



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 2740

Madrid, miércoles 30 de septiembre de 2009



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/143882

TS Sala 3ª, Sección 5, Sentencia 22 junio 2009. Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas

Nulidad del auto que en ejecución de sentencia deja "sine die" en suspenso la resolución del incidente

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la comunidad de religiosas contra el auto del TSJ de Madrid, dictado en ejecución de sentencia que reconoció a las actoras el derecho a ser indemnizadas por vinculación singular de la finca de su propiedad, y en su lugar ordena retrotraer las actuaciones para que la Sala de instancia recabe las aclaraciones o los informes técnicos complementarios que estime necesarios, con observancia de los principios de audiencia de las partes y de contradicción, y dicte luego resolución que decida el incidente de ejecución de sentencia. El Tribunal considera que la Sala de instancia no debió negar la cuantía indemnizatoria reclamada y dejar abierto, sin limitación temporal alguna, el debate incidental, pues si la sentencia dejó la cuantificación de la indemnización para la fase de ejecución, una vez que fue promovido el incidente de ejecución el auto que lo resuelve debe fijar ya el importe indemnizatorio, y si el material probatorio aportado hasta ese momento no lo permite, la Sala de instancia habrá de recabar las aclaraciones o informes complementarios que estime necesarios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación lo dirige la representación de la Comunidad de Religiosas Hijas de la Caridad de San Vicente Paúl contra el auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de mayo de 2007, confirmado en súplica por auto de 13 de julio de 2007, dictado en relación con la ejecución de lo resuelto por sentencia de 27 de junio de 2002 en el recurso contencioso-administrativo 1274/97.

Ha quedado transcrita en el antecedente primero la parte dispositiva de la sentencia de cuya ejecución se trata; y luego, en el antecedente tercero, hemos reseñado las razones dadas por la Sala de instancia en sus autos de 10 de mayo y 27 de junio

de 2007 para no señalar el "quantum" de la indemnización. Conocidos tales antecedentes, procede que pasemos ya a examinar el único motivo de casación que aduce la recurrente, cuya enunciación hemos dejado recogido en el antecedente tercero.

SEGUNDO.- Para determinar si los autos aquí recurridos se apartan de lo decidido en el fallo debemos comenzar recordando que en la parte dispositiva de la sentencia se reconoce el derecho de la Congregación religiosa a ser indemnizada por vinculación singular de la finca de su propiedad, dejando para la fase de ejecución de sentencia la determinación del "quantum" de la indemnización y señalando que para su fijación se partirá del aprovechamiento reconocido por el Plan al suelo urbano colindante.

De conformidad con aquella única base de valoración fijada en la sentencia, en los autos aquí recurridos la Sala de instancia explica que la cuantía de la indemnización ha de venir determinada por la diferencia, si existe, entre el aprovechamiento real de los terrenos de la parte ejecutante y el aprovechamiento de los terrenos colindantes.

Las dificultades y discrepancias surgen a la hora de concretar, de un lado, cómo se determina el aprovechamiento de la parcela de la Congregación religiosa, y, de otra parte, qué debe entenderse por "terrenos colindantes" cuyo aprovechamiento ha de servir como elemento de contraste.

Comenzando por esta última cuestión, hemos visto en el antecedente segundo que la Congregación religiosa recurrente, al promover el incidente de ejecución de sentencia, aportó un informe de valoración suscrito por el Arquitecto en el que se formulan dos criterios alternativos para el cálculo de la intensidad edificatoria de la parcela de la recurrente:

a) considerar como suelo urbano colindante el situado en el perímetro del terreno valorado; b) considerar solo el aprovechamiento de la APR 11.04. Siguiendo uno u otro criterio se obtiene una magnitud distinta de superficie edificable, y multiplicando ésta por el valor de repercusión se obtiene la cuantía a indemnizar. En consonancia con este doble criterio aplicado en el informe, ya vimos que la parte recurrente solicitaba como pretensión principal una indemnización de 21.830.433•12 euros, y, subsidiariamente, la cantidad de 12.807.189•81 euros.

Dicho informe es examinado con algún detenimiento en el razonamiento jurídico primero del auto de 10 de mayo de 2007; y allí termina la Sala de instancia concluyendo que el criterio de valoración seguido por el técnico informante no es asumible pues no ha tenido en cuenta todas las potencialidades edificatorias de la parcela, en concreto las previstas en el artículo 8.3.7, apartados h/ e i / de las Normas Urbanísticas del Plan General. Además, en el razonamiento jurídico segundo del auto se indica que como elemento de contraste no cabe computar el aprovechamiento

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Motivada denegación de prueba sobre perjuicios en salud causados por contaminación acústica 7

TS

CIVIL

Competencia desleal en la fabricación de electrodoméstico 9

PENAL

Detención ilegal por policía municipal 11

ADMINISTRATIVO

Nulidad del auto que en ejecución de sentencia deja "sine die" en suspenso la resolución del incidente 1

Medidas cautelares adoptadas en protección del territorio afectado por el programa de ordenación de recursos naturales 3

SOCIAL

Deber de negociar un Reglamento para las Escuelas Taller 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

to de otros terrenos colindantes ajenos a la APR 11.04, pues fue precisamente la no inclusión de la parcela en el ámbito de dicha APR 11.04, con la consiguiente imposibilidad de equidistribución de beneficios u cargas, lo que determinó que en la sentencia se apreciase la existencia de vinculación singular indemnizable.

Por tales razones el auto de 7 de mayo de 2007 no considera asumible la valoración contenida en el informe aportado por la parte que promueve el incidente de ejecución.

Pero la Sala de instancia entiende que tampoco cabe acoger la valoración resultante de la prueba pericial practicada durante la tramitación del incidente (informe emitido por el Arquitecto D. Juan Luis).

En el auto se explica que el parecer de este Perito es acertado cuando utiliza como elemento de comparación únicamente el aprovechamiento de la APR 11.04; y también se constata que el informe pericial ha tenido en cuenta el incremento de edificabilidad previsto en las Normas Urbanísticas del Plan General (artículo 8.3.7 antes citado).

Sin embargo - explica la Sala de instancia- hay otras razones que impiden aceptar las conclusiones del Perito. De un lado, porque el técnico informante realiza la valoración considerando que se trata de un justiprecio expropiatorio, no siendo éste el caso; en segundo lugar, porque de la edificabilidad potencial de la parcela de la recurrente el Perito descuenta la edificación ya ejecutada, minoración que no es acertada porque debe ser tenida en cuenta la total edificabilidad actual y potencial de los terrenos y compararla luego con el aprovechamiento de los terrenos colindantes; y, en fin, porque, en lo que se refiere al aprovechamiento de la parcela de la recurrente, respecto de la parte de ella que no está consolidada habrían de deducirse los costes de urbanización y las cesiones obligatorias, partidas ambas que no han sido contempladas ni valoradas por el Perito.

TERCERO.- Siendo esa, en apretada síntesis, la línea de razonamiento de los autos recurridos, no cabe revisar en casación, por más que así lo intente la parte recurrente, la interpretación dada por la Sala de instancia a la determinaciones del Plan General en lo tocante a la potencialidad edificatoria de la parcela (artículo 8.3.7 de las Normas Urbanísticas), pues se trata de preceptos de rango

autonómico cuya interpretación corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Y tampoco puede pretenderse que en casación hagamos una valoración de la prueba distinta a la realizada por la Sala de instancia, tanto en lo que se refiere al informe que aportó la recurrente al promover el incidente como en lo relativo a la prueba parcial practicada en el seno del incidente.

En cambio, de cara a determinar si los autos recurridos contradicen o no el fallo sí debemos examinar si la conclusión a que llega la Sala de instancia -a partir de la interpretación de aquellas normas urbanísticas y de la valoración del material probatorio- es o no compatible con lo decidido en la sentencia.

Ante todo debe notarse que los autos recurridos no excluyen la procedencia de la indemnización acordada en la sentencia, pues si así fuese incurrirían en abierta contradicción con lo decidido en el fallo.

Lo que se explica en el auto de 10 de mayo de 2007, y luego se confirma en el de 13 de julio del mismo año, es que el material probatorio aportado al incidente de ejecución no permite dar acogida al "quantum" indemnizatorio que postula la Congelación religiosa recurrente.

Señala así el auto resolutorio del recurso de súplica que "... si la parte recurrente analiza con detalle el contenido de la parte dispositiva del Auto (recurrido en súplica) observará que en ella únicamente se deniega el "quantum" de indemnización solicitado en este incidente, pero en modo alguno se cierran las posibilidades de ejecución que pudiera instarse bajo parámetros diferentes..."

Es decir, no se accede a la cuantía indemnizatoria solicitada pero se deja abierta a la recurrente la posibilidad de instar de nuevo la fijación del importe de la indemnización.

En esa misma línea de razonamiento, el auto que desestimó el recurso de súplica explica que "...la carencia de una pericia acorde a los criterios expuestos impide acoger lo solicitado, si bien la Sala, lejos de limitarse a desestimar el "quantum" solicitado, ha mencionado los elementos y método operativo que en principio habría de seguirse para conseguir la correcta ejecución de la sentencia en aras a posibilitar la tutela judicial efectiva, ello naturalmente

sin perjuicio de la interpretación que pueda mantener la parte ejecutante del art. 8.3.7.1 NNUU, que se podrá analizar y valorar, al igual que la de la parte ejecutada, pero siempre en relación a un dictamen pericial que de respuesta efectiva, como objeto de cálculo, de existir, de la diferencia entre el aprovechamiento actual y potencial de la finca y el de los terrenos de contraste, conforme a lo expuesto, considerando los instrumentos que permitirían la ampliación de la edificación, limitaciones por la catalogación, etc."

Pues bien, son precisamente estos razonamientos de la Sala de instancia las que nos llevan a concluir que la decisión contenida en los autos recurridos no es ajustada a derecho en tanto que no es la que procede para el cumplimiento del fallo.

En efecto, la Sala de instancia no se limita a desestimar una concreta pretensión indemnizatoria, pues explica que no cabe acceder a ella por carecer de una prueba pericial que le sirva de respaldo pero, al mismo tiempo, deja señalados los elementos y el método operativo que habría de seguirse para fijar la indemnización y, en definitiva, para la correcta ejecución de la sentencia.

Pues bien, si la Sala de instancia dispone de esos datos y criterios de valoración, su decisión no debe consistir en negar la cuantía indemnizatoria reclamada y dejar abierto, sin limitación temporal alguna, el debate incidental.

Si la sentencia dejó la cuantificación de la indemnización para la fase de ejecución, una vez que fue promovido el incidente de ejecución el auto que lo resuelve debe fijar ya el importe indemnizatorio, decidiendo así la cuestión planteada (artículo 109.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción).

Y si el material probatorio aportado hasta ese momento no lo permite, la Sala de instancia habrá de recabar las aclaraciones o informes complementarios que estime necesarios, dejando entre tanto en suspenso la resolución del incidente.

Lo que no cabe es resolver éste de forma aparente y provisional, dejando pendiente sine die la efectiva decisión de la cuestión planteada.

Desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución de lo resuelto en sentencia, la decisión -

más bien, la falta de ella- que albergan los autos recurridos resulta necesariamente insatisfactoria.

Y no puede entenderse justificada señalando, como se indica en el fundamento primero del auto de 13 de julio de 2007, que "correspondía a la parte ejecutante fundar debidamente su pretensión indemnizatoria (artículo 713 LEC)", pues hemos visto que la parte recurrente promovió el incidente de ejecución acompañando al efecto un informe de valoración; y luego se practicó una prueba pericial durante la tramitación del incidente.

De manera que si la Sala de instancia consideraba que ese material probatorio era insuficiente o inadecuado, pudo y debió señalar sus defectos y carencias antes de resolver por auto el incidente, recabando, como ya hemos explicado, las aclaraciones o informes complementarios que estimase necesarios.

CUARTO.- Por las razones expuestas el motivo de casación debe ser acogido, pues si bien no cabe asumir los argumentos que formula la recurrente a fin de que revisemos la interpretación de la normativa del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, o la valoración de las pruebas realizada por la Sala de instancia, los autos recurridos deber ser casados en cuanto en ellos se decide "no haber lugar a reconocer lo solicitado por la parte ejecutante como "quantum" de la indemnización".

Tales autos deben quedar anulados y sin efecto, procediendo retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado del auto de 10 de mayo de 2007 para que la Sala de instancia recabe las aclaraciones o los informes técnicos complementarios que estime necesarios, con observancia de los principios de audiencia de las partes y de contradicción, y dicte luego resolución que decida el incidente de ejecución.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer las costas del incidente planteado en la instancia a ninguno de los litigantes, corriendo cada parte con las suyas en lo que se refiere a las de la casación.

FALLO

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de la Comunidad De Religiosas Hijas De La Caridad De San Vicente Paúl contra el auto de la

Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de mayo de 2007, confirmado en súplica por auto de 13 de julio de 2007, dictado en relación con la ejecución de lo resuelto en sentencia de 27 de junio de 2002 en el recurso contencioso-administrativo 1274/97, quedando ahora anulados y sin efecto ambos autos.

SEGUNDO.- Se ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado del auto de 10 de mayo de 2007 para que la Sala de instancia recabe las aclaraciones o los informes técnicos complementarios que estime necesarios, con observancia de los principios de audiencia de las partes y de contradicción, y dicte luego resolución que decida el incidente de ejecución de sentencia.

TERCERO.- No hacemos imposición de costas del incidente de ejecución planteado en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano De Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.- María Del Pilar Teso Gameña.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Eduardo Calvo Rojas, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Secretario, certifico.

2009/171820

TS Sala 3ª, Sección 5, Sentencia 28 julio 2009. Ponente: D. Rafael Fernández Valverde

Principio de reserva de ley Medidas cautelares adoptadas en protec- ción del territorio afectado por el programa de ordenación de re- cursos naturales

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la comunidad de regantes contra la STSJ de la Comunidad Valenciana por medio de la cual se confirmó la Orden de la Consejería del Territorio y Vivienda de la Generalidad Valenciana, por la que se acordó iniciar el procedimiento de elaboración y aprobación del plan de ordenación de recursos naturales del sistema de zonas húmedas del sur de Alicante, y el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Gene-

ralidad Valenciana, por el que se determina la forma de aplicación de las medidas cautelares previstas en el ámbito territorial afectado por el proyecto del PORN. La Sala rechaza la indemnización solicitada en base a que no ha resultado acreditado ningún perjuicio concreto derivado de vínculos que no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios, y respecto de Orden impugnada, señala que el art. 2,3 no infringe el principio constitucional de reserva de ley, al disponer que la Consejería de Territorio y Vivienda podrá complementar las medidas cautelares que contempla el precepto con otras de carácter particular, pues encuentra amparo legal en el art. 28 Ley autonómica 11/1994.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso de casación la sentencia que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó en fecha de 8 de febrero de 2005, en su recurso contencioso-administrativo ordinario número 129/2004, por medio de la cual se inadmitió en parte y se desestimó -en el resto- el formulado por la Comunidad de Regantes Riegos de Levante Margen Derecha del Río Segura contra (1) la Orden de 14 de noviembre de 2003, de la Consejería del Territorio y Vivienda de la Generalidad Valenciana, por la que se acuerda iniciar el procedimiento de elaboración y aprobación del Plan de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) del Sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante, y contra (2) el Acuerdo de 21 de noviembre de 2003, del Consejo de Gobierno de la Generalidad Valenciana, por el que se determina la forma de aplicación de las medidas cautelares previstas en el ámbito territorial afectado por el proyecto del Plan de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) del Sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante.

