



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2814

Madrid, martes 6 de abril de 2010



2009/307426

TS Sala 4ª, Sentencia 1 diciembre 2009. Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

No se realizan actividades perjudiciales

Compatibilidad entre prestación por IPA y trabajo

Recurre en casación para la unificación de doctrina el demandante, administrador único y mecánico en sociedad limitada, contra sentencia que acordó la suspensión del abono de la pensión por IPA que venía percibiendo.

Estima el TS el recurso pues considera compatible la percepción de la prestación con el desarrollo de tareas burocráticas como administrador que, no sólo no son perjudiciales para su salud, sino que, incluso, tienen un efecto positivo de rehabilitación cardiológico en el aspecto anímico. Entiende la Sala que la incompatibilidad que la LGSS prevé es la relativa a actividades que sean inadecuadas o perjudiciales para el incapacitado, de ahí que en el caso de autos lo que procedería sería la revisión de la incapacidad por mejoría o por error de diagnóstico, pero nunca la incompatibilidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante era administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada, que lleva su propio nombre y de la que afirma que "es de su propiedad", donde trabajaba también de mecánico de frío industrial. Se siguió expediente de declaración de incapacidad permanente, en el que le fue reconocida por resolución de 22 de julio de 2005 una incapacidad permanente absoluta con derecho a la correspondiente pensión del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. La incapacidad se relaciona con una enfermedad cardíaca, que se describe como "irregularidad distal del tronco DA y estenosis previa severa del 90%, coronaria derecha 60% y circunfleja con lesión del segmento medio", aparte de "cervicobraquialgia izquierda con origen traumático", presentando como factores de riesgo "la hipertensión y la dislipemia, limitación del hombro izquier-

do y mano, neuritis de la región cubital, radiculitis en evolución, estando limitado para trabajos de pequeños esfuerzos, tensión emocional y física, así como los que implican cambios bruscos de temperatura".

En el hecho probado sexto se dice que el demandante en el momento actual continúa presentando arteroesclerosis severa de las arterias, una capacidad nula para todo tipo de trabajo que requiera esfuerzos físicos, aunque recoge el informe del especialista que destaca que "el desempeño de las tareas burocráticas simples de Administrador del demandante, no es perjudicial para su estado de salud, teniendo por el contrario un componente positivo de rehabilitación cardiológico en el aspecto anímico". El demandante causó alta en el RETA en enero de 2006, al pasar a desempeñar el cargo de administrador con carácter retribuido y en atención a esta circunstancia el INSS en julio de ese año

procedió a suspender el abono de la pensión por considerarla incompatible con el trabajo realizado. La sentencia recurrida, acogiendo el recurso del INSS, considera que la incapacidad se reconoció en función de una actividad en la que "la profesión principal" era la de administrador único y entiende que, con independencia de que lo que hubiera procedido en su momento era una incapacidad total, lo cierto es que se ha obtenido el grado de absoluta y este grado, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, no puede considerarse compatible con el desempeño de actividades que constituyen el núcleo de una profesión, sino que ha de limitarse a actividades marginales.

Se desestima, por tanto, la demanda, confirmando la suspensión acordada por el INSS. Contra este pronunciamiento recurre el actor, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social de la Rioja de 24 de julio de 2008.

En ella se trata de una trabajadora que tenía reconocida desde 1998 por sentencia una pensión de incapacidad permanente absoluta. El 30 de enero de 1997 la actora había advertido al INSS que pasaba a ejercer una actividad por cuenta propia como gerente de una empresa de atención familiar, de la que es titular del 100% del capital social (afirmación fáctica en el fundamento jurídico segundo). Por resolución de 7 de noviembre de 2002 el INSS acordó no proceder a la revisión de la pensión, pero suspendió el abono de la pensión por la realización de un trabajo incompatible. La demandante padece una malformación con sinostosis C5-C6 con una secuela de intento de fusión de la región C6-C7. La sentencia de contraste estimó el recurso de la actora y revocó la declaración de incompatibilidad, argumentando que el artículo 141 de la Ley General de la Seguridad Social admite la realización de actividades compatibles con el estado del inválido, y que en el caso decidido la actividad realizada no perjudica a la salud del beneficiario, ni supone cambio en su capacidad de trabajo.

SEGUNDO.- Hay, desde luego, diferencias en los supuestos examinados. El INSS en su impugnación

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Cuestión sobre la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género 4

TS

CIVIL

Suficiente distinción de rótulo mixto de establecimiento registrado 6

Inexistencia de prórroga forzosa en arrendamiento de local de negocio 7

PENAL

Calificación de falta de lesiones y no delito 8

ADMINISTRATIVO

Anulación del estudio de detalle aprobado para construir la ciudad deportiva de la Federación Española de Fútbol 12

Inadmisión del recurso por no acreditar la persona jurídica su voluntad de litigar 14

SOCIAL

Compatibilidad entre prestación por IPA y trabajo 1

Legitimación de asociaciones de ámbito provincial para negociar convenio autonómico 3

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

señala que son distintas las lesiones padecidas y las profesiones desempeñadas. Pero estos datos no son relevantes. En los dos casos se trata de la gestión administrativa de un negocio familiar, aunque con forma de sociedad mercantil capitalista, y se excluye que las actividades administrativas desarrolladas sean perjudiciales para el estado del beneficiario; en el caso de la sentencia recurrida se afirma además que la actividad es beneficiosa.

El problema se sitúa en otro plano, que es el de la compatibilidad no física, sino jurídica de la pensión con el trabajo. La contradicción se produce, por tanto, en el ámbito de la actividad compatible, que para la sentencia recurrida tiene que ser una actividad de "carácter adjetivo o marginal" que no comprende un ejercicio profesional como administrador social, aunque se trate de una empresa propia en la que, como indicaba la sentencia de instancia, el trabajo puede adecuarse a las posibilidades del beneficiario.

Podría objetarse que en el presente caso la actividad que se ejerce es la misma que se desempeñaba antes de la declaración de la incapacidad, lo que no sucede en el caso de la sentencia de contraste, lo que sitúa, desde luego, la compatibilidad en un plano distinto, pues obviamente no podría estar incapacitado quien, después de la declaración de incapacidad, sigue desarrollando el mismo trabajo que realizaba con anterioridad.

Pero no es éste exactamente el caso, porque el demandante desempeñaba dos trabajos: el de administrador y el de mecánico de frío industrial, con lo que estamos ante una actividad profesional compleja, y, aunque la sentencia recurrida considera como principal la actividad de administrador, no hay ningún dato fáctico que sustente esta conclusión, y más bien se puede concluir que en el marco del trabajo en un negocio propio -aunque con forma de sociedad de capital- lo que se valora en esa apreciación es la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por la vía del artículo 97.2.k) de la Ley General de Seguridad Social, es decir se considera principal la actividad que ha determinado la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con independencia de que en el plano estrictamente laboral el trabajo más importante en términos de esfuerzo y capacidad fuese el de mecá-

nico frente a la mera gestión administrativa de una empresa personal dedicada a comercio, reparación y mantenimiento de maquinaria de hostelería.

TERCERO.- El recurso en su único motivo denuncia la infracción del artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social, sosteniendo que la actividad desarrollada por el demandante es compatible con su estado, por lo que no cabe suspender la pensión por esta causa. El motivo ha de estimarse, como propone el Ministerio Fiscal, porque la doctrina ha sido ya unificada por la sentencia del Pleno de la Sala de 30 de enero de 2008 (recurso 480/2007).

En ella se parte de la necesidad de conciliar, por una parte, el régimen de compatibilidad del artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que admite con gran amplitud el ejercicio de actividades, lucrativas o no, compatibles con el estado del inválido, y la definición del artículo 135.5 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 -vigente en virtud de la disposición transitoria quinta bis de la LGSS/1994-, que considera como incapacidad absoluta la que inhabilita por completo para toda profesión u oficio, por lo que quedarían fuera de protección en ese grado las lesiones que permitan el ejercicio regular de una profesión u oficio. De acuerdo con esta configuración de la situación protegida, la pensión por incapacidad permanente absoluta resultaría incompatible, como resaltó la línea mayoritaria tradicional de la Sala, con el desempeño del "núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sea, pues a todos afecta tal grado de invalidez" y sólo puede compatibilizarse con determinadas "labores de orden adjetivo o marginal".

Pero la propia doctrina de la Sala ha establecido también en ocasiones que la definición legal no puede entenderse en un sentido literal y estricto, pues la experiencia muestra que, por grave que pueda ser el estado del incapacitado, siempre resta una capacidad de trabajo residual que puede ser utilizada, incluso de forma regular, en determinados empleos. De esta forma, la calificación de la incapacidad permanente absoluta es "un juicio problemático de las expectativas de empleo" del trabajador, que en los casos incluidos en ese grado quedan extraordinariamente limitadas (sentencia de 6 de marzo de 1989).

Esta segunda concepción, más realista, de la incapacidad absoluta, es la que late en el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social y es la que debe prevalecer al enjuiciar las controversias relativas al régimen de compatibilidad entre la pensión y el trabajo.

Así, el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social se orienta a una noción flexible de la compatibilidad, que se advierte en los dos elementos esenciales de su regulación. Por una parte, lo que se valora a efectos del régimen de compatibilidad no son las rentas -la de la pensión y la del trabajo-, sino la relación entre el trabajo y el estado del incapacitado, de forma que lo que se prohíbe en el primer inciso de la norma es el ejercicio de aquellas actividades que no sean "compatibles" -en el sentido de inadecuadas o perjudiciales- con el "estado" -no con la pensión- del beneficiario.

Por otra parte, si pasamos al segundo elemento de la regulación, vemos que éste se orienta hacia la revisión de la incapacidad, con lo que el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social debe ser interpretado en función del artículo 143 de la misma ley. Dice el segundo inciso del artículo 141.2 que la pensión tampoco impedirá "el ejercicio de actividades (por el incapacitado) que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión".

Es importante resaltar que tampoco aquí estamos ante una regla de incompatibilidad (exclusión de la pensión por la percepción de una renta de trabajo), sino ante la constatación de la realización de un trabajo cuyo desempeño pone de relieve que el beneficiario no está realmente incapacitado en el grado concedido. Por ello, no procede en este caso la suspensión por incompatibilidad, sino la iniciación del expediente de revisión en los términos previstos en 143.2.2º de la Ley General de la Seguridad Social: "si el pensionista por invalidez permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución". Se observa aquí una deficiencia en la conexión entre los artículos 141.2 y 143.2.2º de la Ley General de la Seguridad Social, porque el primero remite a la revisión para los supuestos

en que el desempeño del trabajo ponga de relieve "un cambio en la capacidad de trabajo", es decir, una "mejoría".

Ahora bien, el desempeño del trabajo puede no suponer una mejoría en el estado del inválido, pero puede poner de relieve que ese estado ya no resulta determinante de la incapacidad reconocida. Pues bien, en ese caso, tampoco estamos, según el artículo 141.2.2 de la Ley General de la Seguridad Social, ante un supuesto de incompatibilidad, sino ante una revisión por error de diagnóstico, que, según el artículo 143.2.3º de la Ley General de la Seguridad Social, podrá llevarse a cabo en cualquier momento.

CUARTO.- En resumen, la única incompatibilidad que formula el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social para la pensión de incapacidad permanente absoluta es la relativa a las actividades que sean "incompatibles" en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado.

El desarrollo por éste de actividades no perjudiciales dará lugar, no a una incompatibilidad, sino a una revisión por mejoría o por error de diagnóstico.

Este es el sistema legal de incompatibilidad y no cabe corregirlo a través de una interpretación restrictiva, pues, como ya señaló la sentencia de 30 de enero de 2008, ello produciría disfunciones importantes, como el tratamiento peyorativo de la incapacidad absoluta respecto a la total (el incapacitado absoluto perdería su pensión por un trabajo concurrente, lo que no sucedería en el caso del incapacitado total) o la desincentivación de la reinserción de los incapacitados absolutos, lo que no sucedería si en caso de trabajo del incapacitado absoluto se revisara el grado para reconocer, por ejemplo, una incapacidad total.

El sistema legal ha partido de una reducción muy amplia de las posibilidades de empleo del incapacitado absoluto, pero no ha establecido una incompatibilidad general entre la pensión y las rentas de trabajo. La incompatibilidad queda reducida a las actividades no adecuadas para el incapacitado, debiendo resolverse las demás a favor de la compatibilidad o de la revisión del grado. En el presente caso es claro que el trabajador no

ejercita una actividad profesional que sea perjudicial o inadecuada a su estado y no se ha abordado por la gestora la revisión en virtud de una mejoría o de un error de diagnóstico, por lo que la sentencia recurrida ha incurrido en la infracción legal que se denuncia.

QUINTO.- Debe, por tanto, estimarse el recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el recurso de suplicación, desestimando el mismo y confirmando la sentencia de instancia. Todo ello sin imposición de costas por tener reconocido el organismo recurrente en suplicación el beneficio de justicia gratuita.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. León, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de 2 de abril de 2.008, en el recurso de suplicación núm. 2849/07, interpuesto frente a la sentencia dictada el 5 de julio de 2.007 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Granada, en los autos núm. 1141/06, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre seguridad social.

Casamos la sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), anulando sus pronunciamientos y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y confirmamos la sentencia de instancia. Todo ello sin imposición de costas por tener reconocido el organismo recurrente en suplicación el beneficio de justicia gratuita. Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), 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. Gonzalo Moliner Tamborero.- Aurelio Desdentado Bonete.- José Luis Gilolmo López.- María Lourdes Arastey Sahún.- Antonio Martín Valverde.

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

2009/315136

TS Sala 4ª, Sentencia 3 diciembre 2009. Ponente: Dª Mª Lourdes Arastey Sahún

Legitimación de asociaciones de ámbito provincial para negociar convenio autonómico

El TSJ desestima el recurso de casación interpuesto por la asociación demandante frente a sentencia que rechazó su demanda sobre impugnación de convenio colectivo. La Sala señala que no cabe aceptar las tesis de la parte recurrente que niega legitimación a las asociaciones de ámbito provincial por tener el convenio un ámbito territorial superior, sin incidir en el otro elemento decisivo, cual es el de la implantación de las asociaciones firmantes en el territorio en cuestión, ya que, aun cuando extiendan su actuación a una provincia, bien pudiera suceder que en ella cubrieran ya más del 10% de los empresarios de la Comunidad Autónoma, circunstancia que se desconoce en este caso y sobre la que la parte actora no plantea siquiera cuestión y, si bien es cierto que la determinación de la representatividad presenta especiales dificultades cuando se trata de las asociaciones empresariales, al no contar con la garantía de datos fiables incorporados a registros oficiales, la distribución de la carga de la prueba impone, a quien combate la legalidad del convenio colectivo, el deber de soportar y superar dicha dificultad y en este caso la recurrente no cumple este deber pues se ha limitado a negar la implantación y representatividad de las asociaciones integrantes del banco empresarial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación que formula la Asociación empresarial demandante contiene un único motivo, amparado en el apartado e) del art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Como antes se ha indicado en los Antecedentes, la parte recurrente denuncia la incorrecta interpretación de los arts. 82, 83, 87 y 88 del Estatuto de los trabajadores, "en cuanto a la legitimación para formar parte de la Comisión negociadora del Convenio y la composición de las unidades de negociación", en relación al art. 90 del mismo texto legal, "en cuanto a las causas de impugnación de los convenios", y el art. 8 del convenio colectivo objeto de

impugnación, "en cuanto al ámbito funcional".

