter privativo de dichos bienes y derechos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora Dª Vicenta interpuso demanda de juicio ordinario contra su esposo D. Maximino ante los Juzgados de Las Palmas de Gran Canaria, cuyo conocimiento correspondió por reparto al Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de dicha ciudad (autos núm. 658/2002) interesando que se dictara sentencia por la cual se declarara la titularidad al 50 % entre actora y demandado respecto de determinados bienes y derechos. Fundaba su reclamación en el hecho de que ambos litigantes habían contraído matrimonio canónico el día 2 de agosto de 1963 en Arenys de Mar (Barcelona) y que, tras unos años de residencia en Barcelona y Zaragoza, en el año 1967 se trasladaron a vivir definitivamente en Las Palmas de Gran Canaria donde han residido ininterrumpidamente; y que, pese a que el régimen legal del matrimonio, dada la vecindad civil catalana del esposo al momento de su celebración, era el de separación de bienes, los cónyuges se so-

metieron voluntariamente desde un principio al régimen de gananciales, pretendiendo no obstante el esposo, ante el surgimiento de una situación de crisis matrimonial, mantener como de su propiedad el patrimonio que debe considerarse común.

El demandado se opuso parcialmente a la demanda, admitiendo que determinados bienes referidos en dicho escrito pertenecen proindiviso a ambos cónyuges por haber sido adquiridos con esta condición pese a que los únicos ingresos de la unidad familiar fueron los provenientes de su trabajo, siendo los restantes bienes de titularidad privativa suya al haberse regido el matrimonio siempre por el régimen económico de separación de bienes.

Seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de fecha 18 de marzo de 2004 por la que, estimando en parte la demanda, declaró la cotitularidad de ambos litigantes al cincuenta por ciento respecto de los siguientes bienes:

“b).- Vivienda en Planta NUM000 o piso número NUM001 de la casa de cuatro plantas, situada en la CALLE000, de Las Palmas, hoy con el número de gobierno NUM002. Inscrita en el registro de la Propiedad núm. Dos de Las Palmas en el Libro NUM003, Folio NUM004, finca núm. NUM005, inscripción 2ª.

c).- Vivienda situada en la planta NUM001 de la vivienda, NUM006 del EDIFICIO000, situado en el barrio de los Arenales, de esta ciudad y sus DIRECCION000 núm. NUM007, PASEO000 núm. NUM008 y DIRECCION001 n.ºs NUM009 y NUM010. Inscrita en el Registro de la Propiedad núm. Dos de Las Palmas, Libro NUM011, Tomo NUM012, Folio NUM013, Finca núm. NUM014, inscripción 3ª.

d).- Vivienda unifamiliar situada en el pago de Tarifa, sitio de la Montañeta. Inscrita en el Registro de la Propiedad núm. Uno de Las Palmas, Libro NUM015, Folio NUM016, Finca número NUM017, inscripción 2ª.

h).- Paquetes de acciones, (3), del Banco Santander Central Hispano cuyos códigos de cuenta de valores son: NUM018; NUM019 y NUM020.

e).- Mitad indivisa de la Vivienda en Barcelona, PASEO001 NUM021, pendiente de inscripción, inscrita la mayor finca de procedencia en el Registro de la Propiedad núm. Uno de Barcelona, Tomo NUM022, Libro NUM023, Sección NUM024, Folio NUM025, Finca núm. NUM026; inscripción NUM024.

En el Pasivo,

K).- Préstamo hipotecario, por un principal de 25.000.000.- ptas. otorgado por la Caja Insular de Ahorros de Canarias el día 3 de octubre de

1.995, y cuya garantía es la vivienda unifamiliar descrita en la Letra “d)” que antecede.

l).- Póliza de Préstamo Personal núm. NUM027, concedido a ambos por el banco Santander Central Hispano y por un importe de 15.025’30 euros”

Ambas partes mostraron su disconformidad con dicha resolución y recurrieron en apelación, dictando nueva sentencia la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª), con fecha 5 de octubre de 2005, por la cual estimó parcialmente el recurso de la parte actora y desestimó el interpuesto por el demandado, revocando la sentencia recurrida a los solos efectos de declarar igualmente la cotitularidad entre ambos litigantes respecto del bien señalado con la letra 1 a) de la demanda, local comercial finca 7710 del Registro de la Propiedad Uno de Las Palmas de G. Canaria, manteniendo en el resto la sentencia apelada, sin especial declaración sobre costas de primera instancia y con imposición al demandado de las causadas por su recurso de apelación.

Contra esta última sentencia ha recurrido ante esta Sala por infracción procesal y en casación la actora Dª Vicenta.

SEGUNDO.- Antes de entrar en la concreta consideración de ambos recursos conviene precisar que, dado el contenido de las pretensiones de la parte actora y los términos en que se pronuncia la sentencia recurrida, la única cuestión que accede a este Tribunal es la determinación del carácter común, al 50 % entre ambos litigantes, o privativo de los siguientes bienes y derechos que finalmente se han considerado de carácter privativo del esposo: a) La cotitularidad sobre los beneficios económicos que deriven de la explotación material de la farmacia de la que es titular el demandado y, en su caso, de su venta o traspaso, contados a partir de la fecha de interposición de la demanda; b) La cotitularidad sobre el valor de las participaciones de la Cooperativa de Farmacéuticos; y c) La cotitularidad sobre determinadas cuentas corrientes propias del negocio.

La consideración del carácter privativo de tales bienes y derechos viene justificada por la sentencia recurrida (fundamento de derecho segundo, párrafo quinto) en los siguientes términos: «aunque aceptemos como criterio mayoritario el que la farmacia pueda ser considerada empresa, y por tanto susceptible de integrar los bienes gananciales o de apropiarse por no farmacéuticos en régimen de condominio ordinario, contrato de sociedad etc., en el caso presente, dado que entre los cónyuges existe separación de bienes, el carácter comunal del bien tiene que probarse sin estar beneficiado de presunción de comunidad alguna, antes al contrario, ya que el farma-

céutico es exclusivamente el esposo». Más adelante añade que no existe prueba suficiente de que «haya existido una voluntad de establecer la empresa de farmacia como bien comunal, pues los actos expresados de participación de la esposa no van más allá de la ordinaria implicación del cónyuge en la colaboración a las actividades del cónyuge (sic), y al levantamiento de las cargas familiares, que también existen como elemento común en el régimen de separación de bienes». Por fin, señala que «lo que se afirma respecto al negocio de farmacia vale lógicamente para desestimar el recurso en cuanto a las cuentas corrientes vinculadas a dicho negocio o las participaciones en la cooperativa farmacéutica»

I. Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- De los cinco motivos en que se desarrolla dicho recurso, todos -salvo el cuarto- se refieren a temas de valoración probatoria y, en consecuencia, aparecen indebidamente encuadrados en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere a la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

Ninguno de los preceptos que se citan como infringidos constituye una norma procesal reguladora de la sentencia que, como esta Sala ha señalado, son las que integran la Sección 2ª del Capítulo VIII, Título V, Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que trata «De los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos» (artículos 216 a 222). Como señala la sentencia de 4 diciembre 2007 «la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS de 20 de junio de 2006, 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril y 9 de mayo de 2005, entre otras). En defecto de todo ello, la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a la casación -y ahora al recurso extraordinario por infracción procesal- (SSTS 8 de abril de 2005, 29 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005, 16 de junio de 2006, 23 de junio de 2006, 28 de julio de 2006 y 29 de septiembre 2006, entre las más recientes)».

En fecha más próxima, la sentencia de 15 junio 2009 (Rec. 1623/2004), seguida por las de 2 julio 2009 (Rec. 767/2005) y 30 septiembre 2009 (Rec. 636/2005) proclama que la revisión de la valoración probatoria «no es admisible ante este Tribunal ni siquiera bajo el subterfugio de citar el artículo 120 de la Constitución Española

relativo a la motivación de la sentencia. El artículo 469 de aquella ley enumera como “*numerus clausus*” los motivos en que puede fundarse el recurso por infracción procesal y ninguno de ellos se refiere a la valoración de la prueba; sólo en caso excepcional en que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, que contempla el número cuatro de dicho artículo; pero nunca, como se pretende en este motivo, puede llevarse a este recurso el valorar de nuevo la prueba y tampoco nunca cabe mezclar el concepto de motivación de las sentencias con la valoración de la prueba practicada en la instancia».

En el mismo sentido se han pronunciado las más recientes sentencias de 15 junio, 2 julio, 14 octubre y 6 noviembre 2009, así como la de 8 marzo 2010, reiterando que no constituye función del Tribunal Supremo la revisión del supuesto fáctico del proceso ni, desde luego, cabe admitir que el recurso extraordinario se convierta en una tercera instancia, lo que evidentemente ocurriría si se pudiera realizar una impugnación general y abierta de la valoración probatoria llevada a cabo por la Audiencia Provincial.

CUARTO.- Es la propia actora la que, desde la formulación de la demanda y durante todo el curso del proceso, reconoce que el régimen económico que regía su matrimonio era el de separación de bienes, al haber contraído matrimonio con el demandado en Cataluña en el año 1963 teniendo este último vecindad catalana. En tal caso, resulta obvio que, como razona la Audiencia, la comunidad de ambos cónyuges sobre determinados bienes debía ser probada y en este sentido, aun prescindiendo del defectuoso encuadramiento sistemático de los motivos a que se ha hecho mención, se ha de estar a la valoración probatoria sostenida en la instancia.