SEGUNDO.- Como decimos, la Sala de instancia inadmitió el recurso contencioso administrativo en relación con el artículo 1 de la Orden (1) impugnada y lo desestimó en relación con el resto de la citada Orden (1) y en relación con el Acuerdo también impugnado, y se basó para ello, en síntesis, y por lo que aquí interesa, en la siguiente argumentación, que, de forma extensa, se contiene en el Fundamento Jurídico Quinto de la sentencia, y que hace referencia a tres aspectos diferentes, que son los que van a ser reiterados en casación:

a) Vulneración del artículo 33 de la Constitución Española. En síntesis la Sala de instancia reproduce la doctrina mantenida para supuestos

de similar perfil en sus SSTJV de 20 de enero y 4 de febrero de 2003, en relación con el PORN del Marjal Pego-Oliva: "... También la Sentencia del Pleno del TC 170/1989, de 19 de octubre trata de este tema relativo a la incidencia de la Ley en los derechos patrimoniales de los propietarios de los terrenos incluidos en el Parque y distingue entre privación de propiedad o de cualquier otro derecho que deba ser indemnizable y establecimiento de limitaciones generales y específicas respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger y tras reconocer la posibilidad de acudir a la expropiación forzosa, añade que "el límite entre la privación de un derecho patrimonial y su simple incidencia o delimitación legal amparándose en la función social a la que debe sujetarse (art. 33.2 CE) no es siempre fácil de determinar... respecto del derecho de propiedad... "la fijación de su contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo" (STC 37/1987). Partiendo de este dato y de las previsiones de otros preceptos constitucionales (arts. 128.1, 40, 45 y 130, entre otros), los poderes públicos deben "delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes".

Esto no supone, claro está, una absoluta libertad del poder público que llegue "a anular la utilidad meramente individual del derecho", o, lo que es lo mismo, el límite se encontrara, a efectos de la aplicación del art. 33.3 CE, en el contenido esencial, en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho." Por último, concluye en el particular caso sometido que las limitaciones en ese caso no vulneran el contenido esencial de los derechos afectados, al tratarse de medidas tendentes a proteger el espacio natural, según la distinta calificación del terreno y en cumplimiento del mandato que impone el art. 45 CE y consagra por último la exigencia de que en la norma de declaración se establezca el límite adecuado a la protección de los derechos que, en ese caso particular se establecía y se consideró suficiente el que "los vínculos que se impongan "no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios", técnica habitual en nuestro derecho utilizado ya por normas anteriores" (Sentencia de 20/01/2003, F.D. Quinto)".

b) Falta de previsión de mecanismos resarcitorios, con vulneración de lo establecido al respecto por la

Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres y la autonómica valenciana 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana. A tal efecto reproducimos las últimas fundamentaciones de la Sala de instancia:

"c.- La aplicabilidad de la cláusula genérica de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas impide, en todo caso, que exista cualquier perjuicio a los intereses legítimos de quienes afirmen que sus derechos económicos han quedado dañados por la adopción de una serie de medidas cautelares restrictivas para sus derechos dominicales y de uso de los bienes en la sede de un cierto espacio natural protegido. Sobre esta temática y sobre la correlativa necesidad de tramitar un específico procedimiento de responsabilidad patrimonial que constituya cauce de fijación acerca de la real existencia de unos daños económicos que guarden una vinculación certera de causalidad con el funcionamiento normal/anormal de un servicio público se ha pronunciado, con reiteración, esta Sala de lo Contencioso-administrativo en los supuestos de PORN del Montgó, Catálogo de Zonas Húmedas de la Comunidad Valenciana e impugnación del PORN del Marjal Pego-Oliva. Comenzando con la cita de este último litigio:

"... y así, podemos señalar que el Tribunal Constitución (...) es claro que el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo queda sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos" (STSJ Valenciana, Sección Tercera, 313/2003, de 4 de febrero). Catálogo de Zonas Húmedas de la Comunidad Valenciana:

"..Por otra parte, la configuración de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en nuestro Derecho (art. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y art. 106.2 de la Constitución Española) viene dada por una actividad administrativa (por acción u omisión, bien sea material o jurídica), un resultado dañoso no justificado y una relación de causalidad entre aquella y éste, incumbiendo su prueba a quien reclama, a la vez que se imputa a la Administración la carga referente a la existencia de fuerza mayor cuando se alegue como causa de exoneración, especificando que la exigencia de que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto. Deberá darse,

pues, un triple requisito para apreciar la existencia de una obligación indemnizatoria de la Administración: un daño o lesión patrimonial antijurídica, injustificable y evaluable; que sea consecuencia objetiva, directa y exclusiva del funcionamiento normal o anormal de la Administración y, en tercer lugar, relación de causalidad entre el primero y el segundo de los requisitos enunciados, sin que exista fuerza mayor.

Pues bien, en el presente supuesto no se ha probado, ni siquiera se presume, la existencia de una lesión antijurídica, injustificable y evaluable económicamente por causa de la aprobación por el Gobierno Valenciano de un Catálogo de Zonas Húmedas en el que ha incluido los terrenos de la sociedad actora, sin regular una ordenación que modifique sustancialmente la situación urbanística de los mismos, habida cuenta que la recurrente no contaba con un derecho preexistente a la edificación o al aprovechamiento urbanístico, careciendo de cualquier derecho subjetivo susceptible de patrimonialización urbanística, lo que permite a esta Sala desestimar una pretensión indemnizatoria carente del mínimo fundamento jurídico que, además, ni se ha planteado contradictoriamente en vía administrativa previa ni puede pretender una indemnización por daños futuros” (STSJC Valenciana, Sección Tercera, de 9 junio 2004).

PORN del Montó -aprobado por Decreto del Consell de la Generalitat 180/2002, de 5 noviembre -: “...Por último, dentro de las causas de inadmisibilidad opuestas por la Administración demandada, falta por analizar la contemplada en el apartado c) del artículo 69 de la Ley Jurisdiccional, en relación con el artículo 25 de la misma Ley, relativa a la falta de pronunciamiento de la Administración sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial.

La demandante solicita en su escrito de formalización de la demanda que se declare la responsabilidad patrimonial de la administración demandada y la indemnización en este escrito solicitada, consistente en la cantidad de 1.981.048,40 euros, en concepto de daños y perjuicios, sin que se haya acreditado que previamente haya deducido tal petición en vía administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 142.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; tal pretensión no la deduce la parte como derivada de la anulación de los actos por ella impugnados, cual exige el número 2, en relación con el número 1 del artículo 31 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino como pretensión autónoma, y es más, como pretensión supeditada a la confirmación de dichos actos y al objeto de que se la resarza de los daños y

perjuicios que le supuso la inclusión de su finca en terreno calificado por el PORN como no urbanizable común, y lo mismo es lo que impide el que pueda ser objeto de estudio y decisión, sin la existencia de un acto de la Administración denegatorio expreso o presunto de la indemnización e impugnado en el recurso contencioso-administrativo conjuntamente con los aludidos actos, que pueda ser antesala de un enjuiciamiento jurisdiccional; en consecuencia, se estima el motivo alegado y se declara la inadmisibilidad del recurso planteado respecto del referido extremo” (STSJC Valenciana, Sección Tercera, de 7 junio 2004).

d.- No deja de tener relevancia, en último término, la falta de demostración acerca de los singulares términos fácticos que presenta la lesión que se ha generado en los derechos económicos de la Comunidad de Regantes actora.

Esta omisión probatoria hace que la falta de previsión de los instrumentos reparatorios, de valor normativo, que se mencionan en el escrito de demanda carezca en el conflicto de valor material alguno. Obsérvese, desde este prisma, el texto alegatorio que recoge el escrito de demanda junto con la no inclusión de pretensión singular de condena (sobre la responsabilidad patrimonial) en el suplico de dicho escrito: “... en la que previa estimación de esta demanda declare la nulidad de la Orden de (...) dictado en su aplicación, por ser ambos contrarios a Derecho, con los demás pronunciamientos que en Derecho procedan”.

c) Vulneración del principio de legalidad por la adopción de medidas cautelares no contempladas en la Ley (artículo 28 de la citada Ley Autonómica): “El precepto normativo de que se trata incluye una relación de medidas preventivas sin impedir que sean trasvasadas por los propios “instrumentos de ordenación de los espacios naturales protegidos” (que disponen del carácter de reglamentos) o por las actuaciones públicas, de corte singular, que se emitan por parte de la Consellería de Territorio y Vivienda. La norma se limita a imponer la previsión -en el acuerdo de iniciación del procedimiento para la elaboración de un instrumento de ordenación de un espacio natural protegido- “de todas o algunas de las siguientes medidas cautelares”, nada desde el ángulo relativo a la posible/imposible ampliación en el catálogo de medidas precisas para rellenar el objetivo tendencial de dar una precisa tutela jurídica a aquellos los terrenos sobre los que se extiende el régimen de ordenación medio ambiental.

La norma habla de “determinará la aplicación, por ministerio de la ley, de todas o algunas de las siguientes medidas cautelares”. Por tanto, lo normado por el precepto consiste en la obligatoriedad de que alguna de

las seis medidas preventivas que se delinear en el art. 28.1 aparezcan en el acuerdo de iniciación. Falta, ello así, la vulneración del principio constitucional de jerarquía normativa que se cita en el escrito de demanda, por afirmar la defensa en juicio de la Comunidad de Regantes recurrente que la Orden de 14 noviembre 2003 ha ido más allá de los lindes que le cerraba la Ley de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana. - Amplitud que nuestro ordenamiento jurídico concede a las medidas de carácter preventivo, sin necesidad de que las mismas cuenten con un previo reconocimiento en una norma jurídica que ofrezca el rango de ley formal:

“1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello (...) 3. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes” (art. 72, citado, de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Sobre esa base, afirmamos que carece de valor suficiente -al menos, para la invalidez jurídica propuesta- el hecho de que las medidas cautelares que pueden ser adoptadas por la Generalitat Valenciana con el fin de “salvaguardar la consecución de los objetivos fijados en el plan de ordenación de los recursos naturales” tengan o no una previsión anterior en la Ley 11/1994 siempre que se adecuen, con suficiencia, al fin de tutelar los intereses medio ambientales que trata de poner en práctica esa disposición general. - Por último, al constatar que la norma recurrida fija una precisa vinculación entre objetivos que han de lograrse con el dictado de esas medidas preventivas de carácter innominado y las metas tendenciales a los que se dirige la redacción y aprobación del PORN del Sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante.

c.- A este último argumento se le concede especial relevancia en el escrito de contestación a la demanda que presenta el letrado de la Generalitat: “... Y en este sentido, como no podía ser de otra manera, y para garantizar debidamente la efectividad de dichas medidas cautelares, que en otro caso vaciarían de contenido los fines perseguidos por el Plan a redactar (...) a fin de garantizar la coherencia de las regulaciones futuras respecto de las realidades previamente existentes en cada caso” (pgs. 7ª y 9ª). En todo caso, cuando se dicten las medidas preventivas complementarias de que se trate, la Comunidad de Regantes actora contará con el derecho a cuestionar la legalidad de las mismas sobre la base de la

irrazonabilidad de las mismas en relación con los fines tendenciales que pretenden lograrse con su implantación”.

TERCERO.- Contra esa sentencia ha interpuesto la entidad recurrente Comunidad de Regantes Riegos de Levante Margen Derecha del Río Segura recurso de casación en el que esgrime tres motivos (aclarando que el recurso de casación se refiere exclusivamente a la parte de la sentencia que deniega la estimación de la demanda, sin objetar nada a la decisión de inadmitir el recurso respecto del punto 1º de la Orden de 14 de noviembre de 2003, de la Consejería del Territorio y Vivienda del Gobierno Valenciano, por la que se acuerda iniciar el procedimiento de elaboración y aprobación del Plan de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) del Sistema de Zonas Húmedas del Sur de Alicante); motivos que articula al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJ-CA), por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

En el primer motivo se considera vulnerado el artículo 33.3 de la Constitución Española y jurisprudencia constitucional y del TEDH, al confirmar unos actos que desconocen el derecho de propiedad sin el correspondiente resarcimiento.

Alega, en síntesis, la vulneración del artículo 33.3 CE, así como de las STC 227/1988, de 29 de noviembre y STEDH de 29 de noviembre de 1991, 25 de mayo de 1993, 24 de junio de 1993 y 16 de septiembre de 1996, que garantizan el derecho de indemnización en los casos de privación de cualquier bien o derecho. Sustancialmente se viene a afirmar que las tierras de los socios de la Comunidad actora se encuentran destinadas a actividades de naturaleza agrícola, actividades de extraordinaria importancia económica, que se ven afectadas por la exigencia establecida en las disposiciones impugnadas de que para realizar las mismas necesitan previo informe favorable de la Consejería del Territorio y Vivienda lo cual supone una restricción a la facultad de goce y disfrute inherente al derecho de propiedad, por cuanto la Consejería dispone de 90 días para la emisión del informe preceptivo y vinculante.

Pues bien, pese a lo anterior, no se ha previsto en los actos recurridos ningún mecanismo resarcitorio de los daños y perjuicios que se ocasionen a los afectados a los que se les niegue la actividad agrícola de que se trate, con violación del artículo 33.3 CE y jurisprudencia ya reseñada; lo cual supone la nulidad de pleno derecho de los actos inicialmente recurridos, así como de la Sentencia que los confirma. Debemos rechazar

el motivo por cuanto -como en la sentencia de instancia se expone- no ha resultado acreditado ningún perjuicio concreto. Con reiteración venimos dejando constancia de la doctrina establecida al respecto por el Tribunal Constitucional y por este Tribunal Supremo en relación con las indemnizaciones procedente como consecuencia de la aprobación de los PORN.

Efectivamente, en la STC 170/1989, de 19 de octubre se señalaba: “Los apartados 3 y 4 del art. 3 de la Ley impugnada ponen de manifiesto que el legislador ha establecido un límite a partir del cual entiendo que sí existe privación de derechos. En efecto se establece que los límites fijados no serán indemnizables salvo que los vínculos que se impongan “no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios”. Se ha acudido, pues, a una técnica habitual en el ordenamiento para fijar el límite entre la simple configuración del derecho y la estricta privación: el uso tradicional y consolidado. Esta técnica, utilizada también en el art. 87 de la Ley del Suelo respecto del suelo no urbanizable, tiende precisamente a permitir la identificación del contenido esencial de los derechos; el mismo principio se ha utilizado en la Ley de Aguas, estimándose por este Tribunal que no suponía vulneración alguna de la garantía indemnizatoria del art. 33.3 de la Constitución, sino delimitación del contenido de los derechos patrimoniales -STC 227/1988-.

