



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: **EVARISTO MOLINE**

Año XVI. Número 2739

Madrid, martes 29 de septiembre de 2009



TS Sala 1ª, Sentencia 30 junio 2009. Ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Vulneración del derecho a la imagen con la publicación de reportaje de "cámara oculta"

El TS estima el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, confirmando la de instancia, desestimó la demanda sobre tutela del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen contra las entidades, con motivo de la elaboración de un reportaje en el que dos periodistas se hicieron pasar por un matrimonio que acudió al demandante a consulta de parapsicología, para que le ayudara a erradicar de su domicilio supuestos fenómenos paranormales, contratando para ello los servicios del actor, grabando de forma oculta y subrepticia la voz y la imagen del mismo, publicándose el reportaje en el que además se desarrolló una tertulia con presencia de expertos en materia de parapsicología y periodistas.

Señala la Sala que el empleo de la llamada "cámara oculta" se caracteriza porque las personas cuya actuación es filmada lo desconocen y por ello se comportan con una naturalidad que en otro caso no tendrían. El demandante fue privado del derecho a decidir, para consentir o impedir la reproducción de la representación de su aspecto físico determinante de una plena identificación. Por lo que considera el Tribunal que sí que existe una vulneración del derecho a la propia imagen del recurrente, por el uso de la cámara oculta y después por su posterior difusión en un medio de comunicación, no ejerciendo el recurrente cargo público o profesión de notoriedad o proyección pública, ni existiendo interés público en la captación o difusión de la imagen del recurrente, que se podría haber realizado difuminando los rasgos físicos del recurrente, como se hace en el reportaje con la imagen de los periodistas, siendo innecesaria la imagen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como datos necesarios para el estudio del actual recurso hay que tener en cuenta lo siguiente:

Eutimio formuló demanda sobre tutela del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen contra las entidades "Televisión Autonómica Valenciana, S.A." y "Canal Mundo Producciones Audiovisuales" (El Mundo T.V.), con motivo de la elabo-

ración de un reportaje en el que dos periodistas de "Canal Mundo Producciones Audiovisuales" se hicieron pasar por un matrimonio que acudió al demandante a consulta de parapsicología, para que le ayudara a erradicar de su domicilio supuestos fenómenos paranormales, contratando para ello los servicios del actor, grabando de forma oculta y subrepticia la voz y la imagen de dicho Eutimio, publicándose el reportaje así obtenido en el programa de televisión emitido por el Canal 9 "Investi-

gación TV", en el que además se desarrolló una tertulia con presencia de expertos en materia de parapsicología y periodistas.

Se añade en la demanda que en tal programa, junto a la divulgación de las imágenes del actor, obtenidas sin su consentimiento, se hicieron comentarios ofensivos y despectivos hacia su persona, ridiculizando su medio de vida, así como su propia persona, a la que se sometió a mofa y escarnio, realizándose manifestaciones inciertas e inveraces.

Como consecuencia de la emisión y divulgación del reportaje y los comentarios sobre su persona, alegaba el actor que sufría una fuerte depresión.

Terminaba solicitando la declaración de que los demandados cometieron una intromisión ilegítima en el honor, la intimidad y la propia imagen del demandante, y la condena a "Televisión Autonómica Valenciana, S.A." a difundir a su costa los fundamentos jurídicos y fallo de la sentencia una vez firme la misma, en horario de idéntica audiencia al del programa en que la vulneración se produjo, y que se condenase a los demandados a abonar solidariamente el actor la cantidad de 180.000 euros, en concepto de daños morales.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda.

Consideró probado el Juzgado que "Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A. produjo un programa de televisión sobre los negocios del más allá, que fue vendido a Televisión Autonómica Valenciana, S.A., la cual aportaba para su emisión exclusivamente la presentadora y los platós de televisión.

A la hora de realizar el reportaje, Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A. dispuso de dos periodistas que se hicieron pasar por un matrimonio que referirían a Eutimio que habían notado cosas extrañas en su vivienda.

Personados éstos en la vivienda del actor, provistos de una cámara oculta, expusieron tales circunstancias a Eutimio, junto a una fotografía trucada afirmando que esa persona no estaba en la fiesta y

SUMARIO

TS

CIVIL

Vulneración del derecho a la imagen con la publicación de reportaje de "cámara oculta" **1**

Prevalencia de la libertad de expresión al derecho al honor de la SGAE **5**

ADMINISTRATIVO

Interpretación del art. 205, 1 LOREG por la Instrucción 9/2007 de la Junta Electoral Central **8**

Indemnización de daños y perjuicios por la resolución unilateral del contrato administrativo **9**

TDC

Negativa a homologación de empresa proveedora de servicios informáticos **14**

Archivo de denuncia al no infringirse el derecho a la competencia **15**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

requiriendo los servicios del profesional para solucionar el problema. Eutimio recibió las informaciones manifestando que solamente con ver la casa ya se veía algo raro y acordó mediante una contraprestación económica que echaría al "diablillo" que había en la casa, afirmando en varias ocasiones que veía y sentía al diablillo.

Toda la actuación del demandante, que se desarrolló en su despacho profesional y en la vivienda que se decía encantada, fue objeto de grabación con cámara oculta, exponiéndose en el programa de debate de Televisión Autonómica Valenciana, S.A., donde se comentaba el tema con los expertos en la materia".

Asimismo, consideró el Juzgador de instancia que la información contenida en el programa en cuestión debía considerarse como de alto interés social, debiendo protegerse su realización y emisión salvo que existiera un perjuicio muy superior para el afectado por tal información o ésta se realizare ofendiendo innecesariamente los sentimientos de la persona sobre la que versa la noticia, lo que no ocurre, según la sentencia de primera instancia, en el supuesto de autos, desde el momento en que el programa se limita a recoger unas imágenes de actuaciones reales del actor en sus funciones profesionales como parapsicólogo, con unos comentarios que no se desvían de forma sustancial de lo que se está viendo, y que coinciden sustancialmente con lo que viene a la mente en cada momento del programa, sin que se produjeran comentarios injuriosos o desproporcionados, innecesarios para transmitir la información.

En lo referente a la captación de la imagen, entendió el Juzgado que, al estar la consulta abierta al público, no se había violado la intimidad del actor.

En cuanto a la obtención de las imágenes con cámara oculta, se entendió justificada por el interés informativo, sin que se produjera alteración alguna de la verdad o distorsión de la realidad, reproduciendo el reportaje las propias manifestaciones del actor sobre su forma de trabajar, "por lo que está siendo sujeto activo de la actividad sobre la que se informa, describiendo él mismo de palabra y con su propia actuación en qué consiste ésta y cómo se desarrolla, no pudiendo admitirse una mejor fuente de información sobre sus propias prácticas.

Sin que conste en autos dato alguno que pueda apuntar hacia un tratamiento malicioso o desleal de la información con la que se contaba, pues el hecho de que se le manifestara que notaban cosas raras en la casa y se aportara una fotografía trucada pierde relevancia desde el momento en que el actor afirma que tiene conocimiento del espíritu por su propia presencia, la cual percibe, y que sólo con ver la casa pueda decir que hay algo raro en ella, afirmando posteriormente que ve al espíritu, aceptando que sea de la persona que está en la foto del salón.

Es cierto que se ha hecho una afirmación falsa para dar inicio al reportaje, pero desde el momento en que el actuante dice que la percibe directamente y no que actúa en base a las referencias que le dan del espíritu, el engaño pierde virtualidad, pasando a tenerla la propia manifestación de

■

"El derecho a la intimidad personal y familiar tiene un contenido específico y diferente del derecho al honor, y también es diferente, aunque tenga relación, con el derecho a la propia imagen..."

■

ciencia esgrimida por el reclamante, que se ve perjudicado por su propio atrevimiento a la hora de manifestar presencias, que se ve realmente claro cuando no se tiene en frente a personas que creen en un encantamiento, sino con periodistas que han creado una situación que permite constatar objetivamente que no hay ningún espíritu en la casa.

Por ello, la falta de veracidad relevante no es la que crean los periodistas para dar una situación en que pueda constatarse objetivamente la falta de espíritus en la casa, sino la del propio actor que expone a los que cree clientes normales que la casa está poseída y que percibe claramente el espíritu".

Por último, consideró el Juzgador que no se había vulnerado el derecho al honor del actor por los comentarios vertidos en el programa, como el

del Presidente de la Asociación de Parapsicólogos, al exponer que conocía al actor y que estaba avergonzado de escuchar la palabra parapsicología en ese supuesto, poniendo de manifiesto los interesados lo irregular de las prácticas de manera educada y proporcionada, necesaria para formar criterio.

La Audiencia Provincial dictó sentencia, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el actor. En su función de revisión probatoria consideró la Audiencia (Fundamento de Derecho Segundo) que de la prueba resultaba que "dos reporteros comparecieron en el despacho profesional del actor Eutimio, a quien, según sus testificales, habían seleccionado según las denuncias de consumidores a la AVACU, para realizar por cuenta de la codemandada Canal Mundo y sin más intervención de la otra codemandada Canal 9 que proporcionarle el plató de TV y la presentadora, un reportaje de investigación denominado "Investigación TV" bajo el epígrafe "Mundos del más allá" en el que se incluían varios reportajes grabados con cámara oculta sobre pseudociencias.

Con este fin, los reporteros llevaron a dicho despacho una foto trucada para dar crédito a las inveraces presencias extrañas en su casa con ruidos, apertura de cajones, desorden,... de las que informaron al actor y que, éste tras identificarse como parapsicólogo desde hace más de 20 años y previo cobro de 20 euros por echarles las cartas del "Tarot", corroboró describiendo que había un "diablillo cojonudo" y que para expulsarlo, previo pago de 300 euros, se desplazaría a tal domicilio en el cual, preparado al efecto con aspecto de desorden, también advirtió la presencia y tras verificar un ritual un rezos, velas e incienso manifestó no estar seguro haber eliminado y que, para ello, con otro pago, haría un seguimiento desde aquél, negociando al fin de la visita ya en el vehículo en el que se habían desplazado, el reparto de beneficios al 50% si contaban el caso en la TV.

Iniciada la tertulia de expertos en esta materia en el plató luego de emitirse la referida grabación, incluida la intervención de otro profesional dedicado también a la limpieza de espíritus y, según dijo con parecidas técnicas al actor pero dudando de éste, aquellos expresaron su opinión en la que las únicas referencias personales que se hicieron del mismo, en el contexto de advertir e informar al público de lo engañoso de

algunas de estas prácticas a cambio de dinero, fueron las de definirle como "especial cazafantasmas, cantamañanas y deprimente y digno de estudio psiquiátrico".

Respecto al lugar en que tuvo lugar la grabación con cámara oculta, entiende la Audiencia que no se está ante un espacio íntimo o privado sino ante un lugar que permite el acceso público a los clientes.

Estimó la Audiencia, entre otras consideraciones, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, que ni la información ni las expresiones vulneran los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen del actor, considerando que se está ante periodismo de investigación y que el contexto es de advertencia informativa, así como la veracidad y neutralidad de la información, en la medida en que la simulación de los reporteros es asumida por el demandante al dar realidad a los espíritus inventados, no habiendo ánimo de provocar una actividad forzada ni ridícula de aquél, que se limita a usar las prácticas (velas, azufre, rezos...) que otro experto que acude al programa dice también utilizar.

El que no se disimularan los rasgos del demandante se entiende que resulta irrelevante en este contexto informativo. Por el contrario, la relevancia se entiende obvia precisamente para advertir a la sociedad de estas irregulares prácticas.

Las expresiones producidas en el debate no se consideran por la Sala "a quo" indudablemente injuriosas o innecesarias en relación con las ideas u opiniones expuestas, ni suponen mofa o escarnio del actor, siendo opiniones personales ajenas al Canal autor del reportaje, críticas amparadas por la libertad de expresión, producidas en los términos habituales en que se desarrollan hoy en día, basadas en la actuación de aquél como mero y claro exponente del fraude que se quería denunciar.

SEGUNDO.- Contra la sentencia dictada en apelación interpone recurso de casación la parte recurrente y apelante, que articula en cuatro motivos.

En el primero de ellos denuncia el recurrente vulneración del derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la propia imagen reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 7 de la L.O. 1/1982, al basar la sentencia impugnada la prevalencia del

derecho a la libertad de expresión y de información en que se está ante un reportaje neutral, cuando, alega el recurrente, faltan los requisitos de objetividad y veracidad, no siendo objetivo porque no trata del mundo de la parapsicología sino del carácter y forma de como actúa el recurrente, estimando éste que un reportaje que realmente informe o ilustre a la opinión pública sobre el tema de la parapsicología no tendría la audiencia necesaria para el programa; y la información es inveraz porque son los propios reporteros quienes parten de una afirmación falsa para realizar el reportaje, fotografía trucada y realización de afirmaciones y conductas ficticias, para obtener no una información real sino la información, o mejor, el reportaje que quieren dar al público, atractivo para obtener poderosa audiencia, siendo lo importante no la información veraz y objetiva sino el morbo, las situaciones ridiculizantes y vejatorias, como pone de manifiesto la tertulia posterior, dada la jocosidad y el tono irónico de las preguntas.

El reportaje, se argumenta, no puede considerarse periodismo de investigación, siendo los periodistas quienes a través del engaño provocan situaciones forzadas y van creando los presupuestos necesarios para provocar que la víctima haga las afirmaciones o comentarios que hizo, y la manera de realizarlos.

En el segundo motivo se denuncia vulneración del derecho a la propia imagen, reconocido en el artículo 18.1 de la C.E., en relación con los artículos 7 y 8.2 de la L.O. 1/1982, primero por el uso de la cámara oculta y segundo por su posterior difusión en un medio de comunicación, no ejerciendo el recurrente cargo público o profesión de notoriedad o proyección pública, ni existe interés público en la captación o difusión de la imagen del recurrente, que se podría haber realizado difuminando los rasgos físicos del recurrente, como se hace en el reportaje con la imagen de los periodistas, siendo innecesaria la imagen nítida del Sr. Eutimio para el fin de informar.

En el tercer motivo se denuncia infracción del derecho al honor por las manifestaciones que realizan los contertulios invitados al programa, que se considera por el recurrente tuvo un carácter vejatorio, jocosos e irónico, menoscabando su imagen personal y consideración ajena, del público en general y de sus allegados en particular, debiendo aplicarse el artículo 7.7 de la L.O. 1/1982.

El cuarto y último motivo, subordinado a que se aprecie vulneración del derecho al honor, intimidad y a la propia imagen, sirve para alegar infracción, por inaplicación, del art. 9 de la L.O. 1/1982, teniendo derecho a ser indemnizado por el perjuicio sufrido, teniendo en cuenta que como consecuencia de la emisión y

divulgación del reportaje y los comentarios sobre su persona sufre una fuerte depresión, así como la pérdida de clientela, y los niveles de audiencia alcanzados por el programa.