El primer motivo se refiere a la infracción del artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la fuerza probatoria y valoración de los documentos públicos. Se imputa a la sentencia recurrida no haber tenido en cuenta el contenido de la escritura pública de subsanación otorgada por los esposos en Telde el 30 enero 2002, ante el Notario D. Francisco Javier López Cano, pues en ella el esposo -demandado- manifiesta que «está casado en régimen de gananciales con Dª Vicenta (...) y que por ende el régimen de separación de bienes y la vecindad civil que consta en la escritura de compraventa otorgada en Barcelona fue debida a un error que ahora subsana (...)». Pues bien, la sentencia impugnada, aun sin referirse a tal escritura, no desconoce que el demandado hiciera tales manifestaciones, sino que no les atribuye efecto jurídico alguno pues evidentemente no reflejan la realidad ya que no se discute entre

las partes que el régimen económico matrimonial era el de separación de bienes y no el de gananciales. Del mismo modo -y en este caso de forma expresa- la Audiencia considera que no queda acreditado que haya existido una voluntad de establecer la empresa de farmacia como bien comunal por el hecho de que en determinadas declaraciones, a efectos fiscales, se hiciera constar una titularidad común o que se suscribieran en igual forma determinados préstamos.

El motivo, en consecuencia, ha de ser rechazado al igual que los motivos segundo, tercero y quinto, mediante los que se pretende modificar la valoración probatoria llevada a cabo en la instancia respecto de determinados documentos privados (artículo 326.1 LEC), declaraciones de testigos (artículo 376 LEC) y presunciones (artículo 386 LEC), debiendo significarse respecto de estas últimas que, como esta Sala declaró en sentencia de 3 octubre 2006 (Rec. 4335/1999) «la denuncia casacional de la infracción de las reglas sobre las presunciones no puede amparar la sustitución del “*factum*” obtenido por vía indirecta por aquel que la parte recurrente presenta, como alternativo, y como exponente de un correcto proceso lógico desarrollado a partir de los hechos que han resultado acreditados en el proceso. Lo que se somete al control casacional es, en definitiva, la sumisión a la lógica de la operación deductiva, quedando reservada a la instancia la opción discrecional entre los diversos resultados posibles (Sentencias de 6 de febrero de 1995, 20 de diciembre de 1996, 4 de febrero, 25 de mayo y 21 de noviembre de 1998, 1 de julio de 1999 y 10 de abril de 2000)». Por otro lado el juzgador no está obligado a utilizar la vía de las presunciones y en tal sentido la sentencia de 26 Mar. 2009 (Rec. 466/2004) se pronuncia en los siguientes términos: «la sentencia impugnada no ha utilizado la prueba de presunciones y constituye doctrina reiterada de esta Sala la de que por su especial naturaleza (deducción personal del Juzgador) es difícil que su aplicación le pueda ser exigida, siendo excepcional la impugnación en casación de la circunstancia de haberse omitido su empleo, a menos que hubiera sido propuesta por las partes y discutida en el pleito (SSTS de 30 de abril y 11 de octubre de 1990), y esta hipótesis extraordinaria sólo se produce (entre otras, SSTS de 21 de octubre y 19 de diciembre de 1982, 16 de abril y 2 de junio de 1985) cuando partiendo de un hecho base claramente constatado, del mismo haya de obtenerse necesariamente el hecho deducido como consecuencia rigurosamente obligada e ineludible (STS de 2 de junio de 1994 y, en igual sentido, SSTS de 18 de julio de 1990, 2 y 19 de diciembre de 1991, 9 de abril de 1994 y 28 de junio de 1996), lo que aquí no ha ocurrido».

Por ello han de ser desestimados los anteriores motivos, incluso para

el supuesto de que hubieran venido formalmente justificados por el ilógico o absurdo resultado de la valoración probatoria determinante de una falta de tutela judicial como infracción de alcance constitucional (artículo 24 CE) y correctamente encuadrados en el artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De igual forma ha de ser desestimado el motivo cuarto que, junto con los anteriores, completa el recurso formulado por infracción procesal. Se sostiene en el mismo que se ha infringido por la Audiencia lo dispuesto en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre las exigencias de exhaustividad, congruencia y motivación de las sentencias, cuando en realidad a poco que se avance en el examen del motivo, y en su escueto desarrollo, se comprueba que la finalidad del mismo no es más que sustituir la valoración probatoria llevada a cabo en la instancia por otra favorable a la tesis de la parte recurrente, imputando al tribunal “*a quo*” que «obvia el valor íntegro de cada una de las pruebas practicadas dándole un valor parcial», para en definitiva pretender una impugnación global de tal valoración que le resultaba desfavorable.

Baste al efecto reiterar el contenido de la sentencia de esta Sala de 15 junio 2009 (Rec. 1623/2004), reproduciendo parcialmente en el anterior fundamento jurídico tercero, al efecto de la imposibilidad de traer al recurso extraordinario los temas de valoración probatoria bajo el pretexto de denunciar falta de motivación. En el mismo sentido, la más reciente de 16 noviembre 2009 (Rec. 2210/2005) afirma que «los temas probatorios quedan fuera del recurso extraordinario por infracción procesal salvo el supuesto de aplicación errónea de la carga de la prueba (artículo 217 LEC) en los supuestos de que habiendo llegado el tribunal a la conclusión de que un determinado hecho relevante no ha quedado probado imputa los efectos perjudiciales de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde -situación que no se da en el caso- o cuando se produce una valoración absolutamente ilógica e irrazonable del resultado de algún medio probatorio, supuesto en que puede entenderse comprometida la propia tutela judicial efectiva y cabría su denuncia por la vía del artículo 469.1.4º de la LEC ».

II. Recurso de casación

QUINTO.- El único motivo por el que se recurre en casación ha de ser igualmente rechazado en cuanto las infracciones normativas que refiere ninguna relación guardan con el presente caso, tratándose de normas que no ha aplicado -ni tenía que aplicar, dados los términos en que se produjo el debate- la sentencia recurrida.

Así, se denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 10.5 y 14.5.2º del Código Civil. El primero contiene una norma de derecho inter-

nacional privado para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales, cuando en el caso no se discute sobre ello sino, por el contrario, sobre si determinados bienes o derechos pertenecen en común o no a ambos cónyuges litigantes. El segundo se refiere a la adquisición de la vecindad civil por residencia haciéndolo constar el interesado ante el Registro Civil correspondiente, lo que no aparece efectuado en el presente caso y, en cualquier supuesto, no alteraría el régimen económico matrimonial de separación de bienes con el que se celebró el matrimonio.

En consecuencia ha de ser rechazado el expresado motivo.

III. Costas

SIXTO.- Pese a la desestimación de ambos recursos, esta Sala entiende que ha de hacerse uso de la facultad que le atribuye el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a efectos de apartarse del criterio objetivo del vencimiento en materia de costas, dadas las dudas de hecho y de derecho generadas por la propia actuación del demandado - hoy recurrido- en cuanto a la determinación del carácter común o privativo de los bienes y derechos adquiridos constante matrimonio.

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

FALLO

Que DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D^a Vicenta contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3^a) de fecha 5 de octubre de 2005 en Rollo de Apelación núm. 760/04, dimanante de autos de juicio ordinario número 658/02 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de dicha ciudad, en virtud de demanda interpuesta por la parte recurrente contra D. Maximino, la que confirmamos, sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Firmado y Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Salas Carceller, 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.



2010/13676

TS Sala 2^a, Sentencia 3 marzo 2010. Ponente: D. Joaquín Giménez García

Absolución del delito de enaltecimiento del terrorismo

Se estima el recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia que la condenó por delito de enaltecimiento del terrorismo. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve a la recurrente del expresado delito, puesto que la condena dictada carece de la consistencia y de la rotundidad para superar el canon de certeza de toda decisión condenatoria, porque los datos analizados no permiten llegar a esa conclusión, dada su debilidad. Para la Sala existió una genérica imputación por parte de la recurrente a todos los cuerpos de seguridad de que torturan, lo que bien pudiera haber constituido un delito de injurias graves a cuerpos y fuerzas de seguridad, pero lo cierto es que dicha acusación fue retirada.

Formula voto particular el Magistrado Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de 3 de junio de 2003 de la Sección III de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a M^a Ángeles como autora de un delito de enaltecimiento del terrorismo a las penas de un año de prisión y siete años de inhabilitación absoluta, con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que con motivo de la presentación de las candidaturas del partido político Acción Nacionalista Vasca -ANV (en el factum, por error se dice Asociación)- para las elecciones generales de marzo de 2008, presentación que tuvo lugar en el Polideportivo Anaitasuna de Pamplona el 12 de enero de 2008. Tras la representación de unas piezas de folklore popular, comenzaron las exposiciones de diversos oradores y cuando le tocó el turno a la recurrente, M^a Ángeles, que comenzó hablando en euskera, sus primeras palabras fueron las siguientes, cuyo texto llevaba escrito:

“...Antes de nada, este ánimo, abrazo y chaparrón de aplausos que nos habéis ofrecido, lo más calmoso posible, a Igor, Martín y a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersados en las cárceles de Francia y España. ¡Os queremos!...”.

Estas palabras arrancaron un aplauso de la concurrencia tras citar a Martín. Seguidamente dijo: “...En Euskal Herria todo el mundo lo sabe: aquí se tortura, todos los cuerpos policiales y represivos utilizan la tortura sistemáticamente contra los independentistas vascos...”.

Tras su intervención siguieron otros oradores con el denominador común de alcanzar la independencia, y a las torturas así como a la ilegalización de ANV.

Continúan los hechos probados, haciendo referencia a que el 6 de enero -seis días antes del acto de presentación de las candidaturas- se había detenido a I. J. y M.Y. por su presunta participación en el atentado a la T-4 del aeropuerto de Barajas perpetrado el 30 de diciembre de 2006, hecho reivindicado por ETA el 10 de enero de 2007.