No cabe duda que en ocasiones podrán plantearse problemas concretos para enjuiciar si ese límite se sobrepasa o no. Pero, si así ocurriera, deberá en cada caso valorarse esa circunstancia por la autoridad competente, sin perjuicio de la facultad de revisión que los órganos judiciales posean de esas decisiones.

Por lo que respecta a lo aquí cuestionado, la previsión legal de que sólo son indemnizables aquellas vinculaciones o limitaciones de derechos que sobrepasen la barrera del uso tradicional y consolidado del bien, no supone una invasión del contenido esencial de los derechos, sino una delimitación de ese contenido, en el que se incluye, tanto respecto de la propiedad como de otros derechos patrimoniales, la función social que deben cumplir”. Por su parte, en la reciente STS de 30 de abril de 2009, reiterando lo que ya dijéramos en la STS de 21 de octubre de 2003, hemos puesto de manifiesto:

“La necesidad de que los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales prevean las indemnizaciones correspondientes por las limitaciones que impongan al derecho de los propietarios afectados está reconocida en el artículo 18.2 de la Ley 4/89, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y la Flora y Fau-

na Silvestres. Así lo hemos recordado en nuestra sentencia de 21 de octubre de 2003 (casación 10867/98), donde decíamos que: “Aunque lo expresado en el precedente fundamento jurídico constituye cumplida justificación para desestimar el segundo motivo de casación alegado, no se puede olvidar que la sentencia recurrida, si bien no anula las determinaciones del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, como habían pedido los demandantes, declara que algunas de esas determinaciones impusieron limitaciones singulares a los derechos de aquéllos sin fijar una condigna compensación, defecto que, aun sin comportar su anulación, conlleva el deber de indemnizarlos o repararlos adecuadamente en la medida resultante de aplicar el régimen de prohibiciones establecido en los artículos 35, 59, 60 y 62.1 del Decreto 45/1995, de 26 de mayo, de manera que, aunque no se anulen estos preceptos, que privan o limitan derechos a los demandantes sin fijar una adecuada contraprestación, el pronunciamiento condenatorio de la sentencia viene, en cierta manera, a suplir tal deficiencia con el deber impuesto a la Administración que los dictó de indemnizar a los propietarios despojados de los aprovechamientos cinegético y forestal, de modo que la decisión de la Sala de instancia se inscribe dentro de la más tradicional doctrina jurisprudencial interpretativa del artículo 42 de la Ley de esta Jurisdicción de 1956 (artículo 31.2 de la vigente), regulador de la acción de plena jurisdicción como subsidiaria o derivada de la encaminada a que se declare que el acto o la disposición son contrarios a derecho, lo que abunda en la corrección jurídica de las razones expresadas por la Sala sentenciadora para rechazar primero la causa de inadmisión del recurso contencioso-administrativo, planteada por la Administración de la Comunidad Autónoma demandada, y acceder después a la pretensión indemnizatoria formulada.

Eludimos cualquier consideración acerca del deber de la Administración de reparar la privación de aprovechamientos a los demandados y el consiguiente derecho de éstos a ser resarcidos por tal concepto en cuanto que la propia Administración autonómica recurrente no niega ese derecho a una adecuada compensación por las limitaciones que les impone el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales aprobado, sino que se limita a cuestionar la forma en que se ha declarado, a lo que anteriormente hemos dado respuesta, pero, en cualquier caso, para demostrar que la tesis del Tribunal “a quo” es correcta, basta recordar que el artículo 18.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, prevé las adecuadas compensaciones, según el tipo de limitaciones impuestas, dentro de las Áreas de Influencia Socioeconómica, que comprende el conjunto de los

términos municipales donde se encuentre ubicado el espacio natural de que se trate y sus zonas periféricas de protección. Dicho precepto recoge el principio general de que nadie puede ser privado de sus derechos o intereses legítimos sino por causa justificada de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización (artículo 349 del Código civil), que en la actualidad sanciona el artículo 33.3 de la vigente Constitución, ya que la privación de los aprovechamientos cinegéticos o forestales no constituye una mera limitación de su uso, que vendría a definir el contenido normal de la propiedad y a configurar su peculiar estatuto jurídico, sino que supone una restricción singular de esos aprovechamientos por razones de utilidad pública, que no deben soportar los desposeídos sin una congruente remuneración, como así lo ha entendido y declarado la Sala de instancia en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida, transcrito en el antecedente tercero de esta nuestra”.

Sin concreción indemnizatoria no resulta, pues, posible el establecimiento de la misma ni la nulidad pretendida por lo que, como ya hemos anticipado, el motivo ha de ser rechazado.

CUARTO.- En el segundo motivo (también al amparo del artículo 88.1.d) de la LRJCA) se expone que la sentencia recurrida es nula de pleno derecho por infringir el artículo 11 de la citada Ley 4/1989 (“Las normas reguladoras de los espacios naturales protegidos determinarán los instrumentos jurídicos, financieros y materiales que se consideren precisos para cumplir eficazmente los fines perseguidos con su declaración”), alegando, en síntesis, que la misma niega que la Orden impugnada deba prever un mecanismo resarcitorio de los daños y perjuicios causados por las medidas cautelares que adopta, y niega también, que esa previsión venga impuesta por la Ley 4/89; pronunciamientos de los que la parte recurrente disiente, considerándolos una exigencia ipso iure del artículo 33CE, además de considerarlo incluido en la expresión “instrumentos financieros” del citado artículo 11 de la Ley 4/89, incluso cuando se trate de normas reguladoras de espacios protegidos de carácter provisional y temporal, y, además una exigencia incluida en la Ley valenciana 11/94. Considera además que el hecho de que la demanda no incluyera dicha pretensión singular de condena no niega validez al motivo de nulidad formulado, pues la pretensión de la recurrente no es de responsabilidad patrimonial, sino de nulidad de los actos inicialmente impugnados. Para rechazar el motivo hemos de estar a lo ya expuesto en el Fundamento Jurídico anterior.

QUINTO.- Por último, también por la vía del artículo 88.1.d) de la LRJCA, en el motivo tercero se señala que la sentencia recurrida es

nula de pleno derecho por confirmar unos actos que infringen el principio constitucional de reserva de ley del artículo 53.1, y, por relación, los artículos 9.3 y 33.2 de la Constitución Española y artículo 51.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA).

En concreto se señala que la Orden de 14 de noviembre de 2003 en su artículo 2.3º infringe el principio constitucional de reserva de ley, al disponer que la Consejería de Territorio y Vivienda podrá complementar las medidas cautelares que contempla el precepto con otras de carácter particular, argumentando en torno al principio constitucional de reserva de ley que es aplicable a la regulación del derecho de propiedad y exponiendo que las limitaciones al derecho de propiedad que excedan de las previsiones del artículo 28 Ley Valenciana 11/94, serán nulas de pleno derecho por violar el mencionado principio constitucional, y esto es lo que ocurre con el artículo 2.3º de la Orden y el Acuerdo impugnados.

No podemos considerar vulnerados dichos principios y preceptos. La concreta norma reglamentaria impugnada señala que “Las medidas cautelares contenidas en los párrafos anteriores podrán ser complementadas y especificadas, a propuesta de la Consejería de Territorio y Vivienda, con otras medidas de carácter particular, en el caso de que las mismas se consideren imprescindibles para salvaguardar la consecución de los objetivos fijados por el plan de ordenación de los recursos naturales”.

En la referencia a “otras medidas de carácter particular” centra el recurrente la vulneración del principio de legalidad apoyado en los citados preceptos. No podemos, sin embargo, aceptar tal planteamiento. El citado artículo 28 de la Ley autonómica regula el denominado “régimen de protección preventiva”, que hemos de reproducir para comprobar el ámbito del mandato legal:

“1. La iniciación del expediente de declaración de un espacio natural protegido y la iniciación del procedimiento para la elaboración de alguno de los instrumentos de ordenación de espacios naturales previstos en esta Ley, determinará la aplicación, por ministerio de la ley, de todas o alguna de las siguientes medidas cautelares:

a) Prohibición de realizar actos que supongan una transformación sensible de la realidad física y biológica o hayan de dificultar o imposibilitar la consecución de los objetivos de la declaración de espacio natural protegido.

b) Suspensión del otorgamiento de licencias municipales para las clases de actos que se especifiquen por en-

tenderlos incluidos en el párrafo a) anterior.

c) Suspensión del otorgamiento de autorizaciones de aprovechamientos forestales y cinegéticos, así como de roturación y puesta en cultivo o transformación del mismo.

d) Suspensión del otorgamiento de permisos y concesiones mineras.

e) Paralización de explotaciones de recursos naturales en curso, de acuerdo con la legislación específica aplicable en cada caso.

f) Suspensión de la tramitación del planeamiento urbanístico con incidencia sobre los valores naturales objeto de protección.

2. La determinación de la forma en que las medidas cautelares previstas en el párrafo anterior deben aplicarse en cada caso se realizará mediante Acuerdo del Gobierno valenciano, a propuesta de la Conselleria de Medio Ambiente. En cualquier caso, la prohibición establecida en el apartado a) del párrafo 1 de este artículo tendrá carácter automático con la iniciación del expediente de declaración de espacio o aprobación de instrumentos de ordenación ambiental.

3. El establecimiento de medidas cautelares podrá realizarse en cualquier momento a partir de la iniciación del expediente de declaración de espacio natural protegido o durante el procedimiento de elaboración de los instrumentos de ordenación previstos en esta Ley.

4. Las medidas cautelares previstas en este artículo tendrán una vigencia máxima de tres años.

5. La iniciación del expediente de aprobación de un plan de ordenación de los recursos naturales determinará automáticamente la exigencia de informe favorable de la Conselleria de Medio Ambiente para el otorgamiento de cualquier autorización, licencia o concesión que habilite para realizar actos de transformación de la realidad física o biológica en el ámbito del plan. Reglamentariamente podrán establecerse los casos en que dicho informe deba sustituirse por una evaluación del impacto ambiental". El motivo tampoco puede prosperar, pudiéndose poner de manifiesto varias razones de índole jurídico:

a) En primer término debemos reparar en que lo que el precepto autoriza es que las "medidas cautelares contenidas en los párrafos anteriores", puedan ser "complementadas y especificadas... con otras medidas de carácter particular". No se trata, pues, de una autorización para poder adoptar ex novo otras medidas diferentes de aquellas que cuentan con un expreso respaldo legal, sino, mas bien, una autorización para poder adecuar o modular las citadas medidas a la situación del caso concreto mediante la adopción de otras medi-

das específicas que, en modo alguno, cuentan con autonomía e independencia, ya que, se insiste, su objetivo es complementar -mediante su adaptación al concreto y específico supuesto de hecho- alguna de las "medidas cautelares contenidas en los párrafos anteriores".

b) En segundo término debe destacarse que, además, tal decisión de adaptación tiene un componente subjetivo o finalista en el mismo precepto, que actúa como mecanismo de control de la adopción, y que exige una particular motivación, pues esta decisión adicional solo resulta posible -para complementar o especificar las medidas previstas- "en el caso de que las mismas se consideren imprescindibles para salvaguardar la consecución de los objetivos fijados por el plan de ordenación de los recursos naturales".

c) Desde una perspectiva formal también encontramos respaldo suficiente en el precepto legal de referencia. Efectivamente, en el apartado segundo del citado artículo 28 se señala que "la determinación de la forma en que las medidas cautelares previstas en el párrafo anterior deben aplicarse en cada caso se realizará mediante Acuerdo del Gobierno valenciano, a propuesta de la Conselleria de Medio Ambiente". Esto es, al requisito subjetivo anterior este apartado exige otro de carácter formal, cual la propuesta por la Consejería de referencia y la decisión del Consejo de Gobierno.

d) Desde una perspectiva analógica debemos dejar constancia de lo establecido para el ámbito sancionador en el artículo 129.3 de la LRJPA, según el cual "Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes".

Obviamente, la finalidad del precepto es idéntica a la del que nos ocupa, y que no cuenta con otra finalidad que la de la especificación, adecuación o adaptación al caso concreto, en el marco del principio de legalidad, y en materia tan exigente en el citado ámbito de la legalidad que la sancionadora.

e) Para concluir -en relación con lo anterior- y poner de manifiesto que el precepto impugnado cuenta con la correspondiente cobertura legal, debemos citar la STC 42/1987, de 7 de abril, y la clásica doctrina que la misma establece: "El art. 25.1 de la Constitución prescribe que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no consti-

tuyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía.

La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes.

La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término "legislación vigente" contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora.

Como se ha expuesto, es esta reserva de Ley la garantía que la recurrente entiende vulnerada en el presente caso, y ello porque la sanción que le fue impuesta por la Administración se adoptó de conformidad con lo dispuesto en una norma reglamentaria, la Orden Ministerial de 9 de enero de 1979, aprobada en virtud de la remisión en blanco o incondicionada que efectuó el art. 4 a) del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, precepto este que califica como meramente deslegalizador. A este respecto es preciso reiterar que, si bien el alcance de la reserva de Ley establecida en el art. 25.1 no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias -STC 2/1987, de 21 de enero- bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales -STC 87/1985, de 16 de julio- o materiales, en todo caso aquel precepto constitucional determina "la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal" -STC 77/1983, de 3 de octubre -, habida cuenta del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan.

Más aún, y hecha la salvedad de las infracciones que se cometan en el seno de las relaciones de sujeción especial, en las que la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamen-

tación material, en cuanto expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que las distingue del *ius puniendi* genérico del Estado (STC 2/1987, citada), puede afirmarse que la reserva de la Ley contenida en el art. 25.1 de la Constitución despliega una eficacia semejante a las que establecen otras normas constitucionales.

Es decir, que, como ha señalado este Tribunal con relación a alguna de ellas, la reserva de Ley no excluye "la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley" -STC 83/1984, de 24 de julio-, pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes.

En consecuencia, debe reputarse contraria a las mencionadas exigencias constitucionales no sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carente de toda base legal, sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras.

Puesto que las potestades administrativas relativas a la práctica de juegos o apuestas organizados por particulares o que tiene lugar en establecimientos de naturaleza privada se enmarca en el ámbito de las relaciones de supremacía o sujeción general, ya que se trata de una actividad ajena a la organización de los servicios públicos por más que estrictamente regulada y limitada, puede decirse que la remisión al reglamento del art. 4 a) del Real Decreto-ley 16/1977 no responde a las prescripciones del art. 25.1 de la Constitución, dados los amplísimos términos en que se formula: Autorización al Gobierno para dictar "las disposiciones complementarias que sean precisas para la consecución de las finalidades perseguidas por el presente Real Decreto-ley, determinando las sanciones administrativas que puedan imponerse para corregir las infracciones de aquéllas".

SEXTO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación procede condenar a la parte recurrente en las costas del mismo (artículo 139.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio), si bien con el límite, en cuanto a la minuta de Letrado de 2.500 euros.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLO

1º. No haber lugar y, por tanto, desestimar el recurso de casación número 2318/2005, interpuesto por la Comunidad de Regantes Riegos de Levante Margen Derecha del Río Segura contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha de 8 de febrero de 2005, en su recurso contencioso administrativo número 129 de 2004, la cual, en consecuencia, confirmamos.