El tratamiento lógico y coherente de las cuestiones suscitadas recomienda no seguir rigurosamente el orden de los motivos de casación, sino hacer las oportunas consideraciones en orden a los derechos del recurrente pretendidamente vulnerados.

Con carácter previo, conviene traer a colación la reciente doctrina de la Sala en relación con el uso de cámaras ocultas en reportajes periodísticos, contenida en la sentencia del Pleno de fecha 16 de enero de 2009 (recurso número 1171/2002).

Por su interés, se transcribe a continuación los Fundamentos Segundo y Tercero de esta Sentencia:

“Segundo.- El honor, definido doctrinalmente, en su sentido objetivo, como la estimación por la persona en y por la sociedad, es considerado en nuestro ordenamiento un concepto jurídico cuya precisión depende en cada caso de las normas, valores e ideas sociales vigentes en el momento de que se trate.

Esa formulación, sin embargo, no impide entender que, con su reconocimiento normativo, se pretende amparar la buena reputación de una persona, frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena, por ir en su descrédito o menosprecio - sentencias 180/1999, de 11 de octubre, 52/2002, de 25 de febrero, 216/2006, de 3 de julio, y 51/2008, de 14 de abril, entre otras -.

El natural deseo del ser humano de vivir sin tener que soportar injerencias ajenas que no sean queridas, dentro del ámbito considerado como propio o personal, se reconoce, no sólo como una condición imprescindible para una mínima calidad de vida, especialmente, en momentos en que los avances tecnológicos facilitan extraordinariamente las intromisiones sin conocimiento del titular, sino también como una garantía del desarrollo de la personalidad de cada individuo en su relación con los semejantes - en términos de la sentencia de 24 de junio de 2004, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Von Hannover contra Alemania -.

Se protege así el derecho de la persona a llevar su propia existencia como ella la entienda, con el mínimo de interferencias exteriores, facultándole a controlar la información personal sobre ella misma y a imponer a los demás el deber de abstenerse de intromisiones en ese espacio de privacidad - al respecto, sentencias 156/2001, de 2 de julio, y 196/2004, de 15 de noviembre, y las que en ellas se citan -.

La importancia que en la vida de relación tienen los rasgos físicos que permiten la identificación exterior del ser humano, ha llevado al reconocimiento del derecho a la propia imagen, que se manifiesta, entre otras, en la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de aquella por un tercero no autorizado - sentencias 81/2001, de 26 de marzo, 83/2002, de 22 de abril, 72/2007, de 16 de abril, y las que en ellas se citan -.

TERCERO.- Aunque los derechos mencionados son eficaces frente a todos o erga omnes, ninguno es, en nuestro ordenamiento, ilimitado.

Antes bien - al margen de la significación que, en la identificación del ámbito respectivo de protección, el artículo 2 de la Ley 1/1982 atribuye a la norma legal, a los usos y a los actos del propio titular -, el contenido de todos ellos puede resultar restringido por imponer tal sacrificio la concurrencia con otros derechos igualmente reconocidos - sentencias

■

*“...la finalidad
perseguida con el
reportaje (denuncia de
prácticas supuestamente
fraudulentas en el
ámbito de la
parapsicología),
tampoco justifica la
captación de la imagen
del recurrente mediante
cámara oculta...”*

■

156/2001, de 2 de julio, 121/2002, de 20 de mayo, 158/2003, de 15 de septiembre, 171/2004, de 19 de octubre, 216/2006, de 3 de julio, 72/2007, de 16 de abril, 139/2007, de 4 de junio, 244/2007, de 10 de diciembre, 68/2008, de 23 de junio, entre otras muchas -.

En esos casos se hace preciso determinar cual de ellos es, a la vista de las circunstancias concurrentes, el más digno de protección, conforme a las conocidas como técnicas de ponderación y proporcionalidad, que llevan a valorar las razones a favor de cada uno, al fin de identificar cual es el que debe ser considerado preferente en la ocasión y de hallar el punto de equilibrio entre la preferencia y el correlativo sacrificio que resulte adecuado a la vista de las circunstancias concurrentes.

Así, la sentencia 216/2006, de 3 de julio, precisa que el honor puede ser limitado por los derechos a informar y a expresarse libremente.

La número 156/2001, de 2 de julio, indica que no cabe negar la posibilidad de que, en determinadas circunstancias excepcionales, existan bienes o derechos constitucionales que legitimen la intromisión en la intimidad personal o familiar de una persona.

Y la 72/2007, de 16 de abril, que el derecho a la propia imagen puede ceder cuando exista un interés público en la captación o difusión de la misma, si ese interés público se considera que debe prevalecer sobre el particular de la persona en evitarlas.

Cuando la libertad de información o de expresión - cuyas diferencias ha señalado, entre otras, la sentencia 139/2007, de 4 de junio - sea uno de los derechos enfrentados, como es lógico suponer, deberán ser tenidas en cuenta, primeramente, las condiciones que son necesarias para la protección constitucional de las mismas.

El derecho a la libertad de expresión, esto es, a emitir juicios de valor u opiniones sin pretensión de afirmar datos objetivos, se protege, entre otras razones, por su dimensión institucional, esto es, en cuanto condición necesaria para el funcionamiento de la democracia.

En todo caso, su ejercicio dispone del reconocimiento de un amplio campo de acción, delimitado por las expresiones vejatorias que resulten impertinentes o innecesarias para la exposición de las opiniones o juicios - sentencia 216/2006, de 3 de julio, y las que en ella se citan -.

También pone de manifiesto el Tribunal Constitucional la posición especial que ocupa la libertad de información en nuestro Ordenamiento, en cuanto garantía de la existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático - sentencia 21/2000, de 31 de enero, 62/2008, de 23 de junio, y las que en ellas se citan -.

Pero condiciona su protección a que la información, además de veraz - condición tratada en numerosas sentencias, entre ellas la 68/2008, de 23 de junio -, se refiera a hechos con relevancia pública - sentencia 139/2007, de 4 de junio, y las que en ella se citan -.

Conforme a dicha doctrina, la información ha de tener por objeto hechos que, por su trascendencia social o por la relevancia de la persona en ellos implicada, puedan considerarse merecedores de difusión para el conocimiento por los demás, al fin de formar opinión pública - sentencia 139/2007, de 4 de junio y las que en ella se citan.

Sin embargo, para que prevalezca un derecho sobre otro que merezca la misma protección es preciso, no sólo que concurren aquellos requisi-

tos condicionantes de la protección constitucional del que deba prevalecer, sino que lo hagan en el grado o medida que resulte necesario para justificar el sacrificio de aquel con el que entró en conflicto.

En particular, cuando se pretenda sacrificar el derecho a la intimidad en beneficio de la libertad de información, las antes referidas reglas exigen, por un lado, que el interés público en el conocimiento de los hechos registrados venga cualificado en medida precisa para justificar la intromisión producida por su causa en la esfera privada ajena y, por otro, en que esta última, por sí y por como se llevó a cabo, hubiera sido imprescindible para obtener la información, además de proporcionada para que la lesión del derecho desconocido fuera la menor posible - al respecto, sentencia 156/2001, de 2 de julio -."

Respecto a la consideración del trabajo de los reporteros como reportaje neutral, en la indicada sentencia del Pleno (Fundamento Cuarto) se rechaza que en el caso concreto pudiera merecer tal consideración, pues fue el propio medio el que había provocado la noticia, como acontece con el llamado periodismo de investigación, y en tales casos -cual el allí enjuiciado- el referido concepto no resulta aplicable -al respecto, sentencias 6/1996, de 16 de enero, y 17/2004, de 18 de octubre -.

A este respecto, sigue diciendo la Sentencia de Pleno citada que el engaño intencionado del que se sirven los reporteros, en último caso, sería invalidante de la voluntad formada con tan grave vicio, sin que quepa desconocer que el consentimiento que el artículo 2.2 de la Ley 1/1982 convierte en causa excluyente de la ilicitud de la intromisión es sólo aquel que tiene por objeto el que recae sobre el ámbito invadido, el cual -en el caso que se enjuiciaba- no era la inviolabilidad del domicilio -artículo 18.2 de la Constitución Española -, sino fundamentalmente la intimidad de la demandante.

El empleo de la llamada "cámara oculta" se caracteriza porque las personas cuya actuación es filmada lo desconocen y, precisamente por ello, se comportan con una naturalidad que en otro caso no tendrían.

De ahí que la autorización para entrar en el lugar donde se hizo la filmación (la dependencia donde se atiende a los clientes, en el presente caso) no pueda ser interpretada como consentimiento a la grabación y, menos, a la publicación del programa por medio de televisión.

No cabe hablar de aceptación cuando quien habría de prestarla desconoce aquello sobre lo que tendría que consentir.

También se consideró inadecuado en la Sentencia de Pleno citada (Fundamento Cuarto) el apoyo que,

para justificar el empleo de cámara oculta y a partir del dato - cierto - de no haber intervenido en el escenario de los hechos persona ajena a los dos protagonistas, activa y pasiva, de la grabación, la Audiencia Provincial buscó en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, "dado que ésta se pronunció, en lo que aquí importa, sobre el derecho al secreto de las comunicaciones, en un caso en que uno de los dos interlocutores había procedido a grabar sin consentimiento del otro la conversación telefónica entre ellos mantenida - se argumenta en dicha resolución que "quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes, no está violando el secreto de las comunicaciones", pues "no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige" -.

Es más, la propia sentencia dejó abierta la salvedad, que cabría calificar como evidente, de que, si lo transmitido "entrara en la esfera ínti-

■

"El derecho a la libertad de información no puede prevalecer en el caso presente, pues, ..., la imagen de la actora no era un elemento imprescindible para la finalidad informativa..."

■

ma del interlocutor", el comportamiento podría constituir un atentado al derecho a la intimidad ".

Hechas las anteriores consideraciones generales, procede ahora entrar en el examen de la posible vulneración de los derechos al honor, la intimidad personal y la propia imagen del actor recurrente.

TERCERO.- Respecto a la pretendida vulneración del derecho al honor, que en el recurso se trata en los motivos primero y tercero, se desdobra en la doble consideración de que el reportaje no fue veraz ni objetivo, ni cabe tenerlo como reportaje neutral ni periodismo de investigación, y que en el programa televisivo emitido por el Canal 9 se vertieron por los invitados expresiones ofensivas, vejatorias, que desmerecían al recurrente en su propia consideración y hacia los demás.

Así pues, se hace preciso distinguir entre el contenido del reportaje, lo que atañe principalmente al derecho o libertad de información, y las expresiones o comentarios hechos en

el programa por la personas invitadas al mismo.

Estos motivos conjuntamente estudiados deben ser desestimados.

Respecto del reportaje, ciertamente aborda una temática de relevancia social, de interés general, que no es tanto el mundo de la parapsicología en su general consideración, como dice el recurrente debería haberse hecho en vez de buscar la ridiculización de su persona, como informar sobre los fraudes o engaños que pueden darse al amparo de ciertas prácticas de supuesta parapsicología, y, de hecho, el reportaje trae causa de denuncias o alertas procedentes del ámbito de organizaciones de consumidores y usuarios, lo que justificó la elección del recurrente por los reporteros.

El reportaje no puede ser tachado de tergiversador, de falto de veracidad, por más que se utilice el engaño por los periodistas en la ideación de un fenómeno paranormal, que es falso, que sirvió para poner al descubierto la conducta falaz del luego demandante, así como su ánimo de lucrarse a costa de los supuestos clientes, a quienes también, a su vez, pretende engañar, e incluso intenta obtener más dinero vendiendo el caso a la televisión.

El objetivo del reportaje es, pues, de interés general, y no se produce deformación de la realidad, pues la conducta del demandante, quien obviamente queda en evidencia, habla por sí misma.

Cuestión distinta, como después veremos, es la procedencia del medio utilizado por los reporteros para la elaboración del reportaje en relación con otros derechos, como el derecho a la propia imagen del recurrente.

Consecuentemente, la información es de interés general y veraz, y por ello no se vulnera el derecho al honor del recurrente.

En relación a las opiniones de los invitados al programa, que no han sido demandados, son consecuencia lógica de la conducta falaz y de las propias actitudes del recurrente que se observan en el reportaje, y están amparadas por el derecho a la libertad de expresión, dentro del cual tiene destacada relevancia el derecho a la crítica, por mordaz e hiriente que esta pueda ser, siempre que no se utilicen expresiones objetivamente injuriosas, valoración esta que siempre ha de hacerse en relación con el contexto, o innecesarias para el ejercicio de la crítica, siendo así que las utilizadas por los invitados no se producen fuera de contexto y pueden entenderse como moderadas a la vista de los comportamientos y expresiones del recurrente reflejados en el reportaje, que ponen de relieve, cuanto menos, una total falta de seriedad, como dejaron claro en el pro-

grama los expertos que fueron invitados.

No se trata, pues, de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas (Sentencia de 14 de enero de 2009), por todo lo cual prevalece el derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor del recurrente.

CUARTO.- En relación al derecho a la intimidad del recurrente, no se produce una denuncia específica sobre su vulneración, ni en consecuencia se argumenta sobre la misma, como tampoco se hizo en la demanda, razón por la cual no puede considerarse que forme parte de la pretensión impugnatoria deducida en el presente recurso de casación, teniendo en cuenta que el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que en el escrito de interposición del recurso de casación se expondrán con la necesaria extensión sus fundamentos, lo cual ha de ser puesto en relación con las concretas infracciones legales que en el recurso de denuncien.

El derecho a la intimidad personal y familiar tiene un contenido específico y diferente del derecho al honor, y también es diferente, aunque tenga relación, con el derecho a la propia imagen (por todas, Sentencias de 19 de julio de 2004 y 4 de mayo de 2005), por lo cual, la concreta argumentación sobre su infracción en el supuesto de autos constituye exigencia ineludible del recurso de casación, por lo demás recurso de carácter extraordinario que requiere de la adecuada fundamentación de las alegadas infracciones sustantivas.

En cambio, sí que existe en el recurso de casación una específica imputación de vulneración del derecho a la propia imagen del recurrente, denunciada en el motivo segundo del recurso, primero por el uso de la cámara oculta y después por su posterior difusión en un medio de comunicación, no ejerciendo el recurrente cargo público o profesión de notoriedad o proyección pública, ni existiendo interés público en la captación o difusión de la imagen del recurrente, que se podría haber realizado difuminando los rasgos físicos del recurrente, como se hace en el reportaje con la imagen de los periodistas, siendo innecesaria la imagen nítida del Sr. Eutimio para el fin de informar.

Esta parte del recurso ha de ser estimada.

En primer término, es evidente que, tanto en el momento de la grabación como en el de la emisión del programa de televisión, el demandante fue privado del derecho a decidir, para consentirla o impedirla, sobre la reproducción de la representación de su aspecto físico

determinante de una plena identificación.