Para la solución del litigio, se hace preciso poner de relieve que es un hecho probado no combatido en esta alzada el que la parte actora - ahora recurrente- había participado en las negociaciones del III Convenio colectivo, impugnado en este procedimiento.

No obstante, no suscribió los acuerdos adoptados "por no estar de acuerdo con el plus de acercamiento que se incorporó al texto del convenio como art. 102" (hecho probado sexto de la sentencia recurrida).

La acción ejercitada en la demanda, de impugnación del convenio colectivo, se fundamenta en la falta de legitimación del banco empresarial que suscribió el citado III Convenio. Argumenta quien recurre que no ofrecía duda la legalidad de los dos primeros convenios colectivos, precedentes del impugnado, porque habían sido suscritos por cinco asociaciones empresariales, entre las que se encontraba la Confederación de Empresas de Derivados del Cemento de la Comunidad Valenciana (CE-DEVAL), elemento clave, a su entender, para cumplimentar el requisito de la representatividad empresarial, por cuanto su ámbito territorial y funcional era coincidente con el que delimitaba la unidad de negociación.

Sin embargo, en el momento de la negociación del III Convenio esta Confederación había sido disuelta y, además, la demandante decidió no suscribir los acuerdos. Todo ello hace que, a juicio de la recurrente, quienes finalmente firmaron el convenio, por la parte empresarial, no cubran un ámbito territorial y funcional igual o mayor al del convenio.

Así, siguiendo el razonamiento del recurso, dos de las asociaciones tienen un ámbito circunscrito exclusivamente a las provincias de Castellón y Alicante, respectivamente, y, aunque ANEFHOP tiene implantación estatal, no cubre todo el ámbito funcional del convenio, según el art. 8 del mismo, antes invocado.

SEGUNDO.- La legitimación para negociar de las asociaciones empresariales se rige por los dispuesto en el art. 87.3 del Estatuto de los trabajadores; a cuyo tenor, en los convenios de ámbito superior a la empresa, poseen tal legitimación " las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 % de los empresarios, en el sentido del art. 1.2 de esta Ley, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados".

Pero la ley distingue entre la legitimación para negociar y la legitimación para constituir la comisión negociadora, de suerte puesto

que en el art. 88.1, párrafo segundo, en relación a los convenios colectivos de ámbito superior al de empresa, se indica que " la comisión negociadora quedará válidamente constituida, sin perjuicio del derecho de todos los sujetos legitimados para participar en ella en proporción a su representatividad, cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio ".

Tal y como acertadamente apunta la sentencia recurrida con cita de la sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 2001 (rec.4477/2000) -a la que han seguido otras, como las STS 5 de noviembre de 2002 (rec. 11/02) y 20 de junio de 2006 (rec. 189/2004)-, se configura así un sistema de triple legitimación: la legitimación inicial - para negociar-; la llamada legitimación complementaria, plena o deliberante -para constituir válidamente la mesa negociadora del convenio colectivo de eficacia general-; y, finalmente, la legitimación negociadora, que es una cualidad de los sujetos que entra en juego a la hora de adoptar acuerdos, de tal suerte que solamente alcanzarán eficacia aquellos que estén avalados con el voto favorable de cada una de las dos representaciones (art. 89.3 ET).

Como sosteníamos en la STS de 20 de junio de 2006 (rec. 189/2004), " tratándose -ya en concreto- de Asociaciones empresariales, con la entrada en vigor de la Ley 11/1994, la legitimación inicial -art. 87.3 ET - requiere que cada asociación (no el conjunto de las que concurren) cumpla la doble exigencia de que formen parte de la asociación el 10 por 100 de los empresarios del sector y que tales empresas ocupen el 10 por 100 de los trabajadores afectados; y la legitimación plena -art. 88.1 ET - va ya referida al conjunto de todas las asociaciones, no a cada una de ellas (SSTS 25/05/96 -rec. 2005/1995-; 19/11/01-rec. 4826/00-; y 21/11/02-rec. 42/02 -)"

Se añade a ello la doctrina seguida en la STS de 21 de noviembre de 2005 (rec. 148/2004), según la cual " para determinar la concreta legitimación de los representantes del banco empresarial, se ha de computar no solo aquellos empresarios que ejercen su actividad en la totalidad del ámbito funcional y geográfico, sino también la de cualquier empresario que en el ámbito territorial se dedique a alguna de las actividades que integran en marco funcional del Convenio ".

En esta últimas sentencia se recordaba, a su vez, la STS de 1 de

octubre de 1998 (rec. 3114/97), que entendió que esta representatividad del art. 88.1 párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores “ se ha de computar en el marco del Convenio que se quiere negociar, el cual está delimitado por los ámbitos personal, funcional y territorial del mismo “.

Por ello, no cabe aceptar las tesis de la parte recurrente que niega legitimación a las asociaciones de ámbito provincial por tener el convenio un ámbito territorial superior, sin incidir en el otro elemento decisivo, cual es el de la implantación de las asociaciones firmantes en el territorio en cuestión, ya que, aun cuando extiendan su actuación a una provincia, bien pudiera suceder que en ella cubrieran ya más del 10% de los empresarios de la Comunidad Autónoma, circunstancia que se desconoce en este caso y sobre la que la parte actora no plantea siquiera cuestión.

Este mismo argumento sirve para rebatir la alegación de falta de legitimación de la tercera de las patronales demandadas que, siendo de ámbito nacional, es tachada por la recurrente por agrupar a empresas que cubran todo el ámbito funcional del convenio colectivo.

Falta respecto de ambas argumentaciones la prueba de la realidad fáctica en la que deberían apoyarse. Como recuerdan las de esta Sala de 21 de marzo de 2002 (rec. 516/2001) y 21.11.05 (rec. 148/2004) “ una reiterada doctrina jurisprudencial sobre la distribución de la carga de la prueba en las reclamaciones jurisdiccionales sobre representatividad de las partes de los convenios colectivos, iniciada por sentencia de 17 de junio de 1994, mantenida luego en sentencia de pleno de 5 de octubre de 1995, y reafirmada posteriormente en sentencias de 14 y 27 de febrero de 1996 y 25 de enero de 2001.

De acuerdo con esta línea jurisprudencial, se presume que quienes participan en la negociación y conclusión de un convenio colectivo tienen representatividad suficiente, mientras que quienes impugnan la legalidad de los actos de negociación pueden hacerlo desde luego por las vías jurisdiccionales previstas a tal efecto, pero soportan la carga de la prueba tanto de su propia condición representativa como de la falta de representatividad de quienes participan o han participado en la negociación colectiva impugnada “.

Y si bien es cierto que la determinación de la representatividad presenta especiales dificultades cuando se trata de las asociaciones empresariales, al no contar con la garantía de datos fiables incorporados a registros oficiales, a diferencia de lo que sucede con los resultados de las elecciones sindicales

(véase la STS 21.9.06 -rec. 27/2005 -), la distribución de la carga de la prueba impone a quien combate la legalidad del convenio colectivo el deber de soportar y superar dicha dificultad. No cumple con tal gravamen la parte demandante que se limita a negar la implantación y representatividad de las asociaciones integrantes del banco empresarial.

TERCERO.- En congruencia con lo razonado hasta el momento, desestimamos también este último motivo, lo que comporta la desestimación íntegra del recurso, coincidiendo con ello con la postura del Ministerio Fiscal. Procede confirmar la decisión judicial recurrida; debiendo cada parte hacerse cargo de las costas causadas a su instancia (art. 233.2 LPL).

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

FALLO

Que, desestimando el recurso de casación interpuesto por la ASOCIACIÓN VALENCIANA DE PREFABRICADOS DE HORMIGÓN contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictada el 22 de abril de 2008 en los autos núm. 13/2007, seguidos por impugnación de convenio colectivo a instancia de dicha parte frente a la ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE EMPRESAS DE LA CONSTRUCCIÓN DE CASTELLÓN, la FEDERACIÓN DE DERIVADOS DEL CEMENTO Y COMERCIO-ALMACENISTAS DE MATERIALES PARA LA CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO DE ALICANTE (FEDCAM), la ASOCIACIÓN NACIONAL ESPAÑOLA DE FABRICANTES DE HORMIGÓN PREPARADO (ANEFHOP), la FEDERACIÓN DEL METAL, CONSTRUCCIÓN Y AFINES DE UGT PAÍS VALENCIANO y la FEDERACIÓN DE CONSTRUCCIÓN, MADERA Y AFINES DE CC.OO. DEL PAÍS VALENCIANO, debemos confirmar y confirmamos la misma. 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.

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



2009/275781

TC Sala 3ª, Sentencia 26 noviembre 2009. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Posible contradicción con los arts. 14, 25 y 117 CE

Cuestión sobre la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género

La cuestión de inconstitucionalidad ha sido planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria respecto de los arts. 153 y 171 CP 95 en su redacción dada por la LO 1/2004 de 28 diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. El TC considera que la providencia que formalizó el trámite de audiencia a las partes exigido por el art. 35,2 LOTC identificó los citados artículos del CP 95 como los preceptos potencialmente cuestionados, sin que se hiciera referencia alguna ni al art. 87 ter LOPJ, ni al art. 44 LO 1/2004, lo cual resulta, por sí mismo, determinante de la inadmisión de la cuestión. Añade, además, la insatisfactoria realización del auto de planteamiento. Formulan votos particulares los Magistrados, D. Vicente Conde Martín de Hijas, D. Javier Delgado Barrio, D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y D. Ramón Rodríguez Arribas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente cuestión de inconstitucionalidad ha sido planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria contra los arts. 37, 38 y 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género por su posible contradicción con los arts. 14, 25 y 117 de la Constitución. El Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado descartan que se hayan producido las vulneraciones denunciadas, si bien éste último solicita, de forma prioritaria, la inadmisión de la demanda por concurrir en ella óbices procesales.

SEGUNDO.- La resolución de la presente cuestión requiere hacer una aclaración previa sobre su objeto. Y ello por cuanto el propio Auto de planteamiento genera una cierta confusión al respecto, ya que, tal y como ha quedado reflejado en el tercer antecedente de esta resolución, si bien en su parte dispositiva se dirige directamente frente a los arts. 37, 38 y 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, sus argumentos se dirigen alternativamente frente a dicha Ley Orgánica -en su totalidad, por discutir su propio punto de partida, o en lo que se refiere a los concretos preceptos enunciados- o frente a los preceptos del Código penal (arts. 153 y 171) y de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 87 ter), que habrían

sido, respectivamente, modificados y adicionados por los artículos de la Ley Orgánica 1/2004 específicamente identificados.

Esta confusión debe ser, con todo, superada a tenor de las concretas alegaciones del Auto, que permiten concluir que el Juzgado dirige, propiamente, sus dudas de constitucionalidad, por una parte, contra los arts. 153 y 171 del Código penal, en la redacción dada a los mismos por la Ley Orgánica 1/2004 y, de forma más precisa, contra sus respectivos apartados primero y cuarto, en los que están tipificadas las conductas en las que habría, supuestamente, incurrido el acusado en el proceso a quo y, por otra, contra el nuevo art. 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que introduce la figura de los Juzgados de Violencia de Género.

Esta conclusión no implica, sin embargo, que se cumpla con los requisitos procesales respecto de todos los preceptos identificados, tal y como pasamos a explicar.

TERCERO.- Concorre, en efecto, respecto de uno de los preceptos cuestionados -el art. 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducido por el art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género-, un doble óbice procesal que determina la inadmisión de la cuestión de inconstitucional en este punto.

No se ha cumplido, respecto de este concreto precepto, con el trámite de audiencia exigido por el art. 35.2 LOTC, ni se cumple con el requisito del juicio de relevancia, como ocurriera en el caso de varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el mismo Juzgado y que, en función de las peculiaridades del caso, fueron inadmitidas por este Tribunal en sendos Autos, empezando por el ATC 13/2006, de 17 de enero, y acabando por el 453/2007, de 12 de diciembre.

Tal y como ha quedado reflejado en el antecedente segundo de esta resolución, la providencia que formalizó el trámite de audiencia a las partes exigido por el art. 35.2 LOTC identificó los “arts. 153 y 171 del CP” como los preceptos potencialmente cuestionados, sin que se hiciera referencia alguna ni al art. 87 ter LOPJ, ni al art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, lo cual resulta, por sí mismo, determinante de la inadmisión de la cuestión, en lo que se refiere a dicho precepto, por aplicación de la consolidada jurisprudencia de este Tribunal sobre las consecuencias del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de dicho trámite, y a la que se remiten los Autos señalados (por todos, ATC 453/2007, de 12 de diciembre, FJ 2).

A lo anterior, se suma “la insatisfactoria realización, en el Auto de planteamiento, del preceptivo juicio de relevancia, como sucedió en el caso que dio lugar al dictado del ATC 13/2006, de 17 de enero” (en términos del mismo ATC 453/2007, FJ 3), particularmente en lo que se refiere al juicio de aplicabilidad y relevancia respecto del mismo art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, ya que tampoco en este caso en el Auto de planteamiento “se recoge razonamiento alguno sobre la aplicabilidad y relevancia para el caso sometido al conocimiento del órgano judicial promotor de la cuestión del art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, por el que se procedió a la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, nueva categoría de órganos judiciales en la que no se integra el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria”.

Extremo éste último que, como ocurriera en el caso de las cuestiones del mismo Juzgado promotor inadmitidas por los Autos 189/2006, de 6 de junio, FJ 3, y 401/2006, de 8 de noviembre, FJ 3, “se reconoce en el propio Auto de planteamiento de la cuestión, si bien se añade seguidamente que ‘el proceso que hoy se ha sometido a enjuiciamiento de este Tribunal sí ha sido instruido por un Juzgado de Violencia doméstica, por lo que este órgano debe entenderse legitimado para impugnar la ley en este sentido’.

En esta argumentación se olvida, como se recordaba en el ATC 189/2006, que la cuestión de inconstitucionalidad no es un mecanismo

entregado a los órganos judiciales para que éstos, al margen de las funciones jurisdiccionales que tienen exclusivamente atribuidas por el art. 117 CE, impugnen la labor de los poderes legislativos, sino un delicado instrumento procesal que permite la colaboración entre órganos judiciales y jurisdicción constitucional para realizar el mandato de asegurar la supremacía de la Constitución mediante la depuración del Ordenamiento jurídico a través de la expulsión de éste de las normas con fuerza de ley contrarias a aquella (por todos, ATC 367/2003, de 13 de noviembre, FJ 4 y las numerosas resoluciones allí citadas)”.

No se puede alcanzar, sin embargo, la misma conclusión de inadmisión respecto del cuestionamiento del art. 171.4 CP a pesar de las alegaciones al respecto del Fiscal General del Estado.