2º. Condenar a la recurrente en las costas del presente recurso de casación, en los términos expresados.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano de Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.- María del Pilar Teso Gamella.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, estando celebrando Audiencia Pública, de lo que certifico.

efectiva (art. 24.1 CE). Del mismo modo han producido una vulneración de su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), pues le fue denegada la práctica de determinadas pruebas periciales solicitadas, que hubieran demostrado la existencia de un perjuicio en la salud de los vecinos componentes de la comunidad de propietarios. Finalmente se refiere a la violación del derecho a la intimidad (art. 18 CE) y del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

En sus alegaciones el Ministerio Fiscal interesa la estimación del amparo en lo referente a la alegada incongruencia omisiva y la desestimación en todo lo demás. Para el Ministerio Fiscal los órganos judiciales inadmitieron la práctica de la prueba de forma razonada. Por lo demás la parte recurrente no aportó ningún criterio que pudiera poner de manifiesto que el resultado del pleito pudiera haber sido otro de haberse llevado a cabo la prueba en cuestión. En opinión del Ministerio Fiscal las quejas relativas a la vulneración del derecho a la intimidad (art. 18 CE) y al principio de igualdad (art. 14 CE) deben rechazarse, bien porque no se intentó su reparación durante el procedimiento judicial, bien porque la demanda se limita a afirmar la existencia de tal vulneración, sin concretar en qué forma y en qué momento se produjo.

La representación procesal de D. Miguel señala, por su parte, que no ha podido establecerse relación de causalidad entre los ruidos que conllevaron las dolencias manifestadas por los recurrentes y el local de su propiedad, a lo que añade que la actora no ha demostrado fehacientemente siquiera la existencia de tales dolencias.

El Ayuntamiento de Cullera, en fin, alega que la Comunidad de Propietarios del Edificio Nautic de Cullera no agotó los recursos utilizables dentro de la vía judicial al no haber formulado ante los Tribunales reclamación de responsabilidad patrimonial ni haber iniciado procedimiento de protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria. Por lo demás, la Letrada del Ayuntamiento de Cullera razona que no cabe entender que se haya producido la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE) de los vecinos de la comunidad de propietarios recurrente y pone de manifiesto que el Ayuntamiento ha adoptado en los últimos años numerosas medidas para paliar las molestias de los vecinos de la zona.

SEGUNDO.- Delimitadas en los términos señalados la pretensión del presente proceso de amparo y las posiciones de los intervinientes en el mismo, antes de enjuiciar las cuestiones de fondo planteadas debemos referirnos al óbice procesal planteado por la representación del Ayuntamiento de Cullera, consistente en

que para agotar la vía judicial previa habría sido necesario formular reclamación de responsabilidad patrimonial e iniciar un procedimiento de protección de los derechos fundamentales. Este óbice ha de rechazarse. Es sabido que, conforme a una persistente doctrina constitucional, la causa de inadmisión de falta de agotamiento de la vía judicial previa (art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC) encuentra su razón de ser en la necesidad de salvaguardar la naturaleza subsidiaria del amparo a fin de evitar que este Tribunal se pronuncie sobre eventuales vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas cuando ello pueda aún hacerse por los órganos de la jurisdicción ordinaria a través de las vías procesales establecidas (SSTC 13/2005, de 31 de enero, FJ 3; 337/2006, de 11 de diciembre, FJ único; 23/2007, de 12 de febrero, FJ 3, y 187/2008, de 30 de diciembre, FJ 2).

Esto es, la exigencia de agotamiento de la vía judicial tiende a impedir que se acceda a esta jurisdicción constitucional cuando los órganos judiciales tienen todavía la ocasión de pronunciarse y, en su caso, reparar la infracción argüida como fundamento del recurso de amparo constitucional (SSTC 249/2006, de 24 de julio, FJ 1; 59/2007, de 26 de marzo, FJ 2, y 73/2008, de 23 de junio, FJ 3). En el presente asunto, resuelto el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por la comunidad de propietarios recurrente, la vía judicial previa quedó convenientemente agotada, como, por lo demás, indicó el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana cuando, a pie de página, señala: "Esta resolución es firme y frente a ella no cabe recurso (artículo 241.1 párrafo 3 nueva LOPJ)".

TERCERO.- El examen de las cuestiones de fondo planteadas ha de partir de la queja relativa a la vulneración del art. 14 CE (igualdad). Como indica el Ministerio Fiscal la demanda de amparo se limita a afirmar que tal vulneración se habría producido sin exponer en qué forma y momento. Así las cosas esta queja debe rechazarse. Hay que recordar a estos efectos "nuestra reiterada doctrina que desarrolla la carga de alegación y de argumentación que pesa sobre los demandantes de amparo (por todas, STC 226/2002, de 9 de diciembre, FJ 2), cargas que no sólo implican la necesidad de abrir la vía para que este Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente es de esperar de acuerdo con el deber de colaborar con la justicia del Tribunal Constitucional (SSTC 32/1999, de 8 de marzo, FJ 5, y 21/2001, de 29 de enero, FJ 3, por todas), razonabilidad que, a su vez, depende de los concretos motivos y vulneraciones invocados en relación con la naturaleza de la resolución recurrida y el supuesto de hecho" (AATC 281/2007, de 18



TC Sala 2ª, Sentencia 15 junio 2009. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo

Motivada denegación de prueba sobre perjuicios en salud causados por contaminación acústica

El TC desestima la demanda de amparo formulada por la Comunidad de Propietarios demandante frente a sentencia que desestimó su recurso de apelación en litigio contra el Ayuntamiento sobre cierre de un bar cafetería por ruidos. Entre otras consideraciones la Sala afirma que la denegación de indemnización sin practicar prueba pericial médica estuvo motivada sobre la base de que no hubiera podido establecer que el ruido provenía del citado bar, dado que se encuentra ubicado en una calle en la que se concentran a escasa distancia o contiguos unos con otros, gran cantidad de establecimientos y actividades calificadas como molestas por ruidos y vibraciones, originando todas las noches de los fines de semana una considerable contaminación acústica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda de amparo se dirige contra la Sentencia núm. 304/2005, de 14 de febrero de 2005, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que desestimó el recurso de apelación promovido por la representación de la demandante en amparo contra la precedente Sentencia de 6 de octubre de 2003, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Valencia, que, a su vez, había estimado en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad de Propietarios del Edificio Nautic de Cullera contra la desestimación por silencio administrativo formulada por la actora ante el Ayuntamiento

de Cullera (Valencia) de que se adoptaran las medidas establecidas en el art. 18 de la Ley 3/1989 de la Generalitat Valenciana. La demanda de amparo se dirige también contra la providencia de la misma Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 10 de mayo de 2005, que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por la Comunidad de Propietarios recurrente contra la Sentencia núm. 304/2005, de 14 de febrero.

La parte recurrente aduce que estas resoluciones, al no haber resuelto sobre uno de los criterios en los que se basa la expresa petición de condena en costas, incurren en incongruencia omisiva, por lo que vulneran su derecho a la tutela judicial

de junio; 370/2008, de 17 de noviembre).

CUARTO.- Procede a continuación resolver la cuestión de si en la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de febrero de 2005 y el Auto de 10 de mayo de 2005, recaídos en el rollo de apelación núm. 446-2004, se vulneró o no el derecho de la recurrente a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE).

Este Tribunal ha reiterado que el derecho a la prueba (art. 24.2 CE) exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimiento ni obstáculos, resultando vulnerado tal derecho en los supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable. Igualmente se ha señalado que, para que resulte fundada una queja sustentada en una vulneración de este derecho, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos y que la prueba sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas (por todas, SSTC 66/2007, de 27 de marzo, FJ 5; 71/2008, de 23 de junio, FJ 5).

En el presente asunto la recurrente solicitó, en el momento procesal oportuno, la práctica de una prueba pericial médica, cuyo desarrollo le fue denegado por el Juez de lo Contencioso-Administrativo. Tras esa denegación de la prueba solicitada la Sentencia resolvió en el sentido de no considerar acreditados los perjuicios y por ello denegó la condena indemnizatoria.

En el recurso de apelación la recurrente pretendió de nuevo que se realizara la referida prueba; la Sala denegó esta pretensión al considerar que la prueba era irrelevante o no trascendente para establecer si corresponde fijar una indemnización por perjuicios o peligros para la salud de los propietarios del Edificio Nautic de Cullera.

Para la Sala el elemento determinante a estos efectos estribaba en establecer la relación de causalidad entre los ruidos emitidos por el bar denunciado, por un lado, y el resultado perjudicial para la salud de los vecinos del edificio en cuestión, por otro; en ningún caso, como pretendía la prueba pericial médica propuesta, que se acreditara que estas personas y familias soportan unos niveles sonoros que alcanzan el nivel de "contaminación acústica".

La prueba propuesta hubiera permitido establecer esto último, lo que, por otra parte, no ofrecía duda, pero no que dichos ruidos provenían del

"Bar botijos", pues éste se ubica en una calle en la que se concentran a escasa distancia o contiguos unos con otros, gran cantidad de establecimientos y actividades calificadas como molestas por ruidos y vibraciones, originando todas las noches de los fines de semana una considerable contaminación acústica.

Así las cosas no puede afirmarse que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o que la motivación ofrecida resulte manifiestamente arbitraria o irrazonable.

QUINTO.- En la demanda de amparo se alega también que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de febrero de 2005 ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la Comunidad de Propietarios del Edificio Nautic de Cullera en cuanto ha dejado imp juzgada una determinada pretensión, de no condenar en costas.

La demanda extiende tal incongruencia omisiva al Auto de 10 de mayo de 2005, que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la Sentencia anterior, que no reparó la lesión referida. La Sentencia 73/2009, de 23 de marzo, FJ 2, se ha referido a la doctrina de este Tribunal en relación con la llamada incongruencia omisiva. Tras señalar que esta doctrina es tan amplia como consolidada, procede a enunciarla del modo siguiente:

"En lo que ahora interesa puede resumirse en que el vicio de incongruencia omisiva existe cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales" (por todas, STC 218/2003, de 15 de noviembre, FJ 4 b)).

La exposición de esta doctrina ha de acompañarse de la precisión de que la congruencia exige dar respuesta, no sólo a las pretensiones propiamente dichas, sino también a las alegaciones sustanciales, pues, tal como recordábamos en la STC 85/2006, de 27 de marzo: "el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva -no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe res-

puesta, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Hiro Balani c. España y Ruiz Torija c. España de 9 de diciembre de 1994, y lo han reconocido nuestras SSTC 85/2000, de 27 de marzo; 1/2001, de 15 de enero; 5/2001, de 15 de enero; 148/2003, de 14 de julio, y 8/2004, de 9 de febrero, entre otras- (FJ 3)".

Finalmente, la circunstancia de que la pretendida incongruencia omisiva se considere producida en una Sentencia que resuelve un recurso de apelación, hace necesario recordar que la relevancia constitucional de la omisión de respuesta judicial a una pretensión o alegación fundamental exigirá que la concreta alegación forme parte del debate procesal que imperativamente ha de resolver el órgano judicial, bien porque haya sido expresamente reiterada o planteada ex novo por alguna de las partes en la fase de apelación, bien porque, pese a aquella falta de reiteración de la petición subsidiaria en los sucesivos grados jurisdiccionales, la configuración legal del recurso de que se trate obligue a dar respuesta a todas las cuestiones controvertidas que hayan sido objeto del litigio, lo que implicará entonces, en defecto de una respuesta judicial completa, un vicio de incongruencia (STC 218/2003, de 15 de diciembre, FJ 4.b, que recuerda que así ocurría en el supuesto resuelto por nuestra STC 53/1991, de 11 de marzo, en relación con la casación por infracción de Ley).

SEXTO.- La aplicación de la anterior doctrina al presente caso conduce a rechazar la alegación de la recurrente. En este sentido debe recordarse, en primer lugar, que la pretensión formulada por la Comunidad de Propietarios del Edificio Nautic de Cullera es la de que se condene en costas al Ayuntamiento de Cullera.

Esta pretensión forma parte de los diversos pedimentos realizados por la parte, aunque no como una petición principal (que consistía en solicitar que la desestimación de las pretensiones por silencio administrativo se declarara contraria a Derecho y que se reconociera que tal desestimación le produjo indefensión, por lo que solicita una indemnización por la lesión de sus derechos y los perjuicios económicos), sino accesoria a ésta.

Por lo demás esta pretensión tuvo respuesta explícita en la Sentencia de instancia, cuyo fundamento jurídico 6 afirma: "No se aprecian motivos para hacer expresa imposición de las costas procesales, conforme a lo establecido en el art.139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio". La remisión a este artículo constituye en sí misma una fundamentación suficien-

te, pues este artículo obliga a que el órgano judicial razone debidamente su decisión sólo cuando imponga las costas, bien "a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad", bien "a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haga perder al recurso su finalidad".

En consecuencia lleva razón el Juzgado cuando afirma no apreciar motivos para expresar imposición de costas, pues, en efecto, ni la Comunidad de Propietarios del Edificio Nautic (parte recurrente) parece haber obrado con mala fe o temeridad, ni el recurso parece haber perdido su finalidad, habida cuenta de que la comunidad de propietarios ha visto parcialmente estimadas sus pretensiones.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ahondó en estos razonamientos "al significar que la Sala no encuentra razones para variar el criterio de la Juzgadora de instancia". A mayor abundamiento añadió que no apreciaba mala fe ni temeridad en la actuación de la Administración.

Que la Sentencia de apelación no se refiriera a la eventual pérdida de finalidad del recurso como un argumento adicional para ratificarse en el criterio del Juzgado de instancia no puede considerarse como incongruencia omisiva, según pretende la parte recurrente, pues, como se ha afirmado, la pretensión de la recurrente obtuvo respuesta, aunque ésta no fuera "una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las cuestiones planteadas".

SÉPTIMO.- Por lo que se refiere a la alegación de vulneración del derecho fundamental a la intimidad (art. 18 CE) baste recordar el planteamiento inicial de la demanda de amparo: "la falta de tutela judicial efectiva en un caso como el presente produce una falta de protección y reparación de un derecho fundamental básico como el protegido en el art. 18 CE". No habiéndose producido la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, no procede considerar la queja sobre la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, cuya causación estaba afectada, según la demanda de amparo, a la primera.

FALLO

Desestimar la demanda de amparo formulada por la Comunidad de Propietarios del Edificio Nautic de Cullera. Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Madrid, a quince de junio de dos mil nueve. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.



TS Sala 1ª, Sentencia 7 julio 2009. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Inaplicación del principio de “libre imitabilidad”

Competencia desleal en la fabricación de electrodoméstico

El TS desestima el recurso de casación dirigido contra la sentencia que, confirmando la de instancia, estimó la demanda cuyo objeto versa sobre competencia desleal, y la importación y comercialización por una empresa de un electrodoméstico destinado a exprimidor de frutas que otra empresa considera que es una copia servil del aparato por ella fabricado y comercializado.