Como se dijo en Sentencia de 19 de julio de 2004, el derecho a la propia imagen atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica, generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (en este sentido, Sentencias del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo, y 156/2001, de 2 de julio).

En segundo lugar, la finalidad del reportaje y de su difusión, verdaderos medios de denuncia referida a la actividad del demandante como ejemplo de práctica engañosa, convirtieron al mismo, plenamente identificado por sus rasgos físicos, en elemento fundamental de la información, lo que impide entender que se grabó y publicó una imagen meramente accesoria de la información, a los efectos del apartado segundo, letra c) del artículo 8.2 de la Ley 1/1980.

La imagen del actor no era un elemento imprescindible para la finalidad informativa, y bien pudo difuminarse, como se hizo en el reportaje con la imagen de los propios reporteros.

En tercer lugar, tampoco cabe entender, a los efectos del art. 8.2 a) de la L.O. 1/1982, que el recurrente sea persona que ejerza profesión de notoriedad o proyección pública, y que el lugar, consulta o dependencia donde atiende a las personas que a él acuden sea lugar abierto al público.

Por último, la finalidad perseguida con el reportaje (denuncia de prácticas supuestamente fraudulentas en el ámbito de la parapsicología), tampoco justifica la captación de la imagen del recurrente mediante cámara oculta, pues, como recuerda la Sentencia del Pleno de esta Sala de 16 de enero de 2009 anteriormente referida, con cita de la 72/2007, de 16 de abril, el derecho a la propia imagen puede ceder cuando exista un interés público en la captación o difusión de la misma si ese interés público se considera que debe prevalecer sobre el particular de la persona en evitar dicha captación o difusión, lo que no es caso presente dada la falta de notoriedad y proyección pública del demandante, lo que determina que falte ese interés público en la captación y difusión de la imagen del demandante a que antes se ha aludido.

Consecuentemente, aún cuando la información es de interés general, la cuestión es si el derecho a la propia imagen, del que en modo alguno se produjo renuncia ni se otorgó consentimiento para su utilización, pues

era imposible hacerlo al haberse filmado por medio oculto, ha de ser sacrificado en aras a la libertad de información.

El derecho a la libertad de información no puede prevalecer en el caso presente, pues, como ya se ha indicado, la imagen de la actora no era un elemento imprescindible para la finalidad informativa, sin que la filmada fuera persona que ejerza profesión de notoriedad o proyección pública ni el lugar o dependencia donde se realizó la filmación fuera lugar abierto al público, todo lo cual hace que la imagen de la actora no era de esencial importancia para la transmisión a la opinión pública de la información que se quería ofrecer, de modo que se ha producido intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen, conforme al art. 7 de la L.O. 1/1982.

Además, debe señalarse que la excepción del art. 8.2, a) de la L.O. 1/1982 requiere la presencia acumulada de los dos requisitos que contempla, esto es, la notoriedad o proyección pública de la persona cuya imagen se capta, que en modo alguno se da, y que la imagen se obtenga en acto público o en lugares abiertos al público, requisito que tampoco concurre.

En segundo lugar, la finalidad del reportaje y de su difusión, verdaderos medios de denuncia referida a la actividad del demandante como ejemplo de práctica engañosa, convirtieron al mismo, plenamente identificado por sus rasgos físicos, en elemento fundamental de la información, lo que impide entender que se grabó y publicó una imagen meramente accesoria de la información, a los efectos del apartado segundo, letra c) del artículo 8.2 de la Ley 1/1980.

La imagen del actor no era un elemento imprescindible para la finalidad informativa, y bien pudo difuminarse, como se hizo en el reportaje con la imagen de los propios reporteros.

Finalmente, tampoco cabe entender, a los efectos del artículo 8.2 a) de la L.O. 1/1982, que el recurrente sea persona que ejerza profesión de notoriedad o proyección pública, y que el lugar, consulta o dependencia donde atiende a las personas que a él acuden sea lugar abierto al público.

QUINTO.- Por lo expuesto, procede estimar, con el recurso de casación, en parte la demanda de Eutimio, en defensa de su derecho a la propia imagen, ante la intromisión ilegítima cometida, a través de la utilización de cámara oculta para registrar la imagen del recurrente por "Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A.", que cedió para una difusión televisiva los derechos sobre el referido reportaje; y por "Televisión Autonómica Valenciana, S.A.", titular del medio por el que se produjo la publicación del reportaje.

Protección que se confiere mediante la declaración de la intromisión y la condena de los demandados mencionados a indemnizar a la actora por los perjuicios causados, solidariamente, al no haber sido individualizada la aportación causal que a cada uno es imputable.

Los referidos perjuicios, a la vista de las circunstancias del caso y, en especial, de la entidad de la intromisión producida, por lo que las actuaciones practicadas permiten conocer; así como la audiencia del medio de comunicación que constituyó el instrumento final de la infracción -artículo 9.3 de la L.O. 1/1982 -; y el daño psicológico sufrido por el recurrente por la difusión de su imagen, se concretan en el importe de seis mil euros (6.000 €).

No se estima necesaria la publicación de la sentencia, que la actora reclama, ya que, como se ha dicho, su derecho al honor no se considera lesionado por los hechos a que se refiere el recurso.

SEXTO.- Al estimarse el recurso de casación no procede hacer especial imposición de las costas del mismo. Asimismo al estimarse parcialmente la demanda, tampoco procede hacer especial pronunciamiento de condena en cuanto a las costas de la primera instancia, como tampoco en cuanto a las costas del recurso de apelación, que debió ser parcialmente estimado.

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

FALLO

Que debemos declarar:

1º.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Eutimio, contra la sentencia dictada en fecha cinco de junio de dos mil seis por la Audiencia Provincial de Valencia, la cual casamos y anulamos.

2º.- En lugar de la sentencia casada, declaramos que procede estimar en parte la demanda interpuesta por D. Eutimio, contra "Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A.", y "Televisión Autonómica Valenciana, S.A.", a los que condenamos solidariamente a indemnizar al demandante en la suma de seis mil euros, sin pronunciamiento condenatorio en costas.

3º.- No se hace expresa declaración de condena en costas ni en este recurso, ni en la primera instancia ni 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, manda-

mos y firmamos. Román García Varela.- Francisco Marin Castan.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Ignacio Sierra Gil De La Cuesta. Firmado y rubricado.

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

2009/134667

TS Sala 1ª, Sentencia 2 junio 2009. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Jurisprudencia sobre expresiones ofensivas aisladas

Prevalencia de la libertad de expresión al derecho al honor de la SGAE

Acuerda el TS estimar el recurso de casación interpuesto por el periodista condenado contra la sentencia que, confirmando la de instancia, estimó la demanda de la SGAE de protección civil del derecho al honor dirigida contra aquel y el medio de comunicación en el que tuvo lugar la publicación.

Señala la Sala que el derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información y que la técnica de ponderación exige valorar el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. En el caso de autos se aplica la jurisprudencia que mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables, sin que quede limitada su aplicación al ámbito de la política, sino que se viene proyectando idénticos principios a supuestos de tensión o conflicto laboral, sindical, deportivo, procesal y otros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. La representación procesal de SGAE, D. Everardo, D. Iván y D.

Moises interpuso demanda de protección civil del derecho al honor contra Audiovisual Española 2000, S. A., D. Calixto y D. Blas.

2. El Juzgado estimó en lo esencial la demanda declarando que determinadas expresiones recogidas en los artículos publicados en el Diario La Razón constituían intromisiones ilegítimas en el derecho al honor de los demandantes y condenando a los demandados a la publicación a su costa de la sentencia en tres medios de comunicación escritos de difusión en todo el territorio nacional y a que abonasen solidariamente a cada uno de los actores 6 000 euros más los intereses legales.

3. La Audiencia Provincial desestimó los recursos de los demandados y confirmó la sentencia apelada. La sentencia se funda, en síntesis, en que:

a) es ofensivo y denigratorio llamar a alguien correveidile, especialista en gilipolces y jodón, pues se trata de epítetos inservibles para describir hechos concretos; es denigratorio y ofensivo calificar a un directivo de la SGAE de dilapidar o acusarle de desintegrar el patrimonio común y gastarlo en canapés y limusinas o llamarle momia con las manos tendidas en la caja, eslabón de la cadena del wáter, embusteril, pues son expresiones que no describen hechos concretos y no constituyen información crítica, sino juicios de valor atentatorios contra la dignidad del destinatario; atribuir a una persona desvergüenza, bajeza moral, decir que trinca, llamarle necio, tenebroso lacayo de otra persona, acusar al destinatario de dilapidar miles de millones en beneficio de la comunidad que le sustenta en el poder, son expresiones que atacan la dignidad de aquel a quien van dirigidas; el muestrario de expresiones que se han expuesto no encuentra justificación ni responde a un derecho de los autores a emitirlos con daño para la integridad moral de otras personas; no se trata de una crítica de actos concretos sino de atribución de conductas inmorales;

b) se trata de una línea persistente del periodista y del medio tendente a desacreditar a SGAE y a los directivos demandantes;

c) frente a la alegación de que los demandantes emitieron réplicas en el mismo medio de comunicación en las que también utilizaban frases y expresiones similares frente a los demandados, éstos tienen la posibilidad de demandar al ofensor;

d) lo expuesto supone la existencia de conductas incluidas en el art. 7.7 LPDH;

e) frente a la afirmación de los apelantes de que las expresiones no iban dirigidas a SGAE, la sentencia declara que esta ha sido calificada como grupito de amantes zurdos,

subvención de engendros de amiguetes, se le atribuye la realización de oscuras maniobras y esto es denigratorio y ofensivo para la Corporación y motivo de desprestigio para ella, por lo que también para la entidad se ha producido la conducta incluida en el art. 6.7 LPDH.

4. Contra esta sentencia ha interpuesto recurso de casación D. Blas, el cual ha sido admitido en los motivos primero y segundo al amparo del artículo 477.2.1º LEC por versar el proceso sobre la protección de derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Enunciación de los motivos de casación.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

Vulneración del artículo 20.1, apartado a), en relación con el artículo 18.1, CE al declarar explícitamente que los hechos enjuiciados constituyen un ataque al derecho al honor de los demandantes, considerando esta parte que esa aparente intromisión queda excluida por razón del derecho constitucional a la libertad de expresión que aquel precepto constitucional garantiza, el cual ampara los artículos periodísticos objeto de autos frente al honor que reconoce a los demandantes el artículo 18.1 CE y protege la LPDH, inaplicación de los artículos 2.1, de los apartados a) y b) del artículo 8.2, y del artículo 9.3 de la misma LPDH. Inaplicación del artículo 3 CC y de la doctrina de los actos propios; del ejercicio tardío del derecho.

Dicho motivo, se funda, en síntesis, en que:

a) la sentencia no contempla el concepto subjetivo que han evidenciado los recurridos de su honor, los cuales admiten como adecuados y legítimos los epítetos vertidos contra el periodista por los Sres. Iván y Moises en defensa del resto (resentido, chismes, fétido batiburrillo, pluma mercenaria, desacuerdo con el orden constitucional, insulto barrio-bajero, amarillismo, mediocridad grisácea, oscurantismo, chascarrillo, pandereta, graznidos, atributos tardo-franquistas, entre otros);

b) entre los epítetos utilizados no se encuentra ningún insulto o expresión injuriosa, sino que se ciñe al lenguaje actual para formular, en términos humorísticos, una crítica pública sobre la dedicación de los recurridos a actividades menores y su tendencia a gastar el dinero de la SGAE como crítica a una gestión basada en datos contables; el recurrente no utilizó la expresión momia; tan solo representa los 20 años de permanencia del Sr. Everardo en su cargo gestionando dinero de todos los autores con la expresión momificado con las manos tendidas hacia la caja;

c) los recurridos tardaron tiempo en formular su reclamación, pues su

demanda se retrasa 14 meses y no han ejercitado el derecho de rectificación ni requerido la cesación de los artículos;

d) no hay ningún calificativo que pueda dañar la imagen de SGAE, pues la expresión grupito de amantes zurdos no va dirigida a la entidad sino a sus gestores y la apropiación de 10 860 millones según la denuncia formulada y según las cuentas de SGAE expresa una interpretación de las cifras;

e) han de prevalecer los derechos a la libertad de expresión y a la información sobre el derecho al honor.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

Vulneración del artículo 20.1.d) en relación con el art. 18.1 CE, al declarar explícitamente que los hechos enjuiciados constituyen un ataque al derecho a la intimidad del demandante, considerando esta parte que dicha aparente intromisión queda excluida por razón del derecho constitucional a la libertad de información que aquel precepto constitucional garantiza, el cual ampara el artículo periodístico objeto de autos frente a la intimidad que reconoce el artículo 18.1 CE y protege la LPDH.

Dicho motivo, se funda, en síntesis, en que:

a) los actos de los recurridos, como reconocen en su demanda, están sometidos a la obligación de aceptar una crítica de mayor intensidad que cualquier persona física o jurídica que carezca de relevancia social, al circunscribirse su actividad al ámbito público, afectar a un numeroso colectivo y, además, el conocimiento de tal actividad encierra trascendencia e interés para el conjunto de la sociedad, por lo que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, en casos como el presente, ha de prevalecer el derecho de información sobre el derecho al honor;

b) todos los hechos contenidos en los artículos han de reputarse veraces, pues no se ha negado ni cuestionado su veracidad y, por tanto, las críticas que se realizan han de entenderse lícitas, pues se contraen a la gestión de la SGAE sin entrar en otras esferas personales que no sea el sorprendente número de años de los gestores de la SGAE en sus cargos, los gastos en fiestas y eventos frente a la exigua retribución de los autores por sus derechos de autor, y la elección de personas por motivos ideológicos.

Ambos motivos, que por guardar estrecha relación entre sí serán examinados conjuntamente, deben ser estimados.

TERCERO.- Admisibilidad de los motivos de casación.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de casación aduciendo motivos de inadmisibilidad que esta Sala considera que no pueden ser estimados.

A) El hecho de que el recurso se anuncie por vulneración del art. 20.1 CE, pero se interponga, además, por vulneración de los arts. 18.1 CE, 2.1, 8.2.a) y b), 9.3 LPDH y 3 CC no comporta una desviación de su objeto, por cuanto el derecho fundamental a la libertad de expresión proclamado por el artículo 20.1 CE está en relación, en cuanto a su delimitación y objeto, con los demás preceptos que se invocan también como vulnerados en el escrito de interposición.

En suma, como declara la STS 7 de abril de 2009, RC núm. 1163/2004, el examen de los motivos del recurso permite determinar con exactitud cuál es la infracción del ordenamiento denunciada, que coincide con aquella a la que hace referencia el escrito de preparación, por lo que carece de trascendencia el defecto formal consistente en citar como infringidos preceptos no citados en el escrito de preparación, ya que se hallan relacionados con los que se citan en él.