Con motivo de estas detenciones se abrió una causa por los malos tratos denunciados en los Juzgados de San Sebastián.

Se precisa en el factum que en el escenario no había otras ilustraciones que las siglas del partido EAA-ANV, el escudo de Euskal Herria y un cartel con las palabras Guk-Independencia.

SEGUNDO.- Se ha formalizado recurso de casación por la representación de la condenada M^a Ángeles, a través de tres motivos a cuyo estudio pasamos seguidamente.

Comenzaremos por el estudio del motivo primero, que por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia violación del derecho a la libertad de expresión en conexión con el derecho a la libertad ideológica -arts. 20.1-a) y 16-1 de la Constitución -.

También se hace referencia al principio de legalidad penal desde la

doble perspectiva de la exigencia de taxatividad de las normas y proporcionalidad de las penas.

TERCERO.- Procede en primer lugar efectuar un estudio, en sede teórica, del delito de enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 Cpenal, para posteriormente pasar a estudiar las concretas expresiones proferidas por la recurrente, cuya autría no se discute.

El delito de enaltecimiento del terrorismo fue introducido en el Cpenal por L.O. 7/2000 de 24 de diciembre de 2000.

En el mismo artículo, conviven dos figuras delictivas claramente diferenciadas:

a) El enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores.

b) La realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Tal vez la diferente acción típica y elementos que vertebran una y otra, hubiera aconsejado la tipificación separada en artículos diferentes.

Algún sector doctrinal manifiesta que se pretendía “emboscar” una criminalización discutible -el enaltecimiento/justificación- con otra que no lo es -menosprecio o humillación de las víctimas- y cuya justificación material es mucho más clara así como el merecimiento de pena, por lo que el cierre a la impunidad de estos actos en ofensa o menosprecio de las víctimas del terrorismo era una exigencia indiscutible.

Más evanescente y vaporoso se presenta el tipo penal de enaltecimiento/justificación.

De entrada hay que recordar, con la doctrina de esta Sala -SSTS 149/2007 de 26 de febrero, 585/2007 de 26 de junio ó 539/2008 de 23 de septiembre que los elementos que vertebran este delito son los siguientes:

1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal.

2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores

o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser un periódico o un acto público con numerosa concurrencia.

Características del delito son el tratarse de un comportamiento activo, que excluye la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo un delito de mera actividad y carente de resultado material, y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional.

Por referencia al delito de apología del art. 18, parece opinión más autorizada la que considera que la figura del art. 578 tiene una substantividad propia, distinta y diferente de la apología strictu sensu del art. 18 Cpenal.

La apología del art. 18, de acuerdo con el propio tenor del tipo, exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y solo entonces será punible, y lo mismo puede predicarse del art. 579 Cpenal que se refiere a la provocación, conspiración y proposición.

Por el contrario, el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron.

En apoyo de esta teoría de la substantividad de esta específica apología "in genere", operaría el argumento de que su respuesta punitiva es también autónoma e independiente -prisión de uno o dos años-, frente a las apologías "clásicas" de los arts. 18 y 579 en las que la pena lo es por referencia a la que corresponda al delito a cuya ejecución se incita -pena inferior en uno o dos grados-.

La propia Exposición de Motivos de la Ley apunta en esta dirección cuando se dice que "...las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el art. 18 del Cpenal....".

Finalmente, en cuanto a la naturaleza de esta apología genérica, laudatoria y sin incitación, de acuerdo con la doctrina de esta Sala mantenida en los autos de 23 de mayo de 2002 y 14 de junio de 2002 -Causa Especial, Recurso 29/2002- no es un delito de terrorismo dado que la actividad típica está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus autores, sin incitación a la comisión directa ni indirecta. De suerte que como ya advirtió la STC 199/1987 de 16 de diciembre del Pleno del Tribunal Constitucional que resolvió los re-

ursos de inconstitucionalidad contra la L.O. 9/1984 sobre bandas armadas y elementos terroristas.

"...La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades....".

Por ello, el argumento de que esta apología, también llamada apología menor, se encuentra sistemáticamente dentro de los delitos de terrorismo, carece de virtualidad y relevancia para en base al argumento sistemático, así estimarlo. Una cosa es el delito de terrorismo y otra es la apología del terrorismo, de igual suerte que no puede confundirse el delito de genocidio del art. 607 Cpenal con la apología del genocidio que se encuentra en el núm. 2 del artículo 607, y, también con una pena autónoma.

En el art. II del Convenio sobre Genocidio de 9 de diciembre de 1948 -en vigor en España desde el 13 de diciembre de 1968- se fijan los actos típicos de Genocidio en el art. II, que viene a coincidir con el art. 607-1 Cpenal.

Cuestión distinta es que también se sancione en el art. III del Convenio la instigación directa y pública a cometer genocidio, que encuentra su reflejo en el art. 607-2, y hay que recordar que aquí se trata de apología strictu sensu: instigación directa.

En todo caso, una vez deslindada esta figura de la apología autónoma, sin incitación a la comisión de delito concreto, habrá de concretarse cual sea bien jurídico protegido por este delito. La propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, nos da una pista negativa de lo que no es exaltación, y otra pista positiva de lo que se pretende proteger con la nueva tipificación.

"...No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se aleguen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional....".

"...Se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de métodos terroristas....".

"...Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal....".

Ciertamente el tipo penal de la exaltación/justificación en la doble modalidad del crimen o de sus autores, en la medida que constituye una figura que desborda la apología clásica del art. 18, puede adentrarse en la zona delicada de la sanción de opiniones, por deleznable que puedan ser consideradas, y, lo que es más delicado, pueden entrar en conflicto con derechos de rango constitucional como son los derechos de libertad ideológica y de opinión,

reconocidos, respectivamente en los arts. 16-1 y 20-1 a) de la Constitución.

Es por ello que reconociendo la tensión que existe entre este delito y el derecho a la libre expresión de ideas y libertad ideológica, (como expresamente se reconoce en la sentencia de esta Sala 585/2007 de 20 de junio), la labor judicial, como actividad individualizada que es en un riguroso análisis, caso por caso, habrá de examinar tanto las concretas frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio favor libertatis debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática.

Estas cautelas no pueden ser rebajadas ni debilitadas y por ello, la reciente Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre, por la que se modifica la anterior Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, en relación a delitos ligados a actividades terroristas, en su art. 2 estima por tales delitos, entre otros, la provocación a la comisión de un delito de terrorismo, la captación de terroristas y el adiestramiento de terroristas, figuras que aparecen definidas en el art. 1, siendo relevante retener la prevención que aparece en el Considerando 14 de dicha Decisión Marco en la que textualmente se dice:

"...La expresión pública de opiniones radicales polémicas o controvertidas sobre cuestiones sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión Marco y en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo....".

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología clásica del art. 18 Cpenal, pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. Zona intermedia que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso. Solo así se puede sostener la constitucionalidad del delito de exaltación, razón por la cual, la Sala no estima necesario por no tener duda de la constitucionalidad del tipo penal en el concreto ámbito así delimitado.

¿Cuál es esa zona intermedia?

De acuerdo con esta concreta previsión contenida en la Exposición de Motivos, antes citada, el bien jurídico protegido estaría en la interdic-

ción de lo que el TEDH -SSTEDH de 8 de julio de 1999, Sürek vs Turquía, 4 de diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía- y también nuestro Tribunal Constitucional -STC 235/2007 de 7 de noviembre- califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrorización colectiva como medio de conseguir esas finalidades.

Es claramente un plus cualitativa-mente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan -STC 176/1995-, y ello es así porque nuestra Constitución no impone un modelo de "democracia militante". No se exige ni el respeto ni la adhesión al ordenamiento jurídico ni a la Constitución. Nada que ver con esta situación es la alabanza de los actos terroristas o la apología de los verdugos.

CUARTO.- Pasamos a analizar los hechos enjuiciados por la sentencia de la Audiencia Nacional sometida al presente control casacional. El examen se va a efectuar desde la triple perspectiva ya aludida:

a) Examen de las concretas expresiones estimadas de exaltación/justificación del terrorismo o de sus autores.

b) Ocasión o escenario y contexto en el que fueron pronunciadas por la recurrente, y

c) Cualquiera otras circunstancias que pudiesen concurrir.

1- Sobre las expresiones.

Las frases pronunciadas por la recurrente M^a Ángeles y acotadas como constitutivas del delito de exaltación por el que ha sido condenada en la sentencia sometida al presente control casacional, fueron las siguientes:

"...Antes de nada, este ánimo, abrazo y este chaparrón de aplausos que nos habéis ofrecido, lo más calmoso posible a Igor, Martín y a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersados en las cárceles de Francia y España. ¡Os queremos!....".

"...En Euskal Herria todo el mundo sabe: aquí se tortura, todos los cuerpos policiales y represivos utilizan la tortura sistemáticamente contra los independentistas vascos....".

2- Sobre el contexto en el que se pronunciaron tales expresiones.

Se trataba de la presentación de la candidatura del partido político Acción Nacionalista Vasca -ANV- cara a las elecciones generales de marzo de 2008.

Era un mitin con varios oradores, entre ellos la recurrente, a la sazón, según se dice en el recurso alcaldesa de la localidad H. y por tanto no era ninguna desconocida en la concurrencia y uno de los cargos públicos de ANV que organizaba el acto (pág. 36 del recurso).

El acto había sido autorizado gubernativamente y tenía lugar en el Polideportivo Anaitasuna. Se reconoce en la sentencia -hechos probados y en la pág. 19 de la motivación- que no había pancartas o simbología relativa a Igor ni a Martín, no existieron gritos a ETA ni se distribuyeron documentos relativos a su actividad, ni se le mencionó, ni por la recurrente ni por el resto de oradores. En definitiva, no existieron proclamas relacionados con la actividad terrorista, en cuanto a la referencia expresa a esas dos personas, lo fue por su situación de personas que -se decía- habían sido torturadas tras su detención.