Se rechaza la existencia de una creación empresarial en el sentido que aprecia el recurrente de que el producto cuya protección se invoca en la demanda procede de una importación de otro país, con lo que en realidad lo que se viene a proteger es una introducción prioritaria en el mercado español. Igualmente no resulta de aplicación el principio de libre imitabilidad porque claramente se aprecia en la resolución recurrida que hay un riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de los productos en conflicto, con independencia de que la estampación en el exprimidor del signo denominativo fuera diferente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre competencia desleal, y concretamente sobre la importación y comercialización por una empresa de un electrodoméstico destinado a exprimidor de frutas que otra empresa considera que es una copia servil del aparato por ella fabricado y comercializado.

Por las entidades Ariete S.p.A., de nacionalidad italiana, y su filial española Ariete Hispania S.L. se dedujo demanda contra la entidad Comelec Import Export, S.L. con fundamento en que la demandada comercializa en España un exprimidor que constituye una copia servil del SPREMI NARANJA modelo 402 de la actora, por lo que se infringen los arts. 5, 6, 11 y 18 de la Ley de Competencia Desleal 3/1991, de 10 de enero, y consecuentemente interesa se declare que la actividad de la demandada consistente en la importación y en la comercialización es España de los exprimidores Comelec, es constitutiva de competencia desleal, y se condena a dicha demandada a cesar en la importación y comercialización de los mencionados exprimidores, a abonar a la actora en concepto de daños y perjuicios la cantidad que se determine en periodo de prueba, y asimismo a la publicación a su costa de la Sentencia que recaiga en este procedimiento en dos periódicos de ámbito nacional.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 18 de Valen-

cia el 3 de mayo de 2004, en los autos de juicio ordinario núm. 680 de 2003, estima la demanda en los términos expuestos, con dos singularidades, a saber: la cesación de la importación y comercialización de los exprimidores comprende la de cualesquiera que constituyan imitaciones confusorias de los legítimos exprimidores SPREMI fabricados y vendidos en España respectivamente por las actoras ARIETE S.P.A. y ARIETE HISPANIA, S.L., y la concreción de la suma a indemnizar en 67.614 euros más el interés legal desde la fecha de la interposición de la demanda y hasta su completo pago.

La Sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia el 9 de diciembre de 2004, en el Rollo núm. 638 de 2004, desestima el recurso de apelación de la Entidad Comelec Import y Export y confirma íntegramente la resolución recurrida.

La “ratio decidendi” se resume en la existencia de una copia servil entre los exprimidores en conflicto -“la semejanza es tan evidente que las diferencias se limitan, prima facie, a una ligera variación de tonalidad y de la forma del pie que sustenta el exprimidor, pudiendo incluso, dadas las similitudes de forma y estructura, intercambiarse sus elementos, y aunque, cierto es, la marca es distinta, los elementos delimitadores esenciales (exprimidor en forma de naranja, de tamaño y piezas determinadas de

los mismos colores) son tan parecidos que es muy difícil, a primera vista, diferenciarlos, por lo que tal dato pasa a ser el más relevante”- y en que “no se trata de conceder un derecho de exclusiva, sino de que no se vulneren, por aprovechamiento asociativo, las ventajas de un mercado en el que ya se hallaba introducido el demandante”.

Contra esta última sentencia se interpuso por COMELEC IMPORT Y EXPORT S.L. recurso de casación articulado en dos motivos que fue admitido por Auto de esta Sala de 15 de julio de 2008.

SEGUNDO.- En el motivo primero se alega, en síntesis, que la Sentencia recurrida infringe, en la interpretación y aplicación de los arts. 6, 11 y 12 de la LCD, la doctrina jurisprudencial de esta Sala, representada por las Sentencias de 5 de diciembre de 1989, 17 de julio de 1997, 7 de junio de 2000 y 17 de octubre de 2002.

En primer lugar debe señalarse que la sentencia recurrida, como anteriormente la de primera instancia que confirma, no aplican los ilícitos competenciales de los arts. 6 y 12 de la Ley de Competencia Desleal por lo que, sin perjuicio de su examen en el caso de que se produjera la asunción de la instancia pues fueron alegados en la demanda, no pudieron ser violados por aplicación indebida.

Se sanciona por consiguiente únicamente la imitación de la creación material con base en el 11.2 LCD.

En segundo lugar sucede que el recurso de casación objeto de enjuiciamiento se interpuso y admitió al amparo del art. 477.2, 3º y 3 de la Ley de Competencia Desleal por infracción de la doctrina jurisprudencial dictada en interpretación y aplicación del art. 11 de la Ley de Competencia Desleal, y sin embargo ocurre que las Sentencias citadas no resuelven casos similares ni contienen doctrina que haya sido desconocida en la sentencia impugnada.

La Sentencia de 17 de octubre de 2002, aparte las alusiones a los modelos industriales y al art. 6º de la LCD, rechaza la existencia de una imitación del modelo de blusa porque no hay prueba alguna sobre aprovechamiento del esfuerzo del diseño de las primera en el tiempo y no se da una imitación idónea para generar una asociación por parte de los consumidores respecto de la prestación, apreciándose claras diferencias entre las dos blusas en contraste.

La Sentencia de 7 de junio de 2000 dice que el art. 11 proclama la libertad de imitación salvo en tres supuestos excepcionales -asociación, aprovechamiento indebido, e imitación sistemática-, y resuelve diciendo que ninguno de ellos se ha declarado probado.

La Sentencia de 17 de julio de 1997 excluye el riesgo de asociación porque el producto imitado no se destina a los consumidores, sino a unos empresarios a los que le asiste una especialización que les permite identificar la procedencia y características singulares, tanto de los productos que se pueden reputar creados, como de los recreados o imitados.

Y la Sentencia de 5 de diciembre de 1989 relativa a la normativa anterior a la LCD rechaza la existencia de la confusión en la forma de presentación de los productos de modo que el público no puede ser inducido a error sobre todo por la gran diferencia de las denominaciones sino también por las demás características que, aunque análogas, no se confunden.

De esta última Sentencia no cabe extraer la doctrina general de que basta el empleo de un signo denominativo distinto para excluir el riesgo de asociación -mismo origen empresarial-, pues habrá de estarse, como hacen las resoluciones de instancia -la de segunda asume la argumentación que expone la de primera-, al conjunto de las circunstancias concurrentes, y resolviendo caso por caso; así, entre otras, la S. 7 de julio de 2006 -aparición global de las creaciones formales-.

De lo expuesto se deduce que no hay infracción de la doctrina jurisprudencial, y de ello parece consciente el propio recurrente, que, no se limita a examinar la jurisprudencia invocada, sino que con independencia de ella hace una serie de alegaciones que son más propias de un recurso de casación del art. 477.2.º LEC, solo aplicable a los procesos seguidos por razón de la cuantía.

Sin embargo, las alegaciones aludidas no revelan que por la sentencia recurrida (y la de primera instancia en cuanto asumida por la de apelación) se contradiga la que constituye la jurisprudencia actual de esta Sala dictada en interpretación y aplicación del art. 11 LCD.

Por ello, en tercer lugar, se van a hacer algunas consideraciones relativas a los planteamientos del recurso en aras de agotar la respuesta judicial exigida por el derecho a la tutela judicial efectiva.

Hace hincapié el motivo en la argumentación que se había mantenido por la Audiencia en el Auto revocatorio de la medida cautelar, pero tal razonamiento resulta irrelevante porque atiende a perspectivas diferentes de las que se han de tomar en cuenta cuando se resuelve sobre el fondo del asunto y no forman parte, ni siquiera indirectamente, de la decisión del mismo.

Por otro lado afirma la recurrente que el precepto del art. 11 LCD ha de ser interpretado de modo estricto,

evitando que las prácticas concurrenciales incómodas para un competidor se conviertan en desleales, sin embargo, y sin perjuicio de señalar que las excepciones al principio de libre imitabilidad han de ser interpretadas restringidamente (lo que no cabe confundir con estrictamente), ello no ha sido desconocido por la sentencia impugnada.

Hace referencia el motivo, en diversos pasajes, a otros derechos de propiedad industrial -diseño, modelo industrial, modelo de utilidad-, y al respecto debe señalarse que, de haber existido derecho de exclusiva, es decir, protección específica en otra Ley, era a ella a la que habría que acudir (art. 11.1, inciso segundo LCD), y ello no obsta a que en otro caso (ausencia de derecho de exclusiva por no haberse obtenido la protección específica, o haber caducado el derecho) se pueda acudir al amparo de la normativa de competencia desleal ex art. 11.2 y 3 LCD.

En tal sentido, entre otras, Sentencias de 7 de junio de 2000, 13 de mayo de 2002, 1 de abril y 11 de mayo de 2004, 4 de septiembre de 2006 y 17 de julio y 8 de octubre de 2007.

Cuestiona el motivo la existencia de una creación empresarial en el sentido de que estima que el producto cuya protección se invoca en la demanda procede de una importación de otro país, con lo que en realidad lo que se viene a proteger es una introducción prioritaria en el mercado español.

Haciendo abstracción de que el tema carece de soporte probatorio, no denunciado, de haberse considerado alegación sustancial, por la vía procesal adecuada, y que la versión de la actora, ya mantenida en instancia y con visos de verosimilitud, estriba en que el producto -exprimidor- es una creación suya que, sin embargo, se fabrica por razones de coste en China, en cualquier caso la parte actora comercializa en el mercado español un producto plenamente identificado como de su pertenencia con singularidad propia y reconocimiento en dicho mercado, y el producto que introduce en éste la demandada con posterioridad es una imitación confusoria del prioritario.

A diferencia del art. 6º LCD que se refiere, en síntesis, a los signos distintivos, presentación de productos, creaciones formales, el art. 11 lo hace a las prestaciones, características propias de los productos, a las creaciones materiales. Así Sentencias, entre otras, de 9 de junio de 2003; 11 de mayo de 2004; 7 de julio y 24 de noviembre de 2006; 30 de mayo, 12 de junio, 17 de julio y 10 de octubre de 2007; 5 de febrero de 2008; 15 de enero y 25 de febrero de 2009.

En el art. 11 se comprenden tanto los productos como las formas tridi-

mensionales y se extiende la protección a las creaciones técnicas, artísticas, estéticas y ornamentales.

El ilícito del art. 11 exige que haya la imitación de una iniciativa (creación) empresarial ajena.

La imitación constituye el concepto nuclear, y significa, como señala la doctrina, “un grado de semejanza que produzca confusión al consumidor medio acerca del origen empresarial -misma procedencia de los productos-”, “sin que obste la existencia de variaciones inapreciables o se refieran a elementos accidentales o accesorios”.

Niega la parte demandada que los productos en conflicto sean copias clónicas, y que en modo alguno su exprimidor sea una copia servil del de la parte actora, como afirma el juzgador de instancia. Pero tal afirmación no pasa de ser voluntarista porque la resolución recurrida explica con claridad la semejanza de los productos, y la escasa trascendencia de las diferencias.

La recurrente hace especial hincapié en tres aspectos. El primero se refiere a que su exprimidor lleva la marca Comelec que permite diferenciarlo del de la parte actora.

El tema incide más en la ponderación del riesgo de asociación ex art. 11.2 LCD que en la imitación ex art. 11.1 LCD pero, fuere como fuere, lo cierto es que la estampación en el exprimidor del signo denominativo, como explica la resolución recurrida, no permite la diferenciación fácilmente visible.

Y es que, como ya se dijo, la distinta denominación no empece a que se pueda aplicar el ilícito de imitación dado que los productos deben compararse en su conjunto (SS., entre otras, 22 de noviembre de 2006; 30 de mayo, 12 de junio y 17 de julio de 2007) y no atendiendo a elementos aislados, de ahí que sea acertada la alusión en las sentencias de instancia al “impacto visual” de los productos en conflicto, y sin que quepa confundir la forma de presentación como creación con la similitud de la forma de presentación del producto -creación material- imitado.

Insiste la parte recurrente en el principio de libre imitabilidad, cuya importancia no cabe negar, pero el mismo se excluye cuando concurre alguna de las tres excepciones que prevén los apartados 2 y 3 de la LCD relativos a riesgo de asociación, o aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno, o imitación sistemática, y sin perjuicio de la contraexcepción para los dos primeros casos de la inevitabilidad ex art. 11.2, párrafo segundo.

En el caso, no resulta de aplicación el principio de libre imitabilidad porque claramente se aprecia en la

resolución recurrida que hay un riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de los productos en conflicto, es decir, la imitación es idónea para producir una asociación entre la prestación imitadora y la prestación original, constituyendo la asociación “la errónea creencia del destinatario a la vista de las características del producto que proceden de la misma fuente empresarial o de distinta fuente pero existiendo vinculaciones jurídicas o económicas entre una y otra que expliquen la semejanza” (S. 11 de marzo de 2004), y aprovechamiento indebido de la reputación.

Finalmente se refiere el motivo a que los productos en conflicto se venden en establecimientos distintos (Ariete en tiendas de electrodomésticos y grandes superficies y Comelec en bazares).

Y aunque tal apreciación, de ser así (que tampoco consta debidamente), no resulta relevante para estimar que no hay riesgo de asociación porque los consumidores medios no son diferentes, como tampoco resulta relevante el distinto precio, en cualquier caso la Sentencia recurrida no solo aprecia el tipo desleal del riesgo de asociación, sino también, como se dijo, el de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, el que ni siquiera presupone, como indica la doctrina, que las prestaciones pertenezcan al mismo sector del mercado.

Por todo ello, el motivo decae.

TERCERO.- En el motivo segundo se acusa infracción de los arts. 18.3 de la Ley de Competencia Desleal y 1.106 del Código Civil, con clara oposición a la doctrina jurisprudencial que interpreta dichos preceptos recalando que la cuantificación de los daños y perjuicios debe basarse en criterios restrictivos, ajustándose a las circunstancias del caso concreto, en juicio de razonable de verosimilitud y de probabilidad objetiva, sin que en ningún caso pueda fundamentarse la indemnización por lucro cesante en meras expectativas, esperanzas o sueños de ganancia.

La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia establece una indemnización únicamente por lucro cesante que fija en la cuantía reclamada de 67.614 euros que dice, “dadas las cifras obrantes en el informe pericial se considera ajustada a derecho”.

Al respecto razona que “como puede observarse del resultado de la pericial practicada por D. Simón la cantidad de unidades de exprimidores vendidas en el año 2000 fue de 1696, en el año 2001 fue de 10.955, en el año 2002 fue de 22005 y en el año 2003 descendió a 21.696.

La venta de exprimidores de la demandada se inició en agosto de 2002 y terminó aproximadamente en octubre de 2003, habiéndose vendido durante todo el periodo una cantidad

total de 11972 unidades, que obviamente no vendió la demandante.

Es por ello precisamente que con fundamento en el beneficio correspondiente a la venta de cada exprimidor dejado de percibir así como el número de unidades no vendidas, se cifra por la demandante “la cuantía reclamada en 67.614 euros”.

La Sentencia de la Audiencia argumenta “es claro que el descenso de ventas de uno implica las ventas por el otro, que se ha introducido, en aquel momento, en el mercado”.