B) Entiende el Ministerio Fiscal que ambos motivos del recurso se dirigen a atacar los hechos declarados probados y la resultancia probatoria. Sin embargo, esta Sala, en sus resoluciones más recientes, tiene declarado que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado con el derecho al honor y la libertad de información y expresión, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados, sin limitarse a considerar, como ocurre cuando se interpone un recurso extraordinario por infracción procesal para combatir la valoración de la prueba en relación con un proceso cuyo objeto se desenvuelve en el plano de la legalidad ordinaria, si las conclusiones de hecho (sobre los hechos) obtenidas por el tribunal de instancia, además de no infringir las normas que integran el régimen de la prueba, simplemente soportan la aplicación de un test de razonabilidad (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 25 de febrero de 2008, RC núm. 395/2001).

Esta posición ha sido considerada adecuada a la Constitución, entre otras resoluciones, por STC 100/2009, de 27 de abril de 2009, la cual, anulando el ATS de 24 de mayo de 2005, RC núm. 2766/2001, en que se seguía todavía la doctrina mantenida en su informe por el Mi-

nisterio Fiscal, declara (FJ 6), entre otros extremos, que la falta de veracidad de la información (en el sentido que corresponde a este término, cuando se enjuicia la constitucionalidad del ejercicio del derecho de información) y el carácter vejatorio o no de las opiniones emitidas por el autor de los artículos periodísticos son cuestiones de estricto carácter jurídico, vinculadas a la ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto.

CUARTO.- Libertad de expresión e información y derecho al honor.

A) El art. 20.1.a) y. d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el art. 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor.

La libertad de expresión, reconocida en el art. 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005 y 22 de julio de 2008).

B) La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación:

i) debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC núm. 1457 /2006);

ii) debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de

la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre, F. 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43).

C) La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde esta perspectiva:

i) la ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica se proyecta sobre personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de expresión e información es más intenso, como establece el artículo 8.2.A LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor.

En relación con aquel derecho, la STS 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC 24 de abril de 2002) declara que la proyección pública se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias;

ii) la prevalencia de la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones;

iii) la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con ella (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4, SSTC 127/2004, de 19 de julio, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero).

En relación con ese último punto, de acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje adaptada a las

concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el art. 2.1 LPDH se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor).

La jurisprudencia, en efecto, admite que se refuerza la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho de honor en contextos de contienda política, y así lo viene reconociendo esta Sala, entre otras, en las SSTS de 19 de febrero de 1992, 26 de febrero de 1992 y 29 de diciembre de 1995 (campana electoral); 20 de octubre de 1999 (climax propio de campana política entre ri-

■

"La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso..."

■

vales); 12 de febrero de 2003 (mitin electoral; se consideró la expresión extorsión como mero exceso verbal); 27 de febrero de 2003, 6 de junio de 2003, 8 de julio de 2004 (las tres sobre polémica política).

Sin embargo, estas consideraciones no deben limitarse al ámbito estricto del ágora política, sino que la jurisprudencia viene aplicando idénticos principios a supuestos de tensión o conflicto laboral, sindical, deportivo, procesal, y otros.

Así, las SSTS de 9 de septiembre de 1997 (que se refiere a expresiones de cierta agresividad permisibles en el contexto de la estrategia o dialéctica sindical); 13 de noviembre de 2002 (situaciones de tensión y conflicto laboral); 19 de julio de 2006 (sobre falsa imputación a otro sindicato de haber solicitado el voto para un partido político, entonces legal, que suscita un fuerte rechazo social por atribuírsele sintonía con una banda terrorista), 7 de julio de 2004 (a

propósito de una rivalidad entre peñas deportivas), 23 de febrero de 2006, RC núm. 3718/2001 (a propósito de un comunicado en que se imputaba a un medio de comunicación haber exigido un canon periódico por mejorar la información de un Ayuntamiento, 2 de junio de 2009, RC núm. 1532/2005, sobre un caso similar)

QUINTO.- Aplicación de la doctrina al caso enjuiciado.

La aplicación de las premisas expuestas al caso examinado fundamenta las siguientes argumentaciones:

A) La sentencia recurrida se pronuncia sobre determinadas expresiones utilizadas en relación con imputaciones -realizadas en un importante medio de comunicación perteneciente a la prensa escrita- a los gestores de SGAE, relevante sociedad de gestión de derechos de autor, que éstos estiman lesivos de su honor y del de SGAE. Estamos, en consecuencia, ante un supuesto de colisión entre el derecho al honor, por una parte, y, por otra, la libertad de información, en la medida en que se ponen en conocimiento de los lectores determinados hechos, y la libertad de expresión, en la medida en que se utilizan expresiones de fuerte contenido crítico para calificar la actividad de los gestores.

B) Desde el punto de vista abstracto, dado que estamos en presencia del ejercicio de la libertad de expresión e información:

i) debe partirse de la prevalencia de estos derechos frente al derecho al honor de los demandantes;

ii) no es suficiente para considerar que se ha lesionado el derecho al honor que las expresiones utilizadas en el marco de la crítica a la actuación de los demandantes tiendan a menoscabar su reputación, ni siquiera que puedan resultar desabridas, sino que es menester aplicar la técnica de la ponderación para inferir si, atendidas las circunstancias del caso, la colisión con el derecho al honor de los demandantes puede invertir la posición prevalente que las libertades de información y de expresión ostentan en abstracto en una sociedad democrática.

C) Para la ponderación del peso relativo de los derechos fundamentales que entran en colisión debe advertirse en el caso enjuiciado que:

i) la crítica se proyecta sobre aspectos de indudable interés público ligados a la gestión de una sociedad encargada en un amplio sector de la gestión de los derechos de autor en España y cuya actuación es objeto regularmente de atención y de crítica por parte de los medios de comunicación.

El carácter público de una actividad no está solo en relación con su

carácter político, sino que, como ha quedado antes reseñado, puede derivar también de la relevancia o interés para los ciudadanos de una actividad con carácter general por su naturaleza o su trascendencia económica o social, o con carácter particular por su relación con acontecimientos concretos, entre otras circunstancias. Estas circunstancias concurren en el caso examinado.

ii) El requisito de la veracidad no parece en el caso examinado relevante para el resultado de la ponderación que debe efectuarse, puesto que las críticas efectuadas a los gestores de SGAE se refieren todas ellas, de manera directa o indirecta, a determinados hechos sobre la administración y distribución de los recursos de la sociedad y el acierto y la probidad en el ejercicio de la misma que son, por su propia naturaleza, objeto de controversia, y de hecho lo han sido en ejercicios anteriores al que es objeto de consideración en este proceso, y como tal se presentan por parte del demandado.

Por la parte recurrida no se ha hecho en el proceso especial hincapié en la falta de concurrencia del requisito de la veracidad, sino en el carácter injustificado de la crítica e injurioso de las expresiones utilizadas al llevarla a cabo.

De ello se sigue que sus consecuencias jurídicas deben calibrarse principalmente en torno al alcance de la libertad de expresión y que resulta de menor relevancia el requisito de la veracidad de las informaciones que al hilo de la crítica formulada pueden entenderse transmitidas.

iii) Las expresiones utilizadas son de cierta gravedad, pero este factor no es suficiente en el caso examinado para invertir el carácter prevalente que la libertad de expresión ostenta.

Las expresiones que resalta la demanda están en relación directa o indirecta con los hechos denunciados y se producen en una situación de conflicto, con trascendencia pública, entre los gestores de SGAE y uno de sus socios, en el seno de una polémica entre miembros de un organismo o institución de caracteres similares a los contemplados por esta Sala en otras resoluciones.

La persona que las emite no solamente actúa en su calidad de informador o comentarista en un medio de comunicación, sino que aparece reconocido por uno de los demandados como socio de SGAE, a quien le imputa actuar en aras del resentimiento contra los gestores.

Se aprecia la existencia de una polémica de elevado tono, cuya valoración jurídica no puede hacerse al margen del contexto social en que se produce.

El tono empleado es, en efecto, similar al empleado en polémicas anteriores surgidas en el seno de la misma sociedad, como lo confirman noticias periodísticas relativas a anteriores ejercicios de SGAE, en que las expresiones utilizadas en las polémicas internas reflejadas en los medios de comunicación alcanzan igual o más elevado grado de acritud.

Contribuye a confirmar esta apreciación el examen de las expresiones utilizadas por uno de los demandantes en réplica al demandado, pues, entre otros extremos, se le imputa una actuación mercenaria y atributos propios de un régimen dictatorial, imputaciones que, tratándose de un informador o comentarista de un medio de comunicación, revisten una indudable gravedad.

Esta apreciación no comporta el reconocimiento del ius retorquendi (derecho de retorsión), sino que obedece a la necesidad de valorar las expresiones utilizadas en el contexto lingüístico y social en que se producen.

D) No se aprecia, en suma, la infracción que se imputa a la sentencia recurrida.

SEXTO.- Estimación del recurso.

Según el artículo 487.2.º LEC, si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1.º y 2.º del apartado 2 del art. 477, la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida.

Estimándose fundado el recurso de casación, procede, en consecuencia, casar la sentencia recurrida y, de conformidad con lo razonado, estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Blas y, respecto de este concreto demandado, desestimar la demanda con imposición de las costas a la parte demandante, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia de primera instancia que son ajenos al objeto de este recurso.

De conformidad con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, no ha lugar a imponer las costas del recurso de casación.

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

FALLO

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Blas contra la sentencia de 30 de septiembre de 2005 dictada por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación núm. 171/2004, cuyo fallo dice:

Fallamos: Que, desestimando los recursos de los demandados D. Blas,

D. Calixto y Audiovisual Española, 2000 S. A., contra la sentencia dictada por el ilustrísimo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Madrid en juicio ordinario núm. 389/02, debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada y condenamos a los apelantes al pago de las costas de la segunda.

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, en lo que se refiere a la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Blas.

3. En su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Blas, debemos revocar y revocamos la sentencia de 11 de noviembre de 2003 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Madrid en el procedimiento ordinario núm. 389/2002 en cuanto se refiere a la condena de D. Blas y desestimando la demanda contra él interpuesta, imponiendo a los demandantes las cos-

tas derivadas de la misma. Mantene- mos los demás pronunciamientos de la sentencia.

4. Se imponen las costas del recurso de apelación a la parte apelante y no ha lugar a imponer las del recurso de casación.

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

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/134882

TS Sala 3ª, Sección: 8, Sentencia 16 junio 2009. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

Interpretación del art. 205, 1 LOREG por la Instrucción 9/2007 de la Junta Electoral Central

El TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el actor en su condición de candidato a concejal frente a la Instrucción 9/2007 de la Junta Electoral Central sobre interpretación del art. 205,1 LOREG. La Sala desestima los dos motivos alegados por el actor, consistente el primero en los peligros de una interpretación literal de los arts. 206, 2 LO 5/1985, y 57, 1 RD 2568/1986, y el segundo en que el derecho fundamental que asiste a todo concejal a ser elector y elegible en el proceso de elección de los diputados provinciales, no se garantiza cuando la repetición de las elecciones en algún municipio de la provincia no traiga como consecuencia una alteración de la atribución de los puestos en la Diputación Provincial. La Sala considera que la Instrucción tan solo indica el criterio a seguir en actuaciones futuras y por sí misma no lesiona derecho individual alguno; no impide a quienes resulten elegidos en la nueva convocatoria el poder reclamar que se realicen las operaciones que consideren necesarias para la plena efectividad de todas las facultades que son inherentes a su derecho de sufragio; y tampoco, en su caso, les imposibilita ejercitar la acción judicial frente a los actos que en vía administrativa no hayan atendido sus pretensiones individuales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actual recurso contencioso-administrativo lo ha interpuesto D. Pedro Jesús, invocando su condición de candidato a concejal en el municipio de Arnoia (Ourense), frente a la Instrucción 9/2007, de 19 de junio, de la Junta Electoral Central.

La pretensión ejercitada en la demanda es que se declare la nulidad del apartado segundo de dicha Instrucción y, como ya se ha expresado en los antecedentes, se formula en los siguientes términos:

“(…) que se acuerde anular la Instrucción 9/2007 (…), y en concreto el

apartado segundo de la misma, en la interpretación que hace del artículo 205.1 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, declarando no ajustada a derecho dicha interpretación sustituyendo la misma por la que establezca que las Diputaciones Provinciales no podrán constituirse hasta que se haya rematado definitivamente el proceso electoral y en consecuencia las elecciones a Diputados Provinciales en los respectivos partidos judiciales no podrán celebrarse hasta que no estén no constituidos todos los Ayuntamientos pertenecientes al Partido Judicial”.

Por tanto, el debido entendimiento de lo que aquí es objeto de controversia aconseja comenzar con la transcripción del contenido completo de la repetida Instrucción, que es el siguiente:

“Instrucción 9/2007, de 19 de junio, de la Junta Electoral Central, sobre interpretación del artículo 205.1 de la LOREG en lo que se refiere al momento de iniciar las operaciones tendentes a constituir las Diputaciones Provinciales en el supuesto de que se planteen recursos contencioso-electorales o deban convocarse nuevas elecciones en algún municipio de la provincia.

El artículo 205 de la establece la exigencia de que estén constituidos todos los Ayuntamientos en la respectiva provincia para que la Junta Electoral de Zona comience a realizar las operaciones de distribución de Diputados Provinciales entre las diferentes formaciones políticas.

La interpretación de dicho precepto ha dado lugar a diferentes Acuerdos de esta Junta, en los que se han establecido matices diversos sobre el alcance del aplazamiento de la constitución de las Diputaciones Provinciales en el supuesto en que se hayan interpuesto recursos contencioso-electorales relativos al escrutinio en los municipios del correspondiente partido judicial o cuando deban celebrarse nuevas elecciones municipales por no haberse presentado ninguna lista de candidatos o por haber sido anulada total o parcialmente la elección en alguno de los municipios afectados.

En dichos Acuerdos se ha intentado conciliar el derecho de cualquier concejal a formar parte de la Diputación Provincial -y, en consecuencia, a que se aplase la constitución de la corporación provincial hasta que hayan sido expedidas sus credenciales de electos que les permita ser candidatos- con la exigencia institucional de no retrasar en exceso la constitución de las Diputaciones Provinciales y mantener a Diputaciones en funciones.

No obstante, siguen existiendo dudas interpretativas, como lo demuestran las numerosas consultas de Juntas Electorales, de Diputaciones Provinciales y de formaciones políti-

cas que han llegado a esta Junta, lo que hace aconsejable fijar un criterio interpretativo general que aclare esta cuestión.