El tema de las torturas y de la independencia fue el único hilo conductor que la sentencia apreció en las diversas intervenciones, tanto por parte de la recurrente como del resto de los oradores.

“...Tras su intervención - la de la recurrente- en la que se incluía a las torturas y a la ilegalización de ANV, siguieron otras centradas en ese mismo sentido y todas en la aspiración por alcanzar algún día la ansiada independencia para ese territorio de España...” (último párrafo apartado primero hechos probados).

3- Otras circunstancias de relevancia.

El acto político tuvo lugar el 12 de enero de 2008, seis días antes habían sido detenidos Igor y Martín como presuntos autores del atentado de la T-4 del aeropuerto de Barajas, y al tiempo de la celebración del mitin ya era pública y notoria la noticia de que se habían denunciado malos tratos por parte de los agentes que los detuvieron, y -lo que es más relevante, que se abrió una causa en averiguación de tales hechos-. La sentencia reconoce la apertura de una investigación judicial. Es un hecho notorio que se trataba de las Diligencias Previas 66/2008 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Sebastián.

Dos observaciones sobre las referencias a la independencia y a la condición de “presos políticos vascos”.

Como ya dijo esta Sala en la sentencia 633/2002 de 21 de mayo, la opción independentista puede y tiene cabida y legitimidad dentro del pluralismo político y de hecho hay par-

tidos que sostienen tal ideología y que ostentan responsabilidades políticas en algunas Comunidades Autónomas. Cuestión distinta es, al socaire de una legítima opinión independentista, tratar de imponerla con el indisimulado propósito de extinguir el pluralismo político mediante los más graves actos de atrozización social.

Esta consciente confusión entre la opción independentista y el exterminio del disidente, tiene una de sus manifestaciones más claras en la atribución a los terroristas de ETA la condición de “presos políticos” por el entorno social que apoya el terrorismo. Se trata de una burda manifestación de la reinversión del lenguaje que constituye uno de los símbolos de la dinámica terrorista, que, en ocasiones, de forma inconsciente y por frivolidad acaba formando parte del lenguaje coloquial, de forma tan acrítica como censurable.

QUINTO.- Estima la Sala que analizando y valorando de forma integrada y contextualizada las expresiones pronunciadas por la recurrente, frente a lo que se sostiene por la opinión mayoritaria de los Magistrados del Tribunal juzgador, no se está ante el delito de exaltación/justificación del terrorismo.

No existió exaltación del terrorismo ni de sus autores, como ya apuntó el voto particular de la Presidenta del Tribunal.

La proximidad del acto de presentación de las candidaturas con la detención de Igor y Martín y la apertura de una causa penal en averiguación de los malos tratos/torturas denunciados por ellos, arroja una luz directa y potente sobre la verdadera intención que animó a la recurrente. Nada aparece en sus expresiones que pudiera estimarse ni alabanza o justificación por el atentado a la T-4 ni a la presunta intervención de ellos en tal atentado.

Lo que en opinión de la Sala queda más claro es la exteriorización de un cariño hacia ellos y de una cercanía personal, y eso queda fuera del tipo penal.

Que esa denuncia a las torturas iba a tener muy buena acogida en la concurrencia del Polideportivo, como así fue, no altera lo anterior. Es hecho notorio que la alegación de haber sufrido torturas forma parte del “canon” del discurso terrorista. También lo es que las mismas se investigan y de existir pruebas, se pronuncian las correspondientes sentencias condenatorias. Ahí está la jurisprudencia tanto de las Audiencias como de esta Sala.

También en este caso, es hecho notorio la apertura de diligencias penales que en este momento constituyen el Procedimiento Abreviado 173/2009 del Juzgado antes citado, y en el que el Ministerio Fiscal ha

efectuado la calificación provisional con tesis condenatoria en su escrito de fecha 2 de febrero de 2010.

Esta realidad indiscutible, la naturaleza de las expresiones proferidas valoradas tanto en su literalidad como contextualizadas en el acto en el que fueron pronunciadas, la ausencia de todo grito, homenaje o consigna dirigido a enaltecer a la actividad de ETA o los hechos imputados a Igor y Martín, todo este conjunto de datos conducen, en opinión de la Sala que la conclusión de que no hubo exaltación o alabanza del terrorismo ni de Igor y Martín por su presente actuación en la T-4, sino una denuncia por las torturas que se dicen cometidas y enlazado con ellos, el envío de un calor y cercanía que les permitiera superar esa situación y que se concreta en la expresión ¡Os queremos!.

En definitiva, la averiguación de los elementos subjetivos del tipo: el conocimiento y voluntad de realizar la acción típica, como hechos subjetivos que son, solo pueden ser aprehendidos en una labor a posteriori y a través de un juicio lógico-inductivo que partiendo de datos objetivos acreditados, permite arribar a la conclusión a la que se quiere llevar mediante un juicio de inferencia explícito y fundado.

Pues bien, partiendo de la base que dentro del ámbito casacional, esta Sala Casacional no tiene como cometido ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica sus decisión - STS 104/2010 de 3 de febrero entre las más recientes-. En este control casacional, llegamos a la conclusión de que la condena dictada carece de la consistencia y de la rotundidad para superar el canon de certeza de toda decisión condenatoria, que, como se sabe debe constituir una certeza “...más allá de toda duda razonable...”. Se está lejos de este canon, porque los datos analizados a los que se ha hecho referencia no permiten llegar a esa conclusión, dada su debilidad.

Una última reflexión: Existió una genérica imputación por parte de la recurrente a todos los Cuerpos de Seguridad de que torturan, lo que bien pudiera haber constituido un delito de injurias grave a Cuerpos y Fuerzas de Seguridad previsto y penado en el art. 504-2 Cpenal. Es lo cierto que dicha acusación fue retirada, por lo que no pudo el Tribunal de instancia pronunciarse al respecto. Véase a tal efecto el auto aclaratorio de la sentencia de 8 de junio de 2009.

Como conclusión y por todo lo expuesto, procede la estimación del motivo y absolución de la recurrente lo que se acordará en la segunda sentencia.

SEXTO.- La estimación del anterior motivo, hace innecesario el estu-

dio del resto de los otros motivos formalizados.

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

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formalizado por la representación de M^a Ángeles, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección IV, de fecha 3 de junio de 2009, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes y póngase en conocimiento de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección IV, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Luciano Varela Castro.- José Antonio Martín Pallín.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de marzo de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 1, Procedimiento Abreviado núm. 19/08, seguida por delito de enaltecimiento del terrorismo, contra M^a Ángeles, nacida el 20 de enero de 1968 en la localidad de Legáspi (Guipúzcoa), hija de Lorenzo de M^a Ángeles, y, en libertad provisional por esta causa de la que nunca estuvo privada; se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, se hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por los razonamientos contenidos en la sentencia casacional, debemos absolver y absolvemos a M^a Ángeles del delito de enaltecimiento del terrorismo.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos a M^a Ángeles del deli-

to de enaltecimiento del terrorismo, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Julián Sánchez Melgar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Luciano Varela Castro.- José Antonio Martín Pallín.

VOTO PARTICULAR

Voto Particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, a la sentencia 224/2010, dictada en el recurso de casación número 1661/2009.

Discrepo respetuosamente de la opinión de mis compañeros, y a mi juicio, el recurso de casación interpuesto por la acusada debió desestimarse, confirmándose de este modo la corrección del razonamiento jurídico de la sentencia de instancia.

Dicha resolución judicial había condenado a María Ángeles como autora de un delito de enaltecimiento del terrorismo, tipificado en el art. 578 del Código penal.

Los elementos de tal delito han sido configurados por la jurisprudencia de esta Sala Casacional, como los siguientes:

1º) La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica el terrorismo con el triple objeto que enseguida veremos. Y hemos dicho que enaltecer es tanto como engrandecer, exaltar o alabar.

2º) Que el objeto de tal enaltecimiento lo es de cualquiera de las tres conductas siguientes: las definidas como delitos de terrorismo (en los arts. 571 a 577), o personalmente de quienes hayan participado en su ejecución, o bien la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

3º) Que dicha acción se realice por cualquier medio de expresión pública o difusión a terceros.

4º) Dolo tendencial de dicha conducta.

A nuestro juicio, se cumplen todos los aludidos requisitos.

En efecto, con motivo de la presentación de candidaturas de ANV (Acción Nacionalista Vasca), para las elecciones generales de marzo de 2008, la acusada, María Ángeles, Alcaldesa de la localidad H., comenzó su discurso -que llevaba por escrito- con las siguientes palabras: “Antes de nada, este ánimo, abrazo y chaparrón de aplausos que nos habéis ofre-

cido, lo más caluroso posible, a Igor, Martín y a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersados en las cárceles de Francia y España ¡Os queremos!”

Tales palabras arrancaron el aplauso de los concurrentes (según se expone en la sentencia recurrida), y a continuación dijo: “En Euskal Herria todo el mundo lo sabe: aquí se tortura, todos los cuerpos policiales y represivos utilizan la tortura sistemáticamente contra los independentistas vascos.”

Como hemos visto, la dicción legal del art. 578 del Código penal castiga el enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión, con un triple objeto, cuya concurrencia es alternativa: bien de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 577, bien de “quienes hayan participado en su ejecución”, o bien la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

No hay duda de que las palabras de la acusada se realizan en un medio apto para su difusión a terceros, en el caso ante una concurrencia numerosa de personas, y con perfecto conocimiento de su alcance, pues en los hechos probados se narra que tales palabras las llevaba escritas de antemano.