De la lectura del acta del juicio oral se desprende que el Ministerio Fiscal elevó a definitivas las conclusiones provisionales, en las que se tipificaban los hechos supuestamente cometidos por el acusado tanto como un delito de maltrato familiar como de un delito de amenazas.

Lo cual es coherente con los razonamientos del propio Ministerio Fiscal al dar contestación al trámite de audiencia previo al planteamiento de la cuestión cuando afirma que se cumple con el juicio de relevancia tanto respecto del art. 153.1 como del 171.4 del Código penal, conclusión que, por otra parte, en ningún caso discute el acusado en su contestación al mismo trámite.

CUARTO.- Una vez sentado que debe ser inadmitida la cuestión en lo que se refiere al art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, quedan por resolver las dudas planteadas por el Juzgado promotor acerca de la constitucionalidad de los arts. 153.1 y 171.4 del Código penal, en la redacción dada a los mismos por la Ley Orgánica 1/2004, dudas que -tal y como quedó especificado en el antecedente tercero de esta resolución- giran en torno a la supuesta contradicción entre estos preceptos y el art. 14 CE, por cuanto obligarían “a los Tribunales penales a tratar de modo diferente al hombre que a la mujer” al instaurar “penas diferentes por razón de sexo, y, medidas de protección de carácter cautelar, y en un procedimiento penal, que privilegian a la mujer frente al hombre” por dispensar “una protección jurídica diferente a una víctima mujer que a una víctima hombre, cuando el hecho penal o ilícito es el mismo”, sin que existan razones jurídicas que lo justifiquen, de modo que “la ley castiga de manera diferente al hombre por el mero hecho de ser hombre y consagra una clara situación de desigualdad para los matrimonios y las parejas homosexuales, pues no se dispensa en estos supuestos la privilegiada protección penal del art. 153.1 y 3 del CP o 171 del mismo texto legal”.

De lo que derivaría, además, una vulneración del “principio de proporcionalidad de las penas”, ya que “se imponen penas notoriamente desproporcionadas ante una misma situación de hecho”.

Resulta así que, bajo la invocación de los arts. 14 y 25 CE, el Juzgado a quo formula, como hace notar el Abogado del Estado, una única duda de constitucionalidad reconducible a una supuesta vulneración del principio de igualdad y que se explica -a pesar de que el órgano promotor no desarrolle el argumento- sobre la base de una concreta interpretación de los preceptos cuestionados que considera que en ellos se tipifican sendos subtipos agravados de violencia de género determinados, ambos, por la doble condición de ser el sujeto activo hombre y el sujeto pasivo mujer.

Esta argumentación troncal del Juzgado promotor ha sido rebatida por este Tribunal en varias Sentencias previas, a partir de la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, que es la primera resolución que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta ex art. 14 CE respecto del primer inciso del art. 153.1 CP, y a la que es fiel la Sentencia 45/2009, de 19 de febrero, que descartó que el art. 171.4 CP incurriera en vulneración de aquel precepto.

A los argumentos expuestos en dichas resoluciones debemos remitirnos ahora para concluir que la cuestión ha de ser desestimada en lo que a aquella argumentación se refiere.

FALLO

Inadmitir, por incumplir las condiciones procesales exigidas por los arts. 163 CE y 35 LOTC, la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8197-2006, en relación con el art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Desestimar la cuestión en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintiséis de noviembre de dos mil nueve. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Guillermo Jiménez Sánchez.- Vicente Conde Martín de Hijas.- Javier Delgado Barrio.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez.- Manuel Aragón Reyes.- Pablo Pérez Tremps, Magistrados.

VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2009,

dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8197-2006, promovida por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, en relación con los arts. 37 y 38 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por cuanto dan nueva redacción a los arts. 153.1 y 171.4 del Código penal, respectivamente, y con el art. 44 de aquella Ley, por cuanto introduce un nuevo art. 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En la medida en que la actual Sentencia se funda en la aplicación al caso actual de la doctrina de las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, y 45/2009, de 19 de febrero, respecto de las que en su día también discrepé con formulación de sendos Votos particulares, en lógica coherencia con mi posición precedente, reitero mi discrepancia respecto a la presente Sentencia, ejercitando al respecto la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, con expresión, ello no obstante, de mi respeto hacia los Magistrados de cuya tesis me aparto, limitándome a dar aquí por reproducidas las argumentaciones expuestas en los Votos particulares de las citadas SSTC 59/2008 y 45/2009.

Madrid, a veintiséis de noviembre de dos mil nueve.

Voto particular que formula el Magistrado D. Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 26 de noviembre de 2009, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8197-2006.

La indicada Sentencia reitera la doctrina sentada en la STC 59/2008, de 14 de mayo, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, por lo que, puesto que mantengo mi discrepancia, me remito al Voto particular que formulé respecto de esta última.

Y este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros.

Madrid, a veintiséis de noviembre de dos mil nueve.

Voto particular que formula el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia de 26 de noviembre de 2009 que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8197-2006.

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo y 45/2009, de 19 de febrero, a las que formulé sendos Votos particulares (“Boletines Oficiales del Estado” de 4 de junio de 2008 y 14 de marzo de 2009),

cuyo contenido reitero en este momento.

Madrid, a veintiséis de noviembre de dos mil nueve.

Voto particular que formula el Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 26 de noviembre de 2009 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8197-2006.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, respecto al inciso primero del art. 153.1 y el art. 171.4, párrafo prime-

ro, del Código penal, en la redacción dada a los mismos por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el fundamento jurídico 4.

Discrepo abiertamente del fallo de la Sentencia en cuanto a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8197-2006, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005.

Madrid, a veintiséis de noviembre de dos mil nueve.

nos del recurso de casación interpuesto por el demandante, se hace conveniente precisar, con la sentencia de 30 de marzo de 2.009, que “en el necesario ir y venir de la mirada entre los hechos y la norma, a que se refiere la doctrina como actividad necesaria para llegar desde la reconstrucción de aquellos -de los jurídicamente relevantes- hasta la identificación de los mismos con el supuesto hipotéticamente descrito en ésta, es decir, desde el hecho como acontecimiento hasta el hecho como enunciado normativo, se distingue -en el orden procesal con indudable sentido- entre un juicio de hecho regido por las normas de valoración de prueba y unos juicios de valor que, a partir de lo probado, permitan afirmar la identidad de ello con la proposición enunciada en la norma aplicable “ y que “esa distinción tiene interés a efectos de la casación, pues si la valoración de la prueba no puede ser revisada por la interposición del recurso, ya que el mismo no abre una nueva instancia, el juicio de subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos indeterminados -algunos meramente intermedios o instrumentales- es susceptible de serlo, como ha declarado esta Sala en relación, entre otros supuestos -sentencias de 29 de noviembre de 2.006 y 14 de mayo de 2.007-, con el riesgo de confusión -sentencias de 7 de julio de 2.006, 12 de junio de 2.007 y 15 de enero de 2.009-”. Se hace conveniente esta precisión porque la decisión recurrida encuentra su “ratio” en la afirmación de una suficiente distintividad del rótulo registrado a nombre de D. Gervasio, frente a la marca que lo está a nombre del demandante.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos del recurso de casación denuncia D. Cosme la infracción de los artículos 30, 31, 35 y 36, en relación con los artículos 1, 3, 47 y 48 de la Ley 32/1.988, de 10 de noviembre, de marcas. Alega el recurrente que la Audiencia Provincial no tuvo en cuenta que en la demanda había ejercitado, además de una acción de nulidad del registro del rótulo de establecimiento “El rey del órdago” -inscrito a nombre del demandado D. Gervasio-, otras de violación de su marca “Restaurante Ordago”. Y que, al fin, no había distinguido entre dichas acciones, pese a estar sometidas a distintos regímenes jurídicos. El motivo se desestima porque lo que en él se denuncia no es la infracción de los preceptos de la Ley 32/1.988 que identifica su encabezamiento, sino -posiblemente por la interpretación que hizo el Tribunal de apelación del suplico de la demanda- un defecto interno de la sentencia, debido a falta de exhaustividad o de motivación suficiente.

A mayor abundamiento ninguno de esos defectos son reales. El de exhaustividad, porque de él sólo cabe hablar, como recuerda la sentencia de 5 de julio de 2.004, cuando, por aplicación de las reglas de la lógica, el silencio no deba entenderse como

una desestimación o rechazo tácito de la pretensión silenciada. Y, el de motivación, porque -supuesto que en la interpretación del artículo 120, apartado 3, de la Constitución Española, las sentencias del Tribunal Constitucional números 165/1.999, de 27 de septiembre, 262/2.006, de 11 de septiembre, y 50/2.007, de 12 de marzo, entre otras, han destacado que el derecho a obtener una resolución fundada jurídicamente, favorable o adversa, como garantía frente a la arbitrariedad, no se lesiona necesariamente por la ausencia de una argumentación que alcance a todos los aspectos y perspectivas que ofrezca la cuestión planteada, dado que basta con que la resolución contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan en Derecho la decisión -el argumento básico de la desestimación de la acción a que expresamente se refiere la sentencia recurrida- la de nulidad del registro de un rótulo de establecimiento-, esto es, la falta de riesgo de confusión entre los signos confrontados -dada la composición mixta del de los demandados y la escasa fuerza distintiva de la palabra “órdago”- es la misma que resultaría aplicable a todas las demás.

TERCERO.- En el motivo segundo denuncia el recurrente la infracción del artículo 13, letra c), en relación con los artículos 85 y 86, 30, 31, 47 y 48, todos de la Ley 32/1.984, de 10 de noviembre, de marcas. Alega que, al gozar su marca de notoriedad, de la que se habían aprovechado los demandados con el registro del rótulo “El Rey del Órdago”, este debía haber sido anulado, en aplicación de los mencionados preceptos. El motivo se desestima.

En primer término porque la alegada notoriedad de la marca “Restaurante Ordago”, de que es titular el actor, no ha sido declarada. Y, en segundo lugar, porque en la sentencia recurrida se ha afirmado probado que el rótulo mixto registrado a nombre de uno de los demandados se distingue suficientemente del signo del demandante. De modo que aun en el negado caso de que éste hubiera sido notorio, habría que considerar no concurrente el impedimento para el registro que establecía el artículo 86 de la Ley 32/1.988 e incierto el denunciado aprovechamiento de la reputación de aquel.

CUARTO.- Por la misma razón que ha quedado expuesta en el anterior fundamento se desestiman los motivos tercero y cuarto del recurso que estamos examinando. En el tercero acusa el recurrente la infracción de los artículos 47 y 48 Ley 32/1.988, de 10 de noviembre, de marcas, en relación con los artículos 12, apartado 1, letra a), y 86 de la misma. En el cuarto señala como infringidos los artículos 1 y 3, en relación con el 83, de la repetida Ley. Insiste en ellos en que la Audiencia Provincial debía haber declarado la



TS Sala 1ª, Sentencia 4 enero 2010. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

En relación a la marca

Suficiente distinción de rótulo mixto de establecimiento registrado

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. En instancias anteriores, la recurrente afirmaba vulnerado su derecho a la marca en cuestión, debido a que la mercantil recurrida, hacía uso de rótulos y distintivos con el mismo nombre objeto de dicha marca. El Tribunal funda su decisión argumentando entre otros motivos, en que la alegada notoriedad de la marca “Restaurante Órdago”, de que es titular el actor, no ha sido declarada, y que en la sentencia recurrida se ha afirmado probado que el rótulo mixto registrado a nombre de uno de los demandados se distingue suficientemente del signo del demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida al igual que había hecho la de la primera instancia, desestimó la demanda mediante la cual D. Cosme, en la condición de titular registral de la marca denominativa “Restaurante Ordago” -concedida el dieciséis de marzo de mil novecientos ochenta y siete, para identificar servicios propios de un negocio de restauración-, había ejercitado, contra D. Gervasio y Órdago Mesón Restaurante, SL, como titulares de un establecimiento destinado en Getafe a restaurante, las acciones declarativa -y de condenas subsiguientes- de la violación de los derechos de exclusión nacidos del referido título, por causa del uso sucesivo por los demandados, en el men-

cionado establecimiento, de los rótulos “Restaurante Órdago”, “Órdago de vinos y licores” y “Restaurante el Rey del Órdago”; de nulidad de la concesión del registro del rótulo mixto “El rey del órdago” -concedido a D. Gervasio, el uno de julio de mil novecientos noventa y ocho, para identificar el citado establecimiento destinado en Getafe a restaurante-; y de condena de Órdago Mesón Restaurante, SL a eliminar de su denominación social el término “órdago”. En la demanda se ejercitaron también, aunque subsidiariamente, acciones previstas en el artículo 18 de la Ley 3/1.991, de 3 de enero, de competencia desleal. Sin embargo, se afirma en la sentencia de apelación que las mismas ya no lo fueron en la segunda instancia. Dados los térmi-

nulidad del registro del rótulo de los demandados, en aplicación de los preceptos que señala, teniendo en cuenta que la protección de las marcas se extiende a todo el territorio nacional y la del rótulo sólo al término municipal.

Ambos se desestiman, pues se trata de argumentos que quedan sin fundamento ante la afirmada ausencia del riesgo de confusión entre los registros confrontados -y que se comparan, precisamente, porque el ámbito de protección que se vincula al registro de una marca se extiende a todo el territorio nacional-.

QUINTO.- En los motivos quinto y sexto afirma el recurrente que el Tribunal de apelación no había aplicado correctamente los criterios o reglas sancionadas por la jurisprudencia para la formación del juicio de confundibilidad. En el motivo quinto, con denuncia de la infracción de los artículos 86, en relación con el 12, apartado 1, letra a), 47, 48 y 85, todos de la Ley 32/1.988, de 10 de noviembre, de marcas, alega que el elemento denominativo del signo registrado por la parte demandada tenía mayor fuerza distintiva que el gráfico y ello debía influir en la conclusión. En el motivo sexto, señalando como infringidos los mismos preceptos, afirma que el Tribunal de apelación debió haber atribuido preponderancia como instrumento de distinción al término "órdago".

Siendo cierto, como al principio se indicó, que ambos motivos fueron correctamente admitidos, la suerte de uno y otro es contraria a la deseada por el recurrente.

Expusimos, entre otras, en la sentencia de 30 de marzo de 2.009, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que "el riesgo de confusión debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes" -sentencias de 11 de noviembre de 1.997, C-251/95, 22, y de 22 de junio de 1.999, C-342/97, 18-. También, que la similitud, gráfica, fonética o conceptual de los signos en conflicto "debe enjuiciarse tomando en consideración la impresión de conjunto producida en el consumidor medio, que las percibe como un todo, sin detenerse a examinar sus diferentes detalles" -sentencia de 11 de noviembre de 1.997, C-251/95, 23-. Y que, "si el riesgo de confusión es tanto más elevado cuanto mayor sea el carácter distintivo de la marca anterior, cuando ésta no goza de especial notoriedad y consiste en una imagen que contiene pocos elementos imaginarios, la mera similitud conceptual entre las marcas no basta para crear un riesgo de confusión" -sentencias de 11 de noviembre de 1.997, C-251/95, 23 y 25, y de 22 de junio de 1.999, C-342/97, 20-. A la luz de esos criterios no puede afirmarse con fundamento que el Tribunal de ape-

lación hubiera llevado a cabo de modo incorrecto la comparación entre la marca registrada a nombre del demandante, "Restaurante Ordago", con guión de separación entre los dos elementos de una palabra que se quiso fuera compuesta, y el rótulo concedido a uno de los demandados, "El Rey del Órdago", que, además, incorpora un gráfico consistente en un medallón con la efigie de un rey. En conclusión, la labor de subsumición de los hechos probados en los criterios vigentes en nuestro sistema de registro de signos distintivos ha sido ejecutada de modo irreprochable por el Tribunal de apelación, por lo que los dos motivos deben ser desestimados.