En tal sentido, esta Junta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19.1.c), d) y f) LOREG, ha adoptado la siguiente Instrucción:

Primero.- La exigencia establecida en el artículo 205.1 de la LOREG de que estén constituidos todos los Ayuntamientos de la provincia para que se pueda proceder a iniciar el proceso tendente a la constitución de la Diputación Provincial debe entenderse en el sentido de que dicho proceso deberá aplazarse hasta que se hayan resuelto previamente todos los recursos contencioso- electorales contra la proclamación de concejales electos en los municipios de la provincia.

Segundo.- En el caso de que deban convocarse nuevas elecciones en algún municipio de la provincia, bien por no haberse presentado ninguna candidatura, bien por haberse anulado total o parcialmente el proceso como consecuencia de los correspondientes recursos contencioso-electorales, no se pospondrá la constitución de la Diputación Provincial, si bien, en el supuesto de que como consecuencia de la celebración de elecciones locales parciales se altere la atribución de puestos en la Diputación Provincial, las Juntas Electorales de Zona deberán realizar las operaciones necesarias para hacer una nueva asignación.

Tercero.- De esta Instrucción se dará traslado a las Juntas Electorales Provinciales para su posterior remisión a las de Zona, y se publicará en el Boletín Oficial del Estado”.

SEGUNDO.- La demanda puntualiza que las consecuencias prácticas de la posposición dispuesta en ese apartado segundo de la Instrucción que es objeto de impugnación no afectaría a la constitución de la Diputación Provincial sino a la elección de los diputados provinciales.

Tras esa precisión, los argumentos esgrimidos con los que se intenta justificar la pretensión anulatoria se pueden resumir en estos dos principales.

El primero viene a sostener que una interpretación literal de los artículos 206.2 de Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG), y 57.1 del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre) a lo que conduce es a considerar que la constitución de la Diputación Provincial solamente puede tener lugar una vez hayan sido elegidos la totalidad de los diputados provinciales y no antes (como viene a preconizar la aquí polémica Instrucción).

El segundo consiste en invocar el derecho fundamental, reconocido en el artículo 23 de la Constitución (CE), que asiste a todo concejal a ser elector y elegible en ese proceso de elección de los diputados provinciales y que, en el criterio de la demanda, se debe reconocer y garantizar aunque la repetición de las elecciones en algún municipio de la provincia no traiga como consecuencia una alteración de la atribución de los puestos en la Diputación Provincial.

La Junta Electoral Central, en su contestación, combate esos argumentos de la demanda, y lo que esgrime para ello, en esencia, viene a ser lo que sigue. Que la Constitución es un todo y cualquier criterio interpretativo no puede apoyarse en uno sólo de sus preceptos sino en el conjunto de todos los que la integran. Que por esta razón deben ser ponderados todos los bienes e intereses constitucionales que están en juego.

Y que, en el caso aquí controvertido, esos otros intereses están representados por el derecho de los restantes concejales que hayan sido elegidos y cuyo cargo no haya sido objeto de impugnación o nulidad; por el también derecho de los ciudadanos que han participado en la elección a que su voto adquiera eficacia lo antes posible; y por la conveniencia de respetar en la mayor medida posible la duración ordinaria establecida legalmente para el mandato de las Diputaciones.

TERCERO.- Aunque ambas posiciones procesales ofrecen argumentos de importante consistencia, lo que ya debe decirse es que la plena tutela del derecho de los concejales a ser elegible y ser elegido que, al amparo de lo establecido en el artículo 23 CE, es invocado en la demanda como razón muy principal de lo que en ella se postula, no impone como obligada la nulidad de la Instrucción aquí combatida.

No puede olvidarse que esta Instrucción es tan solo la indicación del criterio a seguir en actuaciones futuras y, consiguientemente, no tiene directa trascendencia individual sobre los derechos de persona alguna.

Como tampoco impide la impugnación de esos eventuales actos futuros que, dictándose en aplicación de la misma, puedan menoscabar o lesionar indebidamente los derechos de los concejales que resulten elegidos en esa nueva convocatoria que haya tenido lugar como consecuencia de cualquiera de los supuestos contemplados por el punto segundo de la Instrucción.

Dicho de otro modo: la Instrucción por sí misma no es lesiva de derecho individual alguno; no impide a quienes resulten elegidos en la nueva convocatoria el poder reclamar que se realicen las operaciones que consideren necesarias para la plena efectividad de todas las facultades que

son inherentes a su derecho de sufragio; y tampoco, en su caso, les imposibilita ejercitar la acción judicial frente a los actos que en vía administrativa no hayan atendido sus pretensiones individuales.

CUARTO.- Procede, de conformidad con lo que ha sido razonado, desestimar el recurso contencioso-administrativo, y no son de apreciar circunstancias que justifiquen un especial pronunciamiento sobre costas.

FALLO

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Pedro Jesús frente a la Instrucción 9/2007, de 19 de junio, de la Junta Electoral Central, al ser dicha actuación impugnada conforme a Derecho en lo que ha sido objeto de discusión en el presente proceso.

2.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.- José Díaz Delgado.- Enrique Cáncer Lalanne.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

2009/158123

TS Sala 3ª, Sección: 4, Sentencia 8 julio 2009. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García

Interpretación de las cláusulas Indemnización de daños y perjuicios por la resolución unilateral del contrato administrativo

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa municipal de la vivienda de Madrid frente a la STSJ que condenó a la Administración a abonar a los ahora recurridos el importe de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del encargo del proyecto y dirección de obra, como ganadores del primer premio del concurso de arquitectura sobre las obras a realizar en la plaza de Agustín Lara y sus inmediaciones. La Sala considera que la revisión del PGOU no exime de responsabilidad a la Administración, constatando que no existe ningún género de duda de que la intención

evidente de los contratantes era que los premiados recibieran posteriormente el encargo de redactar el proyecto y dirigir la obra proyectada, por lo que aplicando el art. 53, 2 D 923/1965, considera correcta la conclusión adoptada en la instancia, en la que se expuso que la actuación examinada supuso la resolución unilateral y arbitraria del compromiso asumido con los premiados, así como que tal resolución les ha causado un perjuicio, al menos económico, defiriendo a la fase de ejecución de sentencias el importe de los mismos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso de casación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Tercera, de quince de septiembre de dos mil cuatro, pronunciada en el recurso núm. 710/2000, interpuesto por la representación procesal de D. Indalecio, D. Nazario, D. Severino y D. Luis Andrés frente a la obligación del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, la Empresa Municipal de la Vivienda, la Gerencia Municipal de Urbanismo y el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid de dar cumplimiento a su obligación de formalizar el Proyecto y Dirección de Obra a favor de los recurrentes como ganadores del Primer Premio del Concurso de Arquitectura sobre las obras a realizar en la Plaza de Agustín Lara y sus inmediaciones dentro del Programa de actuación preferente de Lavapiés-Embajadores, gestionado por la Empresa Municipal de la Vivienda.

La Sentencia citada estimó el recurso y condenó a la Administración a abonar a los recurrentes el importe de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del encargo del Proyecto y Dirección de Obra cuya cantidad dispuso se fijara en ejecución de esa Sentencia.

SEGUNDO.- La Sentencia de instancia en el segundo de sus fundamentos de Derecho expuso lo que sigue:

“Del contenido de los escritos de demanda y las respectivas contestaciones y del expediente administrativo deben considerarse como hechos acreditados, entre otros, que con fecha 20 de enero de 1992 el Jurado encargado de resolver el recurso arquitectónico a que antes se ha hecho referencia adoptó el acuerdo de conceder el primer premio de dicho concurso a los ahora recurrentes, estando previsto (quizá quiere decir provisto) dicho primer premio a la cantidad de 1.750.000 ptas. así como el compromiso de encargar a los ganadores el Proyecto y Dirección de las obras.

Se considera suficientemente acreditado que a partir de la fecha del fallo del concurso, hasta, al menos, el día 26 de mayo de 1999, los recurrentes se entrevistaron o dirigieron escritos, en muy numerosas ocasiones, con autoridades o funcionarios del Área de Infraestructura y Obras del Ayuntamiento de Madrid, de la Empresa Municipal de la Vivienda y de la Gerencia Municipal de Urbanismo, para que se formalizara y llevara a cabo materialmente el encargo de redacción del Proyecto y Dirección de obra que se incluía con la concesión del Primer Premio, sin que en ninguna ocasión las autoridades y funcionarios responsables cuya identificación obra en el proceso tomaran decisiones o iniciativa alguna en tal sentido.

Por ello, debe entenderse que a la fecha de interposición del escrito preparatorio del recurso, dicho proceso tenía como objeto la inactividad de la administración municipal, de acuerdo con el supuesto contemplado en el art. 25.2 de la vigente Ley Jurisdiccional.

Posteriormente, con fecha 5 de agosto de 1999 tiene lugar el acuerdo municipal de la adjudicación de las obras de construcción por parte de los dos objetos del concurso arquitectónico a una determinada empresa constructora según un proyecto elaborado por arquitectos diferentes de los recurrentes, llevándose a cabo de forma paulatina la ejecución y dirección de las citadas obras sin que los recurrentes hayan tenido intervención en tales actuaciones, sin que en ningún momento los organismos municipales demandados hayan resuelto de forma expresa las solicitudes de los recurrentes sobre dichos extremos ni hayan emitido las certificaciones de actos presuntos solicitadas al efecto.

Ello determina, desde el punto de vista procesal que en el momento de interposición de la demanda, 10 de enero de 2003, deba entenderse que se ha producido una denegación tácita e inactividad contemplada en el art. 29.1 de la Ley Jurisdiccional”.

Continúa la Sentencia expresando en el fundamento tercero que:

“Por lo que a los motivos de oposición que los demandados plantean en su escrito de contestación debe entenderse que el relativo a la ausencia de acto administrativo susceptible de recurso debe ser rechazado en atención a las consideraciones antes expuestas.

Tampoco puede tomarse en consideración el motivo relativo a la ausencia o falta de acreditación referida a la resolución de su compromiso de manera formal, por parte de la Actividad Municipal (sic), circunstancia no negada e incluso aceptada implícitamente por los demandados.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica, concepto o contenido de

la relación existente entre los órganos municipales y los recurrentes derivada de la concesión del Primer Premio del Concurso de arquitectura, a favor de estos, respecto de cuya relación la administración municipal entiende que no constituye un contrato administrativo, tal cuestión no puede tener la eficacia que se pretende en orden a la desestimación de la pretensión actora, pues en este sentido debe tenerse en cuenta que ha sido de conflictos del Tribunal Supremo en Auto de 29 de marzo de 2000, (se refiere a la Sala de Conflictos de competencias de este Tribunal) en su Fundamento de Derecho Tercero hace unas concretas precisiones sobre la naturaleza jurídica y el contenido de dicha relación jurídica, en medida suficiente como para proporcionar soporte o base sustantiva bastante a la pretensión planteada.

Por último, tampoco puede ser atendida la alegación de los demandados relativa a la extinción de cualquier obligación o responsabilidad de la Administración municipal al haberse revisado el P.G.O.U. de Madrid de 1985, que justificaría la convocatoria de un nuevo concurso, pues dicha circunstancia es ajena a los recurrentes sin que se justifique que el Ayuntamiento de forma unilateral decide cancelar su compromiso sin optar por otras soluciones como podrían haber sido la adaptación del Proyecto al nuevo Plan General o cualquier otra transacción con los interesados.

Parece fuera de duda que la actuación de los demandados supone la resolución unilateral y arbitraria de su compromiso con los recurrentes así como que tal resolución ha causado un perjuicio, al menos económico, a dicha parte, a la que se le reconoce su pretensión para que en la ejecución de esta sentencia justifique el importe de dichos perjuicios”.

TERCERO.- Antes de abordar los motivos del recurso se hace preciso poner de manifiesto como ya recogimos que la Sentencia de instancia en el último párrafo de su fundamento tercero manifestó que:

“Por último, tampoco puede ser atendida la alegación de los demandados relativa a la extinción de cualquier obligación o responsabilidad de la Administración municipal al haberse revisado el P.G.O.U. de Madrid de 1985, que justificaría la convocatoria de un nuevo concurso, pues dicha circunstancia es ajena a los recurrentes sin que se justifique que el Ayuntamiento de forma unilateral decide cancelar su compromiso sin optar por otras soluciones como podrían haber sido la adaptación del Proyecto al nuevo Plan General o cualquier otra transacción con los interesados.

Parece fuera de duda que la actuación de los demandados supone la resolución unilateral y arbitraria de

su compromiso con los recurrentes así como que tal resolución ha causado un perjuicio, al menos económico, a dicha parte, a la que se le reconoce su pretensión para que en la ejecución de esta sentencia justifique el importe de dichos perjuicios”.

Como consecuencia de la alegación de la Administración relativa a que la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de la capital justificaba la convocatoria de un nuevo concurso la Sentencia se limita a oponer que se trata de una circunstancia ajena a los recurrentes y sobre la que el Ayuntamiento no ofrece más explicación.

Ante esta insuficiente manifestación que sin embargo pudo ser bastante para alcanzar la conclusión que obtuvo la Sala, y puesto que los motivos se formulan al amparo del apartado d) del núm. 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción procedemos a la integración de algunos hechos que se desprenden de los autos, y que nos permitirán llegar a la decisión de desestimación de los motivos que ahora avanzamos, y ello de acuerdo con lo dispuesto por la Ley cuando expresa en el número 3 del art. 88 que “el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder”.

La Sala de instancia manifestó en el fundamento de Derecho segundo que “Del contenido de los escritos de demanda y las respectivas contestaciones y del expediente administrativo deben considerarse como hechos acreditados” y expuso lo que allí se reflejó, pero, sin embargo, no se detuvo en el aspecto esencial que constituía la actitud evasiva de la Administración para dar cumplimiento al premio en su integridad, que además del abono de la parte del premio en metálico, y seguramente era lo principal para los ganadores, iba indisolublemente unido a la redacción del proyecto para la actuación de que se trataba y de la dirección de la obra.

Así en la demanda y en un extenso hecho tercero que comprende los folios 3 a 16 de la misma, los demandantes describen minuciosamente la larga carrera que intentaron superar sin éxito para que se les encargara la redacción del proyecto y la posterior dirección de la obra.

Por no hacer agotador el relato nos fijaremos en hechos concretos que muestran la nula disposición de la Administración para cumplir el compromiso contraído. Por supuesto hay mucho más.

Así dice la demanda:

“Simultáneamente, tal y como hemos hecho alusión, la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid, convoca un Concurso Restringido de ideas, a nivel de anteproyecto, en el ámbito “Mercado de San Fernando, Escuelas Pías, solar del Antiguo Teatro de Lavapiés” en el que se retoma el ámbito del concurso original de diciembre de 1991. Participan, por invitación y con abono de honorarios, los siguientes Arquitectos: D^a Carmen y D. Jerónimo; D. Leovigildo y D. Raúl; D. José Francisco; D. Ángel Jesús; D. Aurelio (Arquitecto Redactor del Plan para Zona de Lavapiés); D. Emilio y D. Herminio.