Tampoco existe duda alguna que se cumple uno de los tres objetivos definidos por el tipo, pues las palabras iban dirigidas a presos de la organización terrorista ETA, unos nominados personalmente y otros en concurso plural: es decir a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersos en las cárceles de Francia y España.

Que tales destinatarios lo eran de ETA, nos lo dice la sentencia recurrida en sus hechos probados: “tal loa, que era su pretensión, en recuerdo y aliento a los presos de la organización terrorista ETA, con la que arrancó su discurso.”

Y algunos destinatarios fueron nombrados personalmente; es el caso de Igor y Martín a quienes se les atribuía el atentado de la T-4 de Madrid.

Que tal discurso supone un acto de enaltecimiento, en el sentido de engrandecer, exaltar o alabar, no es ya que lo afirme así el relato histórico de la recurrida (“culminó con lo que perseguía, el aplauso que se inició inmediatamente después de que nombrara a Martín y al que la misma (la acusada) se unió con los congresados de forma placentera, cuando pudo terminar la frase entera, congratulándose con la magnífica acogida que esa introducción había tenido, así como por comprobar la aceptación de ella misma por los asistentes.”), sino que resulta de la propia

literalidad de las palabras proferidas por la ahora recurrente: pues gritar “¡os queremos!” a continuación de referirse a todos los presos de la organización terrorista ETA (que se encuentran dispersos por las cárceles de Francia y España y a quienes se tortura “sistemáticamente”), supone, ciertamente, un claro acto de enaltecimiento, exaltación o alabanza, que es lo que castiga este tipo penal.

Y este precepto penal así lo incrimina porque -como muy bien dicen mis compañeros-, lo que se criminaliza es el discurso del odio, es decir, en palabras de la sentencia mayoritaria: “la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica, en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de aquella comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrorización colectiva como medio de conseguir esas finalidades”.

Pues, bien, si como afirman los magistrados de la mayoría, y nosotros también compartimos, ese es el bien jurídico protegido en el delito que contemplamos, de modo que se confunde -dicen- con la “alabanza de los actos terroristas o la apología de los verdugos”, no podemos com-

prender que referirse a los presos de la organización terrorista ETA, como “presos políticos”, no signifique esa expresión como el discurso de la apología de los verdugos, es decir, el enaltecimiento de quienes -en dicción legal- “hayan participado en su ejecución”, al punto de terminar la exclamación con un “¡os queremos!”.

Y es que, a mi juicio, tal expresión de afecto público, una vez puesta de manifiesto su condición de presos políticos, y de su dispersión por las cárceles españolas y francesas (junto a la predicada tortura sistemática), integra el acusado delito de enaltecimiento del terrorismo, por referencia a los autores que ejecutan tales actos terroristas. Pues, en suma, lo que este delito pretende evitar es que tal enaltecimiento, loa o alabanza pública prenda la llama de la prosecución o la continuación con actos de la misma especie, de forma que la naturaleza de este delito es de carácter apologético.

En consecuencia, el recurso debió ser desestimado.

Fdo.: Julián Sánchez Melgar.

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



2010/53622

TS Sala 4ª, Sentencia 16 febrero 2010. Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

Efectos “ex tunc” de sentencia anulatoria de precepto convencional

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa concesionaria de autopistas demandada contra sentencia que acogió la pretensión de la trabajadora accionante sobre compensación por descansos no disfrutados.

Explica la Sala que las sentencias que declaran nulo un convenio colectivo, o parte de él, como sucedió en el caso enjuiciado con el precepto convencional que regulaba el descanso para el personal de jornada continuada, no tienen naturaleza constitutiva, sino declarativa, porque se limitan a constatar algo que ya existía, esto es, la nulidad del precepto convencional en cuestión, por oponerse a una norma de superior rango jerárquico, de tal suerte que la pretensión que postula la anulación de una norma paccionada es declarativa negativa, de lo que se deriva la consecuencia de que el efecto de la sentencia anulatoria se producirá “ex tunc”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Versa el presente recurso de casación para la unificación de

doctrina acerca de cuál sea el momento en que deban situarse los efectos de una sentencia que declara la nulidad de todo o parte de un convenio colectivo.

La situación fáctica a contemplar es, en esencia y resumen, la siguiente: El art. 11.10 del Convenio colectivo de la empresa "Autopistas del Atlántico Concesionaria Española, S.A." (AUDASA) establecía, en lo que aquí interesa: El tiempo de descanso para el personal que realice jornada continuada que tiene el carácter de tiempo efectivo de trabajo entre veinte y treinta minutos en todas las estaciones de peaje, excepto en aquellas en que se encuentre de servicio un solo cobrador por turno - en cuyo caso y para no interrumpir la atención al usuario se llevará a efecto en la cabina- se mantiene en los mismos términos y condiciones que han venido rigiendo hasta el día de la fecha.... Habiendo sido impugnado dicho precepto, recayó en definitiva nuestra Sentencia de 1 de marzo de 2005, que anuló el párrafo que dice: "excepto en aquellas en que se encuentre de servicio un solo cobrador por turno -en cuyo caso y para no interrumpir la atención al usuario se llevará a efecto en la cabina".

Una cobradora de cabina al servicio de dicha empresa formuló demanda en reclamación de diferencias salariales derivadas de no haber podido disfrutar el aludido descanso durante diversos períodos comprendidos entre el año 2001 y el mes de marzo de 2005, demanda que fue desestimada por el Juzgado de lo Social, por entender que los efectos de la resolución judicial anulatoria se producían "ex nunc", por lo que durante el tiempo al que la reclamación se contraía había que considerar aún vigente el precepto que después resultó anulado. Pero, en sede de suplicación, la Sentencia dictada el día 13 de marzo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia revocó la decisión de instancia y estimó la demanda en cuanto a la parte de la reclamación no prescrita, razonando, en esencia, que al ser declarativa -y no constitutiva ni de condena- la sentencia anulatoria, habría de producir efectos "ex tunc", porque, en opinión de la Sala, dicha resolución no hizo más que constatar una situación (la nulidad de un precepto convencional) que ya existía desde que el convenio se aprobó, siendo por ello aplicable el aforismo "quod nullum est, nullum producit effectum".

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia de suplicación ha interpuesto AUDASA el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, citando como infringido el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con el art. 3.1.b) del mismo y art. 164.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL).

De las dos sentencias que, en principio, eligió para el contraste con la impugnada (la dictada el día 18 de enero de 2002 por la Sala de lo Social con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y la de la homónima Sala y Tribunal

de Galicia de fecha 9 de marzo de 2009), seleccionó en definitiva ésta última, pero la misma resulta inidónea para el contraste (como ha declarado esta Sala en tantas ocasiones cuya concreta cita huelga, precisamente por ello), pues -dada su fecha- es imposible que hubiera cobrado firmeza al recaer la aquí recurrida. Por ello, hemos de tener en cuenta para dicho contraste la de la Sala andaluza, que era ya firme al dictarse la impugnada.

Enjuició esta resolución referencial el supuesto de declaración judicial de nulidad del Convenio colectivo de oficinas y despachos de la provincia de Málaga por sentencia de 16 de noviembre de 2001; habiendo reclamado una trabajadora, al amparo del expresado convenio, el importe de las vacaciones, no disfrutadas, correspondientes al año 2000. En este caso, la Sala entendió que a la sentencia anulatoria del convenio "no podía conferírsele efecto retroactivo" (por lo que los efectos de la sentencia se produjeron "ex nunc"), por lo que dicho convenio ostentaba aún validez durante el tiempo al que la reclamación se contraía y, en consecuencia, resolvió estimar la demanda.

Por más que se trate en cada caso de la aplicación de dos convenios diferentes, como también lo son, sin duda, los preceptos aplicables de cada uno de aquéllos, hay que entender no obstante que las dos resoluciones en presencia son legalmente contradictorias a tenor del art. 217 de la LPL, toda vez que lo relevante al respecto es que se trata en ambos casos de dirimir sendas reclamaciones salariales al amparo de preceptos convencionales que, en un momento determinado, han sido declarados judicialmente nulos, planteándose en ambos casos la cuestión relativa al momento en que deban producir efecto las resoluciones anulatorias y, pese a todas estas coincidencias sustanciales, las decisiones adoptadas en cada uno de los casos han tenido signo divergente.

Procede, pues, entrar en el estudio y decisión del fondo del recurso, toda vez que, además, el escrito a cuyo través se ha interpuesto aquél se ajusta a lo preceptuado por el art. 222 del invocado Texto procesal.

TERCERO.- La doctrina correcta es la que contiene la resolución combatida, toda vez que las sentencias que declaran nulo un convenio colectivo -o parte de él como es el caso enjuiciado- no tienen naturaleza constitutiva sino declarativa, porque se limitan a constatar algo que ya existía, esto es, la nulidad del precepto convencional en cuestión, por oponerse a una norma de superior rango jerárquico -en este caso la ley, a la que nunca pueden contradecir los convenios, pues el art. 85.1 del Estatuto de los Trabajadores previene que los convenios se mantendrán "dentro del respeto a las leyes", de

tal suerte que la pretensión que postula la anulación de una norma pactada es una de las denominadas por la doctrina procesalista "declarativas negativas", y sus efectos son los que se contemplan en el art. 6.3 del Código Civil, siéndoles aplicable el aforismo "quod nullum est, nullum producit effectum", de lo que se deriva la consecuencia de que el efecto de la sentencia anulatoria se producirá "ex tunc". A salvo únicamente el caso de que la ley estableciera un efecto distinto para algún o algunos supuestos concretos de contravención legal, supuestos éstos que aquí no concurren.