SEXTO.- En el último de los motivos del recurso se denuncia la infracción de los artículos 36, 37 y 38 de la Ley 32/1.988, de 10 de noviembre, de marcas. Alega el recurrente que la sentencia de apelación debía haber declarado el derecho a ser indemnizado por la violación de la marca que tenía registrada, con independencia que se hubiera demostrado la cuantía de los daños y perjuicios.

El motivo debe ser desestimado, ya que, aunque el demandante ejerció la acción de violación por el uso por la parte demandada sucesivamente de diversos rótulos, dicha acción fue desestimada.

SÉPTIMO.- Las costas del recurso que desestimamos quedan a cargo del recurrente, en aplicación del artículo 398, en relación con el 394, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto, por D. Cosme, contra la Sentencia dictada, con fecha catorce de octubre de dos mil cinco, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, con imposición de las costas al recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel, 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.

2009/307244

TS Sala 1ª, Sentencia 29 diciembre 2009. Ponente: D. Román García Varela

Al estar sometido al régimen jurídico del RD 2/1985

Inexistencia de prórroga forzosa en arrendamiento de local de negocio

El TS declara haber lugar al recurso de casación anulando la sentencia impugnada. La cuestión que se somete a análisis se centra en si la utilización, en los contratos celebrados bajo la vigencia del RDL 2/1985, 30 de abril, de expresiones tales como "tiempo indefinido" o "por meses", lleva o no a la conclusión de que las partes se han sometido al régimen de prórroga forzosa. Acuerda la Sala declarar que el contrato de arrendamiento del local litigioso celebrado entre las partes no se halla sujeto al régimen de prórroga forzosa previsto en la ley ya que no existe una cláusula clara de sometimiento a dicho régimen, y resuelve el contrato por extinción del plazo acordado, condenando al actor a dejar el local libre y expedito a disposición de la demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El origen del presente pleito se encuentra en la demanda de juicio ordinario formulada por D. Santiago, hoy recurrido, contra "Desarrollos Inmobiliarios Grupo Gaudir, S.L.", por la que se pretendía se declarara que el contrato de arrendamiento celebrado con fecha 1 de mayo de 1991 entre las partes litigantes, del Local Interior B-Ocho núm. 45, 1º 3ª de la calle Constitución núm. 19 de Barcelona, se hallaba sujeto al régimen de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964.

Frente a tal pretensión se opuso la parte demandada, quien a su vez formuló reconvencción por la que solicitaba que se declarara que el ya citado contrato no está sometido al régimen de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y, en consecuencia, se acordara la resolución del mismo por extinción de plazo, con efectos de 30 de abril de 2003, y se condenara al demandado reconvenccional a dejar el local libre y expedito a disposición de la propiedad, con apercibimiento de ser lanzado a su costa, dentro del término legal.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda por entender que,

pactada la cláusula tercera, la cual recoge la voluntad de las partes de someterse al Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril y la cláusula 19ª, que establece: "transcurrido el vencimiento del presente contrato se procederá a expedir uno nuevo, cada tres años, en las mismas condiciones que el presente", y a pesar de la oscuridad de esta estipulación relativa a la duración del contrato, cabía concluir que la voluntad de las partes fue la de constituir un pacto de prórroga forzosa. Consecuentemente, desestimaba la reconvencción planteada.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada-reconveniente. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Cuarta, de fecha 3 de diciembre de 2004, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia. Califica la Audiencia la cláusula 19ª del contrato como cláusula oscura y, tras razonar que podría sustentar tanto la interpretación ofrecida por la actora-reconvenida (respecto a la existencia de un pacto de prórroga forzosa) como por la demandada-reconveniente (pacto de tática reconducción), concluye que la voluntad de las partes fue la de establecer un régimen de prórroga forzosa.

La parte demandada formaliza recurso de casación al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC 2000. Alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. En el primer caso, plantea como cuestión jurídica que el pacto de prórroga forzosa debe existir de forma clara y explícita en la cláusula relativa a la duración del contrato, lo que no resulta compatible con la existencia de una cláusula calificada de oscura. En cuanto a la jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, mantiene la recurrente que la fijación de la duración de un contrato por tiempo indefinido o por meses renovables no es equivalente al sometimiento al régimen de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964.

SEGUNDO.- Vamos a examinar en primer lugar el motivo segundo del recurso de casación, que el recurrente sustenta en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. La cuestión que se somete a análisis se centra en si la utilización, en los contratos celebrados bajo la vigencia del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, de expresiones tales como "tiempo indefinido" o "por meses", lleva o no a la conclusión de que las partes se han sometido al régimen de prórroga forzosa. Este asunto ya ha sido resuelto por esta Sala, en el sentido de que el uso de las referidas expresiones no supone, en modo alguno, el sometimiento al régimen de prórroga

forzosa que aparecía regulado en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964. Es más, el término “indefinido” resulta contrario a la naturaleza del contrato de arrendamiento (SSTS de 26 de febrero de 1992 y 25 de noviembre de 2008) en tanto la temporalidad es una de sus características esenciales, por lo que, precisamente, la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida. Tales razonamientos conducen a la estimación de este motivo del recurso.

TERCERO.- En cuanto a la alegación de oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta Sala, que se efectúa en el primer motivo, plantea la recurrente la cuestión de si la calificación de una cláusula como oscura resulta compatible con la exigencia mantenida por esta misma Sala, a través de la sentencias que cita, de que el pacto de sometimiento a prórroga forzosa debe constar de manera expresa.

Este motivo ha de ser igualmente estimado. Tras la publicación del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio celebrados bajo su vigencia tendrán la duración que libremente estipulen las partes. Resulta ser ésta una de las novedades más importantes que aportó el Real Decreto-Ley citado, al volverse a un sistema en el que los arrendamientos urbanos son concebidos como contratos de duración limitada a los concretos términos fijados por las partes o, en su caso, establecer su duración de acuerdo con el régimen general regulado por el Código Civil. Desapareció así el sistema de prórroga forzosa por el que los contratos de esta naturaleza se prorrogaban por imperativo legal (artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964). No obstante, nada impide que, si las partes así lo acuerdan y en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, los arrendamientos posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/1985 puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Pero, en tal caso, es necesario que exista un acuerdo expreso de sometimiento, como razonan las sentencias de esta Sala que cita la parte recurrente para fundamentar el recurso, ya que, en caso contrario, hay que estar a la norma general, a saber, la duración del contrato por el tiempo convenido. El referido acuerdo, en general, debe existir en el contrato explícitamente, aunque cabe deducir la existencia de sometimiento del arrendador a la prórroga de modo implícito, que no tácito, de los propios términos del contrato, pero, aún en estos casos, es decir, sin que exista una cláusula específica, la deducción de duración indefinida debe ser clara y terminante.

En definitiva, si la cuestión relativa al sometimiento o no al régimen de prórroga forzosa es dudosa, debe entenderse que no existe el acuerdo que permita la aplicación del mismo. Y, en el presente caso, resulta que la propia sentencia recurrida reconoce la oscuridad de la estipulación relativa a la duración del arrendamiento, al exponer que la misma permite justificar las diversas interpretaciones ofrecidas por los litigantes “la mantenida por el arrendatario actor y por la Sentencia apelada y la que sostiene la entidad arrendadora”. Esta falta de claridad permite concluir que en el contrato no aparece una voluntad implícita de sometimiento al régimen de prórroga forzosa, por lo que, como ya se adelantaba, el motivo debe ser estimado.

CUARTO.- La consecuencia de todo lo anterior es que ha de estimarse el recurso de casación examinado. Al no estar el contrato sometido al régimen de prórroga forzosa, la duración del mismo es la libremente pactada por las partes, a saber, tres años, con posibilidad de prórrogas trianuales, conforme establece la estipulación 19ª. Transcurrido el plazo de tres años, y prorrogado tácitamente hasta en dos ocasiones por períodos de tres años, la parte arrendadora requirió a la arrendataria de manera fehaciente, mediante burofax (documento número 3 de la contestación a la demanda), antes del inicio del siguiente periodo, el 30 de abril de 2003, para manifestarle su voluntad de no continuar adelante con el arrendamiento. Circunstancias todas ellas que exigen la necesaria estimación de la demanda reconvenional.

Debemos, por lo tanto, casar y anular la sentencia recurrida y revocar al mismo tiempo la sentencia de primera instancia para, ya en funciones de instancia, y por el efecto positivo de jurisdicción, desestimar la demanda, estimar la reconvenión y declarar que el contrato de arrendamiento celebrado con fecha 1 de mayo de 1991 entre las partes litigantes, del Local Interior B-ocho núm. 45, 1º 3ª de la calle Constitución núm. 19 de Barcelona, no se halla sujeto al régimen de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, acordar la resolución del expresado contrato por extinción de plazo con efectos de 30 de abril de 2003 y condenar al actor-reconvenido a dejar el local libre y expedito a disposición de la propiedad, con apercibimiento de ser lanzado a su costa, dentro del término legal.

QUINTO.- En cuanto a las costas, procede imponer a la parte demandante-reconvenida las de la primera instancia, sin hacer especial imposición de las costas de la apelación, puesto que debió ser estimada, ni de las de este recurso de casación, al resultar el mismo estimado, de acuerdo con lo previsto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Que debemos acordar lo siguiente:

Primero.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad “Desarrollos Inmobiliarios Grupo Gaudir, S.L.” (antes denominada “Inmobiliaria Lles, S.L.”) frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª), de 3 de diciembre de 2004.

Segundo.- Casar y anular la misma, así como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 33 de Barcelona en autos de juicio ordinario núm. 459/03, de fecha 2 de febrero de 2004, y dictar otra por la que se desestima la demanda formulada por la representación procesal de D. Santiago, se estima la reconvenión formulada por la representación procesal de la entidad “Desarrollos Inmobiliarios Grupo Gaudir, S.L.”, y se declara que el contrato de arrendamiento celebrado con fecha 1 de mayo de 1991 entre las partes litigantes, del Local Interior B-Ocho núm. 45, 1º 3ª de la calle Constitución núm. 19 de Barcelona, no se halla sujeto al régimen de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de

diciembre de 1964; y la resolución del expresado contrato por extinción de plazo, con efectos de 30 de abril de 2003. Se condena al actor-reconvenido a dejar el local libre y expedito a disposición de la propiedad, con apercibimiento de ser lanzado a su costa, dentro del término legal.

Tercero.- Imponer las costas causadas en la primera instancia a la parte actora-reconvenida, sin hacer expresa imposición de las costas procesales de este recurso ni de las del recurso de apelación.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

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

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Román García Varela, 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.



2009/276021

TS Sala 2ª, Sentencia 22 octubre 2009. Ponente: D. Joaquín Giménez García

Tratamiento psiquiátrico como tratamiento farmacológico y no médico Calificación de falta de lesiones y no delito

Se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado contra sentencia dictada en causa seguida por delitos de lesiones y de detención ilegal. El TS dicta segunda sentencia por la que, entre otros pronunciamientos, establece que no estamos ante un delito de lesiones, sino de una falta de la misma naturaleza, pues aunque ha de entenderse que el tratamiento psiquiátrico derivado de la ansiedad se encuadra dentro de lo que se considera tratamiento médico, pero en la sentencia se habla de “tratamiento médico, farmacológico y fisioterapéutico”, sin más especificaciones, y en la fundamentación se justifica la categoría de delito por el “tratamiento psiquiátrico”, y la sola prescripción de un tratamiento farmacológico, sin más especificaciones, no supone arribar al concepto de tratamiento médico, no superándose el concepto de seguimiento médico o vigilancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de 29 de mayo de 2008 de la Sección II de la Audiencia Provincial de Madrid, con-

denó a los policías nacionales Leopoldo, Lorenzo y Manuel, como autores de un delito de lesiones y otro de detención ilegal a las penas y demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que en el transcurso de una investigación policial en la que se iba a desarticular una banda de secuestradores, traficantes de drogas y sicarios colombianos, se montó un operativo para detener a una persona que iba a matar a otra por deudas derivadas de una operación de droga.

Los tres policías nacionales condenados y recurrentes recibieron la orden de interceptar y detener a dicha persona de quien se ignoraban sus datos, excepto que iría en moto, sin más datos, a la dirección y hora convenida, por lo que se montó el servicio de vigilancia por estas tres personas con tal fin. En las primeras horas de la madrugada pasó una motocicleta con una persona, y los agentes, creyendo que era el sicario, le interceptaron, cayendo al suelo el motorista golpeándose con el cuerpo y sin identificarse y con violencia estando en el suelo le redujeron, causándole las lesiones que obran en el "factum".

El detenido Moisés era un cocinero que iba a su domicilio, y cuya documentación la llevaba en el pantalón. Esposado, le introdujeron en el vehículo policial entre dos de los tres agentes intervinientes, sin hacerle caso de las protestas que hacía de ser ciudadano español, y que llevaba la documentación.

Advertidos posteriormente de su error le quitaron las esposas, bajándole del coche. Para entonces ya se había acercado el Jefe del Operativo policial que al verlo, herido y sangrando, les ordenó que lo trasladaran a un centro médico, lo que cumplieron los agentes sin darle la oportunidad de marcharse y a pesar de las protestas de Moisés que se negaba a ir al hospital acompañado de los agentes que le habían golpeado.

Seguidamente los agentes le llevaron al Hospital Gregorio Marañón, y una vez allí se marcharon los agentes tras dar el número de placa a los padres de Moisés que allí habían acudido tras una llamada que le hizo Moisés desde el hospital.

Se han formalizado dos recursos independientes aunque en la misma dirección y parcialmente coincidentes. Tales recursos han sido formalizados por el Sr. Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Comenzaremos por el recurso formalizado por el Sr. Abogado del Estado.

Dicho recurso está desarrollado a través de tres motivos a cuyo estudio pasamos seguidamente.

El motivo primero, por la vía de la infracción de derechos constitucionales denuncia violación del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

Se estima en su argumentación, que por cualquiera de las dos vías in-

dicadas, se llegaría -en su tesis- a la absolución de los tres condenados en la instancia.