Llama la atención que figuren ciertos Arquitectos en este nuevo “concurso”, que participaron en el anterior de 1991 y otros nuevos de los que alguno de ellos, al parecer, mantienen vínculos de amistad con D^a Modesta, directora de servicios para el desarrollo urbano de la Gerencia Municipal de Urbanismo, participando en ella como jurado del nuevo concurso. Concretamente, la Sra. Carmen, el Sr. Jerónimo y D. Emilio pertenecieron al mismo departamento de Proyectos de la Escuela Técnica Superior de Arquitectos de Madrid, siendo además el Sr. Emilio compañero de D^a Modesta en la edición, dirección y redacción de la “Revista Arquitectura” durante largo tiempo.

Se acompaña como Documento número 21 fotocopia del editorial publicado en un número de la misma y la contraportada de aquella en la que aparece su cuadro directivo.

El 29 de mayo de 1996, tiene lugar la reunión de los actores con D^a Modesta en la Gerencia Municipal de Urbanismo, la que, en un tono poco dialogante, les expone las nuevas circunstancias respecto al ámbito y planes de actuación, a saber:

- Se va a ejecutar (y comprometer económicamente antes del fin de año) el aparcamiento y urbanización de la Plaza de Agustín Lara.

- Respecto a las ruinas de las Escuelas Pías de San Fernando, están colaborando en un concurso restringido, unos equipos de Arquitectura de reconocido prestigio, tomando como ámbito y usos los siguientes: Teatro de Lavapiés, como conservatorio de música; las ruinas de las Escuelas Pías, como piscinas y en la planta superior del mercado de San Fernando, la instalación de un polideportivo.

En el transcurso de la reunión, la Sra. Modesta dejó bien claro que, este concurso restringido se trataba única y exclusivamente de un sondeo de propuestas posibles, sin que estuviera comprometido encargo alguno al equipo que resultara ganador.

Curiosamente, y como más adelante veremos, D. José Francisco re-

sultó ser el ganador del precitado concurso restringido, siendo su equipo quien ha realizado el proyecto de ejecución recientemente aprobado (véase el documento 30, reportaje aparecido en el diario El País, de fecha 11 de octubre de 1998 y que más adelante será objeto de comentario).

En la reunión antes referida, se les promete a los actores el encargo del aparcamiento y la urbanización de la plaza, estando el primero sujeto a la decisión sobre la posible convocatoria de concurso de proyecto y obra.

Los actores dejan claro a la Sra. Modesta, que se trataría tan solo de parte de la actuación comprendida en el concurso de 1991, aunque pudiera realizarse en fases separadas.

Para retomar los trabajos sobre el aparcamiento, la Sra. Modesta le remite a D. Augusto, Jefe de Departamento de la Gerencia Municipal, autorizándoles a la vez, para que le pidan un levantamiento topográfico de la plaza.

El día siguiente, es decir, el 30 de mayo de 1996, se reúnen los hoy actores con el antes citado D. Augusto, al que le comentan la reunión sostenida con D^a Modesta, a la vez que le solicitan el levantamiento topográfico de la Plaza de Agustín Lara.

Sorprendentemente, D. Augusto les responde con cuestiones de contrato, honorarios y adjudicación, como si viniese el trabajo como algo nuevo. Les indica que va a consultar con D^a Modesta, para tomar una decisión, sin que nunca se produjera respuesta alguna.

El mismo día 30 de mayo de 1996 y aprovechando que están en la Gerencia Municipal de Urbanismo, mis comitentes ser reúnen con D. Ildefonso y D. Norberto, ambos Arquitectos de la Gerencia, a quienes les comentaron la situación y las anteriores reuniones con D^a Modesta y D. Augusto.

Posteriormente, se reúnen con D. José Ángel, de rehabilitación de la EMV, para interesarse si ya habían recibido los paneles del concurso de 1991, que días antes se los había solicitado D^a Virtudes.

El Sr. José Ángel les confirma que, efectivamente, ya se los había remitido el Colegio Oficial de Arquitectos y que ya se había redactado un documento suscrito por el Ayuntamiento de Madrid, Concejalía de la Vivienda y Empresa Municipal de la Vivienda, para solicitar ayuda económica para las actuaciones de Lavapiés.

En dicho documento se reproduce literalmente la propuesta de los actores, como ganadora del concurso de 1991, y como principal actuación a llevar a cabo en la zona.

El 31 de julio del corriente año, un nuevo artículo aparecido en el diario

ABC anuncia que el Ayuntamiento de Madrid, ya ha puesto en marcha su plan de mejora del tráfico en Lavapiés y zonas próximas, lo que supone el inicio de una de las fases fundamentales del programa de rehabilitación del casco histórico de la capital, habiéndose aprobado en el último Pleno, las obras de estacionamiento de la Plaza de Agustín de Lara, que tendrá una capacidad total para 384 automóviles.

Se acompaña como documento número 35 fotocopia del citado recorte periodístico.

Poco más tarde, llegó a conocimiento de mis comitentes que, el Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid, había adjudicado, con fecha 5

■

"la labor interpretativa de los contratos o convenios está excluida de la revisión casacional, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, puesto que la función hermenéutica corresponde a los órganos de instancia, sin que sea posible corregir sus resultados, en sede casacional, salvo que se haya alcanzado una interpretación que sea manifiestamente ilógica, arbitraria e ilegal..."

■

de agosto de 1999, las obras de construcción del aparcamiento de la Plaza de Agustín Lara y la urbanización y tratamiento de superficie de la Plaza, a la UTE de empresas Ferrovial-Agromán S.A., según proyecto del arquitecto Sr. José Francisco.

Por otra parte, los actores asimismo se enteraron que, estaba en marcha el proyecto de ejecución de un aulario y biblioteca en el solar de las Escuelas Pías, siendo los autores del proyecto, el citado arquitecto D. José Francisco y D. Enrique, como arquitecto colaborador. Asimismo nos consta la aprobación y el abono de honorarios profesionales. Se acompaña como documento número 36 fotocopia de la cartela de uno de los planos del proyecto, en la que figuran los nombres de los redactores.

A efectos probatorios, dejamos señalados desde este momento los archivos de la Gerencia Municipal de Urbanismo.

El 3 de diciembre de 2001, entre abucheos de los vecinos D. Justiniano, Alcalde de Madrid y D. Rosendo concejal de urbanismo, inauguraron el nuevo aparcamiento de la remodelada plaza de Agustín de Lara. El Sr. Alcalde, puso también la primera piedra del futuro aulario de la UNED, que se habría de levantar sobre las ruinas de las Escuelas Pías de San Fernando.

Tal inauguración tuvo repercusión en los diferentes medios de comunicación (Telemadrid y Telecinco) y reseña en prensa el día siguiente en los diarios “El País” y “El Mundo”. Se acompañan como documentos 36.1 y 2, las citadas reseñas de prensa de las ediciones digitales de ambos diarios.

El 21 de enero de 2002, el jurado de los premios del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid COAM 2000, tras reuniones, constituyente y deliberatoria, celebradas el 24 de diciembre de 2001 y el 17 de enero de 2002, se reúne en la sede de la Fundación Cultural COAM y concede, por mayoría, una mención especial en el apartado “Urbanismos y Medio Ambiente (premio Bidagor)” al Programa Municipal de Equipamientos en el Área de Lavapiés (Madrid), del que es directora D^a Modesta.

En las consideraciones que justifican este reconocimiento, se hace mención explícita al tema de los concursos restringidos y a los Arquitectos a quienes se confiaron las obras, al igual que a la labor de gestión, dirección y coordinación técnica del programa. Firman el acta, D. Casimiro (decano del COAM y presidente del jurado), el secretario de la junta de gobierno del colegio y los vocales designados al efecto.

El 25 de junio del propio año 2002, tiene lugar la entrega de los premios del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, a las 20,30 horas, en la Fundación cultural COAM. Se acompaña como documento número 36.3 hoja informativa de los citados premios OAM 2000, en la que se incluye el acta de la reunión del jurado, antes mencionada y la concesión de premios.

El 5 de noviembre de 2002, D. Clemente (gerente municipal de urbanismo), inaugura la exposición de la Fundación Cultural COAM “La Rehabilitación de Lavapiés”, en presencia de D^a Modesta.

Por supuesto, no se hace ninguna mención al concurso anterior, ganado por mis comitentes, ni a la legalidad incumplida.

En la propia exposición, se aportan los datos presupuestarios de la obra, que ascienden a un total de

9.795.000 Euros (1.629.750.870,- ptas.) de los que 5.430.000 Euros corresponden al aparcamiento y 4.635.000 Euros al aulario UNED. Se acompaña como documento número 36.4 hoja informativa de la citada exposición”.

Sobre todo esto nada se dice en las distintas contestaciones de las code mandadas. Y ello nada tiene que ver con la paralela modificación del Plan General de Ordenación Urbana que en ningún momento cuestiona la Administración que hiciera imposible la realización del encargo del proyecto y la dirección de la obra, tanto más cuanto que los demandantes empezaron a reclamar el cumplimiento de la parte que quedaba por hacer efectiva del premio inmediatamente después de su concesión, y entre ese momento y la modificación del PGOU transcurrieron cinco años de infructuosas gestiones para ello.

CUARTO.- La Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, S.A. interpone recurso de casación frente a la Sentencia de instancia y formula frente a ella dos motivos, ambos al amparo del apartado d) del núm.1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción por “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

El primero de ellos por inaplicación del art. 1.285 del Código Civil en relación con el 1.281 del mismo cuerpo legal, y con las bases del concurso, ley para las partes, y por ende deficiente aplicación del art. 25.2 de la Ley de la Jurisdicción.

Las partes code mandadas suscribieron un Convenio de Cooperación que tenía por objeto analizar las propuestas presentadas para en el futuro realizar las actuaciones precisas en el ámbito de la Plaza de Agustín Lara y sus inmediaciones, tratándose tal y como se indicaba en la BASE 3, de un Concurso a nivel de ideas dentro del Programa de Intervención Preferente de Lavapiés “Embajadores”.

Dicho Concurso de Ideas se falló el 20 de enero de 1992, otorgándose por el jurado el primer premio al trabajo encabezado por el lema “Berberley”, que había sido presentado por los hoy actores, ideas ganadoras que no llegaron a ejecutarse, siendo en esta inexecución donde se basan las acciones ejercitadas.

Pues bien, consideramos la inaplicación del artículo 1285 del Código Civil, porque el mismo establece como los contratos “las bases en nuestro caso-, habrán de interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto, de todas, y es obvio cómo el Tribunal de Instancia consideró una cláusula aislada de las demás, “la 13 “, para determinar cual era la intención de las partes, contrariamente a lo que constante jurisprudencia establece, al considerar que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiéndose encontrar una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye “SS” 30/11/64, 05/02/85 y 21/02/91, no siendo tampoco admisible la interpretación literal que de la cláusula se efectúa por la recurrente y el Tribunal sentenciador “S 23/07/91 “.

En cualquier caso, las Bases que rigieron la convocatoria se cumplieron escrupulosamente: a los recurrentes se les abonó el precio en metálico, no procediéndose al encargo de la redacción y desarrollo del proyecto porque la Administración optó por no ejecutar “las ideas”, lo que obviamente dependía de su voluntad.

No obstante, en el caso que nos ocupa, incluso podríamos acudir a la interpretación lógica que configura el artículo 1281 del Código Civil, y dado que la intención evidente de quienes convocaran el “concurso de ideas”, era esa búsqueda de ideas nada más, parecería un evidente exceso atender a la literalidad de la cláusula “13” en contraposición a la literalidad de la “3 “, sin considerar la voluntad real de las partes que se obtiene de la interpretación lógica y en este sentido el precepto establece cómo “si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes prevalecerá ésta sobre aquéllas”, es decir, prevalece la voluntad sobre la literalidad, y en las actuaciones de que trae causa nuestra intervención la voluntad era la convocatoria de un “Concurso de Ideas”.

Visto lo anterior, ¿es posible la aplicación del artículo 25.2 de la Ley Jurisdiccional? Con el debido respeto entendemos que ello no es así” ¿Por qué?

En modo alguno se puede afirmar la existencia de una inactividad de la Administración, pues tal y como ha quedado de sobra probado la ejecución de las “ideas ganadoras” quedaba sujeta a la voluntad de la Administración responsable, la cual, únicamente habría de haber encargado el Proyecto de Ejecución y la Dirección Facultativa de las Obras al equipo que resultó ganador, si “las ideas ganadoras” fueran las que realmente se ejecutaron, y ello en modo alguno fue así, y no sólo por la voluntad de la Administración, sino porque el Nuevo Plan General de Ordenación Urbana aprobado en el año 1997 lo impedía.

De otro lado, entendemos infringido dicho precepto, -artículo 25.2-, ya que el mismo está previsto para exigir “en relación con el artículo 29.1 - en el cumplimiento de una prestación concreta, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, pues de adverso se pretende sobre la base de la presunta existencia de un contrato entre las partes, que el mismo se declare resuelto y se fije la pertinente indemnización.-

En este sentido sorprende sobremanera a esta representación la afirmación del Tribunal Sentenciador que se contiene en el último párrafo de la resolución objeto de este recurso “tampoco puede ser atendida la alegación de los demandados relativa a la extinción de cualquier obligación o responsabilidad de la Administración municipal al haberse revisado el P.G.O.U. de Madrid de 1985”.

Pues dicha circunstancia es ajena a los recurrentes. “Pues bien, no podemos mostrar en modo alguno acuerdo con lo referido, que en cualquier caso estaría contraviniendo lo dispuesto en el artículo 6.3 y 1.272, del Código Civil, ¿porqué?

Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulas de pleno derecho. No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles, es decir, si el Plan General de Ordenación Urbana de 1997, alteró las determinaciones de aplicación al ámbito de Lavapiés-Embajadores, los actos contrarios a las mismas estarían afectados de nulidad, y por consiguiente nunca se debía posibilitar un negocio contractual cuyo objeto no pudiese cumplirse a consecuencia de la modificación referida, siendo por ello que, también debemos concluir que sea circunstancia de revisión es ajena a las partes code mandadas”.

Se opone por los recurridos al primer motivo que “La base 3 del concurso, tan sólo dice que éste será a nivel de ideas, como no podía ser de otra manera, así el que lo gane, de acuerdo con la base 13 tendrá que redactar más adelante, el proyecto de ejecución de aquella idea ganadora y dirigir la obra.

Pero de que el concurso fuera a nivel de ideas, no puede desprenderse que, la Administración pueda de forma unilateral incumplir la citada base 13, que es la fundamental para todos los participantes, con la disculpa de que no se llevó a cabo el desarrollo de aquellas ideas, máxime cuando nada de esto se dice en la base 3.