Únicamente deberían quedar fuera de la afectación de la nulidad aquellas situaciones, producidas con anterioridad a la anulación del precepto convencional, que ya hubieran sido refrendadas por sentencia firme, de forma similar a lo que establece respecto de la anulación de los reglamentos el art. 73 de la Ley 29/1998 de 13 de julio -reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo-, pero nunca los actos de gestión empresarial, para los que el efecto "ex tunc" de la declaración de nulidad únicamente podrá verse afectado por la prescripción o por la caducidad.

Siendo ello así, habiendo aplicado la sentencia recurrida el Instituto de la prescripción, y aplicado como norma sustitutoria de la anulada el propio Convenio Colectivo en su valoración de la hora ordinaria, dicha resolución se entiende acomodada a la buena doctrina sobre la eficacia temporal y material de la sentencia que declaró la nulidad del precitado precepto de Convenio.

CUARTO.- Al haberse ajustado a este criterio la sentencia recurrida, procede desestimar el recurso, con la lógica secuela de acordar la pérdida del depósito y mantenimiento de la consignación, en su caso (art. 226.3 LPL), así como la condena en costas a la recurrente, esto último conforme al art. 233.1 del propio Texto procesal.

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 AUTOPISTAS DEL ATLÁNTICO, CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A. contra la Sentencia dictada el día 13 de marzo de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el Recurso de suplicación 6307/05, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 4 de noviembre de 2005 pronunció el Juzgado de lo Social número dos de Vigo en el Proceso 670/05, que se siguió sobre reclamación salarial, a instancia de D^a Leticia contra la mencionada recurrente. Confirmamos la Sentencia recurrida,

acordando la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal, manteniéndose, en su caso, la consignación, que quedará afecta al fin que le es propio. E imponemos a la recurrente las costas.

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

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

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

2010/53627

TS Sala 4^a, Sentencia 4 marzo 2010. Ponente: D. Luis de Castro Fernández

Apreciación de cosa juzgada positiva en proceso de conflicto colectivo

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el centro comercial demandado contra sentencia que declaró la nulidad del acto de constitución de la comisión negociadora de convenio colectivo. Explica la Sala que en el caso enjuiciado concurren los presupuestos para entender que deben imponerse los pronunciamientos de la anterior sentencia recaída en proceso sobre tutela de la libertad sindical, en tanto efecto positivo de cosa juzgada, siendo incluso apreciable la plena identidad del objeto del proceso que podría excluir el nuevo examen de la cuestión debatida, sin que ningún inconveniente pueda hallarse en el hecho de que se hubiese seguido en ambos litigios un cauce procesal diverso, tutela de derechos fundamentales y conflicto colectivo, ni en la circunstancia de que el primero de ellos sea de cognición limitada a la lesión del derecho fundamental, sin posible extensión al enjuiciamiento de las causas de legalidad ordinaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Con fecha 15/03/07, la «Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras» (en adelante, «FECOHT-CCOO») interpuso dos demandas -49/07 y 50/07- de Con-

flicto Colectivo contra «Leroy Merlin, SLU», su Comité Intercentros, y centrales «Unión Sindical Obrera» («USO»), «Federación de Trabajadores Independientes de Comercio» («FETICO») y la «Federación Estatal de Trabajadores de Comercio, Hostelería-Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores» («FCHTJ-UGT»), solicitando que judicialmente se declarase:

«1.- La nulidad del acto de constitución de la Comisión Negociadora del nuevo Convenio de Leroy Merlin SLU, de fecha 22 de febrero de 2007, así como la dicho órgano negociador. 2.- La nulidad de los Acuerdos adoptados por la meritada Comisión negociadora desde su constitución. 3.- Que el interlocutor válido de la empresa en el proceso de negociación del convenio, han de ser las representaciones sindicales con presencia en la empresa y en función de su índice de representatividad, al carecer de facultades de negociación colectiva el Comité Intercentros. 4.- Que para la composición del banco social, se han de tener en cuenta los resultados electorales existentes en la referida unidad de negociación en la fecha de constitución de la Comisión Negociadora. 5.- Que las decisiones y acuerdos en la comisión negociadora -y en concreto en el banco social- se deberán adoptar en función y teniendo en cuenta la representatividad real que en el ámbito del convenio tengan las organizaciones sindicales, a la fecha de constitución de la mesa de negociación».

2.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional resolvió por sentencia de 25/06/07 (proc. 49/07) declarar la nulidad: a) «del acuerdo del Comité Intercentros de Leroy Merlin, SLU de fecha 21-2-07 en cuanto a la decisión de constituirse espontáneamente como interlocutores de la empresa y establece en 11 el número de vocales o miembros del banco social en la negociación del nuevo Convenio colectivo»; b) «del acto de constitución de la comisión negociadora del nuevo Convenio colectivo de Leroy Merlin SLU, de fecha 22-2-07, así como la de dicho órgano negociador y sus acuerdos»; y c) «de cuantos actos, reuniones o acuerdos haya participado o decidido dicho Comité Intercentros en la negociación de dicho Convenio colectivo de empresa».

SEGUNDO.- 1.- El citado pronunciamiento se recurre por la representación de «Leroy Merlin, SLU», que al amparo del art. 205.d LPL interesa las siguientes modificaciones del relato de hechos:

a).- Nueva redacción del ordinal quinto, expresiva de que «El número de representantes que cada Sindicato tiene en los distintos comités de empresa de LEROY MERLIN ESPAÑA SLU es el siguiente: FETICO.- 151 representantes, 45,6% CC.OO.- 94 representantes, 28,04%.

UGT.- 61 representantes, 17,4%. USO.- 16 representantes, 4,6%. OTROS.- 9 representantes, 2,6%.

En caso de constituirse una Comisión Negociadora de conformidad con el número de representantes que cada sindicato tiene en la empresa, en el supuesto de que fueran 12 los negociadores, la Comisión Negociadora estará compuesta de la siguiente forma: FETICO.- 6 componentes. CC.OO.- 3 componentes. UGT.- 2 componentes. USO.- 1 componente».

b).- Añadir al ordinal decimosexto el siguiente párrafo: «En el Convenio Colectivo correspondiente a los años 1996-1998 la Comisión Negociadora estuvo compuesta por 7 miembros».

c).- Incorporar al primero de los hechos probados -entre el primero y el segundo párrafo- texto indicativo de que «El Convenio Colectivo correspondiente al año 1999 fue suscrito igualmente por una representación formada por los Comités de empresa y delegados de personal en representación de los trabajadores, habiendo sido el Convenio Colectivo denunciado por el sindicato CC.OO. mediante comunicación de fecha 6 de octubre de 1998 ».

Y con la cobertura del art. 205.e) LPL, la empresa recurrente denuncia la infracción de los arts. 87 y 88 ET, en relación con el art. 37.1 CE.

2.- Recurre igualmente «USO», interesando que el quinto de los hechos indique que « Desde el punto de vista de la representación sindical, en el seno de la empresa, tiene la siguiente: FETICO: 151 Representantes 45,619%. - CCOO: 94 Representantes 28,399%. - UGT: 61 Representantes 18,429%. - USO: 16 Representantes 4,834%. En consecuencia el banco social en la mesa negociadoras de doce miembros sería la siguiente: FETICO: 6 negociadores.- CCOO: 3 negociadores.- UGT: 2 negociadores.- USO: 1 negociador».

Y en el apartado de examen del Derecho, la recurrente «USO» señala la vulneración de los arts. 28.1 y 37.1 CE, los arts. 83.1 y 87.1 ET, el art. 2.2.d) LOLS y del Convenio núm. 98 OIT.

3.- Por su parte, «FETICO» se limita a denunciar en su recurso la infracción de los arts. 64 y siguientes, así como 87 y 88 ET, en su interpretación por el Tribunal Constitucional.

TERCERO.- 1.- Independientemente del proceso anteriormente referido, «FCHTJ-UGT» en 14/03/07 y «FECOHT-CCOO» en 07/05/07, también presentaron sendas demandas -posteriormente acumuladas- en tutela del derecho a la libertad sindical, cuyas pretensiones -así consta en la documentación aportada por la Audiencia Nacional, dando cumplimiento a nuestra Diligencia Final por Providencia de 07/07/09 - eran las de

que: 1ª) Se declarase la vulneración por los codemandados de su derecho de libertad sindical. 2a) Se declarase la nulidad radical del proceso de negociación colectiva en el ámbito de la empresa iniciado por la Dirección de ésta el día 22 de febrero de 2.007 con su Comité Intercentros y los representantes de los sindicatos codemandados. 3a) Se declarase nulo el acuerdo de que fuera la representación unitaria y no las representaciones de las organizaciones sindicales la que negociara el Convenio de la empresa, así como la decisión de constituir el banco social de la mesa negociadora con 11 miembros. 4a) Se ordenase el cese inmediato del comportamiento antisindical de los codemandados. 5a) Se declarase el deber de la empresa y de los sindicatos codemandados a constituir la comisión negociadora del Convenio con las representaciones sindicales con implantación en la empresa y sin intervención del Comité Intercentros. Asimismo, ambos sindicatos demandaban el reconocimiento de una indemnización reparatoria de la lesión de su derecho, aunque en cuantía diversa.