Por la vía de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se dice en la argumentación que por lo que se refiere al delito de lesiones:

a) En la fundamentación de la sentencia se justifica la calificación de delito de lesiones por la existencia de un tratamiento psiquiátrico que no aparece en los hechos probados, y respecto del que nada se dice ni se argumenta en la motivación.

b) Igualmente, existe falta de motivación en la objetivación del elemento subjetivo del injusto de este delito: el animus laedendi; se estima que las lesiones causadas a Moisés fueron de escasa entidad y compatibles con una correcta ejecución de una detención ejecutada en las concretas circunstancias que concurrían y,

c) Finalmente, en relación a la pena impuesta en la sentencia por este delito se dice que carece de toda motivación, habiéndoles impuesto la pena de dos años de prisión, cuando la pena tipo del art. 147-1 es de seis meses a tres años, limitándose la sentencia para justificar esta decisión que "tiene en cuenta las circunstancias concurrentes", ello sin contar con la posibilidad de operar con el tipo privilegiado del art. 147-2 Cpenal, estimando en definitiva que procedería la absolución por este delito.

En relación al delito de detención ilegal, también se alega dentro del ámbito de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que no existió el dolo específico de privar de la libertad a Moisés, ni por tanto conciencia de la antijuridicidad de su acción.

Por la vía de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, igualmente se estima que no existe prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia en relación a los dos delitos citados.

En relación al delito de lesiones se dice que en la sentencia no se refiere individualizadamente a los comportamientos que pudieran ser delictivos de cada uno de los tres agentes intervinientes, y que sin embargo, algunos de ellos como la interceptación de la motocicleta con el coche policial no pudieron ser efectuados simultáneamente por los tres agentes, manifestando que la sentencia con esta responsabilidad colectiva, viene a admitir una responsabilidad objetiva.

Asimismo dice que las lesiones del Sr. Moisés, se causaron a consecuencia de la interceptación de la motocicleta con el vehículo golpeándose con el suelo, que lo hicieron cumpliendo órdenes superiores y que no puede considerarse que con pos-

terioridad se causarían nuevas lesiones al ser reducido, negando credibilidad a la declaración del Sr. Moisés pues éste se refiere a "siete u ocho" policías.

En relación al delito de detención ilegal niega igualmente la existencia de este delito por limitarse los agentes a ejercitar la orden recibida de su superior de llevar a un centro hospitalario al Sr. Moisés. Es en relación a este delito que estima el Sr. Abogado del Estado que la sentencia incurre en una contradicción relevante.

La sentencia estima que los tres agentes policiales que participaron en la operación de interceptación de la persona que iba en la motocicleta, fueron los mismos que, posteriormente, y aclarada la situación le llevaron a un centro hospitalario.

Sin embargo, se dice en el motivo, en la pág. 10 de la sentencia, f. jdco. primero, penúltimo párrafo se lee: "...en ese momento, su mencionado Jefe que estaba en las inmediaciones, llegó al coche y les ordenó que lo metieran en el coche y lo llevaran a un centro asistencial, a lo que se resistió Moisés, diciendo que no quería, en ningún caso, ir con los policías (todavía no sabía que lo eran) y diciendo a voces que llamaran a la policía, que no quería ir con los tres que habían intervenido en la operación, por lo cual el inspector envió a un tercer Agente, a sustituir a uno de los tres que lo habían lesionado....".

¿Quién era ese funcionario policial que no intervino en la primera fase de los hechos, y solo sustituyó a uno de los tres agentes para llevarlo junto con los otros dos, al Hospital Gregorio Marañón?.

La sentencia omite este dato relevante, y, lo que es más relevante: en los hechos probados se silencia este trascendental hecho de suerte que de su lectura se deriva que fue llevado al Hospital por los tres mismos agentes "...que no quería irse con los policías que le habían maltratado, pese a lo cual le introdujeron en el coche, sin dejarle en libertad....".

Se continúa diciendo en el motivo que dicho Agente que no participó en la detención de Moisés cuando circulaba en motocicleta, y que solo participó en el traslado al Hospital fue el recurrente Lorenzo, lo que reconoció la propia víctima en el Plenario.

El resto de esta parte del motivo está dedicado a cuestionar la declaración de la víctima respecto de la que le niega credibilidad y se concluye afirmando que los condenados actuaron en el cumplimiento de un deber siendo de aplicación la eximente del art. 20-7 Cpenal no existiendo el dolo típico de privación antijurídica de la libertad de la persona concernida, y que además, obraron, por eso, con un error invencible de prohibición.

Pasamos a dar respuesta a las cuestiones planteadas.

Hay que partir de la efectiva conexión que hay entre los principios de obtención de la tutela judicial efectiva y el de presunción de inocencia.

El primero, en lo que aquí interesa, consiste en la obtención de una resolución fundada en derecho que de respuesta a todas las cuestiones jurídicas formuladas, de suerte, que la indefensión resultante de la quiebra de este derecho, estaría enlazado con la inexistencia o insuficiencia de la prueba de cargo valorada por el Tribunal, es decir que el juicio de certeza exteriorizado en los hechos probados carecería del imprescindible andamiaje o estructura probatoria.

En definitiva, esa relación entre los dos principios: obtención de la tutela judicial efectiva versus motivación y presunción de inocencia versus existencia y suficiencia de la prueba de cargo entendida como regla de juicio equivale al derecho a no ser condenado sin pruebas, y por tanto ello exige que la culpabilidad y la pena debe quedar demostrada, lo que es tanto como decir que debe estar expuesta y verificable para cualquier lector de la sentencia. En tal sentido, SSTS 145/2005 ó 117/2009, entre otras, y que en la medida que el recurso de casación es un recurso efectivo en el sentido que exige el art. 14-5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es claro que debemos verificar estos extremos en relación al recurso formalizado.

Analizaremos en primer lugar lo referente al delito de lesiones desde un triple enfoque:

1- Donde y como se producen las lesiones padecidas por Moisés y naturaleza de las mismas.

2- Calificación jurídica de las mismas.

3- Quienes fueron sus autores.

1- En relación a la primera cuestión, y desde el respeto al relato fáctico, hay que convenir que existieron dos momentos, consecutivos pero con autonomía propia, siendo la suma de ellos, el total de las lesiones padecidas.

Se nos dice en el "factum" que cuando Moisés circulaba en su motocicleta, los agentes creyeron que se trataba del peligroso sicario que iba a matar a otra persona por deudas de droga. Se nos dice que de la información recibida se sabía que "...el sicario iba a pasar por allí en moto y que (tenían) la citada orden de detener a cualquier motocicleta que pasara en dirección a la calle000, la primera motocicleta que apareció en el lugar fue el ciclomotor..." (de Moisés).

En esa situación, los agentes se cruzaron lateralmente por el carril donde circulaba la motocicleta, y a consecuencia de ello "...derribándolo de la moto y golpeando su cuerpo en el suelo (no en el coche policial) resultando el citado conductor de la motocicleta Yamaha con diversas lesiones....".

Resulta claro que existieron lesiones, en esta primera secuencia, sin que puedan precisarse cuales, por lo que luego se dirá, máxime si se tiene en cuenta que el casco protector resultó roto -lo dice el "factum"-, siendo a estos aspectos relevantes que el cuerpo colisionase con el suelo, -lo dice también el "factum"-.

La segunda secuencia está constituida por la acción de los agentes policiales que, siguiendo el "factum" "...con gran violencia golpearon a Moisés en varias partes de su cuerpo, causándole lesiones consistentes en contusión occipital, erosiones faciales, hemorragia en ojo derecho y contusiones en nariz y mano, labio rajado y contusión costal y craneoencefálica leve, que necesitaron para curar, más de una primera asistencia médica y tratamiento médico farmacológico y fisioterapéutico, tardando en curar 21 días de los cuales todos fueron impeditivos y quedándole como secuela "estrés postraumático"....".

Es claro que en la sentencia se reconocen dos etiologías distintas de las lesiones:

a) Las derivadas de la interceptación de la moto y caída al suelo "...golpeando su cuerpo al suelo....".

b) Las causadas al inmovilizar, ya en el suelo al que los agentes creían un peligroso sicario.

En la medida que la única descripción de las lesiones es la anteriormente descrita, hay que suponer, razonablemente, que esas fueron la totalidad de las causadas, es decir las derivadas de la interceptación de la motocicleta en su marcha y caer golpeándose contra el suelo, y las causadas para reducirle y que ello fue así, nos lo confirman los partes médicos obrantes a los folios 28 y 44, donde se describen las lesiones en términos muy semejantes al relato de hechos probados, y, ya desde este momento, verificamos que algunas de ellas, son perfectamente sugerentes de haber sido producidas a consecuencia de la caída de la moto y rotura del casco: en tal sentido, nos podemos referir a la contusión occipital, o a las erosiones faciales o costales, toda vez que es hecho probado que Moisés se golpeó el cuerpo contra el suelo, y alguna de las fotos del cuerpo del lesionado obrantes a los folios 25 y 26 no demuestran lo contrario.

El tema es relevante porque la sentencia estima que existieron unas lesiones dolosas extendiendo la inten-

cionalidad a todas porque -se dice en la argumentación- que la interceptación de la moto fue inaceptable -penúltimo párrafo del f. jdco. segundo-, pero las somete a todas al régimen de lesiones intencionales, cuando, en todo caso, lo que es patente es que con independencia de que la forma de interceptación de la motocicleta fuese o no correcta, lo que es incuestionable es que no fue una interceptación dirigida a causar lesiones, por lo que si éstas se produjeron, en todo caso, debieron atribuirse a negligencia.

Es claro que no existió el mismo tipo de imputación en relación a las dos secuencias, la equiparación entre unas y otras lesiones, que se efectúa en la sentencia, no es correcta, ni siquiera desde la vía del dolo de segundo grado de consecuencias necesarias pueden estimarse dolosas las lesiones producidas en esta primera secuencia porque la acción que las produjo no estaba dirigida a su causación necesaria, sino que se trataba de detener, legítimamente, a quien se suponía un peligroso sicario, siendo cuestión diferente que la forma de interceptación fuera correcta o pudiera haberse efectuado de otra manera, cuestiones que afectan a la pericia de la maniobra, pero no a intencionalidad dolosa. Las primeras debieron ser a título de imprudencia, y las segundas dolosas, y eso es lo que se deriva del relato fáctico.

La sentencia confunde lamentablemente, la voluntariedad en la acción de interceptación de la motocicleta con la intención de causar lesiones. No existió tal equivalencia en la primera secuencia, y sí, por el contrario existió en la segunda secuencia porque no es razonable que opusiera resistencia activa Moisés, y de hecho no la opuso frente a la acción violenta y simultánea de los tres agentes.

2- En relación a la calificación jurídica de las lesiones, la sentencia partiendo que todas ellas fueron intencionadas, estima que son constitutivas del delito del art. 147-1 Cpenal porque "...necesitaron para curar, más de una primera asistencia y tratamiento farmacológico y fisioterapéutico....".

Sin embargo en la pág. 13 -f.jdco. segundo- en justificación de la calificación de las lesiones como constitutivas del delito del art. 147-1 se nos dice: "...para que una lesión sea constitutiva del delito se requiere que la misma requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, entendiendo la Sala que el tratamiento psiquiátrico derivado de la ansiedad se encuadra dentro de lo que se considera tratamiento médico....".

Al respecto, se dice, con razón en el motivo del recurso que la consideración de delito de lesiones se fundamenta en un "...tratamiento psiquiátrico que no aparece en el relato de

hechos probados...." -pág. 7 del recurso-.

Tiene razón el recurrente.

En los hechos probados se dice que se precisó más de una primera asistencia y tratamiento farmacológico y fisioterapéutico.

Al respecto hay que decir que el tratamiento médico en sentido técnico jurídico debe reunir los siguientes requisitos:

a) Que sea prestado de forma ulterior a la primera asistencia.

b) Que sea necesario, y por tanto que tenga una finalidad curativa, excluyéndose los actos médicos tendientes a comprobar o vigilar el éxito de la primera intervención o a complementarla.

c) Que por tanto tenga una finalidad curativa y

d) Que sea prestada por un titulado en medicina o por indicación de éste. Entre otras STS de 28 de marzo de 2003, 4 de marzo de 2005 ó 12 de febrero de 2007.

El propio art. 147-1 precisa con claridad que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico, si bien hay que convenir que la distinción entre tratamiento y vigilancia no es de fácil distinción, debiéndose efectuar la separación entre ambos conceptos caso a caso.

Volviendo a la sentencia, de un lado, en los hechos probados se habla de "tratamiento médico, farmacológico y fisioterapéutico", sin más especificaciones, y en la fundamentación se justifica la categoría de delito por el "tratamiento psiquiátrico".

Partiendo de la falta de congruencia observable en un elemento esencial del tipo del delito de lesiones, verificamos en este control casacional que, además de esa falta de congruencia que por sí mismo llevaría al cuestionamiento de la condición de delito aplicado a las lesiones, la divergente fundamentación empleada en uno y otro extremo de la sentencia es claramente insuficiente para estimar la existencia de tratamiento médico, concepto normativo que carente de definición legal, que debe ser integrado mediante aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, que han venido perfilando el tratamiento médico como una planificación de un sistema de curación -SSTS de 22 de mayo de 2002 y 18 de febrero de 2000-.

En efecto, la sola prescripción de un tratamiento farmacológico, sin más especificaciones, no supone arribar al concepto de tratamiento médico, no superándose el concepto de seguimiento médico o vigilancia.

Lo mismo ocurre con el tratamiento fisioterapéutico, porque sin ser necesario que sea descrito con todo de-

talle, debe ser más descriptivo que la propia enunciación, dicho de otro modo, la conclusión de haber existido el tratamiento fisioterapéutico debe ser la consecuencia de la existencia de unas terapias suficientemente descritas en el "factum", lo que no puede ser es que se haga presupuesto de la conclusión.

Finalmente, en la medida que la definitiva argumentación de la condición de delito se encuentra en la motivación, y que la referencia al tratamiento psiquiátrico no aparece en el "factum", es patente que no existen los elementos de prueba capaces de sustentar la calificación de delito de lesiones.

Hay que recordar que no es cometido de la casación decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que el Tribunal de instancia justifica su decisión.

En el presente caso, la triple razón de que no todas las lesiones merecen la condición de dolosas, en los hechos probados no se acredita la existencia de tratamiento médico, y que, finalmente, en la argumentación la justificación se basa en un tratamiento psiquiátrico silenciado en los hechos probados, llevan inexorablemente a la conclusión de que las lesiones no puedan ser consideradas constitutivas de delito, por lo que deben ser consideradas como constitutivas de la falta de lesiones dolosas del art. 617-1, lo que supone la admisión de la tesis de la sentencia de que hubo un exceso en la fuerza desplegada por los policías y que no queda cubierta con el error -indubitado- de que creían que estaban deteniendo a un sicario colombiano, lo que reconoce el propio Moisés en el Plenario "...Insistían en que era colombiano...." -pág. 617, Rollo de la Audiencia, Tomo III-.

Por otra parte las lesiones sufridas por Moisés -aparte de las que pudieran ser causa de la caída desde el ciclomotor- no pueden justificarse con la resistencia que pudiera haber realizado, porque ni los agentes hacen referencia a esa resistencia, ni es razonable que la efectuara quien, de madrugada, se ve sorprendido con esta acción violenta desarrollada por tres personas sin distintivos que les identificara como policías. Es patente que hubo un exceso en la actuación policial.

3- De acuerdo con el esquema propuesto, resta por estudiar la determinación de la autoría de esta infracción, que, se recuerda queda reducida a las lesiones dolosas causadas al ser golpeado Moisés tras la caída de la moto.