Pero incluso esto no es cierto, pues las ideas de mis comitentes ganadoras del concurso, fueron llevadas a la práctica por el equipo del Arquitecto Sr. José Francisco al que se las adjudicaron en 1998 habiendo finalizado las obras en 2002 y ahí están para verlas en el Barrio de Lavapiés; si bien para dar cabida a dicho proyecto, las Administraciones demandadas, modificaron el Plan General, mediante la redacción de un Plan Especial de Reforma Interior, aprobado el 29 de julio de 1999, como se deja anteriormente expuesto.

Insistimos una vez más que, si bien es cierto que el art. 1281, en su primera parte, consagra el principio in claris non fit interpretatio, que hace innecesaria la interpretación

cuando la expresión es clara, que no deja lugar a dudas de cuál fue la voluntad de las partes, este principio sólo es aplicable, cuando en las palabras aparezca con evidencia, el propósito del negocio, que corresponde a la voluntad real, sin que sea lícito sustituir su sentido, a virtud de la interpretación, pero no cuando del total contenido del contrato, pueda deducirse que esa intención no concuerda con lo expresado.

La recurrente “interpreta” de forma muy particular y a su conveniencia, la tantas veces citada base 3 del concurso, queriendo hacer creer que dice, lo que en absoluto contempla.

Si los convocantes del concurso quisieran que, los ganadores del primer premio sólo redactaran el proyecto de ejecución y dirigieran la obra, si la Administración decidiera ejecutar las ideas ganadoras, lo habrían dicho así en dicha base 3 o más propiamente en la base 13, por lo que ahora no puede dejar a su libre arbitrio, el incumplimiento del contrato, por otra parte un claro contrato de adhesión, por vedarlo así el art. 1256 del C. Civil.

Si la recurrente entiende que es preciso recurrir a los arts. 1251 y siguientes del C. Civil, sobre Normas de Interpretación de los Contratos, le sería de aplicación el art. 1288 cuando dice que, “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberán favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad”.

Y no olvidemos que las bases del concurso las redactaron la Entidades demandadas.

Habiendo quedado claro el compromiso asumido por mis representantes por el Ayuntamiento de Madrid y la Empresa Municipal de la Vivienda, a través de sus distintas áreas, para la realización del proyecto y de la dirección técnica de las obras a realizar en la Plaza de Agustín de Lara, en el Barrio de Lavapiés, no puede dudarse de la obligación contractual que de ello se desprende, produciéndose después de la obtención del premio, una inactividad de los propios demandados, que origina el incumplimiento contractual que en el cuerpo de la demanda inicial se denuncia.

El motivo no puede estimarse. Esencialmente se cuestiona en él la interpretación de las Cláusulas del concurso convocado por las code mandadas e incluso la propia naturaleza del concurso del que se llega a afirmar, como recoge la Sentencia de instancia, que no constituye un contrato administrativo.

Con acierto en este punto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia combatida se remite al Auto de la Sala de Conflictos de Competencia de este Tribunal de 29 de marzo de 2000 que entendió que la cuestión suscitada entre las partes correspon-

día resolverla a la Jurisdicción Contencioso Administrativa puesto que tenía carácter administrativo "el compromiso asumido por la Administración, mediante el concurso con premio, de encargar una obra pública -ejecución del proyecto premiado, y dirección de la obra compartida con Técnico Municipal- a los que obtuvieran el premio correspondiente".

Y buena prueba de que se trataba de un contrato administrativo es que precisamente la recurrente acude para interpretarlo a las normas que sobre interpretación de los contratos contiene el Código Civil.

Ocupándonos ahora ya de la interpretación de las cláusulas que contienen las Bases del Concurso con carácter previo es preciso afirmar que es Jurisprudencia de esta Sala expuesta en Sentencias como la de la Sección Séptima de 15 de febrero de 2000, recurso de casación núm. 1073/1994 el que "la labor interpretativa de los contratos o convenios está excluida de la revisión casacional, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, puesto que la función hermenéutica corresponde a los órganos de instancia, sin que sea posible corregir sus resultados, en sede casacional, salvo que se haya alcanzado una interpretación que sea manifiestamente ilógica, arbitraria e ilegal".

En igual sentido se manifiesta la Sentencia de 25 de noviembre de 2003, de la Sección Quinta, recurso de casación núm. 1313/2001, cuando mantiene que "la interpretación de los contratos hecha por el Tribunal de instancia no es susceptible de recurso de casación" y más recientemente la de esta Sala y Sección de 16 de marzo de 2005, recurso de casación núm. 5.639/2001, cuando reitera que "toda la argumentación gira sobre la interpretación de las cláusulas del Pliego del Concurso de ideas hecha por el Tribunal de instancia lo que no es susceptible de recurso de casación".

Con la singularidad en este último supuesto de que la cuestión allí controvertida era prácticamente idéntica a la actual puesto que el litigio se suscitaba por el incumplimiento por el Cabildo Insular de Tenerife del fallo del "Concurso de ideas para la consolidación de la manzana en que se ubica la antigua sede del edificio de Hacienda y el Palacio del Cabildo Insular de Tenerife" que fue adjudicado a los allí recurrentes, que obtuvieron el primer premio en el concurso que consistía en la entrega en metálico de (1.250.000 ptas.) y el encargo del proyecto de ejecución y dirección de las obras correspondientes, que se desarrollarían de acuerdo con la propuesta ganadora, si bien recogiendo las sugerencias del Jurado y del propio Cabildo Insular de Tenerife.

En ese caso como en el presente se abonó el premio en metálico pero no

se produjo el encargo del proyecto de ejecución y dirección de las obras correspondientes.

Lo que acabamos de exponer sería suficiente para concluir la argumentación acerca de la cuestión debatida. Sin embargo haremos algunas consideraciones acerca de la indebida interpretación de las cláusulas que propone la Empresa Municipal recurrente.

Se centra el debate en las cláusulas 3 y 13; la primera de ellas se refiere a "la modalidad del concurso" y dispone que "el presente concurso será a nivel de concurso de ideas, siendo la documentación a presentar la que libremente estime el concursante, en la que deberá existir una breve memoria explicativa de la propuesta que se incorporara en los paneles DIN-A-I, que constituirán un máximo de 4" y la segunda relativa a los premios dispuso que "se dotarán tres premios que vienen cuantificados de la siguiente forma:

Primer premio: 1.750.000 ptas. más encargo del proyecto y dirección de obra".

El art. 1.281 del Código Civil dispone que:

"Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

Es inconcuso e incontrovertible que el recto y único sentido en que a la luz de ese precepto puede interpretarse la Cláusula trece de las del Concurso convocado no es otro que quien obtuviera el primer premio en el concurso obtendría una cantidad en metálico la antes señalada y además el encargo del proyecto y dirección de obra.

O lo que es lo mismo la redacción del proyecto y la ejecución de la obra que conforme a aquél habría de ejecutarse. Frente a ello en modo alguno puede contraponerse la cláusula tercera puesto que lo único que la misma afirma es que el "concurso será a nivel de concurso de ideas, siendo la documentación a presentar la que libremente estime el concursante, en la que deberá existir una breve memoria explicativa de la propuesta".

En modo alguno puede tampoco afirmarse que esas palabras, las contenidas en las dos cláusulas contrapuestas, contraríen la intención evidente de los contratantes que era sin género de duda que los premiados recibieran posteriormente el encargo de redactar el proyecto y dirigir la obra proyectada.

En relación con este particular en nuestra reciente Sentencia de 27 de

mayo de 2009, recurso de casación núm. 4580/2006, expresamos sobre esta cuestión de interpretación de los contratos que:

"las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado.

Mientras la sentencia de 2 de junio de 1999, rec. casación 4727/1993 al sostener que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato añade que ha de tenerse en cuenta "la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de ba-

■

"...las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado..."

■

sarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas".

Asertos que también ha de tenerse presente respecto a los pliegos con base en las prerrogativas interpretativas establecidas en el art. 60 LCAP y las adjudicaciones que pueda realizar la mesa de contratación".

A cuanto hemos expuesto no es posible oponer como pretende el motivo el contenido de los artículos 1.285 y 1.288 del Código Civil porque ningunos de esos preceptos sería bastante para modificar lo que hasta aquí expuesto.

El primero de ellos porque lo hemos utilizado para alcanzar la con-

clusión que obtenemos puesto que como el mismo afirma "las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas" y de ahí que hayamos examinados las cláusulas 3 y 13 y hemos expuesto que debía prevalecer la décimo tercera que desde luego no era dudosa ni en si misma ni con lo que resultaba de la tercera y por lo que se refiere al art. 1.288 cuando expresa que "la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad" a nuestro juicio no concurre razón alguna para hacerlo valer porque no hay oscuridad alguna en las dos cláusulas contrapuestas y de haberla no podría favorecer a quien la alega en este caso la Administración recurrente.

Por otra parte tampoco puede discutirse y realmente el motivo no lo hace aunque se ocupe de ello, que el recurso fue correctamente planteado como un supuesto de inactividad de la Administración a la luz de lo dispuesto en los artículos 25.2 y 29.1 de la Ley de la Jurisdicción vigente.

Y ello porque existía un contrato entre las partes que exigía una prestación concreta a favor de una de ellas que tenía derecho a reclamar de la Administración el cumplimiento de esa obligación.

QUINTO.- El segundo de los motivos con idéntico fundamento que el anterior se basa en la infracción del art. 113.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Afirma el motivo que:

"La Sentencia recurrida condena a los codemandados a abonar a los recurrentes el importe de los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento, y en este sentido hemos de reiterar que por mi patrocinada no se produjo incumplimiento alguno tal y como ya se ha explicado profusamente en el motivo que precede:

- Concurso de Ideas.

- No existe contrato alguno entre los actores y quienes resultaron condenados.

- No existe tal Contrato porque se decidió no ejecutar las ideas ganadoras.

- En definitiva las bases se cumplieron en su totalidad, y atendiendo al espíritu, a la intención real contenida en las mismas.

Además y en relación con dicho precepto se infringe la Jurisprudencia más reciente que establece que para que se reconozca un derecho indemnizatorio ha de probarse un daño real, efectivo y evaluable económicamente, cosa que no ha ocurrido en el caso que nos ocupa".

Por lo que hace a este segundo motivo oponen los recurridos que cuando la recurrente afirma que la sentencia recurrida infringe la Jurisprudencia más reciente que establece que, para que se reconozca un derecho indemnizatorio ha de probarse un daño real, efectivo y evaluable económicamente, cosa que no ha ocurrido en el caso que nos ocupa, falta a la verdad, pues la sentencia de instancia tan sólo reconoce que ha habido un compromiso incumplido por los demandados, por lo que se le condena a abonar a mis comitentes, el importe de daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia. Por tanto, será en dicho momento, en ejecución de sentencia, cuando habrá de probarse el daño real, efectivo y evaluable económicamente.

Tampoco este motivo puede prosperar. Partiendo de los hechos que hay que tener por probados y atendiendo al motivo ya sabemos que el mismo se funda en la presunta infracción por la Sentencia del art. 113.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones alegando que nada incumplió la Administración pero es que además para el supuesto de que se hubiera producido una resolución del contrato no existiría daño real, efectivo y evaluable que hubiera que reparar.

Sorprende en primer lugar la desprecupación con que se afirma esa infracción legal sin concretar a qué Ley se refiere puesto que sólo podría resultar aplicable aquella bajo vigencia se adjudicó el contrato como consecuencia del fallo del jurado que resolvió el concurso de ideas convocado.

De la lectura del motivo parece ser que la norma que se invoca es el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas que expresa que:

“El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista”.

Llegamos a esta confrontando ese precepto ya derogado con la cita del motivo y tomando como referencia la fecha del escrito interposición del recurso. Pero procediendo de ese modo olvida la defensa de la Administración que no era esa la norma aplicable al concurso sino la Ley vigente cuando el mismo se falló que era el Decreto 923/1965, de 8 de abril, que aprobó el Texto Articulado de la Ley de Bases del Contratos del Estado.

En nuestro caso el precepto aplicable sería el 53 de esa norma cuyo párrafo segundo se refiere al incumplimiento por la Administración de las cláusulas del contrato que originará la resolución del mismo sólo en los casos previstos en la Ley, pero que

obligará a aquélla, con carácter general, al pago de los perjuicios que por tal causa se le irroguen al contratista”.

Eso fue lo que resolvió en último término la Sentencia de instancia si bien definió la fijación de esos perjuicios a los que se acrediten en ejecución de Sentencia.

En consecuencia el rechazo de este motivo como ocurrió con el anterior supone la desestimación del recurso.

SEXTO.- Al desestimarse el recurso procede de conformidad con lo prevenido en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción hacer expresa condena en costas a la Administración recurrente, si bien la Sala usando de la facultad que le otorga el núm. 3 del precepto citado señala como cifra máxima que en concepto de honorarios de abogado podrá hacerse constar en la tasación de costas la suma de tres mil euros. (3.000 euros).

FALLO

No ha lugar al recurso de casación número 2.596/2005 interpuesto por la representación procesal de la Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid. S.A. frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Tercera, de quince de septiembre de dos mil cuatro, pronunciada en el recurso núm. 710/2000, interpuesto por la representación procesal de D. Indalecio, D. Nazario, D. Severino y D. Luis Andrés frente a la obligación del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, la Empresa Municipal de la Vivienda, la Gerencia Municipal de Urbanismo y el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid de dar cumplimiento a su obligación de formalizar el Proyecto y Dirección de Obra a favor de los recurrentes como ganadores del Primer Premio del Concurso de Arquitectura sobre las obras a realizar en la Plaza de Agustín Lara y sus inmediaciones dentro del Programa de actuación preferente de Lavapiés- Embajadores, gestionado por la Empresa Municipal de la Vivienda, que declaramos firme, y todo ello con expresa imposición de costas a la Administración recurrente Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid. S.A., con el límite establecido en el fundamento de Derecho sexto de esta Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ricardo Enríquez Sancho.- Celsa Pico Lorenzo.- Antonio Martí García.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.



2009/111755

TDC

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución: 12 febrero 2009

No constitutivo de conducta prohibida

Negativa a homologación de empresa proveedora de servicios informáticos

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ha resuelto archivar la denuncia presentada por Bost Global Soft, S.L. contra Burger King España S.L.U., por supuestas conductas prohibidas al considerar que el rechazo de Burger King a homologar a Global como proveedor global de servicios informáticos se corresponde con el orden civil y no con la jurisdicción de defensa de la competencia. Además, aunque Global haya perdido un buen cliente, también ha podido seguir ofertando sus servicios en el mercado del software, tal y como ella misma ha señalado aparte de que el proceso de selección de proveedores globales por parte de Burger King, tanto sus características, como las exigencias técnicas y de prestación de servicios, han sido debidamente comunicadas a Global para que tuviera la oportunidad de homologarse, y solamente el incumplimiento de algunos de esos requisitos, explicado y justificado por el cliente, han impedido esa homologación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El objeto de esta Resolución es resolver el alcance de los hechos denunciados ante la CNC por Bost Global Soft, S.L. contra Burger King España S.L.U., por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en un acuerdo entre BK y los proveedores globales de servicios de software para hostelería homologados por esa entidad, lo que supone una restricción, por un lado, de la libertad de los franquiciados para elegir proveedor y, por otra, de los proveedores de software que no han sido homologados por BK para prestar servicios a sus franquiciados, tal y como se ha detallado en los Antecedentes de Hecho.