2.- La cuestión fue resuelta por la Audiencia Nacional en sentencia de 25/06/07 (proc. acumulados 48 y 89/07), por la que se decide: a) declarar la existencia de vulneración del derecho a la libertad sindical; b) declarar la nulidad del proceso de negociación colectiva iniciado el 22/02/07 y «el acuerdo del Comité Intercentros de 21/02/07 del que trae causa aquella»; c) ordenar el cese inmediato del comportamiento antisindical; y d) condenar al abono solidario de determinadas indemnizaciones. Y absuelve a las demandadas «en orden al pronunciamiento de incapacidad negocial del Comité Intercentros (de forma alternativa a la negociación sindical)». Y la sentencia fue recurrida -igualmente- por «Leroy Merlin, SLU», «USO» y «FETICO», con motivos revisorios muy similares a los de las presentes actuaciones y con denuncia de las mismas infracciones que se señalan en los presentes autos (arts. 28 y 37 CE, en relación con los arts. 87 y 88 ET ; art. 2.2.d) LOLS y Convenio 98 OIT). Recursos que fueron íntegramente desestimados por nuestra sentencia de 08/10/09 (-rco 161/07 -).

CUARTO.- 1.- El examen comparado de las peticiones efectuadas por los demandantes en el presente Conflicto Colectivo y en el referido procedimiento de tutela del derecho a la libertad sindical (apartados 1 de los fundamentos primero y tercero) pone de manifiesto, con palmaria claridad, que -salvo la diferencia que se dirá se trata de idénticas pretensiones que son ejercitadas por los mismos Sindicatos, utilizando unas expresiones que aunque no son literalmente coincidentes, en todo caso van idénticamente dirigidas a excluir el protagonismo del Comité Intercentros en la negociación colectiva iniciada en 22/02/07 y atribuírsela -en determinada proporción, de la que las organizaciones interesadas discrepan- a

las representaciones sindicales, con declaración de nulidad de todas las decisiones adoptadas por la Comisión Negociadora indebidamente -se dice en demanda y se declara por sentencia- constituida.

Las únicas diferencias -que para nada afectan a la conclusión a que nos lleva la referida identidad y que posteriormente indicaremos- es la de que en el proceso de tutela de derechos fundamentales, los Sindicatos accionantes solicitan que se declare la vulneración del derecho de libertad sindical y que como indemnización de daños y perjuicios se les abone determinada cantidad (a la que por la sentencia se accede en parte). O lo que es igual, los pedimentos de las presentes actuaciones ya fueron objeto de enjuiciamiento en los autos -acumulados- 48/07 y 89/07, que además resolvieron otra cuestión añadida (libertad sindical y consiguiente indemnización).

2.- De esta forma se evidencia que «FECOHT-CCOO» ejercita la pretensión simultáneamente -siquiera en fechas diversas- por los cauces procedimentales de Conflicto Colectivo (demandas 49 y 50/07, ambas de 15/Marzo) y de tutela de la libertad sindical (demanda 48/07, de 07/Mayo), siquiera con la singularidad de que los actos de conciliación y juicio fueron celebrados en la misma fecha (07/Junio), a horas inmediatamente sucesivas (el de libertad sindical estaba fijado para las 10 horas; y el conflicto colectivo para las 10, 30 horas) y ambos procedimientos concluyen con sentencias de la Audiencia Nacional (núm. 69 y 70) que presentan idéntica data (25/Junio), declaran probados los mismos hechos y mantienen -como antes referimos- pronunciamientos sustancialmente iguales, variando exclusivamente su redacción para ajustarse a la respectiva literalidad de los pedimentos; aparte, como es lógico, el dictum sobre vulneración de la libertad sindical y sobre la solicitud indemnizatoria, que fue excluida -como es propio- del ámbito de este Conflicto Colectivo.

Diferencia que no es obstáculo para que -en coherencia con la pretensión ejercitada y el planteamiento del debate- la sentencia razone y resuelva sobre la existencia de «una intención artera contraria al derecho de negociación colectiva... y por tanto a libertad sindical de CCOO y UGT». Afirmación obligada, pues -como veremos después- la negociación colectiva se integra en el núcleo básico de la libertad sindical, por lo que a la postre resultaría incorrecto afirmar que el presente procedimiento de conflicto colectivo tiene un objeto (derecho a la negociación colectiva) diverso al de tutela de derechos fundamentales (derecho a la libertad sindical); la diversidad únicamente existe en el plano formal, pues en el material -que es el decisivo en los efectos del art. 222.1 LECiv - el objeto del proceso es el mismo.

3.- Significa lo anteriormente expresado que la STS 08/10/09, que decidió el recurso 161/07 y puso fin a los procedimientos acumulados 48 y 49/07, debe actuar en este procedimiento como determinante de la excepción de cosa juzgada.

QUINTO.- 1.- A tal afirmación llegamos, partiendo de las siguientes consideraciones: a) la cosa juzgada es una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, exigiendo que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas (aparte de las que en ellas se citan, SSTC 190/1999, de 25/Octubre, FJ 4; 58/2000, de 28/Febrero, FJ 5; 135/2002, de 3/Junio, FJ 6; 200/2003, de 10/Noviembre, FJ 2; 15/2006, de 16/Enero, FJ 4); b) por ello se impone una concepción amplia de la cosa juzgada y la consiguiente interpretación flexible de sus requisitos (entre las recientes, SSTS de 20/10/05 -rec. 4153/04-; 30/11/05 -rec. 996/04-; 19/12/05 -rec. 5049/04-; 23/01/06 -rec. 30/05-; y 06/06/06 -rec. 1234/05 -); c) con mayor motivo se impone esa flexibilidad al aplicarse a una relación como la laboral, de tracto sucesivo y susceptible de planteamientos plurales por distintos sujetos de una idéntica pretensión, de manera que no ha de excluirse el efecto de cosa juzgada material por el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes (SSTS 30/09/04 -rec. 1793/03-; y 20/10/04 -rec. 4058/2003-, que hacen eco de precedente de 29/05/95 -rcud 2820/94 -); y d) conforme al art. 222 LECiv, «la cosa juzgada... excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo» (párrafo 1) y que «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada... vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal» (párrafo 4).

2.- Con la redacción del art. 222 LECiv se pone de manifiesto que a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo de la cosa juzgada -párrafo 1-, en el que es necesaria la concurrencia de las tres identidades (sujetos, objeto y fundamento de la pretensión; «objeto del proceso», al decir legal), el efecto positivo de la cosa juzgada -párrafo 4- no exige una completa identidad, que de darse excluiría el segundo proceso, sino que para producir tal efecto es suficiente que lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado (así, SSTS 20/10/04 -rec. 4058/2003-; 30/09/04 -rcud

1793/03-; 03/03/09 -rcud 1319/08-; 05/05/09 -rcud 2019/08-; y 10/11/09 -rcd 42/08-).

3.- En el caso de que tratamos no solamente concurren los presupuestos para entender que los pronunciamientos de la STS 08/10/09 (rcd 161/07) deben imponerse en la decisión de las presentes actuaciones, en tanto que efecto positivo de cosa juzgada, sino que incluso es apreciable la plena identidad del «objeto del proceso» (sujetos, petitum y causa de pedir), que podría excluir -posteriormente justificaremos el uso del tiempo condicional- el nuevo examen de la cuestión debatida. Y al efecto ningún inconveniente habría de hallarse en el hecho de que se hubiese seguido en ambos litigios un cauce procesal diverso, tutela de derechos fundamentales y conflicto colectivo, ni en la circunstancia de que el primero de ellos sea de cognición limitada a la lesión del derecho fundamental, sin posible extensión al enjuiciamiento de las causas de legalidad ordinaria (así, SSTC 12/1982, de 31/Marzo; 31/1984, de 07/Marzo; y 116/2001, de 21/Mayo. También SSTS -recientes- de 01/06/06 -rcd 139/04-; 14/07/06 -rcud 5111/04-, de Sala General; 19/09/06 -rcd 153/05-; 27/06/07 -rcd 102/06-; 09/05/08 -rcd 164/07-; y 30/06/08 -rcd 138/07 -).

Y hacemos esta afirmación, porque, como precisábamos en sentencia de 14/07/06 (rcud 5111/04-, dictada por el Pleno de la Sala), y recordaba la citada de 27/06/07 (rcd 102/06), lo que delimita esta especial pretensión de tutela «es la lesión del contenido esencial del derecho en su configuración constitucional o en las normas legales ordinarias» que regulan el derecho en cuestión; y que -conforme a la STS 06/10/01 rcd 49/01 - la «vía preferente y sumaria del proceso especial de tutela es optativa para sindicatos y trabajadores, que también pueden impugnar la conducta que entienden lesiva de su derecho fundamental por el cauce del proceso ordinario o de las otras modalidades procesales». De esta forma ni tan siquiera sería inargumentable una diferente normativa infringida -constitucional u ordinaria- por la conducta frente a la que se reclama, pues la misma sería objeto de posible debate en uno y otro tipo de procedimientos, tal como efectivamente así ocurrió en autos, tanto a nivel de pretensión actora como de argumentación en las sentencias dictadas, siendo así que en ambos procesos se alegó la vulneración del derecho a la libertad sindical (art. 37.1 CE), en su vertiente de derecho a la negociación colectiva (núcleo indispensable de la libertad sindical: STC 121/2001, de 4/Junio, FJ 2 y las muchas que en la misma se citan), plasmado en los arts. 87 y 88 ET.

SEXTO.- 1.- Resta por tratar una última cuestión, cual es la de que la apreciación de la cosa juzgada se impone aún a pesar de que no hubiese sido alegada por ninguna de las partes ni por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

Aunque inicialmente se mantuvo que la estimativa de oficio de la institución de que tratamos no era posible en el recurso para la unificación de doctrina, sino que debía invocarse expresamente en el mismo, concurriendo los presupuestos de contradicción y siempre que no se tratase de una cuestión nueva traída al recurso (STS 16/06/98 -rec. 5062/97 -), posteriormente se rectificó la doctrina en el sentido de afirmar que puede acogerse de oficio en unificación de doctrina si el Ministerio Fiscal la alega en su informe y su existencia no pudo ser planteada en Suplicación por razones cronológicas (SSTS 23/07/99 -rcud 4817/98-; 26/12/00 -rcud 1412/00-; y 05/05/09 -rcud 2019/08 -), al no resultar aceptable una rígida interpretación del concepto de «cuestión nueva» que conduciría al mantenimiento de dos resoluciones judiciales contrapuestas, que resultarían incomprensibles para los destinatarios de la Justicia e incompatibles con los más elementales principios de la lógica, con claro quebranto de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad.