Se dice en el motivo que Lorenzo no intervino en esta secuencia, y que solo se limitó a llevar junto con otros dos agentes de los tres inicialmente intervinientes, a Moisés al Hospital Gregorio Marañón, y se cita las declaraciones del Plenario.

Un examen de las mismas pone de manifiesto la inexactitud en la que incurre el recurrente, en lo referente a que Lorenzo no formara parte del operativo inicial que interceptó la motocicleta en la que circulaba Moisés.

Las declaraciones de los intervinientes, incluidas las del propio Lorenzo no dejan lugar a dudas:

a) Declaración de Leopoldo.

"...En este caso éramos tres personas en el vehículo Almera: Manuel, Lorenzo y yo...". Es decir los tres recurrentes -folio 607, Rollo de la Audiencia, Tomo III-.

b) Declaración del propio Lorenzo.

"...Yo estaba en la parte posterior del coche, sentado...creo recordar que dicen "viene la moto" y me pongo en sobreaviso...salimos rápidamente y nos abalanzamos sobre él para reducirle e intentar meterle en el coche lo más rápidamente posible..." -folio 610, Rollo de la Audiencia, Tomo III-.

Con estos elementos probatorios es claro que el recurrente Lorenzo sí intervino en la interceptación de la moto en la que circulaba Moisés y que participó junto con los otros dos recurrentes desarrollando una fuerza totalmente innecesaria en este caso concreto y por tanto de clara naturaleza antijurídica.

En cuanto a que no se hayan individualizado conductas por parte de cada uno de los tres agentes, ello no obsta a la coautoría, ya que los tres ejecutaron conjuntamente el hecho - la inmovilización de Moisés - aportando objetiva y causalmente actos cuya suma constituye un exceso injustificado e injustificable en la actuación policial, aún partiendo del error de que creían que se trataba de un sicario colombiano.

En conclusión y por lo que se refiere al delito de lesiones, el motivo debe ser parcialmente estimado en el sentido de estimar a los tres recurrentes autores de una falta de lesiones dolosas del art. 617-1, con las consiguientes derivaciones penales, todo lo cual se determinará en la segunda sentencia.

Procede la estimación parcial del motivo en este aspecto.

TERCERO.- Pasamos seguidamente al estudio del delito de detención ilegal del que también vienen condenados los tres recurrentes y respecto del que dicen se les ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia.

Hay que decir que el Ministerio Fiscal, también formalizó recurso de casación contra la sentencia, y lo hizo precisamente por un único mo-

tivo por estimar que no existió el delito de detención ilegal, y ello desde el respeto a los hechos probados. Estudiamos conjuntamente el motivo formalizado por el Sr. Abogado del Estado y el recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

Ya anunciamos el éxito de ambos recursos en lo referente a esta cuestión.

Alega el Sr. Abogado del Estado en esta parte del motivo que el Tribunal de instancia, considera probado que los policías trasladaron al Sr. Moisés a un centro de salud por orden del superior, y que no se contiene razonamiento alguno la sentencia que justifique la concurrencia del elemento subjetivo del injusto del delito de detención constituido por el dolo y voluntad del agente de privar a su víctima de la libertad ambulatoria.

Por su parte el Ministerio Fiscal, desde el respeto a los hechos probados dado el cauce casacional que utiliza en su recurso - el art. 849-1 LE-Criminal - y en la que se describe la situación anfónica en la que se encontraba Moisés "...atemorizado e indignado, que no quería irse con los policías que le habían maltratado, pese a lo cual le introdujeron en el coche sin dejarle en libertad...", tiene también en cuenta otros elementos fácticos también descritos en los hechos probados:

"...pero ya se había acercado al lugar el Jefe del Operativo, policía nacional núm. 001 y les había ordenado, al verlo herido y sangrando que lo trasladaran a un centro médico...".

Tres reflexiones:

a) Los tres recurrentes actuaron siguiendo las órdenes de su superior, que por cierto, ni siquiera fue imputado por este delito.

b) En el traslado intervino el agente policial Bruno, Policía Nacional núm. 008, que sí estuvo imputado, y que fue quien por orden del Jefe del Grupo, llevó a Moisés junto con dos de los agentes que le habían golpeado. La sentencia recoge este hecho en la pág. 10 para calmar el miedo que tenía Moisés pues no quería ir con los tres agentes que le habían golpeado..... "....El inspector envió a un tercer agente a sustituir a uno de los tres que lo habían lesionado...", lo que confirma la propia declaración del agente concernido en el Plenario (el indicado Bruno).

"...Estuve en el traslado de esa persona, Moisés, al Hospital, junto con Lorenzo...".

"...El Jefe del dispositivo...me dio las órdenes por teléfono, y me dice que voy a un punto para proceder al traslado de una persona al médico..." -pág. 605, Acta del Plenario. Rollo de la Audiencia, Tomo III-.

Pues bien respecto de esa persona que simplemente cumplió la orden de su superior tanto el Ministerio Fiscal como el actor civil retiran la acusación respecto de dicho agente Bruno, y la acusación particular, no ha cuestionado dicho pronunciamiento absolutorio en la medida que no ha recurrido la sentencia.

Más aún, en el acta del Plenario, de forma sorprendente se solicitó por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas que "...se suprima cualquier referencia al mismo (- Bruno -), tanto en el relato de hechos como en las conclusiones posteriores...". Y más sorprendente es que

■

"En el presente caso, la triple razón de que no todas las lesiones merecen la condición de dolosas, en los hechos probados no se acredita la existencia de tratamiento médico, y que, finalmente, en la justificación se basa en un tratamiento psiquiátrico silenciado en los hechos probados, llevan inexorablemente a la conclusión de que las lesiones no puedan ser consideradas constitutivas de delito, por lo que deben ser consideradas como constitutivas de la falta de lesiones dolosas del art. 617-1..."

■

en la sentencia se haya silenciado totalmente la presencia de este imputado, tanto, que ni siquiera en el fallo ha sido citado, como debiera haber sido, absuelto, lo que no deja de ser una grave irregularidad porque hay que recordar que la causa también se había abierto contra el insinuado Bruno como se acredita en el Auto de apertura del Juicio Oral del 10 de octubre de 2007 -folio 36, Tomo I del Rollo de la Audiencia-, y el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales dirigió la acusación contra el mismo -folio 399 de la Instrucción- y lo mismo hizo la

acusación particular en su escrito de 14 de octubre de 2005 -folio 558, Tomo II, Rollo de la Audiencia-, con la salvedad de que esta acusación mantuvo la acusación para Bruno, sin que formalmente éste haya sido absuelto en el fallo de la sentencia, simplemente se silencia su presencia. Todo ello patentiza un trato claramente desigual sin causa respecto de la condena pronunciada en la sentencia contra los tres recurrentes por el delito de detención ilegal, máxime si se tiene en cuenta que uno de ellos, se ignora cual, no llevó a Moisés al Hospital porque fue sustituido precisamente por el citado Bruno. No existe causa que justifique esta desigualdad de trato.

Es obvio que la orden que recibieron del superior caía dentro del ámbito de sus competencias, y no era en modo alguno arbitraria, sino totalmente razonable: a altas horas de la madrugada, llevar al herido a un centro médico era una medida que venía dictada tanto desde el sentido común como desde las obligaciones exigibles a todo agente de la policía, máxime teniendo en cuenta el error inicial que dio lugar a toda la intervención. Más aún, el propio Moisés en su declaración en el Plenario en ningún momento dijo que fue llevado detenido y contra su voluntad al centro hospitalario, y en tal sentido retenemos, entre otros, los siguientes párrafos de su declaración obrante a los folios 617 y 618, Tomo III, Rollo de la Audiencia:

"...Le devolvieron su DNI y que le iban a acercar al centro de salud, dos personas le acercaron. Estas dos personas que le acercan al centro de salud, preguntados si intervinieron en los golpes que le dan al dicente, dice que fue caer al suelo, abrir los ojos, y venir gente, que salía de un coche vio muchas piernas pero no vio nada mas...."

Va al hospital Gregorio Marañón, preguntado porqué, fueron primero al centro de salud en García Noblejas, los médicos fueron los que dijeron que le llevaran al hospital, al 12 de octubre. Los dijeron los médicos delante del dicente. Y el dicente dijo que no se iba con esos señores, y los médicos preguntaron si estaba detenido y ellos dijeron que no.

El dicente dijo que no que llamaran a la policía, pero no le quedó otra solución que irse con ellos....

Preguntado por los policías intervinientes, que fueron al centro con el dicente, en el Gregorio Marañón, si le pidieron disculpas al dicente o le esperaron a que terminara, dice que sí, que le dijeron que había sido un fallo, que ya se enteraría de lo sucedido en la televisión, y el dicente le dijo que iban a ir a los juzgados a denunciar...."

Ciertamente se manifestó una oposición verbal por parte de Moisés a ir acompañado de los agentes, la que se

exteriorizó incluso delante de los médicos del centro de salud García Noblejas y también en esa situación se advirtió por los agentes que no estaba detenido lo que reconoce el propio Moisés sin que pueda estimarse que aquella oposición pueda dar lugar al forzamiento de la voluntad de Moisés a ir acompañado de los agentes al Gregorio Marañón, de acuerdo con la legítima orden que al respecto habían recibido de los superiores de los agentes policiales.

Los recurrentes, reiteramos, se limitaron a cumplir una orden legítima de su superior jerárquico, sobre cuya razonabilidad y oportunidad ninguna objeción pretendemos y por tanto sin existir en su actuación el dolo específico propio del delito de detención ilegal. Es patente que en su actuación concurre la eximente completa de cumplimiento de un deber -art. 20-7-.

Está ausente el elemento objetivo - la privación de la libertad- del tipo que constituye la esencia de la configuración antijurídica del delito, así como con la no concurrencia del elemento subjetivo consistente en el dolo específico que supone la conciencia plena, absoluta y segura que tiene el sujeto activo de que la detención que realiza es ilegal, esto es conciencia de que el acto es antijurídico desde su inicio, en su realización y finalmente en su conclusión. Así, sentencia de 18 de enero de 1999.

Es evidente que, los acusados y así lo señala el "factum", cumplieron la orden dada por el Jefe del Operativo, frente a quien no se dirigió acusación alguna.

En este escenario, procede la absolución de los tres recurrentes por el delito de detención ilegal, lo que así se acordará en la segunda sentencia.

Procede la desestimación de esta parte del motivo formalizado por el Sr. Abogado del Estado, así como del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- No es preciso entrar en el estudio de los motivos segundo y tercero del recurso del Sr. Abogado del Estado.

QUINTO.- En relación al único motivo del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal y que ha sido ya estudiado conjuntamente con el del Sr. Abogado del Estado, procede su estimación.

SEXTO.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede declarar de oficio las costas de los dos recursos.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación formalizados por el Ministerio Fiscal y el Sr. Abogado del

Estado en la representación que le atribuye el art. 551.1 LOPJ, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección II, de fecha 29 de mayo de 2008, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de sus respectivos recursos.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a pronunciar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección II, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto Jorge Barreiro.- Luis-Román Puerta Luis.

FALLO

En la Villa de Madrid, a veintidós de octubre de dos mil nueve.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 33 de Madrid, Procedimiento Abreviado núm. 603/2005, seguido por delito de lesiones, contra los Policías Nacionales Leopoldo, con número de registro personal núm. 003; contra Lorenzo, con número de registro personal núm. 005 y contra Manuel, con número de registro personal núm. 007, mayores de edad y sin antecedentes penales; se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, se hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por los fundamentos contenidos en la sentencia casacional, debemos condenar y condenamos a Leopoldo, Lorenzo y Manuel, como autores de una falta de lesiones del art. 617-1 Cpenal a la pena de multa de dos meses a razón de cuota diaria de 20 euros diarios. En la fijación de la cuantificación de la cuota, se ha tenido en cuenta el art. 50 Cpenal en lo referente a la situación económica de los condenados, ya que si bien se desconoce su patrimonio, teniendo en cuenta su condición de agentes de la policía nacional, se les puede suponer razonada y razonablemente una situación económica suficiente como para abonar la cuota en la cantidad indicada, situada en todo caso muy próxima al mínimo legal -mínimo dos euros, máximo cuatrocientos euros-.

Esta condena supone la absolución de los delitos de lesiones así como de detención ilegal de que fueron condenados en la instancia.

En lo referente a los pronunciamientos civiles indemnizatorios, se mantienen los de la sentencia casada en la medida que el cambio de calificación jurídica no afectó a aquellos pronunciamientos civiles, pues con ellos se produjo la efectiva indemnización de los daños y perjuicios causados, que son los mismos con la presente calificación.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Leopoldo, Lorenzo y Manuel, como autores de una falta de lesiones a la pena, a cada uno de ellos, de dos meses de multa a razón de veinte euros diarios de cuota.

Les absolvemos de los delitos de lesiones y de detención ilegal de

los que fueron condenados en la instancia.

Mantenemos los pronunciamientos de responsabilidades civiles contenidos en la sentencia casada.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Francisco Monterde Ferrer.- Alberto Jorge Barreiro.- Luis-Román Puerta Luis.

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



2010/9310

TS Sala 3ª, Sección: 5, Sentencia 22 febrero 2010. Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas

Anulación del estudio de detalle aprobado para construir la ciudad deportiva de la Federación Española de Fútbol

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Real Federación Española de Fútbol y del Ayuntamiento de Las Rozas contra la STSJ de Madrid que anuló el acuerdo del Ayuntamiento de Las Rozas por el que se aprobó definitivamente el estudio de detalle "Parque Empresarial" del PGOU, al considerar que tanto en el aspecto de los usos, como en el de la edificabilidad, no se acredita acorde con el planeamiento general. La Sala considera improcedente entrar a dilucidar si los terrenos que el Ayuntamiento de Las Rozas transmitía a la Federación Española de Fútbol era demaniales o tenían el carácter de bienes patrimoniales y, en definitiva, si era o no ajustada a derecho la transmisión acordada en el convenio que ha sido anulado por sentencia firme del TSJ de Madrid, y tampoco entra a valorar los motivos que van dirigidos contra la afirmación que se hace en la sentencia de que el estudio de detalle contradice y vulnera las determinaciones del Plan General, pues la invocación que hacen los recurrentes de diferentes normas del ordenamiento estatal tiene un carácter meramente instrumental, aunque lo que en realidad propugnan es una determinada interpretación de disposiciones autonómicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En las presentes actuaciones se examinan los recursos de casación interpuestos por la Real Federación Española de Fútbol y el Ayuntamiento de Las Rozas contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia

de Madrid de 6 de abril de 2005 (recurso contencioso-administrativo 1484/99) en la que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Juan José, Dª Concepción y Dª María Luisa, se declaró nulo el Acuerdo del Ayuntamiento de Las Rozas de 26 de julio de 1999 que aprobó definitivamente el Estudio de Detalle correspondiente a las

subparcelas 1.3, 1.4 y 1.5 del P.R. VII "Parque Empresarial" del Plan General de Ordenación Urbana de Las Rozas de Madrid.