Para la denunciante, Burger King ha seguido un nuevo proceso de homologación de proveedores de servicios de software, llegando a nuevos acuerdos verticales con los proveedores finalmente homologados, que han discriminado a Global en esa elección, además de un cambio en las cláusulas de los contratos con sus franquiciados que estaría vulnerando la legislación de defensa de la competencia española, en la medida en que los nuevos acuerdos estarían encaminados a “controlar los sistemas informáticos de las franquiciadas” y “res-

tringir la libertad de las franquiciadas para la contratación de estos servicios”.

El Consejo considera acertada la apreciación de la DI cuando señala que el rechazo de Burger King a no homologar a Global como proveedor global de servicios informáticos se corresponde con el orden civil y no con la jurisdicción de defensa de la competencia.

En primer lugar, aunque Global haya perdido un buen cliente, también ha podido seguir ofertando sus servicios en el mercado del software, tal y como ella misma ha señalado.

Además, el proceso de selección de proveedores globales por parte de Burger King, tanto sus características, como las exigencias técnicas y de prestación de servicios, han sido debidamente comunicadas a Global para que tuviera la oportunidad de homologarse, y solamente el incumplimiento de algunos de esos requisitos, explicado y justificado por el cliente, han impedido esa homologación.

En cualquier caso, no parece que esté en juego el orden competitivo cuando una empresa, de la que se no presentan indicios de poder de mercado ni en el suministro de software ni en los mercados de la restauración rápida, selecciona el conjunto de

proveedores más adecuados a sus propias características y objetivos empresariales, de acuerdo con criterios publicitados y debidamente anticipados.

Por otra parte, el Consejo también coincide con la DI en su apreciación de que el nuevo sistema de homologación global de proveedores de software seguido por Burger King cumple con el Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Por una parte, las cuotas de mercado en los tres mercados definidos para este franquiciador en otros expedientes (N- 06046, Vidisco/Tele-Pizza), es decir, los de la restauración informal, quick service y take away, están por debajo de lo que se exige. Por otra parte, tampoco se incumplen las otras exigencias del Reglamento para mantener la exención, tal y como han sido desarrolladas por la DI y analizadas, según consta en los Antecedentes de Hecho.

Como bien señala la DI, el proceso de homologación de proveedores de sistemas de PDV va a permitir a los franquiciados acceder a mejores tecnologías de gestión del negocio y el acceso a potenciales mejoras en costes y, por lo tanto, posibles ganancias de margen en el negocio.

En unos mercados como los señalados, donde el nivel de competencia efectiva intermarca no parece cuestionarse, este argumento se ajusta a lo establecido por el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia, cuando señalaba en su Resolución del Expediente r 621/04, Tele Pizza, que "las razones de no enfatizar los efectos anticompetitivos de una restricción vertical intramarca tienen soporte en la idea de poder producir una importante reducción de costes de información, cuando se genera una alta uniformidad en el producto, propiciada precisamente por el acuerdo vertical intramarca.

Además, se reconoce que hay una reducción en los costes operativos y en los costes de integración de mercados, derivados todos ellos de este tipo de acuerdo restrictivo. Todo lo cual puede resultar muy beneficioso para el consumidor final".

Tampoco puede olvidarse que la obligación de contratación de los franquiciados con alguno de esos proveedores homologados es parte sustantiva de los contratos de franquicia, en la medida en que el franquiciador se asegura con ello que los franquiciados se ajustan a los sistemas homologados de gestión y plani-

ficación del negocio bajo la marca Burger King.

El antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia señaló en la Resolución del Expediente r 642/05, Franquiciados Papelería, que la obligación del franquiciado de aprovisionarse en exclusiva de determinados productos que el franquiciador facilita al franquiciado para el desarrollo del negocio "tiene su fundamento en la protección del derecho de propiedad industrial con la finalidad de mantener la identidad común, reputación y calidad de la propia red franquiciada".

Teniendo en cuenta, además, que en el presente caso los franquiciados tienen la libertad de contratar con varios proveedores globales de servicios de software, que cumplen con todos los requisitos que impone el franquiciador, y que el propio franquiciador asume para sus franquiciados periodos de adaptación a los nuevos sistemas y a los nuevos proveedores suficientemente justificados en forma y tiempo.

En definitiva, el Consejo considera que la propuesta de archivo de la DI de la denuncia de Global contra Burger King ha quedado suficientemente fundamentada, por lo que solamente cabe a este Consejo confirmar el archivo de la denuncia.

Vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ha resuelto

FALLO

Único. Archivar la denuncia presentada por Bost Global Soft, S.L. contra Burger King España S.L.U., por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a Bost Global Soft, S.L. y a Burger King España S.L.U., haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso en vía administrativa, pudiendo interponer recurso Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

Excmos. Sres.: Luis Berenguer Fuster, Presidente.- Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente.- Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero.- Miguel Cuerdo Mir, Consejero.- Pilar Sánchez Núñez, Consejera.- julio Costas Comesaña, Consejero.- María Jesús González López, Consejera.- Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera.

2009/111500

Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución: 14 abril 2009

En comercialización de "desayuno+periódico"

Archivo de denuncia al no infringirse el derecho a la competencia

En el presente caso el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia debe resolver si el acuerdo de comercialización del producto "El Desayuno+Periódico" en establecimientos Rodilla constituye una infracción del derecho de la competencia pues el mismo tiene por objeto una mayor captación y fidelización de la clientela de los establecimientos Rodilla y, también, una mayor difusión del diario El País a través de un canal de distribución alternativo al de los tradicionales quioscos de prensa, a un precio inferior al de mercado. El Consejo considera que debe archivar la denuncia presentada pues no existe restricción alguna de la competencia sino más bien lo contrario ya que promueve una mayor difusión de un periódico aprovechando las economías derivadas de un canal de distribución alternativo, pero ya establecido. Además favorece a la propia clientela que proporciona el canal, a la que el editor traslada parte de las economías reduciendo su precio de venta. Por otro lado, el restaurador innova en su oferta con esta venta conjunta, a la vez que favorece las posibilidades electivas de aquellos clientes a los que quiere atraer o fidelizar, sin incrementos de precios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El Consejo de la CNC tiene que resolver si el acuerdo de comercialización del producto "El Desayuno+Periódico" en establecimientos Rodilla constituye una infracción de las contempladas en el artículo 1 LDC.

El nuevo producto tiene por objeto una mayor captación y fidelización de la clientela de los establecimientos Rodilla en sus diferentes enseñanzas y, también, una mayor difusión del diario El País a través de un canal de distribución alternativo al de los tradicionales quioscos de prensa, a un precio inferior al de mercado.

Es evidente que cuando se desarrollan innovadoras formas de co-

mercialización puede haber terceros operadores económicos afectados por las mismas, como expresa el escrito de la Asociación denunciante. Sin embargo, en el presente caso el Consejo considera que no hay ningún supuesto de infracción de la legislación de defensa de la competencia, en tanto que el acuerdo denunciado ni por el objeto ni por su aptitud es restrictivo de la competencia.

Más bien al contrario, promueve una mayor difusión de un periódico aprovechando las economías derivadas de un canal de distribución alternativo, pero ya establecido. Además favorece a la propia clientela que proporciona el canal, a la que el editor traslada parte de las economías reduciendo su precio de venta. Por otro lado, el restaurador innova en su oferta con esta venta conjunta, a la vez que favorece las posibilidades electivas de aquellos clientes a los que quiere atraer o fidelizar, sin incrementos de precios.

En definitiva, solamente cabe a este Consejo, de acuerdo con el artículo 49.3 LDC, confirmar la propuesta de la DI y acordar el archivo de la denuncia presentada por la Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Barcelona y Provincia.

Vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ha resuelto

FALLO

Único. Archivar la denuncia presentada por Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Barcelona y Provincia, Diario El País, S.L., y Rodilla Sánchez, S.L., por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a la Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Barcelona y Provincia, Diario El País, S.L., y Rodilla Sánchez, S.L., haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso en vía administrativa, pudiendo interponer recurso Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

Excmos. Sres.: Luis Berenguer Fuster, Presidente.- Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente.- Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero.- Miguel Cuerdo Mir, Consejero.- Pilar Sánchez Núñez, Consejera.- julio Costas Comesaña, Consejero.- María Jesús González López, Consejera.- Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera.



EL DERECHO

Año XVI. Número 2739

Madrid, 29 de septiembre de 2009

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

RESEÑA

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

TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/150173

TC Sala 2ª, Sentencia 15 junio 2009.
Ponente: Dª Elisa Pérez Vera

Parcial lesión del derecho a la tutela judicial efectiva: apreciación sobre la prescripción del delito

Se promueve amparo frente a sentencia que condenó al recurrente por dos delitos contra la hacienda pública en materia de impuesto sobre el valor añadido. La Sala rechaza la lesión del derecho a la presunción de inocencia del recurrente al existir una prueba de cargo válida suficiente, pero estima la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al haberse efectuado una interpretación del instituto de la prescripción penal lesiva de este derecho, en cuanto que con ella se abrió la condena del actor por un delito contra la hacienda pública por el ejercicio 1999. Dicha estimación del recurso alcanza únicamente a la responsabilidad penal derivada del delito cometido en el ejercicio 1999 y no así a la del delito correspondiente al ejercicio 2000, pues respecto de este último no ha operado el instituto de la prescripción y existe una prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, razón por la cual, deben anularse las resoluciones judiciales impugnadas en cuanto se refieren al ejercicio 1999. Formula voto particular el Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas.

2009/150176

TC Sala 2ª, Sentencia 15 junio 2009.
Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas

Error judicial en causa por delitos de estafa y alzamiento de bienes

El TC estima la demanda de amparo promovida por la sociedad mercantil recurrente frente a sentencia que estimó el recuso de casación en causa por delitos de estafa y alzamiento de bienes. La Sala declara vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto estima que la sentencia de casa-

ción penal, revocada la condena por estafa, no enjuició la acusación de alzamiento de bienes al afirmar, por error, que no había sido formulada. Dicho error ha sido un error patente, manifiesto y evidente, fundamental y determinante de la decisión, pues, de no haber incurrido el órgano judicial en dicho error, el sentido de la decisión del recurso de casación pudiera haber sido otro radicalmente distinto al adoptado, y además atribuible exclusivamente al órgano judicial que lo ha cometido, por lo que debe estimarse el recurso.

TS CIVIL

2009/101653

TS Sala 1ª, Sentencia 21 mayo 2009.
Ponente: D. Vicente Luis Montes Penadés

Responsabilidad individual de administrador por deuda de sociedad escindida

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el administrador demandado, confirmando la sentencia de la AP que revocaba parcialmente la de instancia, corroborando la responsabilidad del administrador codemandado en la deuda de la sociedad escindida de la que trae causa la actora, incrementándose en la alzada la cantidad de la que debe responder. La Sala entiende que sí se han acreditado los requisitos necesarios para se le impute la responsabilidad por culpa, esto es la negligencia en el desempeño de su cargo, el perjuicio patrimonial ocasionado y el nexo causal entre ambos.

2009/101658

TS Sala 1ª, Sentencia 13 mayo 2009.
Ponente: D. Vicente Luis Montes Penadés

Nulidad de junta general nombrada por inválido consejo de administración

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la sociedad demandada, confirmando la sentencia de la AP que corrobora la nulidad de la junta general de la misma así como los

acuerdos en ella adoptados, pero por distintos motivos a los establecidos en la instancia, al haber sido convocada por un consejo de administración que no fue válidamente nombrado por la junta de accionistas.

TS PENAL

2009/32145

TS Sala 2ª, Sentencia 12 marzo 2009.
Ponente: D. Luciano Varela Castro

Absolución de los delitos de estafa y denuncia falsa

El TS estima el recurso de casación interpuesto por los condenados como autores de un delito de estafa, pues aunque podría decirse que la enajenación realizada excede de las facultades del apoderado y que, de conocer la subsistencia y voluntad de uso del poder, la supuesta perjudicada lo habría revocado, eso no pasaría de ser una realización arbitraria del propio derecho atípico por la ausencia de violencia pero no delito de estafa, ya que falta el ánimo de lucro, y tampoco se trata de venta de cosa no propia, pues no consta que la venta no fuera hecha en nombre del verdadero dueño y con poder para ello.

2009/32148

TS Sala 2ª, Sentencia 17 marzo 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

Absolución del delito de estafa al no haberse acreditado la existencia de una facturación excesiva

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delito de estafa. Señala el TS que al no haberse acreditado la existencia de una facturación excesiva, no puede afirmarse la existencia de engaño en la presentación de las facturas, por lo que carece de interés casacional determinar si en el caso el recurrente omitió o no las actuaciones de autoprotección que le podían ser exigibles.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/112228

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 11 mayo 2009.
Ponente: D. José Díaz Delgado

Archivo de las informaciones previas abiertas a un magistrado al no quedar acreditada la admisión de las denuncias

El TS desestima el recurso contencioso interpuesto frente al acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Pleno del CGPJ que decretó el archivo de la información previa.

Expone el Tribunal que para que una denuncia surta efectos es necesario que haya sido admitida a trámite y que exista una apariencia de seriedad en los motivos de la misma, pues de lo contrario se deja en manos de las partes la decisión de apartar al juez natural del proceso. La Sala razona que atendiendo a las circunstancias concurrentes sí debe entenderse que el Consejo ha llevado a cabo un juicio razonable de los hechos, no se acredita por la recurrente la admisión de las denuncias presentadas, sino que solicita la apertura de un expediente disciplinario a un magistrado de la AP por el hecho de haberle denunciado reiteradamente y considerar que incurre en un motivo de recusación, y que debe abstenerse de conocer en el asunto en que aquella aparece implicada.

TS SOCIAL

2009/128273

TS Sala 4ª, Sentencia 6 mayo 2009.
Ponente: D. Joaquín Samper Juan

Abono de intereses de demora por aseguradora en indemnización por fallecimiento

Estima en parte el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la aseguradora demandada contra sentencia que la condenó al pago de intereses en autos sobre indemnización por fallecimiento.

Señala la Sala que la sentencia recurrida ha infringido el art. 20,4 Ley de Contrato de Seguro, al condenar a la recurrente al abono de intereses de demora en cuantía del 20% desde el momento mismo en que se produjo el siniestro, ya que aquéllos sólo son debidos en tal cuantía a partir de los dos años siguientes a la fecha del accidente.