Para impugnar la condena indemnizatoria y su cuantía, por el recurrente se indica que no concurre dolo ni culpa (S. 7 de junio de 2000), que la cifra indemnizatoria es totalmente desproporcionada, que el criterio seguido se basa en una simple hipótesis, que se incurre en abuso de derecho, que falta relación de causalidad, y que se han infringido las Sentencias de 22 de junio de 1967, 16 y 30 de junio y 30 de noviembre de 1993 y 8 de junio de 1996.

La primera de las alegaciones expresadas debe ser rechazada porque si bien es cierto que el art. 18.5ª LCD establece que podrá ejercitarse la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente, la sentencia recurrida aprecia la existencia del criterio de imputación subjetivo con base en el expreso reconocimiento de la propia recurrente del conocimiento previo del producto de la demandante e, incluso, de la solicitud anterior de la existencia de un derecho de propiedad industrial sobre el mismo, con lo que la introducción en el mercado tendía, directamente, a aprovechar la precedente, por medio de la oferta de la copia servil, y tal apreciación suficiente para fundamentar la existencia del dolo, o al menos de culpa, no ha sido desvirtuada ni en su base fáctica, ni en su ponderación jurídica.

Por lo que hace referencia a las restantes alegaciones, después de resaltar que las sentencias de instancia (la de primera en cuanto que su argumentación es asumida por la de apelación) no contradicen la doctrina de esta Sala, tanto en lo que se refiere a la existencia, como a la cuantía del lucro cesante, porque:

a) la apreciación se funda en la prueba pericial;

b) se toma como pauta un dato de cierta probabilidad objetiva que resulta del decurso normal de las costas o acontecimientos, sin que opere sobre hechos imaginarios o utópicos o, consideraciones dudosas o contingentes, o fundadas en vaguedades, incertidumbres o meras vaguedades;

c) no se puede sostener que la apreciación, en atención a su naturaleza y a las propias circunstancias

del caso, adolece de falta de ponderación o razonabilidad.

Manteniendo el ámbito de "cognitio" de este Tribunal, como no puede ser de otra manera, dentro de los estrictos límites del juicio casacional, que impiden entrar en aspectos de carácter relativo, y circunscriben el perímetro de actuación a los campos de la ilegalidad y arbitrariedad o irrazonabilidad, procede responder al motivo, que, en la conclusión, ni en la argumentación, del juzgador "a quo" hay ninguno de los posibles vicios revisables en casación.

Las alegaciones de que los productos en conflicto se dirigen a públicos diferentes y que en la realidad del mercado influyen numerosos factores en las ventas de los artículos (política comercial y de precios, calidad, imagen de marca, etc) no pasan de ser factores relativos que no pueden servir de fundamento a las afirmaciones apodícticas de desproporción total de la suma indemnizatoria y abuso de derecho del parámetro indemnizatorio porque no hay tal relación entre las premisas y las consecuencias; y en cuanto a la alusión a la falta de relación de causalidad entre el leve descenso de los exprimidores de Ariete en 2003 y la introducción en el mercado de exprimidores Comelec, aparte de incurrir en un cuestionamiento de la valoración de la prueba, improcedente en sede casacional, no se ajusta a la evidencia de los hechos, a falta de otros factores que expliquen lo acontecido.

Por todo ello el motivo decae, y tanto más si se advierte la aplicabilidad al caso del art. 1.107, párrafo segundo, del Código Civil.

CUARTO.- La desestimación de los motivos conlleva la del recurso de casación y la condena en costas de la parte recurrente de conformidad con lo establecido en el art. 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la LEC.

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

FALLO

Que desestimamos el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia el 9 de diciembre de 2004, en el Rollo núm. 638 de 2004, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legisla-

tiva pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete. Rubricados.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández, 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.



2009/38178

TS Sala 2ª, Sentencia 3 marzo 2009. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Aplicación del tipo atenuado del art. 163,4 CP 95

Detención ilegal por policía municipal

La Sala del TS dicta segunda sentencia en la que estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado en el sentido de considerar aplicable el tipo atenuado de detención ilegal del art. 163,4 CP 95 puesto que el recurrente se limitó a conducir a la víctima a las dependencias policiales, donde lo presentó, siendo puesto en libertad algún tiempo después por los funcionarios que prestaban servicio en esas dependencias. Formula voto particular el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de un delito de detención ilegal y una falta de lesiones dolosas, a las penas de cinco años de prisión, por el delito, y multa, por la falta, formaliza su Recurso de Casación con apoyo en cuatro diferentes motivos, de los que el Primero de ellos afirma la existencia de un error en la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia (art. 849.2º LECr), contradictoria con el contenido del atestado policial que encabeza las actuaciones, en el que se afirma que la conducta del recurrente tuvo como origen un delito de desobediencia y resistencia graves cometido previamente por el ulterior denunciante. A este respecto, es cierto que el apartado 2º del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción

en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperabilidad (SsTS de 23 de junio y 3 de octubre de 1997, por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "litosuficiente", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 y 18 de julio de 1997, por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy "documentada" que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales (SsTS de 23 de diciembre de 1992 y 24 de enero de 1997, entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial,

de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justifican la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de junio y 24 de septiembre de 2001).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de tales premisas, el motivo en el presente supuesto claramente aparece como infundado, ya que carecen, en absoluto, del referido carácter de litosuficiencia los documentos designados por quien recurre, consistentes en los incorporados al atestado policial que, como se ha dicho hasta la saciedad, no tiene otro valor que el de la mera denuncia y, por ende, no ostenta ningún privilegio de veracidad, máxime si, como acontece en el presente caso, se alude a él en lo relativo a las calificación jurídica de la conducta de un ciudadano, tarea que obviamente compete al Tribunal, a la vista, como en este supuesto, de la prueba disponible para llevar a cabo la valoración jurídica de dicho comportamiento.

Razones por las que es evidente la procedencia de la desestimación del motivo.

TERCERO.- A su vez, los restantes motivos se refieren a tres diferentes infracciones de Ley (art. 849.1º LECr), en que habrían incurrido los Jueces "a quibus", por indebida aplicación del artículo 167 del Código Penal, que describe la infracción objeto de condena, e indebida inaplicación, tanto del 163.4, que se refiere a un tipo atenuado de la detención ilegal, como del 20.7ª, eximente de obrar en el ejercicio legítimo de oficio o cargo, en relación con la falta de lesiones. El cauce casacional que ahora se utiliza, con base en el apartado primero del artículo 849 de la Ley procesal, de acuerdo con numerosos pronunciamientos de esta Sala, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la co-

recta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

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

A) En tal sentido, es clara la improcedencia de los motivos Segundo y Cuarto, toda vez que, de acuerdo con la literalidad del relato fáctico de la recurrida, ni la detención puede considerarse, de acuerdo con lo que el recurrente sostiene, como correctamente fundada y llevada a cabo, a la vista de la evidente desproporción que revela ese relato de los hechos, en el que no se recoge elemento alguno que pueda legalmente justificar, a partir de una simple discusión entre el policía y el conductor del ciclomotor acerca de una supuesta infracción de tráfico, la necesidad de privar a éste de libertad (art. 167 CP), ni tampoco es posible aplicar una circunstancia de exención de la responsabilidad criminal, como la alegada (art. 20.7º CP), a la acción de Everardo de dar un golpe con el casco, que aún llevaba puesto, sobre el pecho del detenido y un manotazo en su cara sin motivo alguno para ello, de acuerdo nuevamente con la narración contenida en la Resolución de instancia.

B) No ocurre lo mismo, no obstante, con el motivo Tercero, relativo, como vimos, a la indebida inaplicación del artículo 163.4 del Código Penal.

En efecto, en el presente caso, los hechos declarados probados se han calificado como un delito de detención ilegal cometida por funcionario, del artículo 167 del Código Penal, en relación con el 163.1.

En este sentido, el artículo 167 dice: "La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años." Mientras que, a su vez, el apartado 1 del artículo 163 dispone que "El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años."

Por su parte, el precepto que, subsidiariamente, interesa la Defensa del recurrente como de aplicación al caso, vinculado al referido 167, que es el apartado 4 del artículo 163, establece: "El particular que, fuera de

los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses." Cuestión que resulta de importante trascendencia, dada la gran diferencia de penalidad entre ambas previsiones típicas, aunque confusa doctrinalmente hasta hoy, a la vista de los contradictorios pronunciamientos contenidos, al respecto, en la doctrina de esta Sala.

Así, acerca de si es posible aplicar a la Autoridad o Funcionario, que cometa la detención ilegal de una persona, el supuesto privilegiado del artículo 163.4, "...cuando fuere para presentarla inmediatamente a la autoridad...", como parece admitir la amplitud con que se expresa la remisión desde el artículo 167, o, por el contrario, la respuesta negativa, con base en la restricción a "El particular..." que contiene el apartado 4 del 163, ya se pronunció, en términos realmente dubitativos, la STS de 10 de enero de 2001, que decía:

"A pesar de la generalidad de la expresión del artículo 167 del Código Penal englobando la comisión de todos los hechos descritos en los artículos anteriores, no parece posible que entre ellos pueda incluirse la figura del número 4 del artículo 163, que parece sólo podrá cometer un particular, aunque, tal vez, cabe la comisión por autoridad o funcionario cuando sus funciones incluyan la detención de personas para presentarlas inmediatamente a otra autoridad." A su vez, la STS de 29 de marzo de 2006, junto con un análisis de otras Resoluciones partidarias de la compatibilidad entre ambos preceptos, concluye en la solución negativa para el caso analizado, en los siguientes términos:

"El motivo plantea la compatibilidad entre el art. 167 y el art. 163-4. No se desconoce la existencia de resoluciones de esta Sala que se han mostrado partidarias de la posible aplicación del tipo de detención privilegiado cuando el sujeto activo se trata de un agente policial, aunque fuera de servicio, en tal sentido se contabilizan las sentencias -SSTS 1120/2000 de 23 de junio, 72/2003 de 28 de enero, 1516/2005 de 21 de enero de 2005 y 415/2005 de 23 de marzo-. Merece la pena un examen de estas dos últimas sentencias.

La sentencia 1516/2005 de 21 de enero de 2005, se refiere a la detención acordada por un agente policial en el marco de una investigación relativa a una imprudencia con resultado de daños derivado de un hecho de la circulación, en la que acordó, en la propia Comisaría, la detención del presunto responsable. Abierta causa contra el agente policial por este hecho, la Audiencia calificó de "supina" la ignorancia del agente policial que acordó la detención ante el hecho a investigar que en modo alguno la justificaba, absolviéndole del deli-

to del art. 167 en relación con el 163.4 del Código Penal. Esta Sala de casación estimando el recurso interpuesto por la Acusación Particular razonó que "es evidente que se debió aplicar el art. 167 y 163.4" condenándole en consecuencia a una pena mínima, dado el "carácter supino de la ignorancia de la antijuridicidad" que patentizó el agente policial al acordar la detención en aquel escenario. La sentencia 415/2005 de 23 de marzo, también acordó aplicar el artículo 167, en relación con el art. 163.3 del Código Penal.

Se trataba de una detención acordada por funcionario policial que, con la finalidad de tender una trampa en el marco de una operación de drogas, procede a la detención de una persona, la que fue llevada a cabo materialmente por otros funcionarios policiales avisados por el primero. Esta Sala casacional rechazó la sugestiva tesis de que la detención realmente no se había materializado por la decisión del funcionario imputado sino por la de la dotación interviniente, antes bien estimó que la dotación policial interviniente que actuó a instancias del imputado actuó como mero instrumento de la decisión adoptada en exclusiva por dicho imputado.

La aplicación del párrafo 3º del art. 163 se debió a la duración sobre la que se extendió dicha detención. Pues bien, la conclusión que se deriva de las dos sentencias analizadas más in extenso es clara en el sentido de que por un lado cuando con plena conciencia de la antijuridicidad de la acción un funcionario acuerda sin causa legal la detención de un particular, no es posible derivar la acción al supuesto privilegiado del párrafo 4º del art. 163, y por otro lado, en orden a la autoría es evidente que ésta se concentra en el que decide la detención y que ejerce el dominio de la acción y no en la dotación policial que materialmente y siguiendo las instrucciones de aquél la lleva a cabo presentando al detenido en la Comisaría. Con más claridad podemos citar la sentencia 1585/2003 de 30 de diciembre de 2003, que excluye la aplicación del artículo 163-4 en los supuestos de ejercicio abusivo y desviado, y por tanto doloso de las funciones de policía en ejercicio de tal, estimando que el sujeto activo del artículo 163-4 sólo puede ser un particular.

También se pueden citar las sentencias 606/2001 de 10 de abril y 435/2001 de 12 de marzo de 2001, en la primera se excluye la aplicación del párrafo 4º del artículo 163 cuando el sujeto activo sea un miembro de la policía, y en la segunda, se mantiene la aplicación del párrafo 4º por respeto a la interdicción de la reformatio in peius pero como obiter dicta se declara la incompatibilidad entre el artículo 167 y el 163-4. Mientras que, de forma mucho más concluyente, había afirmado tan sólo seis días antes la STS de 23 de mar-

zo de 2006: "...la mencionada detención fue ilegítima y constituyó el mencionado delito de los arts. 163.4 y 167. "Razones por las que se consideró conveniente el planteamiento y discusión de la referida cuestión en el seno del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, que, celebrado el día 27 de enero de 2009, tras la correspondiente deliberación, adoptó mayoritariamente el siguiente Acuerdo: "La remisión que el artículo 167 del Código Penal hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último." Los argumentos fundamentales, en abono de esta tesis definitivamente triunfante, giran en torno a los siguientes extremos:

a) De una parte, se afirma que, si bien la descripción típica del artículo 167, referido a las detenciones ilegales llevadas a cabo por Autoridad o funcionario público distintas de las contempladas en el artículo 530 del mismo Código Penal, parece incongruente con una vinculación al supuesto del apartado 4 del 163, ya que éste se encabeza con la referencia a "El particular...", lo cierto es que esta referencia a la literalidad de ambos preceptos no puede ser considerada como un obstáculo absoluto para la discutida posibilidad de remisión, toda vez que también el apartado 1 del meritado artículo 163, precisamente aplicado por la Audiencia en el presente caso, también castiga a "El particular que encerrare o detuviere a otro...".

b) Por ello, la remisión del 167 ha de entenderse no referida a la integridad de los distintos tipos objetivos descritos en los diferentes apartados del artículo 163, con todos los elementos que los definen, sino, tan sólo, a un aspecto concreto de éstos, a saber, la acción típica, por lo que se trata de una remisión al hecho, sin incluir el carácter del sujeto de la acción.

c) En cualquier caso, se constata que el repetido artículo 167, con su generalidad, no excluye expresamente la posibilidad de remisión a ninguno de los supuestos del 163.

d) Y, en ese sentido, tampoco parece razonable ante una situación, cuando menos, de duda interpretativa, que esta duda se despeje "contra reo", excluyendo la aplicación del subtipo atenuado, si éste se corresponde con la conducta declarada como probada, aún cuando ésta hubiere sido llevada a cabo por una Autoridad o funcionario público.

e) Máxime cuando el "plus" en el desvalor de esa acción, en razón a la peculiaridad del sujeto activo del ilícito por tratarse precisamente de persona que, en su condición de funcionario, está llamado a garantizar y preservar los derechos del ciudadano, ya encuentra respuesta en el propio artículo 167, que dispone la agravación del castigo previsto para quien no fuere funcionario, a lo largo de todos los supuestos del 163, fijan-

do la pena en su mitad superior y, lo que es más, imponiendo también una inhabilitación absoluta entre ocho y doce años de duración que, obviamente, supone además la pérdida de esa profesión vinculada a la protección de los derechos del ciudadano.

f) No debiendo, así mismo, desdeñarse la mayor proporcionalidad que, con esta interpretación, se alcanza, al sancionar una acción consistente en esa transitoria y breve privación de libertad, con una finalidad que no es sino la puesta a disposición de un tercero, también agente de la Autoridad, para que disponga sobre la pertinencia o no de la detención y consecuente puesta en libertad del privado de ella, frente a los cuatro años de prisión que, como mínimo, prevé el apartado 1 del artículo 163.