Ya hemos visto en el antecedente segundo las razones dadas por la Sala de instancia para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo. También ha quedado señalado, en los antecedentes tercero y cuarto, el enunciado los motivos de casación aducidos por la Real Federación Española de Fútbol y el Ayuntamiento de Las Rozas en sus respectivos escritos de interposición del recurso. Procede entonces que pasemos a examinar tales motivos.

SEGUNDO.- Abordando en primer lugar el único motivo que se formula al amparo de lo previsto en el artículo 88.1.calle de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, el Ayuntamiento de Las Rozas, en su motivo primero, alega la infracción de las normas reguladoras de la sentencia señalando que la sentencia recurrida otorga efectos en otro proceso a una sentencia que se encuentra pendiente de recurso, con infracción de los artículos 71.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 207.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El motivo no puede ser acogido. Es cierto que la sentencia aquí recurrida invoca una anterior sentencia de la Sección 2ª de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que se anuló el Convenio celebrado el 4 de junio de 1989 entre el Ayuntamiento de Alcobendas y la Real Federación Española de Fútbol (sentencia de 6 de octubre de 2004 recaída en recurso contencioso-administrativo 5028/98).

Pese a que dicha sentencia no era firme cuando se dictó la sentencia ahora recurrida, el que se haga referencia a ella no implica que se le estén atribuyendo indebidamente los efectos propios de la cosa juzgada formal. Sencillamente, es un dato que la Sala sentenciadora toma en consideración dado que en esa sentencia se abordan cuestiones estrechamente relacionadas con las del caso que se resuelve en la sentencia recurrida.

En efecto, es notoria la estrecha relación existente entre el Convenio urbanístico anulado en la sentencia que se cita y el Estudio de Detalle al que se contrae la controversia que ahora nos ocupa. Buena muestra de ello es que el otro recurrente en casación -la Real Federación Española de Fútbol- dedica uno de sus motivos de casación a reproducir íntegramente lo argumentado en el recurso de casación que dirigió contra la mencionada sentencia de 6 de octubre de 2004 relativa al convenio urbanístico.

Aún así, la sentencia aquí recurrida deja claramente señalado que el

Estudio de Detalle no se dicta en desarrollo del citado Convenio y que, por tanto, la nulidad de éste no tendría necesariamente que provocar la del Estudio de Detalle (fundamento jurídico segundo, último párrafo, de la sentencia recurrida).

Queda claro entonces que la Sala de instancia no confunde el objeto de impugnación en uno y otro litigio, ni pretende atribuir a la sentencia primeramente recaída un efecto de cosa juzgada que no le corresponde. Sencillamente, la invoca por ser un dato jurídicamente relevante y porque allí se dilucidan cuestiones relacionadas con las que se suscitan en el caso que se resuelve.

Cabe añadir -aunque se trata de un hecho posterior a la fecha de la sentencia recurrida- que la mencionada sentencia de la Sección 2ª de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2004 (recurso contencioso-administrativo 5028/98) devino firme en virtud de auto de la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2006 (casación 11.423/04) que inadmitió el recurso de casación que la Federación Española de Fútbol y el Ayuntamiento de Alcobendas habían dirigido contra ella.

En fin, la sentencia recurrida alude también a otra sentencia de la Sección Segunda de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de octubre de 2004 (recurso contencioso-administrativo 433/99) que anuló la licencia de obra mayor que el Ayuntamiento de Alcobendas había otorgado a la Federación Española de Fútbol para construcción de ciudad deportiva en las subparcelas 1.3 más parte de la 1.4 y 1.5 del Sector VII, Parque Empresarial de las Rozas.

Pues bien, según pone de manifiesto la parte recurrida en su escrito de oposición, esa sentencia anulatoria de la licencia también es ahora firme en virtud de auto de la mencionada Sección 2ª de 14 de diciembre de 2004, confirmado en súplica por auto de 10 de mayo de 2005, que declaró no haber lugar a tener por preparado el recurso de casación, sin que se haya intentado luego el recurso de queja contra tal decisión.

TERCERO.- Tampoco puede prosperar el primer motivo de casación que formula la Federación Española de Fútbol, en el que, como cuestión previa, se plantea la nulidad de actuaciones por no haber sido emplazado en el proceso de instancia el Consejo Superior de Deportes.

Por lo pronto, tiene razón la parte recurrida cuando señala que la formulación del motivo es desacertada ya desde el momento de su encuadre casacional, pues esta denominada "cuestión previa" se aduce a través de un motivo de casación que se dice formulado al amparo de lo previsto en el artículo 88.1.d/ de la Ley regu-

ladora de esta Jurisdicción, cuando es notorio que no se está alegando un error in iudicando sino un defecto procedimental que debería haberse aducido al amparo del artículo 88.1.calle de la misma Ley, como infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales (siempre que) se haya producido indefensión para la parte.

Además, es incuestionable que el defecto procesal al que se alude no ha causado indefensión a la Real Federación Española de Fútbol, pues ésta fue parte en el proceso de instancia y es ahora recurrente en casación, siendo así que la indefensión de un tercero no tiene cabida como motivo casacional.

En fin, la falta de emplazamiento del Consejo Superior de Deportes no fue alegada en el proceso de instancia, de ahí que la sentencia no la aborde, tratándose de una cuestión nueva planteada por primera vez en casación.

CUARTO.- Entrando a examinar los motivos de casación relativos a la controversia de fondo, ya hemos señalado que en el motivo segundo de la Real Federación Española de Fútbol se reproduce lo alegado por esa misma Federación en el recurso de casación núm. 11.423/04 dirigido contra la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2004 (recurso contencioso-administrativo 1484/99) que anuló el convenio urbanístico suscrito por el Ayuntamiento de Las Rozas y la Federación Española de Fútbol. Pues bien, ya hemos explicado que esa sentencia devino firme, al haber sido inadmitido el recurso de casación dirigido contra ella, sin que proceda examinar ahora las cuestiones que se suscitaban en aquel recurso casación que resultó fallido, ni enjuiciar aquí la mencionada sentencia de 6 de octubre de 2004.

Así las cosas, resulta improcedente que entremos a dilucidar si los terrenos que en virtud de aquel Convenio el Ayuntamiento de Las Rozas transmitía a la Federación Española de Fútbol era demaniales o tenían el carácter de bienes patrimoniales y, en definitiva, si era o no ajustada a derecho las transmisiones acordadas en aquel Convenio. Tales cuestiones no pueden ser ya abordadas, pues la sentencia de instancia que las resolvió devino firme, y, en consecuencia, la anulación del Convenio decidida en aquella sentencia es un dato que inexcusablemente ha de ser tenido en consideración a la hora de enjuiciar la legalidad del Estudio de Detalle.

QUINTO.- Los dos motivos de casación que nos quedan por examinar -motivo tercero de la Federación Española de Fútbol y motivo segundo del Ayuntamiento de Las Rozas- tienen una nota en común: ambos van

dirigidos contra la afirmación que se hace en la sentencia de que el Estudio de detalle contradice y vulnera las determinaciones del Plan General de Las Rozas; y, siendo ese el objetivo, pese a que en ellos se hace una invocación meramente formal o instrumental de diferentes preceptos del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y del Reglamento de Planeamiento aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, lo que en realidad se aduce en tales motivos de casación es la infracción de disposiciones de rango autonómico, como son las normas 7.3 y 10.4 del Plan General de Ordenación Urbana de Las Rozas (motivo tercero de la Federación Española de Fútbol) y la disposición adicional cuarta de la Ley 20/1987, de 15 de julio, de la Comunidad de Madrid, según redacción dada por Ley 3/1998, de 17 de marzo, de la Comunidad de Madrid (motivo segundo del Ayuntamiento de Las Rozas).

En efecto, en el escrito del Ayuntamiento de las Rozas el desarrollo del motivo de casación se limita a mencionar el artículo 14.1 del texto refundido de la Ley del Suelo para señalar el carácter subordinado que dicho precepto atribuye al Estudio de Detalle, -algo que ya viene destacado en la sentencia recurrida; pero salvo esta escueta mención, toda la argumentación de la Corporación municipal recurrente se basa en la interpretación que debe darse a la disposición adicional cuarta de la Ley 20/1987, de 15 de julio, de la Comunidad de Madrid, poniéndola en relación con lo dispuesto en las normas 7.3 y 10.4 del Plan General de Ordenación Urbana de Las Rozas.

En cuanto al escrito de la Federación Española de Fútbol, baste decir que aunque en el enunciado de su motivo tercero se citan como infringidos los artículos 14, 57, 58.1, 65, 134 "y concordantes" del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y los artículos 66 y 76.2 del Reglamento de Planeamiento, la mayor parte de esos preceptos no son siquiera mencionados en el desarrollo del motivo, por lo que de ninguna manera se intenta explicar de qué forma y en qué aspecto tales habrían resultado vulnerados.

Sí aparecen mencionados en el desarrollo del motivo el artículo 14.2.b/ del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y el artículo 66 del Reglamento de Planeamiento, pero todo el núcleo argumental se centra en la interpretación que a juicio de la Federación recurrente debe darse a lo dispuesto en las normas 7.3 y 10.4 del Plan General de Ordenación Urbana de Las Rozas.

En definitiva, la invocación que hacen ambos recurrentes de diferentes normas del ordenamiento estatal tiene un carácter meramente instrumental, con la mirada puesta en lo que establece el artículo 86.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción,

pero lo que en realidad propugnan es una determinada interpretación de disposiciones autonómicas.

SEXTO.- Por las razones expuestas en los apartados anteriores el recurso de casación debe ser desestimado, debiendo imponerse las costas por mitad a las dos entidades recurrentes según establece el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si bien, como permite el apartado 3 del mismo precepto, dada la índole del asunto y la actividad desplegada por la representación de D. Juan José, D^a Concepción y D^a María Luisa al oponerse al recurso de casación, procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de tres mil euros (3.000 €) por el concepto de honorarios de Abogado de dicha parte recurrente.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción.

FALLO

No ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de la Real Federación Española de Fútbol y del Ayuntamiento de Las Rozas, contra la sentencia de la Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de abril de 2005 (recurso contencioso-administrativo 1484/99), con imposición de las costas del recurso de casación a los recurrentes, por mitad, en los términos señalados en el fundamento sexto.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano de Oro-Pulido y López.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Rafael Fernández Valverde.- Eduardo Calvo Rojas.- María del Pilar Teso Gamella.

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.

2010/9394

TS Sala 3^a, Sección: 3, Sentencia 3 marzo 2010. Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

Inadmisión del recurso por no acreditar la persona jurídica su voluntad de litigar

El TS inadmite los recursos contencioso administrativos interpuesto por varias asociaciones y el Ayuntamiento de Riudarenes contra el acuerdo del Consejo de Mi-

nistros por el que se declara de utilidad pública y se aprueba el proyecto de ejecución de las líneas eléctricas aéreas a 400 kV "Sentmenat-Bescanó" y "Vic-Bescanó", y la modificación de la línea a 400 kV "Vandellós-Pierola-Rubí-Vic" en el tramo "Pierola-Vic", en las provincias de Barcelona y Gerona. La Sala inadmite el recurso al considerar que las asociaciones recurrentes no han acreditado ni quién era, según sus estatutos, el órgano o persona física con capacidad y facultades bastantes para adoptar aquella decisión, ni la propia decisión o acuerdo social de presentar este concreto recurso, sin que fuera necesario que la Sala de instancia requiriera de subsanación antes de dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso (que procede de la acumulación de los números 233 y 257 de 2007) se impugna el acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de febrero de 2007 por el que se declara de utilidad pública y se aprueba el proyecto de ejecución de las líneas eléctricas aéreas a 400 kV "Sentmenat-Bescanó" y "Vic-Bescanó", y la modificación de la línea a 400 kV "Vandellós-Pierola-Rubí-Vic" en el tramo "Pierola-Vic", en las provincias de Barcelona y Gerona, cuyo titular es "Red Eléctrica de España, S.A."

La sociedad codemandada ha opuesto una doble objeción de inadmisibilidad, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 68.a) y 69.b) en relación con los artículos 19.b) y 45.2.d), todos de la Ley Jurisdiccional. A su juicio, los recurrentes no han justificado que el acuerdo recurrido afecte a sus derechos o intereses legítimos, ni acreditado "haber cumplido la exigencia que establece el artículo 45 de la LRJCA en orden a la adopción previa por el órgano competente, según sus Estatutos o reglas de constitución, del acuerdo preciso para interponer acciones judiciales".

En conclusiones los recurrentes se oponen a ambas objeciones. Defienden, por un lado, su legitimación y en cuanto a la segunda causa de inadmisibilidad se limitan a afirmar lo siguiente: "la aludida falta de los requisitos establecidos en el artículo 45.2.d) LRJCA, relativa a la adopción previa por el órgano competente según sus estatutos, es absolutamente incierta, en tanto que constan incorporados en el cuerpo del documento de poderes para pleitos, según prevé la letra a) del mismo apartado y artículo".

SEGUNDO.- Antes de examinar las causas de inadmisibilidad hemos de subrayar que de las entidades, públicas y privadas que aparecían inicialmente como recurrentes (24 en el recurso 233/2007 y 11 en el recurso

257 de 2007) esta Sala sólo ha tenido por personadas las que constan en las providencias y diligencias de ordenación anteriormente reseñadas, resoluciones que han ganado firmeza.

El resto de entidades no han llegado, pues, a gozar de la condición procesal de parte, bien por no haber aportado su representante en juicio los poderes para litigar, bien por otros motivos. En el primero de aquellos recursos constan, además, los poderes de Entesa per Bescanó, Anglés Verd y Grup de Defensa del Montgrí y del Baix Ter, sobre los que no se ha proveído en su momento, sin que sobre este extremo hayan hecho alegación alguna.

TERCERO.- La segunda de las objeciones opuestas debe ser acogida, como lo hemos hecho en la sentencia de 9 de febrero de 2010 al resolver un recurso análogo (el número 500/2007) interpuesto contra el mismo acuerdo del Consejo de Ministros por otras entidades.

El Pleno de esta Sala ha sentado doctrina en la sentencia de 5 de noviembre de 2008 (recurso de casación número 4755/2005) sobre la exigencia procesal inserta en el artículo 45.2.d) de la Ley Jurisdiccional, doctrina que ha sido reiterada en sentencias ulteriores (entre ellas, las de 26 de noviembre y 23 de diciembre de 2008, 18 de febrero y 5 de mayo de 2009). Los términos en que nos pronunciamos fueron los siguientes, contenidos en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la primera de dichas sentencias:

"(...) A diferencia de lo dispuesto en el artículo 57.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, que se refería sólo a las 'Corporaciones o Instituciones' cuando imponía que al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se acompañara "el documento que acredite el cumplimiento de las formalidades que para entablar demandas exijan a las Corporaciones o Instituciones sus leyes respectivas"; hoy el artículo 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1998, de modo más amplio, más extenso, se refiere a las 'personas jurídicas', sin añadir matiz o exclusión alguna, disponiendo literalmente que a aquel escrito de interposición se acompañará 'el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado'.

Por tanto, tras la Ley de 1998, cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a

quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo.

Una cosa es, en efecto, el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyen tal facultad.