Pero con independencia de si tal criterio puede -o debe- ser ampliado tras la regulación que de la cosa juzgada material hace el art. 222 LECiv/2000 (muy particularmente a la vista de su Exposición de Motivos y en atención a la más reciente doctrina sobre la cuestión), lo cierto y verdad es que siempre hemos mantenido que el efecto positivo de la cosa juzgada en todo caso es apreciable de oficio cuando tal consecuencia derive de supuesto previamente resuelto por la propia Sala Cuarta. Apreciación de oficio -se ha dicho- que «es más apropiada aún en el proceso laboral donde normalmente se plantean cuestiones repetitivas... y no sería coherente que por falta de alegación o prueba en un segundo pleito se pudieran hacer pronunciamientos distintos a lo ya determinado en una sentencia anterior» (SSTS 29/03/99 -rcud 1286/98-; 08/02/00 -rcud 2208/99-; 13/10/00 -rec. 79/00-; 06/03/02 -rcud 1367/01-; y 05/05/09 -rcud 2019/08-). Efecto positivo -añadimos ahora- que en este momento procesal incluso se presenta más adecuado que el efecto negativo, que apreciado en trámite de recurso vería en gran medida defraudada su finalidad.

2.- Pues bien, dado que entre los procesos de tutela de libertad sindical (SAN 25/06/07 -proc. 48/07-) y de conflicto colectivo (SAN 25/06/07 -proc. 49/07-) hay plena coincidencia de pretensiones, hechos declarados probados, parte dispositiva y recursos (a excepción del concreto pronunciamiento formal sobre el derecho de libertad sindical), la circunstancia de que la referida STS 08/10/09 (rcd 161/07) hubiese desestimado las impugnaciones interpuestas frente a la decisión de la Audiencia Nacional sobre derechos fundamentales, nos impone que -por el referido efecto positivo- hayamos

de rechazar igualmente los recursos formulados en el presente procedimiento; y tal efecto nos remitimos a los exhaustivos argumentos de nuestra precitada resolución.

Con ello no solamente aplicamos la doctrina más arriba expuesta, sino que materializamos la voluntad que revela la ya aludida Exposición de Motivos de la LECiv/2000, al hablar de «la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno sólo» y de «impedir la repetición indebida de litigios (...) (disponiendo) que la cosa juzgada opere haciendo efectiva la (...) regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos».

SÉPTIMO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que procede desestimar los recursos, si bien por aplicación de oficio del efecto positivo de la cosa juzgada. Sin costas.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por las representaciones de «LEROY MERLÍN, SLU», «UNIÓN SINDICAL OBRERA» y la «FEDERACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO», frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 25/Junio/2007 (autos 49/07), resolviendo Conflicto Colectivo interpuesto por la «FEDERACIÓN ESTATAL DE COMERCIO, HOSTELERÍA Y TURISMO DE COMISIONES OBRERAS» frente a las citadas, al COMITÉ INTERCENTROS de la empresa y a la «FEDERACIÓN ESTATAL DE TRABAJADORES DE COMERCIO, HOSTELERÍA-TURISMO Y JUEGO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES», que se adhirió a la demanda.

Sin costas.

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

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

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

RESEÑA

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



TS CIVIL

2010/37589

TS Sala 1ª, Sentencia 11 marzo 2010.
Ponente: D. Juan Antonio Xirol Ríos

Aplicación del derecho común no excluye los derechos derivados de la troncalidad reconocidos en derecho foral

El TS declara no haber lugar al rec. de casación interpuesto contra la sentencia de apelación que, confirmando la de primera instancia, estimó la demanda interpuesta por los hermanos y la sobrina del fallecido frente a la viuda, declarando la propiedad de los actores sobre una finca del causante que tenía la consideración de bien troncal con arreglo al derecho vizcaíno, fundando su decisión en que el derecho vizcaíno reconoce a los parientes troncos legitimación para impugnar los actos de disposición sobre bienes troncales que contravengan sus derechos. El TS comparte el criterio del tribunal "a quo" de considerar que el hecho de que la ley aplicable a la sucesión sea el derecho común en virtud de la vecindad civil del causante, ya que éste había perdido la vecindad vizcaína por haber residido durante más de diez años en otra comunidad, no excluye los derechos derivados de la troncalidad reconocidos en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

2010/37593

TS Sala 1ª, Sentencia 10 marzo 2010.
Ponente: D. Juan Antonio Xirol Ríos

Reposición de actuaciones por irregularidad en la diligencia de emplazamiento

El TS estima el rec. extraordinario por infracción procesal anulando la sentencia de apelación y ordenando la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la diligencia de emplazamiento, al apreciar la Sala que no obra en las actuaciones dato alguno que permita constatar de manera suficiente que el demandado tuvo conocimiento del litigio seguido contra él antes de que le fuera notifica-

da la sentencia de primera instancia, ya que en la diligencia de emplazamiento ni aparece la firma de la persona que recibió la cédula sino una simple insinuación de garabato, de manera que no ha quedado excluida en el proceso la posibilidad de haber causado indefensión al demandado conforme exige la doctrina constitucional.



TS PENAL

2010/11412

TS Sala 2ª, Sentencia 8 enero 2010.
Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Delito de maltrato familiar habitual

Se estiman los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y los acusados contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de coacciones, amenazas, maltrato, contra la integridad moral y violación. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, establece la condena de los acusados por un delito de maltrato familiar habitual, habida cuenta de que los diferentes malos tratos, amenazas y coacciones que, de manera insistente y habitual, prodigaban los padres, e incluso la agresión sexual a la que cooperó de modo tan relevante la madre de la víctima, integran, sin duda, el tipo descrito en el art.173.2 CP 95, y dentro de él en el subtipo agravado al haberse cometido los hechos en el domicilio de la víctima.

2010/16401

TS Sala 2ª, Sentencia 3 marzo 2010.
Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y homicidio por imprudencia

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y homicidio por imprudencia. El TS constata que las condiciones de penuria y riesgo, con grave puesta en peligro para la vida de los pasajeros, alguno de ellos menor de edad, en las

que el viaje de inmigración clandestina hacia nuestro país se realizaba, así como la participación del acusado como miembro de la tripulación en esa actividad con móvil de lucro ilícito, favoreciendo y prestando con ello una clara contribución en la actividad ilícita, son elementos constitutivos del tipo penal aplicado, que están debidamente incorporados a la narración fáctica.



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/16453

TS Sala 3ª, Sección 5ª, Sentencia 5 marzo 2010.
Ponente: D. Mariano de Oro-Pulido y López

Denegación de visado español por no deducirse la reagrupación familiar

No ha lugar a la casación planteada contra la sentencia que desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del Consulado, denegatoria de su solicitud de visado de residencia por reagrupación familiar con su hijo, residente en España, pues la parte insiste en la necesidad de someterse en España a un tratamiento médico que en su país no se le puede prestar, pero aun asumiendo que ese dato sea cierto, lo único que fluye del mismo es la conformidad a derecho de la decisión de la Administración, pues lo cierto es que no nos hallamos ante un verdadero caso de reagrupación familiar, sino de venida a España con la única intención de procurarse tratamiento médico puntual.

2009/362516

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 26 marzo 2009.
Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez

Momento de fijación de la cuantía de la deuda

Se acoge el rec. contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado, anulándose la misma y declarando el derecho del recurrente a la actualización conforme al IPC puesto que en aras del principio de reparación integral se viene considerando, junto con el abo-

no de intereses, como uno de los instrumentos adecuados para hacer efectivo el principio de indemnidad que subyace tras la institución de la responsabilidad extracontractual de la Administración la consideración de la obligación pecuniaria de resarcimiento como una deuda de valor, que lleva a fijar la cuantía de la deuda actualizada al momento de su determinación o fijación, y no al momento de producción del daño.



TS SOCIAL

2010/12566

TS Sala 4ª, Sentencia 4 febrero 2010.
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

Derecho a diferencias retributivas por realización de tareas de superior categoría

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la demandada Junta de Andalucía contra sentencia que acogió parcialmente la pretensión del trabajador accionante sobre diferencias retributivas por realización de tareas de superior categoría de perito judicial diplomado. Señala la Sala que aunque el actor no tenga la titulación exigida para ostentar la categoría superior, el desempeño efectivo de funciones propias de esa superior categoría, al no existir prohibición legal fundada en la falta de titulación y estar fijada sólo convencionalmente la exigencia de titulación, no es obstáculo a la concreta pretensión de percibo de las diferencias retributivas.

2010/26513

TS Sala 4ª, Sentencia 9 febrero 2010.
Ponente: D. Jesús Souto Prieto

Complemento singular de puesto para personal laboral

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado Ministerio de Defensa contra sentencia que acogió la pretensión del trabajador accionante sobre complemento singular.

Explica la Sala que la disp. adic. 2ª del II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado es aplicable exclusivamente a quienes en el convenio anterior estaban encuadrados formalmente en su ahora extinto grupo profesional III, desempeñando los puestos correspondientes a tal grupo, pero sin crear derechos a favor de quienes, perteneciendo a otros grupos profesionales del anterior convenio, pudieran haber desempeñado en determinados periodos temporales funciones correspondientes a una categoría superior a la que les correspondía en aquel momento.