Y así, como quiera que basta leer la narración fáctica contenida en la Resolución recurrida para comprobar que la conducta del recurrente fue precisamente coincidente con la previsión legal establecida en el repetido apartado 4 del artículo 163, ya que se limitó a conducir a la víctima a las dependencias policiales, donde le presentó, siendo puesto en libertad algún tiempo después por los funcionarios que prestaban servicio en esas dependencias, una vez decidida la posibilidad de remisión al referido supuesto atenuado de los actos de privación ilegal de la libertad cometidos por funcionario público, a los que se refiere el artículo 167, resulta obviamente de aplicación, con estimación del presente motivo, el aludido supuesto, debiendo proceder a continuación al dictado de la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se extraigan las consecuencias derivadas de esta estimación y de la nueva calificación jurídica de los hechos enjuiciados.

TERCERO.- Dada la conclusión parcialmente estimatoria de la presente Resolución procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la declaración de oficio de las costas causadas en este Recurso.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación parcial del Recurso de Casación interpuesto por la Representación de Everardo contra la Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, el 23 de enero de 2008, por delito de detención ilegal y falta de lesiones dolosas, que casamos y anulamos parcialmente, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente Segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Luciano Varela Castro.- Luis-Román Puerta Luis.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de marzo de dos mil nueve En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 3 de Badalona con el número 1828/2002 y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona por delitos de detención ilegal, contra la integridad moral, atentado, falta de lesiones y falta de daños, contra Everardo, con DNI núm.004, nacido el 18 de diciembre de 1964, en Barcelona, hijo de Narciso y de Amelia; y contra Jesús Miguel, con DNI núm.005, nacido en Madrid, el día 7 de febrero de 1980, hijo de Roque y de Rosario, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 23 de enero de 2008, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar los siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el Fundamento Jurídico Segundo de los de la Resolución que precede y por las razones ya expuestas en ese lugar procede la aplicación, al presente supuesto, del tipo atenuado de detención ilegal del artículo 163.4, en relación con el 167, del Código Penal. Estableciendo, en cuanto a la cuantía de la cuota diaria de la pena de multa, que se impone al igual que la de inhabilitación absoluta en su mínimo legal, la de 20 euros, diferente de la inicialmente fijada por la Audiencia, en atención a las circunstancias económicas del reo (art. 50.5 CP), hasta la fecha de los hechos enjuiciados, al menos, miembro de la policía local del municipio de Badalona, con los ingresos correspondientes a esa ocupación.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Everardo, como autor de un delito de detención ilegal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro meses y quince días de multa, con una cuota diaria de veinte euros, y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, y ocho años de inhabilitación absoluta, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Resolución de instancia, en lo relativo a la condena por la falta de lesiones dolosas, indemnizaciones e imposición de costas causadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Luciano Varela Castro.- Luis Román Puerta Luis.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta en relación a la Sentencia recaída en el recurso de casación núm. 454/2008. A través del presente voto particular expreso mi disensión a la sentencia en lo referente a la posibilidad de que la remisión penológica que contempla el art. 167, que tipifica la conducta del funcionario público que detiene ilegalmente a un ciudadano, pueda ser referida también al apartado 4 del art. 163 del Código penal. También me opuse al Acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala al que se refiere la Sentencia como fundamento de la remisión. Ciertamente el art. 167 del Código penal prevé una penalidad referenciada a la de los delitos anteriores reguladores de los delitos de detención ilegal, pero esa remisión penológica no es exclusivamente a las penas previstas en los artículos anteriores, sino que requiere la comisión de algunos de los hechos descritos en los artículos anteriores conminados con distintas penas.

En consecuencia, es preciso que el funcionario público que detiene ilegalmente realice su conducta en los términos que figura en los tipos penales a los que se remite el art. 167 Cp.

Resulta claro que el funcionario público puede con su conducta realizar el tipo del art. 163.1, 163.2 y 163.3 Cp., esto es, puede detener ilegalmente a una persona, puede ponerlo en libertad dentro de los tres días siguientes a su detención, y puede detenerlo durante un tiempo superior a quince días. También puede realizar con su conducta la modali-

dad del secuestro del art. 164, o realizar la detención ilegal con las modalidades de agravación específica del art. 165, o, por último, puede no dar razón del paradero del detenido ilegalmente, art. 166.

Esas modalidades comisivas de la detención ilegal pueden ser realizadas por un funcionario público, actuando fuera de los casos permitidos por las leyes y si mediar causa por delito. En estos supuestos la remisión penológica establecida en el art. 167, que prevé la pena de los anteriores artículos agravada con su imposición en la mitad superior, es razonable y proporcionada a la gravedad del hecho, dada la condición de funcionario público que actúa fuera de los casos permitidos en las leyes. Sin embargo, entiendo, y esa es la razón de mi disenso a la sentencia, el funcionario público no puede realizar la conducta prevista en el art. 163.4 Cp, esto es, "el particular que, fuera de los casos permitidos en las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses".

Este tipo penal describe una modalidad típica de detención ilegal atenuada, un tipo penal privilegiado, cuya razón ha sido discutida. Así, se ha encontrado justificación en su consideración de error de prohibición expresamente tipificado, al recogerse en el tipo la conducta de la persona que cree, erróneamente, encontrarse en un supuesto de amparo legal para detener, conforme al art. 490 de la Ley procesal penal. Para otro sector de la doctrina, el tipo penal sanciona los supuestos en los que el autor es consciente de no encontrarse en un supuesto de justificación en la detención, sin embargo detiene para entregarlo inmediatamente a la autoridad.

En estos supuestos, la justificación podría encontrarse en la inmediatez de la puesta a disposición de la autoridad. Se trataría de un supuesto de conducción a la autoridad, consciente de la falta de autorización legal, para su detención, justificando el trato benigno en la inmediatez temporal del hecho, esto es, en el mínimo tiempo de privación de libertad. Ninguna de estas justificaciones a la benignidad del tratamiento penal sería aplicable al funcionario policial que detiene ilegalmente a un ciudadano. El funcionario público, particularmente, el policial tiene atribuidas funciones de prevención de la seguridad y está autorizado a privar del derecho fundamental a la libertad en los supuestos de justificación previstos en la ley, estatuyéndose en garante del derecho a la libertad de los ciudadanos.

Su conducta no es la del particular que conduce de forma inmediata a la autoridad al detenido, pues es él mismo autoridad, desde la perspectiva del tipo, esto es funcionario con posibili-

dad de actuar contra el bien jurídico libertad en los supuestos de justificación por lo que su incumplimiento, actuando contra la libertad del ciudadano ni merece el trato benigno, ni realiza la conducta típica del art. 163.4 del Código penal, esto es, la detención de una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad. Por ello, entiendo que no cabe que el funcionario público pueda ser penado por el art. 163.4 del Código penal, salvo el supuesto de actuación como particular

en el que esta Sala ha aplicado este tipo atenuado a supuestos de actuación sin ejercicio de funciones públicas. Andrés Martínez Arrieta.

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

Audiencia Nacional en los autos núm. 179/06, estima la demanda y declara “la obligación de las partes representadas en la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Consejo de Administraciones (sic) del Patrimonio Nacional de elaborar un reglamento consensuado que regule las Escuelas Taller conforme establece la Disposición Adicional Cuarta de dicho texto legal”.

Entre otras cosas, la Sala de instancia declara probado:

a) que el Convenio Colectivo suscrito el 13 de febrero de 2002 (BOE 14-3-2002) “sigue prorrogado hasta la fecha actual”;

b) que la Comisión Paritaria “se reunió los días 10.11.03, 10.3.04 y 19.4.06 sin alcanzar acuerdo alguno sobre el Reglamento de las Escuelas Taller”;

c) que “la Comisión de Elaboración del Reglamento Escuelas Taller se reunió (entre otros:

“hubo otras reuniones”) los días 24.3.04, 14.4.04, 27.4.04, 10.5.04, 15.3.06, 15.3.07 y 22.3.07, sin que conste medida alguna en cuanto a la elaboración del dicho Reglamento”.

El argumento utilizado por la sentencia impugnada para acoger favorablemente la pretensión actora, en esencia, consiste en afirmar que la ausencia del Reglamento “evidencia una falta de voluntad por parte de los negociadores”, aunque, después de descartar la aplicación de los arts. 1091, 1125 y 1156 del Código Civil (“ni siquiera el Código Civil puede ayudarnos ritamente en este trascendental trance, de incertidumbre y desazón obligacionales”, dice la sentencia), concluye (y ésta es, por llamarlo de alguna manera, la verdadera “ratio decidendi” del fallo) que “lo único que puede hacer la Sala, aparte de dar totalmente la razón a USO, es instar a las partes a que se pongan a trabajar de una vez, siquiera sea en sesiones no muy largas para evitar toda situación de estrés pacticio (sic), agotamiento neuronal o cansancio antifonario (sic)”.

TERCERO.- Frente a la referida sentencia se ha interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta del Patrimonio Nacional, recurso que ha sido impugnado por el sindicato actor, sin que el resto de los sindicatos codemandados, pese a haberse personado uno de ellos (CCOO) ante esta Sala, hayan efectuado alegación alguna.

El Ministerio Fiscal considera procedente el tercer motivo del recurso, y tal conclusión se alcanza por entender, con cita de doctrina del Tribunal Constitucional (TC 34/84, 71/99, 210/92 y 20/93) y de la sentencia de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2002

(R. 814/01), que la pretensión ejercitada por el sindicato demandante no responde a una controversia concreta sino que, según asegura, “estamos ante el supuesto de una acción declarativa carente de los requisitos que permitan su justificación”.

El recurso formulado articula tres motivos diferenciados. El primero, amparado en el apartado c) del art. 205 de la LPL, denuncia el “quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en relación con los arts. 218.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y 24.1 de la Constitución, por falta de motivación fundada en derecho”, y termina solicitando que la sentencia sea casada y anulada porque, según dice, pese a reconocerse en dicha resolución la propia incapacidad de la Sala sentenciadora “para encontrar un precepto de derecho que imponga a los demandados la obligación de resultado consensuado que pretende el demandante”, “no es posible limitarse a dar totalmente la razón a USO (que, como vimos, son lo términos literales empleados por la sentencia impugnada), sin que se sepa por qué motivos fundados en derecho se le da la razón al actor, motivos (...) que se sustituyen además por una admonición innecesaria e impropia, acompañada de un excurso ciertamente sorprendente, dicho sea en términos de recurso”.

El segundo motivo, con amparo en el apartado d) del art. 205 LPL y con sustento en dos documentos unidos a partir del folio tercero del ramo de prueba de la Administración (Acta de la Comisión Paritaria 01/06, celebrada el 19-4-06, e Informe de la misma fecha de la Comisión Paritaria, previo a la tramitación de la demanda de conflicto presentada por USO), postula la adición de un nuevo párrafo al ordinal tercero de la declaración de hechos probados con el siguiente contenido:

“En particular, en la sesión de 19 de abril de 2006 consta un Informe de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo, en el que, entre otros extremos, dice lo siguiente: Esta Comisión Paritaria informa, según lo previsto en el artículo 96.1 del Convenio Colectivo, de que se ha procedido a la celebración de diversas reuniones del grupo de trabajo en las que se está negociando la elaboración del citado Reglamento, reuniones a las que asisten representantes del sindicato USO.

Dicho Reglamento no se ha finalizado al no haber alcanzado el consenso exigido en la disposición adicional cuarta, no habiéndose dado por finalizada la negociación”.

El tercer y último motivo, amparado ahora en el art. 205.e) de la LPL, denuncia la infracción del tenor literal de la disposición adicional 4ª del Convenio Colectivo del Patrimonio

TS SOCIAL

2009/128296

TS Sala 4ª, Sentencia 26 mayo 2009. Ponente: D. José Luis Gilolmo López

No presupone la obligación de alcanzar un acuerdo

Deber de negociar un Reglamento para las Escuelas Taller

Estima el TS el recurso de casación planteado por Patrimonio Nacional frente a sentencia que, en proceso de conflicto colectivo, manifestó la existencia de una falta de voluntad por parte de los negociadores en la elaboración del Reglamento que regule las Escuelas Taller.

Entiende la Sala que la elaboración del mismo no constituye una obligación exigible, dado que su cumplimiento depende de un suceso futuro y, en principio incierto, cual es la propia necesidad de consenso entre los sujetos negociadores, sin que, por tanto, al depender la condición de la concorde voluntad de ambos, dicha obligación condicional pueda declararse nula. En definitiva, la norma convencional no presupone una obligación de alcanzar un acuerdo, sino de intentarlo y, según se desprende de la inmodificada declaración de hechos probados, los intentos de transacción no se han abandonado, pues las partes negociadoras del convenio, se reunieron al menos en siete ocasiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Unión Sindical Obrera (USO en adelante) promovió escrito de conflicto colectivo ante la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el 20 de septiembre de 2006, que, asumido por dicha administración central y al amparo del art. 156 de la LPL, dio lugar a la demanda de oficio que inició las presentes actuaciones, dirigidas frente a la empleadora “Patrimonio Nacional” y contra las entidades sindicales “Federación Sindical de Administración Pública de Comisiones Obreras” (en adelante CCOO), “Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores” (UGT) y “Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios” (CSIF en adelante).

La pretensión ejercitada por USO consiste en que se declare “la obligación de las partes representadas en la Comisión Negociadora del Convenio

Colectivo del Personal Laboral al servicio del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional de elaborar un reglamento consensuado que regule las Escuelas Taller conforme establece la Disposición Adicional Cuarta del mismo”.

La referida DA 4ª dice así:

“Las Escuelas Taller promovidas por el Patrimonio Nacional, dentro de los programas subvencionados por el INEM, se regularán por su propio Reglamento al no serles de aplicación lo previsto en el presente Convenio.

En el plazo de seis meses, las partes representadas en la Comisión Negociadora de este Convenio Colectivo elaborarán un reglamento consensuado que regule las Escuelas Taller”.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, dictada el 29 de mayo de 2007 por la Sala de lo Social de la

Nacional (BOE 14-2-2002), en relación con los arts. 37.1 de la Constitución, 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores y con aquella misma disposición adicional, por una parte, y con los arts. 3, 7.1 y 1281 y siguientes del Código Civil por otra.