Obvia es la máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo primero que ha de constatar es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente.

Debemos, por tanto, rechazar el argumento expuesto en el primero de los motivos de casación referido a que la acreditación de ese acuerdo societario de ejercitar la acción no fuera necesaria al ser la entidad que figura como recurrente una sociedad anónima. Y debemos, asimismo, desestimar el segundo de los motivos de casación, pues busca amparo para sostener esa falta de necesidad en sentencias de este Tribunal Supremo -las ya citadas de 6 de octubre y 1 de diciembre de 1986, 20 de octubre de 1987 y 27 de julio de 1988- que aplicaron aquel artículo 57.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 1956.

(...) La escritura de sustitución de poder general para pleitos que se acompañó con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, no incorpora o inserta dato alguno del que quepa deducir que el órgano de la mercantil competente para ello hubiera decidido ejercitar la acción. En ella, comparece ante el Sr. Notario quien manifiesta intervenir 'en nombre y representación, como apoderado, de la sociedad'. Sus facultades para el acto que otorga derivan, sin más y como allí se dice, de un poder general para pleitos conferido a su favor, que se transcribe. E interviene, tras aseverar que no le han sido limitadas en forma alguna sus facultades de representación, para sustituir ese anterior poder general para pleitos a favor del Sr. Procurador que presentó aquel escrito de interposición.

Lo que quedaba acreditado era, por tanto, que dicho Procurador podía representar, con las facultades propias de un poder general para pleitos, a la mercantil en cuyo nombre comparecía. Pero no que tal representante ejecutara al interponer el recurso una decisión de litigar adoptada por el órgano competente de dicha mercantil.

En consecuencia, debemos rechazar el conjunto de argumentos expuestos también en el primero de los motivos de casación que, con cita de diversos preceptos de la legislación notarial, defienden que aquella escritura de sustitución era bastante para tener por acreditada la decisión societaria tantas veces mencionada.”

CUARTO.- La aplicación de esta doctrina al caso de autos determina que hayamos de acoger la objeción de inadmisibilidad opuesta por la sociedad codemandada. Las asociaciones recurrentes no han acreditado ni quién era, según sus estatutos, el órgano o persona física con capacidad y facultades bastantes para adoptar aquella decisión, ni la propia decisión o acuerdo social de presentar este concreto recurso.

Ya hemos reseñado que en sus conclusiones la defensa de los recurrentes, no obstante reconocer que la objeción se refería a la falta del requisito exigido por el artículo 45.2.d) de la Ley Jurisdiccional, no justifica la adopción del acuerdo previo por el órgano competente según los estatutos sociales, remitiéndose sin más a los poderes generales para pleitos que constan en autos. Poderes que cumplen la obligación procesal impuesta en la letra a) del mismo apartado y artículo pero que resultan claramente insuficientes a los efectos de la letra d), ya que en ellos no se hace mención al acuerdo singular para ejercitar esta acción.

QUINTO.- En la sentencia del Pleno de 5 de noviembre de 2008 sentábamos asimismo la siguiente doctrina sobre la posible subsanación del defecto procesal objeto de análisis:

“(…) El artículo 45.3 de la Ley de la Jurisdicción impone al Juzgado o Sala el deber de examinar de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Y le impone, como lógica consecuencia, que requiera la subsanación del requisito de validez que estime no cumplimentado y que ordene el archivo de las actuaciones si la subsanación no se lleva a efecto.

Ahora bien, el alcance y significado de ese precepto se detiene ahí. De él no cabe derivar como efecto jurídico uno de presunción de validez de la comparecencia cuando el Juzgado o la Sala no hacen aquel requerimiento, pues no es eso lo que dice el precepto ni es eso lo que se deduce de su tenor literal o de su espíritu o

finalidad. Ni cabe derivar uno según el cual la invalidez sólo pudiera ser apreciada tras un acto en contrario del propio Juzgado o Sala que sí requiriera de subsanación.

La razón de ser del precepto es abrir lo antes posible un cauce que evite la inutilidad de un proceso iniciado sin los requisitos que son ya precisos en ese mismo momento. No otra.

Fracasada por la razón que sea esa aspiración de la norma, queda abierto con toda amplitud el debate contradictorio que las partes deseen entablar, al que el Juez o Tribunal habrá de dar respuesta en los términos en que se entable, evitando, eso sí, toda situación de indefensión.

Y es aquí, para un momento posterior de aquel inicial del proceso, donde entran en juego las normas del artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción, comprendido en un Título de la Ley, el VI, que contiene las disposiciones comunes a sus Títulos IV y V, y por tanto las que son aplicables también al procedimiento contencioso-administrativo y a su fase de interposición que regula precisamente el Título IV.

(…) Son así las normas de ese artículo 138, más la del artículo 24.1 de la Constitución en el particular en que proscriben toda situación de indefensión, las que rigen la cuestión que finalmente hemos de decidir, cual es si la Sala de instancia podía, sin previo requerimiento de subsanación, apreciar la causa de inadmisibilidad que en efecto concurría.

Sin desconocer que este Tribunal Supremo ha dictado sentencias en sentido contrario (así, entre otras, las de 10 de marzo de 2004, 9 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006 o 26 de marzo de 2007 y las que en ellas se citan), pero también otras coincidentes con la que ahora se dicta (así, por ejemplo, las de 21 de febrero y 5 de septiembre de 2005, 27 de junio de 2006, 31 de enero de 2007 o 29 de enero de 2008), es la respuesta afirmativa la que debe imponerse en un supuesto definido y delimitado por actos procesales como aquellos de los que dimos cuenta en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

Aquel artículo 138 diferencia con toda claridad dos situaciones. Una, prevista en su número 2, consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación.

Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso, que es el de autos, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá

subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación.

Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si éste era insubsanable o no se subsanó en plazo.

Pero no es sólo que la literalidad del precepto diferencie esas dos situaciones y que para ambas, para una y otra una vez agotada su respectiva descripción, prevea sin necesidad de más trámite el efecto común que dispone su número 3.

Es también la regla lógica que rechaza toda interpretación que conduzca a hacer inútil o innecesaria la norma, la que abona nuestra respuesta de que en un caso como el de autos no era obligado que el órgano judicial hiciera un previo requerimiento de subsanación. Si éste hubiera de hacerse también en la situación descrita en el número 1 de aquel artículo, la norma en él contenida sobraría en realidad, pues sin necesidad de construir un precepto cuya estructura es la de separar en números sucesivos situaciones distintas, le habría bastado al legislador con disponer en uno solo que apreciada la existencia de algún defecto subsanable, bien de oficio, bien tras la alegación de parte, se actuara en el modo que dice el número 2 del repetido artículo 138.

Además y por último, una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 de dicho artículo no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar sentencia de inadmisión.

Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscribida en el artículo 24.1 de la Constitución. Situación que debe ser descartada en un supuesto, como lo es el de autos, en el que la parte demandada invocó con claridad la causa de inadmisibilidad que alegaba y en el que la parte actora tuvo ocasión, por brindarla el curso sucesivo del proceso, de oponer lo que estimara pertinente. Tal es también la conclusión que cabe ver, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 266/1994, de 3 de octubre.

En suma y en definitiva: no era obligado, a diferencia de lo que se sostiene en el tercero de los motivos de casación, y pese a las sentencias de este Tribunal Supremo que se citan en el cuarto, que la Sala de instancia requiriera de subsanación antes de dictar sentencia. Ni es a la actuación de dicha Sala a la que cabe

imputar situación alguna de indefensión.”

SEXTO.- Estas consideraciones son también aplicables al supuesto de autos en el que las recurrentes han tenido oportunidad de hacer frente a la objeción opuesta, subsanando el defecto mediante la aportación del documento en que constase la adopción del acuerdo para recurrir. No habiéndolo hecho así, su recurso debe reputarse inadmisibles, sin que haya lugar a la condena en costas al no concurrir temeridad o mala fe.

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

FALLO

Inadmitir los recursos contencioso-administrativos números 233/2007 (interpuesto por la Asociación per la Defensa del Territori de les Comarques Gironines, Institució Altempordanesa per la Defensa i Estudi de la Natura (IAEDEN), Associació de Naturalistes de Girona, Entesa per Bescanó, Anglès Verd, Grup de Defensa del Montgrí i del Baix Ter (G.D.M.), Associació Vilanna-Bescanó Natura, Associació de Turisme Rural de la Comarca de la Selva, Associació de Municipis Mat (A.M.M.A.T.) y Limnos - EDC- Associació de Defensa del Patrimoni Natural del Pla de L'Estany) y 257/2007 (interpuesto por el Grup D'estudi i Protecció dels Ecosistemes del Camp (Gepec), Associació per la Defensa i Estudi de la Natura (Adenc), Assemblea d'Entitats Ecologistes de Catalunya (AEEC), Giroguies, Associació Esportiva i Cultural y Ayuntamiento de Riudarenes) contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de febrero de 2007 por el que se declara de utilidad pública y se aprueba el proyecto de ejecución de las líneas eléctricas aéreas a 400 kV “Sentmenat-Bescanó” y “Vic-Bescanó”, y la modificación de la línea a 400 kV “Vandellós-Pierola-Rubí-Vic” en el tramo “Pierola-Vic”, en las provincias de Barcelona y Gerona, cuyo titular es “Red Eléctrica de España, S.A.”. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ramón Trillo Torres.- Pedro José Yagüe Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Banderés Sánchez-Cruzat.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.



RESEÑA

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



TS CIVIL

2009/315047

TS Sala 1ª, Sentencia 30 diciembre 2009.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Indemnización por retraso en la entrega de la vivienda al comprador

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que condenó a la promotora demandada a dar cumplimiento en sus propios términos a los contratos de compraventa suscritos con los actores, y a indemnizarles en concepto de daños y perjuicios por no haber entregado las viviendas en el plazo pactado, ya que, a pesar de que la Administración no hubiera hecho aún la calificación del suelo como contaminado cuando se suscribieron los contratos, la demandada debió conocer y advertir a los compradores de tal circunstancia dada su condición de experta al dedicarse profesionalmente a la promoción inmobiliaria.

2009/315052

TS Sala 1ª, Sentencia 29 diciembre 2009.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Reclamación de honorarios de arquitecto en arrendamiento de obra

El TS declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que condenó a la demandada al pago a los actores de la cantidad reclamada en concepto de honorarios y de daños causados - con motivo de la suscripción de varios contratos de arrendamiento de obra y de servicios para la ejecución de una serie de proyectos y dirección de obra en la urbanización de la demandada -, al considerar acreditado que entre las partes se concertaron contratos de obra y de dirección que resolvió la demandada sin causa justificada y sin que exista cumplimiento defectuoso por parte de los actores.



TS PENAL

2009/265738

TS Sala 2ª, Sentencia 30 octubre 2009.
Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Falsedad documento mercantil, amenazas y coacciones constitutivas de delito

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delitos de falsedad documento mercantil, amenazas y coacciones. Señala el TS que las condiciones personales de quienes proferían las amenazas, conocidos por sus irregulares comportamientos que ya habían provocado anteriormente la forzada dimisión de un presidente de la asociación, que ni siquiera llegó a denunciar tales hechos por miedo, las circunstancias en que se realizan, su seriedad y grave contenido, suponen una entidad intimidante que alcanza de manera sobrada la categoría de infracción delictiva, muy superior a la de la mera falta de amenazas leves.

2009/271317

TS Sala 2ª, Sentencia 11 noviembre 2009. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar

Nulidad de sentencia por causar indefensión

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el condenado en la instancia como autor responsable de un delito de estafa; acordando la nulidad de la sentencia, del juicio oral y del proceso hasta el momento anterior a la notificación del auto en el que se acuerda la continuación de la causa por los trámites del procedimiento abreviado. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que el letrado responsable de la defensa no cumplió con sus obligaciones causando al recurrente una indefensión contraria a las previsiones constitucionales, por lo que los órganos jurisdiccionales debieron adoptar las medidas pertinentes para que fuera sustituido por otro. Al no hacerlo así, se aprecia un déficit en la defensa que la hace inexistente más allá

del puro formalismo de su designación y de su presencia en el juicio oral, lo que supone una vulneración del derecho a la defensa que la CE reconoce al acusado en un proceso penal.



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/321808

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 29 octubre 2009.
Ponente: D. Angel Aguillo Avilés

Subsanación en el recurso de súplica del defecto de no precisar los hechos sobre los que debe versar la prueba

El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional, procediendo declarar la nulidad del Auto de la citada Sala por el que se declaraba no haber lugar al recibimiento a prueba del proceso, y en su lugar declara que procede retrotraer las actuaciones procesales, a fin de que se dicte nueva resolución en la que no se deniegue el recibimiento a prueba del proceso con base en la falta de expresión de los puntos de hecho sobre los que hubiera de versar. La Sala considera que cuando el concreto vicio que la Sala de instancia ha apreciado en el escrito de demanda se subsana en el de presentación del recurso de súplica, el órgano judicial debe acordar el recibimiento del proceso a prueba.

2009/321803

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 17 diciembre 2009. Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó

Exclusión del régimen fiscal consolidado por considerar la inspección aplicable el régimen de transparencia fiscal obligatoria

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la mercantil contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo

interpuesto contra la resolución del TEAC, que se confirmaba salvo en lo referente a la imputación de beneficios de la sociedad por operaciones intergrupo eliminadas en 1988, concepto que se anuló por su disconformidad a derecho. La Sala considera que la sentencia impugnada no incurre en vicio de incongruencia ni falta de motivación, señalando que aunque la recurrente entienda que en la actuación de comprobación en ningún momento se manifiesta por la inspección que la misma se extendiera al ejercicio 1990, es lo cierto que a lo largo de la actuación de comprobación nada se objeta al respecto por la recurrente, que aporta, en cambio, documentación relativa a este periodo. Asimismo, confirma la potestad de la inspección de los tributos, si detecta que una entidad no reúne los requisitos legales precisos para quedar incluida en un grupo de tributación consolidada, para rectificar su situación al haber detectado un incumplimiento de norma fiscal imperativa.



TS SOCIAL

2009/300312

TS Sala 4ª, Sentencia 9 noviembre 2009.
Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

Inadecuado procedimiento de conflicto colectivo para el reconocimiento de las funciones de educador

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la confederación sindical demandante frente a sentencia que acogió favorablemente la excepción de inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo para el reconocimiento de funciones de la categoría de educador, por entender que no concurría la necesaria homogeneidad en la situación de los trabajadores afectados.

La Sala aprecia la ausencia del elemento objetivo consistente en la situación homogénea de todos esos trabajadores, pues no existe constancia de que todos los afectados hayan accedido al puesto de trabajo, ni en la misma fecha, ni que hayan sido del mismo modo contratados, ni consta tampoco que los educadores hayan ostentado previamente la categoría de educadores de disminuidos, ni que la relación laboral de todos ellos haya sido, o no, continuada; por ello, no se está en presencia de un auténtico conflicto colectivo, sino de un conflicto plural que afecta a unos 300 trabajadores, pero que no todos ellos se encuentran en la misma situación, por lo que no es posible arbitrar una solución unitaria para todos los aludidos trabajadores.