CUARTO.- El primer motivo no merece favorable acogida, pese a que, en efecto, la más que confusa fundamentación de la sentencia impugnada, haga difícil la comprensión de las razones que han conducido a la Sala sentenciadora a estimar la demanda.

Como tantas veces ha recordado el Tribunal Constitucional, “el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos” e “implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2; 177/2007, de 23 de junio, FJ 6; y 134/2008, FJ 2; entre otras muchas).

Desde esta perspectiva, conviene tener presente que la resolución aquí impugnada, tras anunciar en el primero de sus “fundamentos de derecho”, sin mayor explicación, que “los hechos que se han declarado probados lo han sido en virtud de lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, teniendo en cuenta para ello los documentos aportados y la conformidad de las partes, valorados de acuerdo a las reglas de la sana crítica judicial, todo lo cual conducirá a la estimación de la demanda”, afirma en su segundo “fundamento” que el transcurso de casi cinco años desde la firma del Convenio Colectivo “evidencia una falta de voluntad por parte de los negociadores”.

Sin embargo, esa hipotética “falta de voluntad”, referida al parecer no sólo a la consecución de un “reglamento consensuado”, que es a lo que alude el precepto convencional, sino incluso a la ausencia de los actos preparatorios tendentes a tal logro, no concuerda en absoluto con la declaración de hechos probados, en la

que se constata la existencia, al menos (“hubo otras reuniones”, dice también el relato fáctico), de siete reuniones de la llamada “Comisión de Elaboración” del polémico Reglamento los días 24 de marzo, 14 y 27 de abril y 10 de mayo de 2004, 15 de marzo de 2006, y 15 y 22 de marzo de 2007 (hecho probado 4º), así como otras tres reuniones más de la Comisión Paritaria del Convenio sin alcanzar acuerdo alguno sobre ese mismo Reglamento los días 10 de noviembre de 2003, 10 de marzo de 2004 y 19 de abril de 2006 (hecho probado 3º).

No obstante, lo verdaderamente relevante, a efectos de comprobar la denuncia de la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por ausencia de motivación, es que la misma Sala sentenciadora reconoce que “la obligación (de redactar un Reglamento consensuado) sigue en vigor”, y es precisamente esa apreciación la que, en definitiva, determina la estimación de la demanda. Y aunque después la propia sentencia impugnada realiza alguna reflexión poco apropiada de figurar en cualquier resolución judicial (“La verdad es que, llegados a estas alturas, no vemos con claridad cómo la Sala puede, en un estado de Derecho, compelerles a que lo hagan, ya.

En un régimen autoritario sería fácil, claro que no habría Convenio, con lo cual estaríamos, en todos los casos, sin el malhadado reglamento”), descartando igualmente la aplicación al caso de los artículos 1091, 1125 y 1156 del Código Civil cuando afirma de forma sorprendente que “ni siquiera el Código Civil puede ayudarnos ritamente en este transcendente (sic) trance, de incertidumbre y desazón obligacionales”, lo cierto es que, al acoger favorablemente la pretensión, resulta congruente con lo pedido, sin que siquiera se denuncie con claridad por la parte recurrente que tan insólitos argumentos le hayan causado indefensión.

El planteamiento “jurídico” de la cuestión objeto de debate lo efectúa la Sala de instancia en los siguientes términos:

“Tenemos dos partes que negocian y pactaron la Disposición Adicional 4ª del Convenio, y las dos partes parecen estar de acuerdo en no hacer nada, aquejados, al parecer, de una rara especie de vagancia negociadora.

Si (sic) ninguna de ellas reclama el cumplimiento, ¿quién se va a poner a hacer el reglamento en cuestión? Ahí está el detalle”.

Y sin mayores explicaciones, como ya vimos, la misma Sala concluye (FJ 4º) que “lo único que puede hacer”, “aparte de dar totalmente la razón a USO, es instar a las partes a que se pongan a trabajar de una vez, siquiera sea en sesiones no muy lar-

gas para evitar toda situación de estrés pacticio (sic), agotamiento neuronal o cansancio antifonario (sic)”.

Parece evidente, pues, que, a pesar de esa expresa manifestación de voluntad (“dar totalmente la razón a USO”) -que desde luego, por sí sola, ni equivale ni puede suplantar a la necesaria motivación-, la verdadera razón jurídica de la estimación de la demanda, al margen de su acierto o desacierto, se encuentra, al entender de la Sala sentenciadora, en la incondicionada permanencia de la obligación (“sigue en vigor”, se dice) de elaborar y concluir el tan repetido Reglamento.

Y como quiera que, además, aunque parca y confusa, tal argumentación no ha causado indefensión a la entidad recurrente (ya dijimos que ni tan siquiera la denuncia), la propuesta de nulidad de la sentencia impugnada se revela excesiva y contraria a los principios generales de economía y de celeridad (art. 74.1 LPL) procesal, máxime si, como luego se verá, la sentencia habrá de ser necesariamente revocada.

QUINTO.- La adición fáctica impugnada en el segundo motivo tampoco debe prosperar, no sólo porque, según en seguida se comprobará, resulta claramente intranscendente a los efectos del fallo sino también porque, en contra de lo que requiere constante jurisprudencia, los documentos en los que se apoya no acreditan por sí solos, sin necesidad de conjeturas, deducciones o especulaciones como las que el propio recurrente efectúa, cualquier equivocación o error en la apreciación de la prueba por la Sala de instancia.

SEXTO.- El tercer motivo ha de ser favorablemente acogido, en síntesis, porque la sentencia impugnada, al reconocer a la DA 4ª del Convenio un alcance que no tiene, lo ha vulnerado.

El compromiso asumido por las partes representadas en la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo en cuestión (es decir, por un lado, la entidad Patrimonio Nacional y, por otro, las centrales sindicales UGT y CCOO, según de advierte en la Resolución de 5 de marzo de 2002, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispuso su inscripción y publicación: BOE 14-3-2002), consistente en que, en el plazo de seis meses, “elaborarán un reglamento consensuado que regule las Escuelas Taller” DA 4ª del Convenio), no constituye una obligación exigible, en los términos previstos por el art. 1113 del Código Civil, pues su cumplimiento, obviamente, depende de un suceso futuro y, en principio, incierto, como es la propia necesidad de consenso de los sujetos negociadores, sin que, por tanto, al depender la condición de la concorde voluntad de ambos, dicha obligación condicio-

nal tampoco pueda declararse nula (art. 1115 CC).

Siendo pues una obligación subordinada a tal circunstancia, la demanda encaminada a la obtención de la mera declaración o reconocimiento de la existencia de la propia obligación, además de entrañar, como acertadamente pone de relieve el Ministerio Fiscal, una pretensión carente de eficacia alguna porque su objeto coincide exactamente con el contenido de la propia norma pactada, al no existir el referido consenso, debió ser íntegramente desestimada, máxime cuando en el mismo Convenio Colectivo también se establece que “en tanto no se ultime el Reglamento previsto para las Escuelas Taller en la disposición adicional cuarta, les será de aplicación el régimen previsto en el Convenio Colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional de 1992” (Disposición transitoria tercera del Convenio), con lo que se evidencia la voluntad de los negociadores de prorrogar, ya sea de forma temporal o no definitiva, la normativa anterior mientras no se alcanzara el deseado consenso.

En definitiva, la norma convencional en cuestión no presupone una obligación de alcanzar un acuerdo sino sólo de intentarlo, de manera análoga a lo que sucede con el “deber-derecho” previsto en el art. 89.1 del ET (aunque no sea éste exactamente el caso porque aquí la fuente normativa no es la Ley sino la autonomía colectiva), respecto del que constante jurisprudencia (por todas: TS 17-11-1998, R. 1760/98; 20-10-1997, R. 2717/95; o 30-9-1999, R. 3652/98) ha dado claramente a entender que únicamente impone a las partes la obligación de negociar, y de hacerlo de buena fe, pero no que se obtenga éxito en la negociación.

Y como, según se desprende de la inmodificada declaración de hechos probados, los intentos de transacción no se han abandonado, pues las partes negociadoras del Convenio, integradas en la denominada “Comisión de Elaboración del Reglamento Escuelas Taller”, se reunieron a tales efectos al menos en siete ocasiones entre marzo de 2004 y marzo de 2007 (hecho probado 4º), e incluso otra comisión, la Paritaria del Convenio, lo hizo con ese mismo propósito en otras tres ocasiones más entre noviembre de 2003 y abril de 2006 (hecho probado 3º), la demanda, como se adelantó, debió ser desestimada porque el pacto no establecía una obligación de resultado.

SÉPTIMO.- Las consideraciones expuestas conducen a la estimación del recurso, a la casación y revocación de la sentencia de instancia y a la consecuente desestimación de la demanda. Sin costas (art. 233.2 LPL).

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



EL DERECHO

Año XVI. Número 2740

Madrid, 20 de septiembre de 2009

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

FALLO

Estimamos el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación de Patrimonio Nacional, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en fecha 29 de mayo de 2007 (autos núm. 179/06), en el proceso de conflicto colectivo seguido a instancia del

Sindicato Unión Sindical Obrera (USO) frente a Patrimonio Nacional, Federación Sindical De Administración Pública De Comisiones Obreras (FSAP-CCOO), Federación De Servicios Públicos De La Unión General De Trabajadores (FSP-UGT) y Confederación De Sindicatos Independientes Y Sindical De Funcionarios (CSI-CSIF), y, en consecuencia, con revocación de dicha resolución,

desestimamos en su integridad la demanda origen de las presentes actuaciones. Sin costas. Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Jesús Gullón Rodríguez.- Mi-

lagros Calvo Ibarlucea.- Luis Fernando De Castro Fernández.- José Luis Gilolmo López.- María Luisa Segoviano Astaburuaga. Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis Gilolmo López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

RESEÑA

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

TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/150230

TC, Sección 2ª, Sentencia 15 junio 2009.
Ponente: D. Pablo Pérez Tremps

Condena por delito de lesiones en el ámbito familiar sin intermediación

El TC, al resultar acreditado que el órgano de apelación volvió a valorar los testimonios del recurrente y su pareja sentimental sobre lo sucedido en el vehículo y el modo de producirse las lesiones que ambos presentaban, para llegar a una conclusión contraria a la del Juez de lo Penal, en la que se sustentó la condena, concluye que con ello se ha lesionado la garantía de intermediación. Es por ello que otorga el amparo solicitado, reconociendo lesionados sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

TS CIVIL

2009/101660

TS Sala 1ª, Sentencia 20 mayo 2009.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Representación de entidad cooperativa ejecutante en reclamación de pagaré

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad banca-

ria avalista y parte ejecutada en el procedimiento de ejecución cambiaria, confirmándose tanto la sentencia de instancia como la de la AP que no admiten la oposición planteada, al sí estar acreditada la representación de la cooperativa ejecutante cuando reclamó el pagaré, habiéndose efectuado el oportuno protesto, y siendo clara en este sentido la distinta jurisprudencia alegada para fundamentar el recurso interpuesto y basado en el interés casacional.

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/112232

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 14 abril 2009.
Ponente: D. José Díaz Delgado

Nulidad del nombramiento de magistrado por el llamado cuarto turno ante la inexistencia de vacante

El TS desestima el recurso contencioso administrativo y confirma la resolución que acordó la nulidad del acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ que aprobó el nombramiento de la actora como Magistrado, adscrita a la Sala de lo Contencioso- Administrativo, con sede en Sevilla, del TSJ de Andalucía. El Tribunal expone que la existencia de vacantes es necesaria, tanto para el acceso a Magistrado por escalafón, como por el denominado cuarto turno. Sostener lo contrario, esto es la posibilidad de establecer convocatorias de plazas por este cuarto turno, aun no existiendo vacantes correspondientes a dicha proporción, pero siendo adscritos a órganos judiciales, antes de la existencia de la cuarta vacante correspondiente, supondría alterar la pro-

porción de miembros de la carrera judicial correspondiente a dicho turno según la legislación vigente.

2009/112229

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 20 mayo 2009.
Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne

Sanción impuesta por la Mesa del Congreso al funcionario que facilitó la entrada ilegal a unos videoartistas

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra el acuerdo de la Mesa del Congreso que sancionó al recurrente, funcionario de las Cortes Generales, como autor de una falta grave. Razona el Tribunal que queda suficientemente acreditado que la conducta del recurrente es constitutiva de infracción, habiéndose realizado un juicio valorativo por la Mesa del Congreso racionalmente fundado, quedando acreditada la culpabilidad del recurrente que con su actuación consciente y premeditada facilita la grabación de forma ilegal y engañosa del interior del Congreso, poniendo en entredicho, dado el contenido del video, la dignidad del mismo, tampoco puede entenderse vulnerado con la sanción impuesta el principio de proporcionalidad, sanción que no alcanzó su grado máximo, teniendo en cuenta la trascendencia pública que alcanzó la difusión del video.

2009/112230

TS Sala 3ª, Sección 8ª, Sentencia 20 mayo 2009.
Ponente: D. Enrique Cancer Lalanne

Inexistencia de responsabilidad judicial por retraso en la tramitación de procedimientos

El TS declara la inadmisibilidad del recurso contencioso interpuesto frente al acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ, que no apreció conducta generadora de responsabilidad disciplinaria.

Señala la Sala que se entiende por retraso injustificado en la resolución de un asunto, la grave despreocupación hacia obligaciones ineludibles y una absoluta falta de ejercicio de las acciones judiciales a las que legalmente vienen obligados jueces y magistrados, debiendo ser un retraso reiterado y no solo injustificado y referirse a una pluralidad de hechos o supuestos. El Tribunal considera que en la litis no concurren estas circunstancias y si bien se produce una tardanza excesiva, cinco meses, en la tramitación y resolución del asunto penal seguido contra el recurrente, la misma queda justificada atendiendo a las circunstancias concurrentes y teniendo en cuenta que no se está ante un asunto que merezca la calificación de especial trascendencia o que afecte a derechos fundamentales.

TS SOCIAL

2009/128279

TS Sala 4ª, Sentencia 29 abril 2009.
Ponente: D. Víctor Fuentes López

Efectos no retroactivos de reconocimiento de pensión de viudedad a integrante de pareja homosexual

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que declaró el derecho del miembro de la pareja de hecho del mismo sexo accionante a percibir pensión de viudedad.

Señala la Sala que la Ley 13/2005, de 7 julio, que añadió un segundo párrafo al art. 44 CC, disponiendo que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo, no elimina una discriminación preexistente, sino que instaura algo nuevo, eliminando una concepción que estimó anticuada acerca de la naturaleza de las relaciones de convivencia entre parejas de un mismo sexo, construyendo con ello un nuevo marco de derechos y deberes que antes no tenían las parejas homosexuales, todo ello con un carácter constitutivo y novedoso que, por su propia naturaleza, sólo tiene efectos "ex nunc", o sea, carácter prospectivo y no retroactivo. Formula Voto Particular el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina.