



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 2815

Madrid, miércoles 7 de abril de 2010



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/321815

TS Sala 3ª, Sección 3. Sentencia: D. 18 noviembre 2009. Ponente: D. Eduardo Espín Templado

Implica una ventaja competitiva respecto de la señal por satélite

Nulidad de la obligación de transmisión de señal impuesta a los titulares de redes de difusión por cable

El TS estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por Sogecable contra el RD 920/2006, por el que se aprueba el reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, y declara la nulidad de su disposición transitoria primera sobre el régimen transitorio de las obligaciones de difusión impuesta, y la conformidad a derecho de la disposición adicional primera, que suprime las obligaciones de "must carry" que se venían manteniendo desde la Ley 42/1995.

La Sala considera que la imposición de una obligación transitoria de servicio público requeriría una acreditación fehaciente de la justificación alegada, que no se hace, asimismo considera que vulnera el principio de neutralidad tecnológica, pues tampoco aparece justificado ni por razones técnicas o de coste, que la obligación de transmisión de la señal se imponga a los titulares de redes de cable y no a los titulares de redes de satélite, concluyendo que dicha obligación se configura como una obligación competitivamente discriminatoria para la tecnología no obligada a ella, en cuanto implica una ventaja competitiva y articula un mecanismo forzoso de arbitraje para la emisión de las señales respecto de los obligados, es este caso los titulares de cable. Formula voto particular D. José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso contencioso-administrativo. El presente recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Sogecable, S.A., tiene por objeto la pretensión de que se declare la nulidad de la disposición transitoria primera del Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable y de la disposición adicional primera del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el citado Reglamento, así como que se declare que no

pueden imponerse obligaciones de must carry a través del cable si no se imponen simultáneamente las mismas obligaciones a través del satélite y se reconozca el derecho a que se le indemnice de cuantos daños y perjuicios le ha causado la regulación impugnada. El presente asunto ha sido deliberado conjuntamente con el recurso 1/66/2.006, interpuesto por la entidad mercantil Ses Astra, S.A., resuelto por Sentencia de 18 de noviembre de 2.009, en el que se han expuesto las consideraciones sobre el fondo de las cuestiones planteadas por ambos recursos, coincidentes en lo esencial. Por ello, reiteramos en esta resolución los

fundamentos de derecho de aquella Sentencia que sean pertinentes, sin perjuicio de hacer las referencias oportunas a los aspectos específicos del presente recurso.

SEGUNDO.- Sobre la impugnación de la disposición transitoria primera del Reglamento aprobado por el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio. La defensa letrada de la entidad mercantil demandante Sogecable, S.A., imputa a la disposición transitoria primera del Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, por entender que viola las previsiones de la disposición adicional séptima, apartado 3, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, al imponer obligaciones de servicio público a los titulares de autorización para la prestación del servicio de difusión de televisión por cable, cuando sólo podría imponerse a los operadores que exploten redes de comunicaciones electrónicas. En relación con la habilitación normativa para imponer este tipo de obligaciones y los requisitos que deben respetarse para ello, en la Sentencia citada de 18 de noviembre de 2.009 hemos dicho lo siguientes:

“Cuarto.- Sobre la evolución normativa de la obligación de transmisión de señales televisivas. Como se ha visto, tanto en los escritos de las partes como en los informes de los que se ha efectuado un sucinto resumen, se hace referencia a la evolución de la obligación de transmisión de señales televisivas cuya imposición en la disposición transitoria primera del Reglamento aprobado por el Real Decreto impugnado 920/2006 constituye la razón última del presente recurso. De dicha evolución debemos reflejar lo que para la Sala constituyen los aspectos más relevantes para la resolución del asunto. No es preciso insistir en lo que todas las partes e informes destacan, el origen de dicha obligación en la regulación legal de la televisión por cable (Ley 42/1995, de 22 de diciembre, art. 11.1), como obligaciones impuestas a los titulares de redes -que, recuérdese, inicialmente, eran los mismos que ostentaban la difusión de los servicios televisivos-. No resulta necesario, ni quizás fuese realmente posible llegar a asegurarlo con certeza, determinar cuáles fue-

SUMARIO

TS

CIVIL

Inexistente violación del titular de nombre comercial en Dinamarca 8

Imposibilidad de modificar capital asegurado con el suplemento de regularización 10

PENAL

Responsabilidad civil subsidiaria del banco respecto de sus empleados 13

ADMINISTRATIVO

Nulidad de la obligación de transmisión de señal impuesta a los titulares de redes de difusión por cable 1

SOCIAL

Entrega de cheque exclusivamente a trabajadores que acudieron a comida de Navidad 14

RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

ron las razones últimas que llevaron a legislador a imponer en 1.995 a los operadores de cable la obligación de transmitir la señal de los principales canales generalistas, aunque muy verosímilmente respondiera a las razones puestas de manifiesto de forma coincidente por el Ministerio de Industria y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el sentido de pretender asegurar la recepción de dichos canales por el medio que se pensaba que iba a ser el hegemónico en el futuro, en sustitución de las ondas hertzianas.

El caso es que tales obligaciones de transmisión de señal, originadas en 1.995 y mantenidas por la Ley General de Telecomunicaciones de 1.998 (disposición derogatoria única), llegan a un punto final en la Ley General de Telecomunicaciones de 2.003. En efecto, la vigente Ley, dentro de la progresiva liberalización del sector, no las contempla ya en su articulado, aunque las mantiene todavía con carácter transitorio y rebajando su rango normativo.

En efecto, la disposición transitoria sexta las mantiene "hasta tanto no se supriman, modifiquen o sustituyan conforme a lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional séptima de esta Ley", apartado que, recogiendo lo dispuesto en el artículo 31 de la Directiva relativa al servicio universal y a los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/22/CE, del Parlamento y del Consejo, de 7 de mayo), establece lo siguiente:

"4. Mediante reglamento aprobado por el Gobierno podrán imponerse, como obligaciones de servicio público, exigencias razonables de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radio y televisión a los operadores que exploten redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de programas de radio o televisión al público, si un número significativo de usuarios finales de dichas redes las utiliza como medio principal de recepción de programas de radio y televisión, cuando resulte necesario para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos y de forma proporcionada, transparente y periódicamente revisable." (disposición adicional séptima, 4)

Tal como sostiene la parte actora, la previsión de esta disposición adicional fue desarrollada por el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunica-

ciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. Es en efecto, este Reglamento, el que afecta a los operadores de redes, que eran, aunque sólo los de cable, los sometidos a las obligaciones de transmisión de señal a las que nos venimos refiriendo. Pues bien, dicho Reglamento dedica el artículo 56 a las "obligaciones de servicio público en materia de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radiodifusión y televisión". Ahora bien, este precepto establece las condiciones y requisitos para imponer este tipo de obligaciones, pero no dice nada sobre las efectivamente existentes hasta ese momento.

Así, señala que las obligaciones de transmisión de señal a las que nos referimos ("las establecidas en el apartado 4 de la disposición adicional séptima de la citada Ley", por la Ley General de Telecomunicaciones de 2.003), junto con otras, "tendrán la consideración de obligaciones de servicio público del artículo 25.2.b) de la Ley 32/2003" (apartado 1); establece los requisitos que deben cumplirse para imponer tales obligaciones, entre los que se cuentan el que tal imposición "sea necesaria para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos por la legislación básica en materia de medios de comunicación social" (apartado 2), y establece los términos de la obligación que se impone a los operadores obligados (apartados 3 y 4).

Debe subrayarse que ni la disposición adicional séptima, apartado 4, de la Ley General de Telecomunicaciones de 2.003 ni, lógicamente, su desarrollo reglamentario en el artículo 56 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005 distinguen pro futuro entre los operadores de redes por cable y por satélite, sino que se refieren en general a los operadores de redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la difusión de servicios de radio o televisión. Ahora bien, como hemos dicho y en contra de lo que opina la entidad actora, este Reglamento no extingue las obligaciones existentes hasta ese momento, puesto que lo que hace es exclusivamente regular los términos de la imposición futura de diversas obligaciones de transmisión de servicio público.

Para extinguir las obligaciones existentes, declaradas subsistentes por la propia Ley General de Telecomunicaciones de 2.003 aunque con-

dicionadas a lo que dijera un futuro Reglamento, hubieran debido ser objeto, en su caso, de una disposición adicional o transitoria específica. Por consiguiente, puede admitirse que tales obligaciones han subsistido hasta el Real Decreto 920/2006 que se impugna, que aprueba el Reglamento específico para los titulares de autorización para emisiones de servicios de difusión por cable.

Y efectivamente en este Real Decreto se pone fin a tales obligaciones mediante la disposición adicional primera. En cuanto al propio Reglamento, en el capítulo III, dedicado a las obligaciones de los titulares de las autorizaciones para la prestación de los servicios de difusión de radio y televisión por cable, las únicas obligaciones de transmisión de señales que se contemplan son las previstas en el artículo 14 en relación con la difusión de canales de operadores independientes.

Sin embargo, en la disposición transitoria primera y sin referencia alguna a las obligaciones de transmisión existentes desde la Ley 42/1995 con respecto a los operadores de redes, se imponen obligaciones de esta naturaleza a los titulares de autorización para servicios por cable, no ya para los titulares de redes. La cuestión, que hemos de ver en los dos siguientes fundamentos es, por tanto, si la reconversión efectuada por este reglamento de una obligación a los titulares de redes -que el Real Decreto declara extinguidos- a otra impuesta con carácter transitorio a los titulares de servicios de difusión televisiva que se establece mediante la citada disposición transitoria primera es o no conforme a derecho.

Quinto.- Sobre la habilitación normativa de la obligación de transmisión de la señal. En primer lugar es preciso examinar con mayor detalle lo que ha ocurrido con las obligaciones de transmisión de señales subsistentes desde la Ley 42/1995 y referidas a los titulares de redes de telecomunicaciones por cable. Como hemos visto, la disposición transitoria sexta de la Ley General de Telecomunicaciones de 2.003 se refería expresamente a tales obligaciones y las mantenía "hasta tanto no se supriman, modifiquen o sustituyan conforme a lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional séptima de esta Ley".

Y, como también veíamos, el Reglamento que cumplimentaba el mandato de la referida disposición adicional séptima, expresamente re-

ferida a los operadores de red -en concreto se refiere a los "operadores que exploten redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de programas de radio o televisión al público"- nada estableció respecto a las obligaciones ya existentes.

Pues bien, ha sido en definitiva el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, el que aun teniendo por objeto la aprobación del Reglamento referido a la prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable -por tanto, sin relación directa con la regulación relativa a los sujetos obligados, los operadores de red- y, por consiguiente, haciendo impropia-mente uso de la habilitación de la disposición transitoria sexta de la Ley General de Telecomunicaciones de 2.003, extingue expresamente tales obligaciones mediante la disposición adicional primera: "Disposición adicional primera.

Obligaciones de transmisión. A efectos de lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición transitoria sexta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, se suprimen mediante esta disposición las obligaciones previstas en las letras e), f) y g) del artículo 11.1 de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable."

Por consiguiente, la habilitación legal para imponer una nuevas obligaciones de transmisión, aun con carácter transitorio, esta vez dirigidas a los titulares de las autorizaciones para los servicios de televisión por cable, hay que buscarla con independencia de toda la regulación que se ha descrito desde la Ley 42/1995. Así, aunque no se pueda desconocer que las obligaciones establecidas en la disposición transitoria primera del Reglamento impugnado proceden materialmente de aquéllas, formalmente y desde la perspectiva de su habilitación legal, son obligaciones creadas ex novo por la referida disposición, puesto que las otras han sido declaradas extinguidas por el propio Real Decreto que aprueba el Reglamento que crea las nuevas obligaciones.

Las nuevas obligaciones han de encontrar su apoyatura en el precepto legal que se refiere a los servicios de difusión por cable, que es la disposición adicional décima de la Ley General de Telecomunicaciones de 2.003 vigente, específicamente dedicada a los servicios de difusión por cable. Dicha disposición adicional,

tras establecer que tales servicios se prestarán en régimen de libre competencia y remitirse al correspondiente reglamento para estipular las condiciones de su ejercicio -que es precisamente el que se impugna, el aprobado por el Real Decreto 920/2006 -, dice en su último apartado:

“El reglamento de los servicios de difusión de radio y televisión establecerá las obligaciones de los titulares de las autorizaciones y, en particular, las relativas a:

a) Distribución de programas de titularidad de programadores independientes.

b) Cumplimiento de la legislación aplicable en materia de contenidos de los servicios de radio y televisión.” Como puede observarse, las únicas obligaciones de transmisión expresamente contempladas por la Ley son las relativas a las de los programas de titularidad de programadores independientes, de lo que la parte recurrente deduce que estas eran las únicas que el legislador quería.

Es verdad, sin embargo, que la disposición contiene una cláusula genérica (“establecerá las obligaciones de los titulares...”), y que la relación que incluye no puede ser calificada de exhaustiva, ya que se dice que entre aquellas se regularán “en particular”, las que se enumeran a continuación. Ello abre la posibilidad al establecimiento de obligaciones nuevas no contempladas directamente en la propia disposición adicional.

Ahora bien, lo que es claro es que las nuevas obligaciones que puedan contemplarse ex novo en el Reglamento de los servicios de difusión de radio y televisión han de cumplir las exigencias de necesidad para el interés público y de proporcionalidad que requiere la Directiva del servicio universal, cuya exigencias se proyectan finalmente no solamente sobre los titulares de redes a los que únicamente se refiere de forma expresa, sino también sobre los responsables de los servicios de difusión televisiva.

En efecto, tanto el parágrafo 43 como el artículo 31 de la Directiva del servicio universal se refieren expresamente a las obligaciones de transmisión para “las redes para la difusión de programas de radio o televisión” y, por tanto, en principio y aparentemente no para los titulares de servicios de difusión.

Sin embargo, el artículo 1.2 de la misma, cuanto establece el alcance de la Directiva señala que la misma “establece los derechos de los usuarios finales y las correspondientes obligaciones de las empresas que proporcionan leyes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público”. Puede pues constatar que la Directiva comprende

expresamente también a las empresas difusoras de servicios televisivos. Y, efectivamente, tal como se recoge en el informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Europea ha ratificado que los requisitos establecidos en el artículo 31 Directiva del servicio universal alcanzan también al ámbito de la difusión audiovisual, y no sólo a los titulares de las redes. Así pues, hemos de partir de que la Directiva 2002/22/CE supone la obligación de que el establecimiento de obligaciones de transmisión de señal se incorpora sólo “si un número significativo de usuarios finales de dichas redes las utiliza como medio principal de recepción de programas de radio y televisión.

Dichas obligaciones se impondrán exclusivamente en los casos en que resulten necesarias para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos y deberán ser proporcionadas y transparentes. Las obligaciones serán objeto de revisión de forma periódica” (art. 31.1). Como ya se ha visto antes, estas exigencias están recogidas en el artículo 56 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (Real Decreto 424/2005, de 15 de abril).

Y, aunque al igual que la referida Directiva 2002/22 /CE, se trata de una disposición dirigida a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas y no contempla específicamente a los servicios audiovisuales -tradicionalmente objeto de regulaciones particulares-, los requisitos relativos a las obligaciones de servicio público han de interpretarse de conformidad con la citada Directiva y han de entenderse vinculantes, en lo que sea aplicable, a los servicios de radio televisión prestados mediante las redes de comunicaciones electrónicas. El citado artículo 56 del Reglamento en cuestión dice a este respecto: “Artículo 56. Obligaciones de servicio público en materia de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radiodifusión y televisión.

(...) 2. Para la imposición de las obligaciones de servicio público a que se refiere el apartado anterior, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que los operadores a los que se imponga la obligación exploten redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de programas de radio o televisión al público.

b) Que un número significativo de usuarios finales de dichas redes las utilice como medio principal de recepción de programas de radio y televisión.

c) Que la imposición como obligación de servicio público sea necesaria

para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos por la legislación básica en materia de medios de comunicación social.

d) Que se cumplan los principios generales aplicables para la imposición de obligaciones de servicio público establecidas en el artículo 26.” Por su parte, el artículo 26 establece lo siguiente: “Artículo 26. Principios aplicables en la imposición de obligaciones de servicio público. (...)

3. En particular, en la imposición de obligaciones de servicio público a

■
"se trata de una
obligación que -con
independencia de cual
fuese su pretendida
justificación, la
ampliación de la
cobertura o la
protección de los
usuarios de las
plataformas de cable y
satélite- que implicando
una ventaja competitiva
y articulando un
mecanismo forzoso de
arbitraje para la
emisión de las señales,
de no imponerse a todos
los servicios de difusión
de televisión se
configura como una
obligación
competitivamente
discriminatoria para la
tecnología no obligada
a ella."
■

los operadores serán de aplicación los siguientes criterios:

a) No imposición de cargas excesivas a los operadores que puedan afectar sustancialmente la posibilidad de su acceso al mercado.

b) Objetividad y transparencia en los métodos utilizados para determinar el operador obligado, las ayudas y financiación de la que disfrutará, y el momento y condiciones en que debe producirse.

c) No discriminación entre los distintos operadores, procurando man-

tener el equilibrio en el mercado de forma tal que ningún operador obtenga ventajas o desventajas en su actuación en el mercado, como consecuencia de las obligaciones impuestas.

d) Neutralidad económica y, en la medida de lo posible, tecnológica de las obligaciones impuestas y de las ayudas y financiación otorgadas.

e) Prioridad de las opciones que permitan un menor coste para el conjunto del sector o que supongan una menor necesidad de financiación.” Pues bien, a la vista de las exigencias derivadas de la Directiva 2002/22/CE y del Reglamento citado y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, difícilmente puede considerarse que la imposición de las nuevas obligaciones de transporte de señal a los operadores de servicios televisivos con carácter transitorio cumpla tales requisitos, objetivos y principios.

En lo que respecta al artículo 56.2, y en relación a la exigencia de que un número significativo de usuarios finales de las redes afectadas las utilicen como medio principal de recepción de programas de radio y televisión (apartado 2.b), habría que entenderlo satisfactoriamente cumplido, pese al carácter minoritario de las redes por cable hoy día en España.

No puede, sin embargo, afirmarse que la Administración del Estado haya aportado razones que justifiquen que la imposición de obligaciones de transmisión a los titulares de servicios de televisión responda a razones de interés general claramente definidos por la legislación básica en materia de medios de comunicación social (apartado 2.c). Admitiendo como interés general en este sentido el asegurar la recepción de dichas señales a ese porcentaje significativo de usuarios finales que son los receptores de televisión por cable, la Administración en ningún caso ha acreditado que dicho sector depende exclusivamente de la red de cable para tal recepción.

Con la amplísima cobertura de la televisión analógica existente en 2.006, año de aprobación del Reglamento impugnado -emisiones analógicas en la actualidad en trance de sustitución por la televisión digital terrestre, con la perspectiva futura de cobertura universal de la misma a través del satélite para el escaso porcentaje de usuarios que no la reciben por ondas hertzianas-, la Administración tan sólo ha alegado, sin aportar acreditación alguna al respecto, que en determinadas Comunidades Autónomas un porcentaje alto (hasta un 30%, se afirma) de los usuarios del cable -que son, sin embargo, una minoría de los usuarios finales- habrían quitado en su momento sus antenas para la recepción de la televisión terrestre al contratar los servicios por cable, por lo que habría que darles

tiempo a la reposición de las mismas durante el período transitorio en el que se impone la obligación de transmisión de señal, según el Abogado del Estado.

En cambio, según el informe del Ministerio de Industria la razón sería que si se suprime la obligación de transmisión de señal, dichos usuarios deberán reponer la antena tradicional por un breve periodo de tiempo, hasta abril de 2.010, fecha del apagón analógico; sin embargo, ninguno de los dos argumentos es convincente, puesto que el mismo objetivo de recepción de los canales generalistas se podría obtener con la instalación de una antena adaptada a la televisión digital terrestre, algo que en todo caso deberían hacer tales usuarios para recibir toda la oferta televisiva por vía digital terrestre -al margen de la programación que su prestador del servicio de televisión por cable pudiera voluntariamente ofrecerles-.

La imposición de una obligación transitoria de servicio público requeriría una acreditación fehaciente de la justificación alegada. Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que aunque dicha obligación pueda constituir una ventaja competitiva -aspecto que examinamos en el siguiente fundamento de derecho-, jurídicamente se trata de una obligación de servicio público que debe estar adecuadamente justificada en objetivos de interés general, lo que no ha quedado en modo alguno acreditado por la parte codemandada.

Sexto.- Sobre el principio de neutralidad tecnológica. A lo anterior se suma una clara vulneración del principio de neutralidad tecnológica. Hay que señalar, en primer lugar, que el citado principio tiene hoy una sólida base normativa y que si bien tiene una naturaleza principal, ello no permite desconocerlo salvo que medie una razón suficiente y perfectamente acreditada.

En efecto, tal como alega la parte recurrente, la Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) estipula de forma expresa en su artículo 8.1 lo siguiente: "Artículo 8 Objetivos generales y principios reguladores.

1. Los Estados miembros velarán por que, al desempeñar las funciones reguladoras especificadas en la presente Directiva y en las directivas específicas, las autoridades nacionales de reglamentación adopten todas las medidas razonables que estén encaminadas a la consecución de los objetivos enumerados en los apartados 2, 3 y 4. Estas medidas deberán guardar proporción con dichos objetivos.

Los Estados miembros velarán por que, al desempeñar las funciones reguladoras especificadas en la presen-

te Directiva y en las directivas específicas, en particular las destinadas a garantizar una competencia efectiva, las autoridades nacionales de reglamentación tengan en cuenta en la mayor medida posible la conveniencia de una regulación tecnológicamente neutra.

Las autoridades nacionales de reglamentación podrán contribuir, dentro del ámbito de sus competencias, a la aplicación de políticas destinadas a la promoción de la diversidad cultural y lingüística y del pluralismo de los medios de comunicación." Este principio está recogido en la legislación española a través de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, lógicamente en cuanto que es precisamente la norma que transpone las diversas Directivas sobre telecomunicaciones aprobadas en 2.002 y, entre ellas, la Directiva marco. Así, el artículo 3 de la Ley, dedicado a los objetivos y principios de la norma, recoge expresamente en la letra f) el objetivo o principio de "fomentar, en la medida

■
"las nuevas obligaciones que puedan contemplarse ex novo en el Reglamento de los servicios de difusión de radio y televisión han de cumplir las exigencias de necesidad para el interés público y de proporcionalidad que requiere la Directiva del servicio universal,..."
■

de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación".

La flexibilidad con la que se recoge este principio evidencia de que no se trata de un mandato inexorable, sino que el legislador, por supuesto, pero también el Gobierno, podrían adoptar medidas en las que no fuera posible mantener una absoluta neutralidad entre las distintas tecnologías que concurren en este ámbito. Ahora bien, no cabe duda de que en tal caso dicha medida tecnológicamente no neutral debe estar sólidamente justificada, sin que fuese posible adoptar otra equivalente y respetuosa con el referido principio, y ser proporcionada en relación con los objetivos perseguidos.

En el caso de autos es evidente que de considerar necesaria la imposición de esta obligación -algo que no ha quedado acreditado, según vemos en el anterior fundamento de derecho-, el Gobierno podía haber impuesto esta obligación a los dos

sistemas de redes o de difusión en disputa, el cable y el satélite. Una medida así, tecnológicamente neutral, sólo podría ser objetada desde la perspectiva de la proporcionalidad por los titulares de redes sometidos a tal obligación. Pero lo que sin duda no resulta admisible es adoptar dicha medida sólo respecto a una de dichas tecnologías cuando resulta posible hacerlo para ambas con carácter no discriminatorio.

Así, en suma, desde el punto de vista de la imposición de una obligación -como lo es formalmente, en sentido estricto- resulta injustificado para los titulares de redes obligados, en este caso los de cable. Y, desde el punto de vista de que la obligación tiene en la práctica el resultado de proporcionar una ventaja competitiva -como sucede materialmente en el caso-, la medida es con toda razón objetable por los operadores no "beneficiados" con la imposición de la obligación de transmisión de señal.

Hemos visto que, como imposición de una obligación, no resulta acreditada satisfactoriamente su necesidad, aunque los afectados por la obligación no hayan reclamado contra la misma, por la obvia razón de los beneficios competitivos que la misma les proporciona. En cuanto a la no extensión de la obligación a las dos tecnologías, tampoco parece estar justificada, pese a las razones aportadas por la Administración, en especial en el informe aportado por el Ministerio de Industria al que nos hemos ya referido.

En cuanto a ese aspecto, es preciso comenzar con una aclaración relevante. El recurso se interpone por una entidad titular de redes de satélite contra la imposición de una obligación a sujetos distintos, los prestadores de servicios de televisión por cable, reclamando que dicha medida se debía extender, en su caso, también a los prestadores de dichos servicios por satélite.

No existiendo dudas sobre su legitimación -no discutida por las partes adversas-, ya que los intereses de la actora están indisolublemente unidos a los de los prestadores de servicios de televisión por satélite, como se justifica en su demanda, debe aclararse el posible sentido de su petitum. Es claro que en ningún caso podría la recurrente reclamar a este Tribunal que extendiéramos la obligación que el Gobierno ha impuesto a los titulares de los servicios de televisión por cable a los de televisión por satélite, pues ello supondría una imposible actuación de contenido materialmente normativo por parte nuestra.

Pero es perfectamente admisible que se solicite, como así se hace, la nulidad de una obligación no conforme a derecho que le perjudica competitivamente, pues estando legitimada para recurrir, puede la parte impugnar cualquier vicio de legali-

dad del acto impugnado, tanto el ser una obligación impuesta a ciertos operadores sin justificación suficiente como, sobre todo, injustificada-mente desconocedora del principio de neutralidad tecnológica.

Hecha esta aclaración, debemos examinar si tiene razón la Administración del Estado al sostener que no era posible extender esta obligación a los operadores de servicios de televisión por satélite. En realidad, aunque ello fuera cierto, quedaría subsistente la falta de suficiente justificación de la imposición de una obligación, aunque la falta de reclamación por parte de los sujetos directamente afectados podría tener en tal caso cierta relevancia.

Arguye la Administración en el informe del Ministerio de Industria las siguientes razones adicionales: mientras que a los operadores de cable la obligación de transmisión de la señal no les origina coste alguno, a los operadores de servicios de difusión por satélite les obligaba a la necesidad de ampliar su capacidad de transmisión a las redes satelitales, coste que podría ser desproporcionado; si se admitiera como objetivo de la obligación de transmisión de señal alcanzar una determinada cobertura -en vez de la real, evitar perjuicios a los usuarios de cable-, la difusión debería ser gratuita, mientras que el objetivo de la recurrente es ampliar la obligación a los operadores de satélite de pago; la imposición de la obligación a los operadores de satélite no permitiría respetar el alcance territorial propio de los canales autonómicos; la infracción del ámbito autonómico implicaría el no respeto a los derechos de propiedad intelectual contratados por dichos canales autonómicos exclusivamente para su ámbito de cobertura territorial; el principio de protección al usuario resulta favorecido al permitir a los usuarios de la televisión de cable el uso de un mando único para su oferta propia más la de los canales de transmisión obligatoria, lo que no resultaría técnicamente posible en el caso de las transmisiones por satélite.

Las razones técnicas son claramente descartables en la actualidad, en la que la oferta satelital es perfectamente acomodable al ámbito territorial deseado mediante la codificación correspondiente -como contraargumenta la parte recurrente, en el momento presente la codificación permite articular incluso ofertas personalizadas a cada usuario-. También es errónea la supuesta imposibilidad del mando único en el caso de la difusión por satélite, antes al contrario, la aspiración a ofrecer la mayor parte de canales en el mando propio (de cable o de satélite) se configura como una oferta competitiva de gran valor hoy día y plenamente vigente en ambas tecnologías.

Queda pues, tan sólo, la supuesta desproporción del coste que implica-

ría a los operadores de servicios de difusión por satélite la contratación de más capacidad de red, frente a la inexistencia de costes para los operadores de cable.

A este respecto cabe decir que tampoco ha efectuado la Administración el menor esfuerzo de acreditación del coste y su desproporción, en especial ponderando tales costes con las ventajas y desventajas competitivas de incluir o no los canales generalistas en la respectiva oferta de los titulares de servicios de difusión por cable y por satélite.

Por lo demás debe decirse también que en el concreto recurso interpuesto por Ses Astra, tal incremento de coste originado en la necesidad de los operadores de difusión satelital de contratar más capacidad de red es precisamente la ventaja material que le impulsa a recurrir, esto es, la auténtica causa petendi. En suma, nos encontramos con una obligación cuya necesidad no ha sido adecuadamente justificada, tecnológicamente no neutral y respecto a la que los no sometidos a ella aducen con razón una desventaja competitiva injustificada y cuyo incremento de coste presumible en caso de estar también obligados a ella asumirían de buen grado. Debe tenerse en cuenta que la cuestión última, en definitiva, es la indiscutible conveniencia competitiva de ofrecer tales canales por parte de unos y otros operadores.

En tal situación, los obligados administrativamente cuentan con la ventaja de que los titulares de los canales objeto de la obligación están asimismo obligados a llegar a un acuerdo con los operadores sometidos a la obligación de transmisión de señal y no, en cambio, con los restantes; de esta manera, si los no obligados desean transmitir también dicha señal deben llegar a un acuerdo puramente privado sin la ventaja de negociación consistente en que, en caso de imposibilidad de alcanzar un acuerdo, existe un mecanismo forzoso de mediación ante la Administración (apartado 3, segundo párrafo, de la disposición transitoria impugnada).

La evolución de la realidad ha demostrado, en efecto, que tanto los titulares de los servicios de difusión por cable -obligados- como los de satélite -mediante acuerdos comerciales voluntarios- difunden dichos canales generalistas y habilitan el uso de un mando único. Así las cosas, el argumento de la desproporción del coste de imponer tal obligación carece de virtualidad frente a la evidencia de que la ventaja competitiva que comporta la transmisión de tales canales les ha llevado a asumir voluntariamente tales costes.

La conclusión es que se trata de una obligación que -con independencia de cual fuese su pretendida justificación, la ampliación de la cobertura o la protección de los usuarios de

las plataformas de cable y satélite- que implicando una ventaja competitiva y articulando un mecanismo forzoso de arbitraje para la emisión de las señales, de no imponerse a todos los servicios de difusión de televisión se configura como una obligación competitivamente discriminatoria para la tecnología no obligada a ella.

Por último, es verdad que la norma impugnada se refiere exclusivamente a los servicios de difusión por cable. Pero si la Administración consideraba justificada y con habilitación legal suficiente la imposición de la obligación de transmisión de señales a los operadores de difusión nada le impedía haber extendido dicha obligación también a los titulares de difusión por satélite. Al haberlo hecho sólo a los operadores de una tecnología ha impuesto una obligación no justificada pero materialmente ventajosa, de forma discriminatoria respecto a la otra tecnología y, por tanto, en forma contraria a derecho.” (fundamentos de derecho cuarto a sexto) En aplicación de las razones vistas en los fundamentos de derecho que se acaban de transcribir, hemos de estimar la impugnación formulada por Sogecable, S.A., contra la disposición transitoria primera del Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable y declarar su nulidad por no ser conforme a derecho.

TERCERO.- Sobre los motivos de impugnación de la disposición adicional primera del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio. Sogecable, S.A., funda la pretensión de nulidad de la disposición adicional primera del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, en el argumento de que infringe la disposición transitoria sexta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en relación con la disposición adicional séptima del referido cuerpo legal, en cuanto que suprime unas obligaciones de transmisión establecidas en la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, que habrían quedado suprimidas el 30 de abril de 2.005, con la entrada en vigor del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

De acuerdo con las consideraciones expuestas en los fundamentos cuarto y quinto de la Sentencia de 19 de noviembre de 2.009 reiteradamente citada, transcritos en el anterior fundamento de esta Sentencia, hemos de rechazar esta pretensión anulatoria.

CUARTO.- Sobre la reclamación indemnizatoria de daños y perjuicios. Procede rechazar la solicitud de indemnización de daños y perjuicios que se formula en términos genéricos (por debilitar su posición competitiva) sin precisar ni cuantificar los

daños que efectivamente pudiera haber sufrido por la imposición de obligaciones de transmisión de señales a los portadores de servicios de difusión de televisión por cable.

QUINTO.- Conclusiones y costas. Las razones expuestas en los fundamentos de derecho segundo y tercero conducen a la estimación parcial del recurso entablado por Sogecable, S.A. y a la anulación, por no ser conforme a Derecho, de la disposición transitoria primera del Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, aprobado por Real Decreto 920/2006, de 28 de julio. Se desestiman las restantes pretensiones. No procede la imposición de costas según lo prevenido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción.

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

FALLO

1. Que estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por Sogecable, S.A. contra el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, en cuanto a la impugnación de la disposición transitoria primera de dicho Reglamento, que, en consecuencia, anulamos.

2. Que desestimamos la demanda en cuanto a la impugnación formulada respecto de la disposición adicional primera del Real Decreto y en cuanto a la pretensión indemnizatoria.

3. No se hace imposición de las costas procesales.

En relación con el artículo 72.2 de la Ley Jurisdiccional, publíquese este fallo en el Boletín Oficial del Estado.

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

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2009, en el recurso contencioso-administrativo número 54/2006, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Sogecable, S.A. contra el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable.

Debo, respetuosamente, manifestar mi discrepancia con la decisión de la Sala de estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Sogecable, S.A., y anular la Disposición transitoria primera del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, que baso en los siguientes razonamientos jurídicos:

Primero.- A mi juicio, la pretensión anulatoria de la Disposición transitoria primera del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, fundamentada, sustancialmente, en la alegación de que la obligación de transmisión de determinados canales generalistas denominada “must carry”, impuesta a los titulares de autorizaciones para la prestación del servicio de difusión de televisión por cable, constituye una ventaja competitiva, que refuerza injustificadamente la posición de estos operadores respecto de los operadores de televisión por satélite, distorsionando la competencia en el sector del mercado de las televisiones de pago, y porque, asimismo, vulnera el principio de libertad de empresa, debió ser desestimada, puesto que considero que se sustenta en una parificación de los regímenes jurídicos singulares de la prestación de los servicios de difusión de radio y televisión por cable y por satélite, que se revela inadecuada, ya que no tiene soporte ni en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, ni en la legislación reguladora de los medios de comunicación social. En este sentido, cabe consignar que el régimen jurídico básico de los servicios de difusión por cable se establece de forma específica y diferenciada en la Disposición adicional décima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en los siguientes términos:

“Los servicios de difusión de radio y televisión por cable se prestarán en régimen de libre competencia, en las condiciones que se establezcan por el Gobierno mediante reglamento. Para su prestación en un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma será preceptiva la previa obtención de una autorización administrativa estatal y su inscripción en el registro que a tal efecto se llevará en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Los ope-

radores cuyo ámbito territorial de actuación no exceda del correspondiente al de una comunidad autónoma deberán solicitar la autorización al órgano competente de la misma. Dichas autorizaciones se inscribirán en los registros establecidos al efecto por cada comunidad autónoma. Tales inscripciones deberán comunicarse al registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a efectos meramente informativos.

El reglamento de los servicios de difusión de radio y televisión establecerá las obligaciones de los titulares de las autorizaciones y, en particular, las relativas a:

a) Distribución de programas de titularidad de programadores independientes.

b) Cumplimiento de la legislación aplicable en materia de contenidos de los servicios de radio y televisión. El régimen jurídico de los servicios de difusión por satélite fue originariamente establecido en la Ley 35/1992, de 22 de diciembre, de Televisión por Satélite, modificada por la Ley 37/1995, de Telecomunicaciones por Satélite, que fue derogada parcialmente por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, salvo en lo dispuesto para el régimen de servicio de televisión.

De ello, se infiere que el legislador español, atendiendo a las previsiones prospectivas de desarrollo del sector audiovisual, en razón de la naturaleza y características aplicativas de la difusión de la televisión por cable, consideró necesario, legítimo, razonable y no discriminatorio imponer obligaciones del tipo "must carry" exclusivamente a esta clase de operadores; y así se estableció en el artículo 11.1, apartados e), f) y g) de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las telecomunicaciones por cable, como contrapartida que los operadores de cable debían satisfacer al interés público por haber resultado beneficiarios de una serie de derechos cuasi exclusivos, en aras de facilitar que a los usuarios se les garantice el acceso a una información plural, puesto que no incluyó esta misma determinación en el ámbito de la regulación de las obligaciones de los prestadores del servicio de difusión de televisión por satélite, a pesar de reconocerse originariamente el carácter de servicio público.

Segundo.- La consideración de la obligación denominada "must carry", impuesta exclusivamente a los titulares de servicios de difusión por cable, en virtud de la Disposición transitoria primera del Real Decreto 920/2006 impugnada, como una ventaja competitiva que postula la Sociedad recurrente, con base en el argumento de que supone un incentivo a la actividad de los operadores de cable y refuerza su posición en el mercado, que vulnera el principio de libertad de empresa reseñado

en el artículo 38 de la Constitución y la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común a las redes y los servicios de telecomunicaciones electrónicas, resulta infundada, puesto que considero que, aunque constituye una restricción al desarrollo de la actividad empresarial y, concretamente, incide en la libre prestación de servicios de los distribuidores de servicios de televisión por cable, la obligación de reservar algunos de los canales autorizados para su explotación a difundir canales de las televisiones públicas y privadas generalistas, se justifica por razones imperiosas de interés general, vinculadas a la protección de los usuarios de estos servicios, en aras de asegurar el acceso de todos los telespectadores a esta oferta de programas que garantiza el carácter cultural y pluralista de las informaciones.

El artículo 31 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), que establece que "los Estados miembros podrán imponer obligaciones razonables de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radio y televisión a las empresas bajo su jurisdicción que suministren redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de programas de radio o televisión al público si un número significativo de usuarios finales de dichas redes las utiliza como medio principal de recepción de programas de radio y televisión", y determina que "dichas obligaciones se impondrán exclusivamente en los casos en que resulten necesarias para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos y deberán ser proporcionadas y transparentes.

Las obligaciones serán objeto de revisión de forma periódica", en su interpretación integradora con los considerandos 43 y 44 de esta disposición, es exponente de la intención del legislador europeo de restringir la imposición de la obligación de "must carry" a los operadores de redes soportes de los servicios de difusión de televisión por cable y, exclusivamente, a las difusiones que utilicen esta modalidad tecnológica, con el objetivo de alcanzar fines estratégicos de interés general, vinculados al desarrollo de las comunicaciones por cable, que favorezcan la extensión y accesibilidad de éstas redes en el conjunto del territorio.

El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, formulado en la sentencia de 13 de diciembre de 2007 (Asunto C-250/06), legítima, desde la perspectiva del Derecho Comunitario, la imposición de obligaciones de "must

carry" en las redes de difusión de televisión por cable, en cuanto que, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado Belga, en relación con la compatibilidad de su legislación nacional en materia de distribución de emisiones de radiodifusión, que establece la obligación de "must carry", con los artículos 49 y 86 del Tratado CE, declara que "el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la que se cuestiona en el asunto principal, que obliga a los distribuidores por cable que operan en el territorio en cuestión de ese Estado, a retransmitir, en virtud de una obligación denominada de "must carry", los programas televisivos difundidos por los organismos privados de radiodifusión dependientes de los poderes públicos de dicho Estado, que hayan sido designados por estos últimos, cuando dicha normativa:

- Persiga una finalidad de interés general, como el mantenimiento del carácter pluralista de la oferta de programas de televisión en dicho territorio en virtud de la política cultural.

- No resulte desproporcionada en relación con el citado objetivo, lo cual implica que sus modalidades de aplicación deben formar parte de un procedimiento transparente fundado en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano".

Tercero.- La imputación que la defensa letrada de la entidad mercantil demandante Sogecable, S.A. realiza a la Disposición transitoria primera del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, de vulnerar las previsiones de la Disposición adicional séptima, apartado 3, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, al imponer obligaciones de servicio público a los titulares de autorización para la prestación del servicio de difusión de televisión por cable, cuando sólo podría imponerse a los operadores que exploten redes de comunicaciones electrónicas, resulta, asimismo, carente de fundamento.

En efecto, considero que el planteamiento impugnatorio que sustenta la parte recurrente de la Disposición transitoria primera del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, debe rechazarse, pues no tiene en cuenta que la disposición reglamentaria impugnada constituye un desarrollo de la Disposición adicional décima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que muestra el inequívoco designio del legislador de diferenciar y separar el régimen jurídico aplicable a los operadores que presten servicios de difusión de radio y televisión por cable, que se dicta al amparo de la

competencia del Estado para establecer las normas básicas del régimen de radio y televisión, ex artículo 149.1.27ª de la Constitución, del régimen jurídico aplicable a los operadores que presten servicios de telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas, titulares de redes de cable, cuya normativa se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.21ª de la Constitución.

Por ello, entiendo que la Disposición adicional décima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que establece los principios generales y condiciones a que se somete la actividad de los operadores que presten servicios de difusión de radio y televisión por cable, y que habilita al Gobierno a establecer por reglamento las obligaciones de los titulares de las autorizaciones, da cobertura a la disposición transitoria primera del Real Decreto 920/2006 enjuiciada, de modo que desplaza la aplicación de la Disposición adicional séptima, apartado 4, del referido Cuerpo legal, que regula las obligaciones de servicio público que pueden imponerse a los operadores que exploten redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de programas de radio o televisión al público, aunque por error se cite como norma de contraste el apartado 3 de esta disposición legal, que se refiere a la televisión de formato ancho, que es congruente con lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto 920/2006, que establece que "este Reglamento tiene por objeto el establecimiento de las condiciones básicas para la prestación de los servicios de difusión de radio y televisión por cable, en aplicación de lo determinado en la disposición adicional décima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones".

A estos efectos, resulta adecuado transcribir el contenido de la Exposición de Motivos del Real Decreto 920/2006, cuando afirma: "(...) Cabe hacer notar que el reglamento a que se refiere la disposición transitoria sexta antes citada es de aplicación a los operadores de telecomunicaciones titulares de redes de cable, por lo que se trata de una norma de telecomunicaciones cuya habilitación constitucional es distinta de la que corresponde al reglamento aprobado por la presente norma.

Justamente por eso, la disposición transitoria primera del propio reglamento que se aprueba, introduce una obligación de transmisión, que afectará a los canales analógicos nacionales y a los gestionados directamente por las Comunidades Autónomas, pero que se exige, no a los operadores de telecomunicaciones por cable, sino a los titulares del servicio de difusión".

En consecuencia, deduzco que la Disposición transitoria primera del reglamento impugnado no impone obligación alguna a los titulares de redes de comunicaciones electrónicas por cable de incluir en su oferta determinados canales de televisión hasta el cese definitivo de las emisiones de televisión con tecnología analógica, sino, exclusivamente, a los titulares de autorizaciones para prestar el servicio de difusión de televisión por cable, por lo que resulta infundado el reproche jurídico formulado de que sólo podrán imponerse dichas obligaciones de programación a los operadores que exploten redes de comunicaciones electrónicas autorizadas para la distribución de programas de radio y/o televisión.

Cuarto.- El motivo de impugnación basado en el argumento de que la Disposición transitoria primera del Real Decreto 920/2006 vulnera las previsiones establecidas en la Disposición adicional séptima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y el desarrollo contenido en el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, al imponer la obligación de difusión de determinados canales sin satisfacer las exigencias, requisitos y condiciones respecto a que un número significativo de usuarios finales de dichas redes utilicen como medio principal la recepción de programas de radio y televisión, que resulte necesario para alcanzar objetivos de interés general y que se haga de forma proporcionada, transparente y periódicamente revisable, no puede ser acogido, pues la tesis que propugna la entidad mercantil recurrente, de someter a idéntico escrutinio de legalidad las obligaciones de incorporar determinados canales a la oferta de canales de televisión, que establece la Disposición transitoria primera del Real Decreto 920/2006, que las obligaciones de servicio público en materia de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radiodifusión y televisión establecidas en el artículo 56 del Reglamento, sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal, la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, resulta, asimismo, injustificada, pues no toma en consideración que el objeto específico de regulación es la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en desarrollo de los Título II y III de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 y, concretamente, las obligaciones de servicio público que se imponen por razones de cohesión territorial, extensión de uso de nuevos servicios y tecnologías, a que alude el artículo 25 del mencionado Cuerpo legal.

Quinto.- El motivo de impugnación de la obligación de "must carry" que contiene la Disposición transitoria primera del Real Decreto

820/2006, por vulnerar el principio de neutralidad tecnológica, reconocido en el artículo 3 f) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en los artículos 26.3 d) y 56.2 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, y en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, por otorgar una ventaja competitiva a los operadores del servicio de telecomunicación por cable frente a los explotadores de redes y servicios satelizados, debe, asimismo, rechazarse.

Cabe, en primer término, significar que este principio de neutralidad tecnológica, a que se refiere el artículo 3 f) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que impone que el Estado establezca un marco jurídico legal neutro de las redes de comunicaciones, que no favorezca discriminatoriamente la utilización de unas modalidades de tecnología respecto de otras, y que pretende la eliminación de barreras por razones técnicas, fomentando la consolidación de mercados competitivos, se desenvuelve en el ámbito de la regulación de las telecomunicaciones, concepto más amplio que el de comunicaciones electrónicas, que incluye las redes de televisión por cable, quedando excluido de su aplicación directa en el ámbito del régimen de los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual, que se caracteriza por la transmisibilidad en un sólo sentido.

En todo caso, el enunciado del principio de neutralidad tecnológica como principio marco que debe fomentarse "en la medida de lo posible" en la regulación de las telecomunicaciones, y el mismo carácter con que se reconoce en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, que favorece la interoperabilidad de los servicios de difusión de televisión independientemente del modo de transmisión, no permite calificar que la decisión del titular de la potestad reglamentaria, de mantener la imposición de obligación de "must carry" de determinados canales de televisión respecto de los operadores que prestan los servicios de difusión de televisión por cable, establecida en la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, que, a mi juicio, promueve fines de interés general vinculados al fomento del libre flujo de información y el pluralismo político de las redes de comunicación y la diversidad cultural y lingüística, pueda considerarse que suponga un trato discriminatorio para los operadores de televisión por satélite, carente de justificación, que determine, como propugna el Letrado de la Sociedad recurrente, su su-

presión o bien su extensión a estos operadores.

Las pruebas practicadas en autos sobre la desventaja competitiva en que se encuentran los operadores de televisión por satélite respecto de los operadores de televisión por cable, tendentes a acreditar la mayor comodidad que representa para los usuarios de la televisión por cable acceder a los canales generalistas si se impone la obligación de "must carry", y sobre la capacidad de la televisión satelital para cubrir todo el territorio español, de donde se deduce que no existen razones técnicas para no extender dichas obligaciones a la difusión de televisión por vía satélite, no tienen la significación y la trascendencia exigibles para justificar la pretensión de que se declare que el principio de neutralidad tecnológica impide que puedan imponerse obligaciones de must carry a través del cable, sin imponerse, simultáneamente, las mismas obligaciones a través del satélite, porque, además de ser contradictoria con la pretensión de considerar derogadas dichas obligaciones, no cabe eludir la posición de dominio que en el mercado relevante de la televisión de pago ostenta la Sociedad recurrente frente a sus competidores (cuota de mercado del 51,9% respecto del número de abonados y 75,7% de cuota de mercado en función de ingresos), no se ha demostrado que la contraprestación económica por la prestación del servicio de difusión de determinados canales por los titulares de autorizaciones de difusión de televisión por cable tengan un efecto obstaculizador del fomento de la competencia en el mercado de servicios de difusión de televisión de pago.

Sexto.- La pretensión de nulidad de la Disposición adicional primera del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, basado, en esencia, en el argumento de que infringe la Disposición transitoria sexta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en relación con la Disposición adicional séptima del referido Cuerpo legal, en cuanto que suprime las obligaciones de transmisión establecidas en la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, que habían quedado suprimidas el 30 de abril de 2005, con la entrada en vigor del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, resulta infundada.

De la interpretación sistemática y armónica de la Disposición transitoria sexta, apartado 3, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que establece que "seguirán siendo aplicables las obligaciones de transmisión establecidas en los párrafos 3), f) y g) del apartado 1

del artículo 11 de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por cable, hasta tanto no se supriman, modifiquen o sustituyan, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 de la Disposición adicional séptima de esta Ley", se infiere la habilitación al Gobierno para acordar, mediante la aprobación de un reglamento, la supresión, modificación o sustitución de obligaciones de servicio público de transmisión de determinados canales o servicios de radio y televisión, que deberán seguir el procedimiento establecido en dicha norma para justificar su razonabilidad, cuando se trate de modificar o sustituir dichas obligación de transmisión, pero no cuando se suprimen por apreciarse que ya no son necesarias para alcanzar los objetivos de interés general que determinó la imposición originaria a los operadores de los servicios de telecomunicaciones por cable de un régimen de gestión indirecta mediante concesión administrativa.

Por ello, con base en el principio de seguridad jurídica, no compartimos el argumento que aduce la parte recurrente de que "el régimen general de imposición de obligaciones ha quedado suprimido por la Ley, y en todo caso desde luego, por el RSV", pues carece de apoyatura legal, porque la propia Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, no sólo no deroga el régimen de obligaciones impuestas al operador de telecomunicaciones por cable establecidas en el artículo 11.1 e), f) y g) de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, sino que expresamente estipula que "seguirán siendo aplicables las obligaciones de transmisión", siendo el Real Decreto 920/2006 la norma específica en que se plasma la voluntad del titular de la potestad reglamentaria de suprimir dichas obligaciones por lo que no cabe estimar que hayan quedado sin efecto desde el 30 de abril de 2005.

Séptimo.- La declaración de conformidad a Derecho de la Disposición transitoria primera y de la Disposición adicional primera del Real Decreto 920/2006 impugnado, que propugno, promueve que se rechace la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios derivados de la imposición de las obligaciones de "must carry".

Madrid, a 18 de noviembre de 2009.- José Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Firmado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrate Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- M^a Concepción Sánchez Nieto.- Firmado.



2010/6384

TS Sala 1ª. Sentencia: D. 20 enero 2010. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Aplicación del criterio jurisprudencial restrictivo

Inexistente violación del titular de nombre comercial en Dinamarca

Acuerda el TS desestimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia de segunda instancia que confirmó la desestimación de la demanda, en la se pedía la declaración de haber cometido las demandadas actos de competencia desleal, y haber lesionado los derechos de la actora sobre la marca danesa de que es titular, con las condenas al cese y a la indemnización de daños consiguientes, así como se pedía la declaración de haber violado las demandadas el derecho de exclusiva afirmado por la actora sobre el nombre comercial de que es titular en Dinamarca.

Señala la Sala que no procede la estimación del recurso ya que la acción de violación fue incorrectamente declarada prescrita, y es así que la acción debía haber sido desestimada pero por razones distintas de las que dan soporte a la resolución recurrida. Por ello frente a la reclamación por la recurrente de la protección de su nombre comercial, pese a no estar inscrito ni haberlo usado en España, la jurisprudencia, que había otorgado protección al nombre comercial extranjero no registrado ni usado en nuestro país, sigue recientemente un criterio restrictivo por considerarlo el más conforme con el tenor de los arts 77 y 78 Ley 32/1988, aplicables según el tribunal al litigio planteado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De las distintas pretensiones deducidas en la demanda por la sociedad danesa Fransa Clothing Company A/S, contra Dª Ramona y Fransa Clothing, SL., todas desestimadas en ambas instancias, interesan a la casación -por estar referidos a ellas los tres motivos del recurso- tan sólo las que siguen:

1ª) La de declaración de haber cometido las demandadas actos de competencia desleal -en concreto, los tipificados en los artículos 5, 6, 11 y 12 de la Ley 3/1.991, de 10 de enero- y las de condena a que cesen en su conducta ilícita e indemnicen a la actora en los daños y perjuicios que le hubieran causado con ella.

2ª) La declarativa de haber lesionado las demandadas los derechos de la actora sobre la marca danesa de que es titular, con las condenas al cese y a la indemnización de daños consiguientes -acciones que, según la demanda, tienen apoyo en los artículos 31 de la entonces aplicable Ley 32/1.988, de 10 de noviembre, de marcas, 2 y 6 bis del Convenio de la Unión de París, de 20 de marzo de 1.883-.

3ª) La declarativa de haber violado las demandadas el derecho de exclusiva afirmado por la actora sobre el nombre comercial de que es titular en Dinamarca, con las mismas con-

denas que la anterior -acciones que se basan, también según la demanda, en los artículos 77 y 78 de la Ley 32/1.988, de 10 de noviembre, y 8 del Convenio de la Unión de París, de 20 de marzo de 1.883-. El antecedente fáctico de todas las acciones que han sido mencionadas se identifica con la utilización por Dª Ramona y la sociedad española Fransa Clothing, SL -las demandadas- del signo denominativo "Fransa" para distinguir en el mercado prendas de vestir, sin la autorización de la demandante, Fransa Clothing Company A/S, titular en Dinamarca de una marca y un nombre comercial formados por la referida palabra. La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación de la demandante, por haber considerado el Tribunal que la pronunció, en síntesis,

(1º) Que aquella carecía de legitimación para ejercitar acciones de competencia desleal, a la vista de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 3/1.991.

(2º) Que habían prescrito las acciones causadas por la infracción marcaria supuestamente cometida por las demandadas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 32/1.988

(3º) Que no se había probado la concurrencia de los presupuestos exigidos para la aplicación del artí-

culo 77 de la Ley 32/1.988, en relación con la defensa de un nombre comercial extranjero.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos de su recurso de casación, Fransa Clothing Company A/S ha denunciado la infracción del artículo 19, puesto en relación con el 2, el 3 y el 4, todos de la Ley 3/1.991, de 10 de enero, de competencia desleal, así como con el 24, apartado 1, de la Constitución Española y la jurisprudencia que los interpreta. Alega la recurrente que, en contra de lo declarado por el Tribunal de apelación, estaba legitimada para ejercitar contra las demandadas las acciones previstas en el artículo 18 de la Ley 3/1.991. El artículo 19 responde, según expresa el preámbulo de la Ley que lo contiene, a un propósito de armonizar el régimen de la legitimación activa en esta materia "con la orientación general" de la propia Ley y, al mismo tiempo, con la conveniencia de "multiplicar la probabilidad de que las conductas incorrectas no queden sin sanción". Dicha norma legitima para el ejercicio de las acciones que enumera el artículo 18 de la propia Ley, a toda persona que, aunque no sea empresario y competidor directo del sujeto activo del acto desleal, reúna dos condiciones:

(1ª) La de participar en el mercado.

(2ª) La de ser titular de intereses directamente perjudicados o amenazados de serlo por el acto de competencia desleal de que se trate -sentencias de 17 de julio de 1.999, 20 de febrero de 2.001 y 15 de octubre de 2.003-. La primera de dichas condiciones -utilizada también para delimitar el ámbito específico de la protección conferida por la Ley, según su artículo 1-, puede manifestarse en distintos planos, todos aptos para justificar la legitimación de quien accione -el de un productor, un intermediario, un prestador de servicios, un consumidor...-, y en diversos grados -el de una participación efectiva o el de una participación meramente preparatoria mediante actos externos...-. La segunda condición se proyecta en la exigencia de una determinada relación entre la parte y el objeto del proceso que justifique o fundamente su pretensión: los intereses económicos del partícipe en el mercado han de haber resultado directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal contra el que reacciona.

En el supuesto a que se refiere el recurso de casación ambas condiciones han sido negadas a la demandante por los Tribunales de las dos instancias.

En concreto, el Tribunal de apelación, una vez valorada la prueba, declaró -fundamento de derecho cuarto de su sentencia- que la actora y ahora recurrente, aunque participe activamente en otros mercados nacionales, no lo hace en el español, directa

o indirectamente. Ni siquiera lo hace, según la sentencia recurrida, mediante actos preparatorios -así, promocionando con la publicidad la venta futura de sus productos-.

Congruentemente declaró dicho Tribunal que los actos que en la demanda había calificado Fransa Clothing Company A/S como desleales no perjudicaban ni amenazaban los intereses económicos de la misma.

Con ese antecedente no cabe sino desestimar el motivo.

Es manifiesto que las conclusiones en que la decisión atacada se asienta son el resultado de la valoración de la prueba y esta actividad jurisdiccional, propia de las instancias, no puede ser revisada en casación -sentencias de 7 de marzo y 21 de abril de 2.009, entre otras muchas-. Como se expuso al principio de este fundamento de derecho, la recurrente destacó la relación existente entre el artículo 19 y los artículos 2, 3 y 4 de la misma Ley 3/1.991. Sin embargo, tal invocación no posibilita variar la desestimación anunciada, dado que las distintas normas mencionadas en el motivo no bastan para reconocer a la demandante la legitimación que le ha sido negada, en cuanto empresaria no participante en el mercado nacional y titular de unos intereses económicos que no han resultado lesionados ni amenazados por los actos a que se refiere la demanda. El artículo 2, al fijar el ámbito objetivo de aplicación de la Ley 3/1.991, exige que los actos desleales, para serlo, se realicen en el mercado español. Circunstancia que, como se ha dicho, ha sido negada en la instancia.

Dicho ámbito objetivo de aplicación de la Ley no se amplía porque el artículo 3, al delimitar el subjetivo, excluya la necesidad de una relación de competencia entre los sujetos activo y pasivo del acto desleal. Finalmente, tampoco puede ser determinante que la sociedad actora participe en otros mercados nacionales -al menos, lo hace en el danés-.

Es cierto que el artículo 4 contiene una norma unilateral de derecho internacional privado y que conforme a ella la conexión que fija el ámbito de aplicación de la propia Ley en ese plano responde al llamado principio de los efectos sustanciales, los cuales han de producirse real o potencialmente en el mercado español, que constituye el espacio económico protegido. Pero, como se ha repetido, la participación de la actora en otro u otros mercados nacionales no se ha traducido, directa ni indirectamente -según se expone en la sentencia recurrida-, en una efectividad significativa, aunque fuera potencial, en el mercado español.

TERCERO.- En el motivo segundo de su recurso, Fransa Clothing Company A/S señala como infringidos los artículos 39 de la Ley 32/1.988, de 10 de noviembre, de

marcas, y 21 de la Ley 3/1.991, de 10 de enero, de competencia desleal. Al fundamentar el motivo puso la recurrente en relación dichos artículos con el 38, apartado 4, de la primera Ley y con la doctrina sentada en la sentencia de 16 de junio de 2.000. Es reflejo este motivo de la decisión del Tribunal de apelación de declarar prescritas las acciones ejercitadas en la demanda por la ahora recurrente tanto por la violación del derecho de la demandante sobre la marca "Fransa", como por competencia desleal. Computó dicho Tribunal los plazos establecidos en los preceptos citados en el encabezamiento del motivo a partir del día en que las demandadas empezaron a usar en el mercado los signos de la demandante, sin contar con su consentimiento.

Considera la recurrente, y así lo expone en la fundamentación del motivo, que, al tratarse de infracciones repetidas o continuadas durante varios años, el "dies a quo" del cómputo del tiempo de prescripción no debía ser el de la violación primera o inicial, como habían considerado los Tribunales de las dos instancias, sino aquel en que las demandadas hubieran cesado en su ilícito comportamiento -cese no producido o, cuanto menos, no probado-. Antes de dar respuesta al motivo, se hace necesario reducir el ámbito objetivo del mismo, puesto que la invocación del artículo 21 de la Ley 3/1.991 como precepto infringido carece de justificación a los fines del recurso. En efecto, por más que el Tribunal de apelación también se hubiera referido a dicha norma para motivar su decisión favorable a la prescripción extintiva de las acciones ejercitadas en la demanda, previamente había negado a la sociedad danesa demandante legitimación para ejercitar las de competencia desleal -como se expuso al examinar el anterior motivo-. Cabe decir, por lo tanto, que la desestimación de las pretensiones fundadas en el artículo 18 de la Ley 3/1.991 no fue resultado de la aplicación del artículo 21, sino de la del 19 de la misma Ley. El artículo 39 de la Ley 32/1.988 - este sí invocado justificadamente en el motivo -constituye reflejo de la exigencia de que la acción haya nacido para que comience a correr el tiempo de su prescripción extintiva.

Dicha regla- que aparece formulada, en términos similares, en los artículos 71, apartado 1, de la Ley 11/1.986, de 20 de marzo, de patentes, 57, apartado 1, de la Ley 20/2.003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial, y 1.969 del Código Civil - se inspira en la idea de que no pueden prescribir las acciones que no hayan nacido -"acciones nondum natae non praescribitur"-, pero, también, en la de que corre el plazo para las que ya lo hubieran hecho -regla de la "actio nata"- . Para determinar el momento en el que, jurídicamente, hay que entender nacida la acción a los efectos del comienzo de su prescripción ha

de ponerse en relación la posibilidad de ejercicio con la clase de acción de que se trate.

Así, en el supuesto de que ésta, como sucede con las previstas en el artículo 36 de la Ley 32/1.988, se dirija a defender un derecho subjetivo sobre un bien inmaterial que atribuye a su titular una facultad de exclusión, ese momento no puede ser otro que aquel en que el derecho resulte lesionado, negado o desconocido. Hay casos, sin embargo, en los que la infracción no se produce con una unidad natural de acción sino con una pluralidad que se repite o que permanece en el tiempo sin solución de continuidad. Se trata entonces, como plantea el motivo, de determinar si el tiempo de prescripción de las acciones a disposición del titular del derecho lesionado o amenazado corre irremediamente, en unos casos, desde el comienzo de la actuación permanente y, en otros, desde la primera infracción luego repetida o si, por el contrario, debe entenderse que, al subsistir o renovarse la situación antijurídica a que responde el ejercicio de la acción, sucede lo propio con la posibilidad de ejercicio y con el cómputo del plazo de prescripción, hasta el momento en que cese la infracción continuada o su repetición.

Esta cuestión se ha planteado en conflictos de intereses de distintos tipos y la realidad ha ido ofreciendo manifestaciones dispares de lo que constituye un proteico fenómeno jurídico.

En ocasiones se trató de actos que, siendo natural o jurídicamente unitarios, generaban daños que se exteriorizaban o manifestaban en un momento futuro o que necesitaban del transcurso del tiempo para quedar plenamente realizados. En otras, de actos que, pese a admitir cada uno el tratamiento jurídico propio de las realidades singulares e independientes, se repetían o reiteraban a lo largo del tiempo, de un modo homogéneo y con el resultado de producir una lesión del mismo bien jurídicamente protegido. También ha ofrecido la realidad supuestos de conductas susceptibles de ser naturalmente calificadas como únicas, pese a que perduraran en el tiempo, generando progresivamente uno o varios resultados...

En todo caso, la jurisprudencia ha sido en las últimas décadas sensible a las particularidades de ese conjunto variado de supuestos, siempre que se ha visto en la precisión de tratar de la prescripción extintiva de la acción ejercitada para poner fin a la situación antijurídica o para reparar alguna de sus consecuencias lesivas.

En ciertos casos identificó el día inicial del cómputo a partir de la exigencia de la plenitud en la realización del resultado, poniendo ésta en relación con el conocimiento del agraviado a que se refiere el artículo

1.968, ordinal segundo, del Código Civil -sentencias de 10 de marzo de 1.980, 29 de noviembre de 1.982, 6 de mayo de 1.985, 17 de marzo de 1.986, 8 de junio de 1.987, 3 de abril de 1.991, entre otras-, lo que significó un cambio de la doctrina seguida con anterioridad sobre la misma materia -sentencias de 24 de septiembre de 1.965 y 25 de junio de 1.966, entre otras-. En otros supuestos identificó el comienzo del cómputo del tiempo con la objetiva producción del definitivo y completo resultado, con tal de que no fuera posible fraccionarlo en una serie progresiva de consecuencias dañosas manifestadas en etapas diferentes o por hechos causantes diferenciados -sentencias de 12 de diciembre de 1.980, 12 de febrero de 1.981, 19 de septiembre de 1.986, 24 de octubre de 1.988, 15 de enero de 1.989, 25 de junio de 1.990, 15 de marzo de 1.993, 24 de mayo de 1.993, 24 de junio de 1.993, entre otras-.

Y siempre tuvo en cuenta que, normalmente, "una serie de actos sucesivos provocan en su perjudicial progresión un resultado lesivo de nocividad más acusada que la simple suma de los repetidos agravios" - como señalan las citadas sentencias de 12 de diciembre de 1.980 y 15 de enero de 1.989-. Ello sentado, volviendo al ámbito marcario, la interpretación que el Tribunal de apelación hizo del precepto que en el motivo se dice infringido -el hoy derogado artículo 39 de la Ley 32/1.988 -, y que le llevó a identificar el día inicial del cómputo del plazo de prescripción extintiva de las acciones derivadas de la violación del derecho sobre la marca -en particular, las de declaración de la ilicitud y de condena al cese- con el de inicio de lo que constituiría una violación continuada o permanente -al respecto, no se precisa en la sentencia recurrida-, hay que decir que no constituye la única respetuosa con la literalidad de la norma de que se trata.

Para entender lo contrario, esto es, para admitir que el artículo 39 no sancionaba con el inicio de la prescripción mientras se siguiera repitiendo o permaneciendo la situación antijurídica, bastaba con considerar que existía posibilidad de ejercitar las acciones mientras la infracción persistiese o cada vez que se reiterase -así lo puso de relieve, respecto de las infracciones repetidas y en la aplicación del artículo 21 de la Ley 3/1.991, la sentencia de 29 de diciembre de 2.006-. No se opone a esa concepción la admisión -en la letra a) del artículo 36 de la Ley 32/1.988 - de la que fue novedosa acción de cesación de los actos de violación del derecho, cuyo fracaso, como tal -no como acción de prohibición-, debía ser consecuencia no de la prescripción extintiva, sino, antes y simplemente, de que el demandado hubiera puesto fin a su conducta antijurídica antes del ejercicio de la misma, privándole de sentido.

Además, vincular el nacimiento de las acciones no sólo a la primera infracción, si se reitera o permanece, sino a cada una que la reproduzca y a todo el tiempo de persistencia del comportamiento ilícito, encuentra apoyo en el canon hermenéutico de la totalidad, al resultar iluminado el referido sentido del artículo 39 por el tenor de otras normas de la propia Ley. En primer término, por la contenida en la regla 4 del artículo 38, que rechaza la posibilidad de exigir una indemnización de daños causados por actos de violación previos a los cinco años anteriores a la fecha de ejercicio de la acción, dado que dicha norma sería totalmente inútil de no entenderse que establece una regla especial para aquel tipo de acción, sometiendo su ejercicio a un límite temporal que no rige para las demás, en los referidos supuestos.

En segundo lugar, el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1.988 -hoy, también, el artículo 52, apartado 2, de la vigente y no aplicable al litigio, Ley de marcas 17/2.001-, en cuanto refiere la llamada prescripción por tolerancia no al uso de cualquier marca posterior a la que da soporte a la acción, sino sólo al de aquella que se hubiera consolidado por un registro de, al menos, cinco años consecutivos. De otro lado, los efectos de la prescripción extintiva de acciones causadas por infracciones continuadas armonizan escasamente con el rigor seguido en nuestro sistema respecto de los modos de adquirir el derecho sobre la marca.

Debe recordarse, con la sentencia de 12 de febrero de 1.981 -en relación con unos daños causados por emanaciones de gas- que, de computarse el plazo de prescripción de la acción desde el inicio de la actuación ilícita continuada, se llegaría al absurdo de que "quien, por tolerancia o por cualquier otro motivo legítimo y hasta acaso digno de encomio, hubiese dejado pasar el plazo de inicio de una de las circunstancias concausas, cooperantes y en manifestación de concausa del resultado dañoso cuya indemnización se reclama, tendría que resignarse a padecer indefinidamente los males que la impericia, el abandono o la negligencia de un tercero tuvieran a bien conferirle, quedando este facultado y libre para seguir de continuo obrando de una manera imprudente y perjudicial, aspecto ambos que pugnarían abiertamente con los más elementales principios de justicia y equidad".

Por último, no deja de ser significativo, aunque sólo sea relativamente -ya que no es norma aplicable al litigio-, el hecho de que el legislador haya querido en la Ley 29/2.009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, recoger, en su artículo 35, aquella jurisprudencia

generada en la aplicación de la Ley 3/1.991, de 10 de enero, al disponer que el plazo de tres años que, en último caso, señala no empieza a correr sino "desde el momento de la finalización de la conducta". Ha de indicarse que la doctrina expuesta no impide acudir, cuando sea preciso, a los medios de reacción que las válvulas del sistema ofrecen en el caso de ser calificado como abusivo o contrario al estándar de buena fe el retraso en el ejercicio de la acción -como precisó la sentencia de 23 de noviembre de 2.007-. En conclusión, la Audiencia Provincial se apartó de la doctrina que ha sido detallada. Razón por la que el motivo examinado debería ser estimado.

Sin embargo, no procede su final estimación por no merecer esa suerte la acción de violación, como se ha dicho, incorrectamente declarada prescisa.

CUARTO.- Como resulta de los hechos que en la segunda instancia se han considerado probados, Fransa Clothing Company A/S es titular de una marca denominativa danesa "Fransa", a la que en la demanda se atribuye la condición de notoria. Sin embargo, no consta formulada solicitud alguna para la extensión de los efectos de la protección de dicho signo al mercado español, como marca internacional -artículo 73 de la Ley 32/1.988, en relación con las normas del Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas, de 14 de abril de 1.891, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1.967 y ratificado por Instrumento de 6 de febrero de 1.979, y del Protocolo de 27 de junio de 1.989, ratificado por Instrumento de 8 de abril de 1.991-. Por otro lado, la notoriedad de la tan repetida marca danesa, pese a haber sido afirmada en la demanda para obtener la protección que confiere el artículo 6 bis, apartado 1, del Convenio de la Unión de París, de 20 de marzo de 1.883 -modificado en Estocolmo el 14 de julio de 1.967 y ratificada la modificación por Instrumento de 13 de diciembre de 1.971- tampoco consta probada como una cualidad del repetido signo en España, cual exige para su aplicación la mencionada norma. De ahí que declaremos que la acción debía haber sido desestimada, bien que por razones distintas de las que dan soporte a la resolución recurrida y que, por ello y pese a lo antes expuesto, el motivo ha de ser desestimado.

Lo que, no obstante, deberá tener reflejo en el régimen de costas.

QUINTO.- En el motivo tercero Fransa Clothing Company A/S acusa la infracción, por inaplicación, del artículo 8 del Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial, de 20 de marzo de 1.883, en relación con el artículo 10, apartado 3, y 77 de la Ley 32/1.988, de 10 de noviembre, de marcas. Reclama la recurrente en este motivo la protección de su nombre comercial,

pese a no estar inscrito ni haberlo usado en España. Afirmar, en apoyo de su planteamiento, que el artículo 8 del Convenio de la Unión de París es directamente aplicable en España e impone proteger en ella, al igual que sucede con los demás países de dicha Unión, los nombres comerciales sin necesidad de depósito o de registro. Añade que el artículo 10, apartado 3, de la Ley 32/1.988, de marcas, le permitía invocar en su beneficio, como había hecho, las disposiciones contenidas en el texto del Acta vigente en España de dicho Convenio. Y concluye que la jurisprudencia no exige que se use en España el nombre comercial extranjero para atribuirle el trato nacional. Como se expuso, la sentencia recurrida denegó la protección reclamada por la demandante para su nombre comercial por no haberlo usado en España y, además, por haber vencido el plazo para el ejercicio de la acción prevista en el artículo 77 de la Ley 32/1.988. El motivo se desestima.

El mandato contenido en el artículo 8 del Convenio de la Unión de París no especifica la protección que los Estados que lo firmaron debían dar al nombre comercial del empresario de otro país de la Unión, en la coyuntura que en el se contempla. Nuestro legislador de 1.988 optó por limitar esa protección del nombre comercial extranjero y unionista no registrado y por permitir a su titular el ejercicio de la acción de nulidad de los registros posteriores de marca, nombre comercial o rótulo, si es que se cumplían las condiciones exigidas en el artículo 77 de la misma Ley, entre ellas, el uso en España del nombre comercial. Fuera de esa específica y limitada previsión, la tutela del signo debería obtenerse por medio de las acciones previstas en el artículo 18 de la Ley 3/1.991, de competencia desleal, claro está, de darse las condiciones precisas para ello. Como puso de manifiesto la sentencia de 16 de julio de 2.009 -tras las de 4 de junio y 7 de noviembre de 2.008 y 26 de febrero de 2.009-, la jurisprudencia, que había otorgado protección al nombre comercial extranjero no registrado ni usado en España -sentencias de 24 de febrero de 1.989 y 29 de febrero de 2.000-, sigue recientemente un criterio restrictivo, en los términos que han quedado expuestos, por considerarlo el más conforme con el tenor de los artículos 77 y 78 de la Ley 32/1.988, que son los aplicables al litigio planteado.

SEXTO.- Procede, por los argumentos expuestos, desestimar el recurso, sin pronunciar condena en costas contra la recurrente. 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 Fransa Clothing Company, A/S, con-

tra la Sentencia dictada, con fecha cuatro de febrero de dos mil cinco, por la Sección Once de la Audiencia Provincial de Madrid, sin pronunciar condena en costas del mismo. 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. Antonio Salas Carceller.- Encarnación Roca Trias.- Francisco Marin Castan.- Jesús Corbal Fernández.- José Antonio Seijas Quintana.- José Ramón Ferrandiz Gabriel.- Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Xavier O'callaghan Muñoz.-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.

2010/6386

TS Sala 1ª. Sentencia: D. 4 febrero 2010. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Imposibilidad de modificar capital asegurado con el suplemento de regularización

El TS declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió a la aseguradora demandada del pago a la demandante de la cantidad a la que había sido condenada por los daños ocasionados en las instalaciones de la demandante -con ocasión de la póliza de seguro de incendio a todo riesgo y pérdidas de beneficios suscrita-, al entender la AP que no es posible modificar el capital asegurado por la voluntad unilateral del asegurado con posterioridad a que ocurra el siniestro, dado que el asegurado lo que pidió antes de la fecha del mismo fue el suplemento de regularización para el caso de siniestro pero no la modificación de actualización de dicho capital.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- AGRO SEVILLA ACEITUNAS, S. C.A formuló demanda de juicio ordinaria contra GERLING-KONZERNG ALLGEMEINE VERSICHERUNGS AKTIENGESELLSCHAFT, ejercitando

una acción de impugnación del dictamen pericial emitido al amparo del art. 38 de la Ley de Contrato de Seguro, por considerarlo unilateral y con errores técnicos en su contenido, al mismo tiempo ejercita otra acción de reclamación de la debida indemnización por los riesgos objeto cobertura de la Póliza de Seguro de incendio a todo riesgo y pérdidas de beneficios suscrita el 30 de septiembre de 1999 con la demandada. Todo ello debido al siniestro acaecido el día 12 de octubre de 2001 al inundarse las instalaciones industriales de la demandante, sita en La Roda de Andalucía, como consecuencia de la caída de fuertes precipitaciones. Dicha indemnización corresponde a la pérdida de beneficios, reclamando cantidades alternativas según se estimase alguno de los diversos supuestos contemplados en los informes periciales acompañados a la demanda, elaborados por D. José Augusto y por ASEVASA, en función de la determinación de la tendencia de facturación de la demandante y en la fijación de la suma asegurada; también se reclama por los conceptos de extracostes y aumento del coste de explotación, así como por los daños materiales que no cubrió el Consorcio de Compensación de Seguros, intereses del art. 20 LC y honorarios del perito tercero.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la plena vigencia del informe de tercera, salvo en lo referente al capital asegurado en el momento de producción del siniestro, que ha de quedar fijado en 1.328 millones de pesetas. Asimismo condena a la demandada GERLING-KONZERNG ALLGEMEINE VERSICHERUNGS AKTIENGESELLSCHAFT al abono de la mitad de los honorarios del perito tercero satisfechos por la actora, así como al pago de los intereses legales. Recurrida la sentencia por ambas partes, dicha sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial, desestimando el recurso formulado por la demandante AGRO SEVILLA ACEITUNAS, S.C.A. y estimando el formulado por GERLING-KONZERNG ALLGEMEINE VERSICHERUNGS AKTIENGESELLSCHAFT, desestimando en consecuencia totalmente la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones contra la misma formuladas en la misma.

AGRO SEVILLA ACEITUNAS, S.C.A., formula recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL

SEGUNDO.- Se formulan diecisiete motivos al amparo del artículo 469.1. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 216 de la misma Ley, con relación a preceptos relativos a distintos medios de prueba, salvo el motivo undécimo y el decimoquinto, por infracción de los artículos 216, 217. 3º

y 6º. Los preceptos que se relacionan con el artículo 216 son el artículo 326.1, sobre la fuerza probatoria de los documentos privados (tres veces); el artículo 348, sobre valoración del dictamen pericial (siete veces) y el artículo 376, sobre valoración de las declaraciones de testigos (cinco); todos ellos se van a analizar conjuntamente para desestimarlos. En efecto, el principio dispositivo consagrado en el art. 216 de la LEC supone únicamente que los tribunales están limitados por las aportaciones de hechos, pruebas y alegaciones de las partes, pero ello no determina que la resolución judicial no pueda ignorar unos hechos en beneficio de otros, ya porque no los considere probados, ya porque entienda que carecen de trascendencia jurídica para el fallo del litigio (ATS 31 de octubre 2006); el artículo se limita a establecer el principio de justicia rogada y no se refiere a la apreciación o valoración de la prueba o a la necesidad de la misma, de tal forma que no se contradice si la sentencia decide el asunto dentro del ámbito fáctico y jurídico con que fue planteado y debatido en el litigio con independencia de cuál de las partes litigantes hubiera propuesto la prueba o pruebas determinantes.

En realidad, lo que se plantea en este motivo el error cometido en la sentencia al valorar los distintos medios de prueba, documental, pericial y testifical, por diversas razones: haber atendido el tribunal sentenciador los hechos contenidos en el dictamen del perito, pese a haberlo impugnado, haciéndolo de una forma ilógica; señalar como acto propio de reconocimiento de la duración del siniestro un burofax remitido a la aseguradora; valoración de forma manifiestamente ilógica del informe del perito tercero, sin tener en cuenta el emitido por el suyo (Sr. José Augusto), no rebatido por ningún otro sobre la tendencia de facturación, el porcentaje correcto de la evolución de ventas, extracostes y aumentos de costes de explotación obviando la declaración en el acto del juicio del perito D Enrique, y, en definitiva, por no haberse valorado de forma correcta determinadas declaraciones de testigos.

Demasiados motivos para combatir una valoración probatoria al amparo del art. 469.1.2º de la LEC que se refiere a las normas procesales reguladoras de la sentencia, entre las cuales no figuran los preceptos expresados en este grupo de motivos. La valoración de la prueba es función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en instancia, y no es verificable en el recurso extraordinario. Solamente cuando se concluye el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad (la cual puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada) cabe la posibilidad de un control a través del recurso extraordinario por infracción procesal, aun que al amparo del ordinal 4º del art.

469.1 LEC (SSTS 20 de abril, 18 de junio y 28 de noviembre 2009, coincidentes con acuerdo de esta Sala 2/2006 de 4 abril). Ninguna de las circunstancias concurre en el caso, ni desde la coherencia formal del razonamiento, ni desde la perspectiva jurídica. Se trata, simplemente, de convertir el recurso en una tercera instancia tratando de sustituir la apreciación probatoria que ha realizado la Audiencia por la sin duda parcial de la recurrente, elevando a causa de ineficacia las simples discrepancias de la parte con el informe pericial emitido al amparo del artículo 38 LCS.

TERCERO.- El undécimo y el decimoquinto motivos, al amparo de lo prevenido en el ordinal 2º del art. 469.1 de la LEC, se formulan por infracción de los arts. 216, 217.3 y 217.6 de la LEC, en cuanto que el primero de ellos establece la obligación de decidir los asuntos civiles conforme a los hechos y pruebas aportadas por las partes; el segundo impone al demandado la carga de la prueba de los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos de los que se derive la acción del actor, mientras que el tercero, ordena a los Tribunales aplicar las normas de distribución de la carga de la prueba teniendo presente la disponibilidad y facilidad probatoria de cada una de las partes del litigio. La recurrente entiende que la sentencia impugnada comete dichas infracciones al considerar probada la existencia de informes y datos contables que justificarían la terminación del siniestro en la fecha propuesta por el dictamen del perito tercero, pese a que los referidos informes y datos contables ni han sido aportados al procedimiento, ni su contenido ha sido objeto de prueba alguna, y al exigirle que acredite que la posible reclamación frente al Consorcio de Compensación de Seguros no tenía base legal alguna, siendo que dicha cuestión correspondía a la entidad demandada su alegación y acreditación.

Ambos se desestiman. Se reitera, de un lado, que los tribunales están limitados por las aportaciones de hechos, pruebas y alegaciones de las partes, pero ello no supone que la resolución judicial no pueda ignorar unos hechos en beneficio de otros, ya porque no los considere probados, ya porque entienda que carecen de trascendencia jurídica para el fallo del litigio, y se precisa, de otro, que el artículo 217 no contiene regla de valoración de la prueba que permita analizar si ha sido o no correcta la que el Tribunal hizo de los informes contables y, de ningún modo, confrontar unas con otras, o determinar si hubo o no incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Póliza en cuanto a la reclamación al Consorcio, pues nada tienen que ver con la infracción denunciada.

RECURSO DE CASACIÓN.

CUARTO.- Se basa en trece motivos. En el primero de ellos se alega

la infracción del art. 38 de la Ley del Contrato de Seguro, en cuanto que el mismo prevé que cuando se designe un perito tercero, el informe pericial debe ser emitido conjuntamente por los tres peritos, y no por aquél exclusivamente. La recurrente considera que la sentencia impugnada comete dicha infracción al negar la nulidad del dictamen del perito tercero, pese a que consta expresamente que no ha existido ninguna reunión ni contacto conjunto entre los tres peritos, y que incluso el informe pericial no fue firmado en unidad de acto por todos ellos.

Se desestima. El motivo no hace sino cuestionar, en la misma forma que hizo en la instancia, la conclusión probatoria de la sentencia recurrida expresiva de que “ha quedado acreditado que el dictamen del perito tercero no es de elaboración individual del mismo sino que está probada la existencia de numerosos contactos entre los peritos” y que hay “datos más que suficientes para descartar que el informe del tercer perito fuese elaborado unilateralmente por el mismo”. Mantener lo contrario supone no solo vulnerar los hechos probados de la sentencia. Supone también una concepción excesivamente formalista del “obrar en común” o “actuación conjunta” que exige la normativa aplicable (STS de 20 de enero 2001), pues una cosa es que al tercer perito le corresponda la redacción escrita de la pericia, y otra distinta que su informe no haya sido fruto de las conversaciones y relaciones mantenidas con los demás, como pone en evidencia el análisis de los distintos contactos, borradores, cotejo de datos, faxes, conversaciones, etc, todo ello claramente indicativo de que hubo debate conjunto sobre la valoración de los daños. Que la firma posterior de los tres peritos no se realizara en unidad de acto, carece de virtualidad para provocar el efecto pretendido, pues, como dice la sentencia, “además de no estar exigido por ninguna norma legal, que firmen el mismo día o días diversos no tiene ninguna trascendencia en cuanto a la finalidad, alcance y eficacia del informe pericial de tercera, siendo lo esencial que esté firmado en conformidad o disconformidad cuando se notifique a las partes”, como así fue.

QUINTO.- El segundo motivo reproduce la infracción del art. 38 de la Ley del Contrato de Seguro, esta vez en cuanto prevé que el dictamen de tercera sólo será vinculante para ambas partes si no se impugna judicialmente, sin establecer ninguna limitación a las posibilidades de impugnación. La recurrente considera que la sentencia recurrida comete dicha infracción al limitar las posibilidades de impugnación del dictamen pericial. Se desestima por razones obvias de que nada ni nadie ha impedido a la recurrente hacer valer sus derechos, primero ante el Juzgado y la Audiencia, y luego ante esta Sala mediante un doble recurso; todo ello al margen de que el recurso de casación no es el medio adecuado para

volver a cuestionar determinados extremos de la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal sobre la fórmula de cálculo más correcta de la indemnización.

SEXTO.- El tercer motivo se formula por infracción del art. 1281 del Código Civil, que establece el principio de interpretación literal de las cláusulas contractuales. La recurrente considera que la sentencia impugnada comete dicha infracción al aceptar la forma de cálculo de la tendencia utilizada por el perito tercero, consistente en equiparar la facturación del asegurado con la de la Asociación ASEMESA, pese a que el punto 17.6 de las Condiciones Generales del Contrato suscrito entre las partes, establece que para calcular dicha tendencia “se tendrá en cuenta la tendencia general de la empresa y de los factores interiores o exteriores que hayan modificado la marcha general de ésta, antes o después del siniestro”.

Se desestima, no tanto porque es jurisprudencia reiterada de esta Sala que la interpretación de los contratos es función propia de los órganos de instancia, que debe ser mantenida en casación salvo que sea absurda, ilógica o arbitraria (SSTS 31 de octubre de 2008; 22 de junio 2009), o porque el motivo no cite el párrafo de aplicación de la norma, sino porque el resultado obtenido se ajusta a los términos de la póliza y ninguno de estos calificativos merece la interpretación efectuada por la sentencia que toma en consideración la tendencia de la propia empresa para luego compararla con la de los restantes integrantes de la Asociación de Exportadores e Industriales de Aceitunas de Mesa (ASEMESA), lo que además en ningún momento la propia recurrente consideró incorrecto, salvo que se hubiera admitido que la facturación de una y otra presentaban evoluciones comparables.

SÉPTIMO.- También se desestima el cuarto en el que se pretende la misma interpretación sobre el periodo de duración del siniestro, que debió ser cuando la empresa recuperó su capacidad de facturación y no cuando recupera la capacidad de producir. El dictamen de perito tercero, señala la sentencia, recoge los antecedentes, describe el riesgo, expone las causas y circunstancias del siniestro, toma en cuenta las coberturas, hace una pormenorizada valoración de los daños materiales y de la pérdida de beneficios y calcula finalmente la indemnización, y lo que realmente se pretende en el motivo es presentar por vía de interpretación del contrato de seguro, lo que había planteado como infracción de la valoración de la prueba pericial, sin tener en cuenta datos relevantes como fueron los datos contables facilitados al perito y los propios actos de la aseguradora, consistente en un burofax de 6 de agosto de 2002 remitido por Agro Sevilla a la entidad aseguradora en el que dice que “nuestra recla-

mación totalmente documentada, considera pérdida de beneficios desde el día 12-10-2001 hasta finales de marzo de 2002"; burofax que no constituye en sí mismo la razón decisoria, sino que complementa el argumento desestimatorio ("A ello hay que unir..."), y al que también se refiere el siguiente motivo por infracción del artículo 7, que establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que la ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, mediante el que pretende una vez más una nueva e inviable valoración de la prueba.

OCTAVO.- El artículo 7 del Código Civil se vuelve a invocar en el sexto motivo. La recurrente considera que la sentencia impugnada comete dicha infracción al rechazar su petición de que se indemnicen los daños materiales no cubiertos por el Consorcio de Compensación de Seguros, en base a la falta de reclamación de la recurrente al citado Consorcio, pese a que la demandada ni tan siquiera ha alegado en ningún momento que existiera alguna causa legal en la que pudiera fundarse dicha reclamación. El motivo se desestima. Si la Póliza impone esa obligación al asegurado para que su reclamación contra el asegurador llegue a tener éxito, debería haber acudido previamente a la vía judicial frente al CCS, y luego que una Sentencia judicial la hubiere rechazado podría haber solicitado a la aseguradora el cumplimiento de sus obligaciones, pero lo que no puede pretender "es obviar el cumplimiento de una obligación contractual apelando a la buena fe, sostenida no en un hecho cierto y real sino en una presunción", como declara la sentencia.

NOVENO.- La infracción del art. 1262 del Código Civil, que establece que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, se formula en el séptimo. La recurrente entiende que la sentencia impugnada comete dicha infracción al no considerar que el cobro por la entidad aseguradora de la prima sobre un capital de 1.328 millones de pesetas, unido a la falta de contestación a las comunicaciones realizadas por la firma MARSH, que actuó como intermediario en el contrato de seguro, constituye una aceptación tácita de la modificación de capital asegurado solicitada. Se desestima como los anteriores. En el contrato de seguro el consentimiento surge por la concurrencia de la oferta y de la aceptación (art. 1262 del Código Civil), de tal forma que no es posible que la suma asegurada pueda cambiarse por voluntad unilateral del asegurado con posterioridad a que suceda un siniestro. Lo que ocurrió en el caso, como dice la sentencia, "es que el asegurado cumplió a la cláusula VIII declarando el Beneficio Bruto obtenido el año 2000 (1.328 millones de pesetas) y pidiendo el "suplemen-

to de regularización"... que no la modificación de la suma asegurada, sino aquel suplemento que le permitiría la cobertura automática no superior al 30% en caso de siniestro. Pero no es sino hasta el 25 de octubre (después del siniestro) cuando con cierta habilidad la entidad Agro Sevilla Aceitunas, le manda un fax a GERLING... en el que a diferencia de la misiva anterior, se habla por primera vez de "el suplemento de actualización del capital asegurado de Pérdida de Beneficios de acuerdo a lo comunicado en dicho escrito". Pero en el escrito de 13 de septiembre no había pedido la actualización de la suma asegurada, sino que se limitaba a cumplir su obligación contractual de declarar el Beneficio Bruto del año 2000, conforme a la cláusula VIII, para la regularización, concepto distinto de la actualización de la suma asegurada, la cual nunca se pidió antes de la producción del siniestro, por lo que la conclusión es la ya expuesta anteriormente: La suma asegurada objeto de cobertura cuando sucedió el riesgo era de 850 millones de pesetas con el incremento del 30% de cobertura automática, es decir, el límite máximo de 1.105 millones de pesetas, que es el capital asegurado que se consideró en el informe pericial de tercería".

DECIMO.- Se formula el octavo por infracción del art. 55 del Código de Comercio, que establece que los contratos en que intervenga Agente o Corredor quedarán perfeccionados cuando los contratantes hubieran aceptado su propuesta. La recurrente considera que la sentencia impugnada comete dicha infracción al considerar que el cobro por la entidad aseguradora demandada de la prima sobre un capital de 1.328 millones de pesetas, unido a la falta de contestación, o reparo alguno, a comunicaciones realizadas por el intermediario del contrato de seguro, constituye una aceptación tácita de la modificación del capital asegurado solicitada. El motivo hace supuesto de la cuestión por cuanto no hubo modificación de la suma asegurada.

UNDECIMO.- El noveno motivo es por infracción del art. 1281 del Código Civil, al señalar la sentencia que el cobro por parte de la compañía aseguradora de un recibo de prima sobre un capital de 1.328 millones de pesetas constituye una aplicación de la cláusula de regularización prevista en la condición especial IX de la póliza de seguro. Se da por reproducido lo razonado hasta este momento, añadiendo que dicho importe se liquidó en concepto de regularización, sin que exista suplemento alguno en el que la aseguradora haya manifestado su conformidad con el aumento de la suma asegurada.

DUODECIMO.- Denuncia en el décimo infracción del art. 1 de la Ley del Contrato de Seguro, que define este contrato como aquel por el que el asegurador se obliga, median-

te el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, al daño producido al asegurador o a satisfacer una capital, renta u otras prestaciones convenidas. La recurrente considera que la sentencia impugnada comete dicha infracción al establecer que la compañía aseguradora, pese a haber cobrado una prima sobre un capital asegurado de 1.328 millones de pesetas, no está obligada a garantizar dicho capital. Se reitera lo expuesto, con desestimación del motivo.

DECIMOTERCERO.- El undécimo motivo, por infracción del art. 7 del Código Civil, que establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que la ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, al no considerar los efectos que, como actos propios, tienen sobre el procedimiento determinadas actuaciones de la demandada relacionadas con la suma asegurada. Se desestima puesto que no ha habiéndose modificado la suma asegurada, ninguna conducta puede haber realizado la aseguradora contraria a los actos propios determinantes de una situación distinta, aclarando que una cosa es la regularización del beneficio bruto efectuada y otra distinta el incremento de la suma asegurada.

DECIMOCUARTO.- El duodécimo motivo, por infracción del art. 39 de la Ley del Contrato de Seguro, que establece que los honorarios del perito tercero deberán ser satisfechos íntegramente por aquella parte que haya hecho necesaria la peritación por haber mantenido una valoración del daño manifiestamente desproporcionada, al no haberse condenado a la entidad demandada al pago de la totalidad de los honorarios del perito tercero, pese a constar en las actuaciones que la misma no le comunicó ninguna valoración del daño antes de la designación del perito tercero. El motivo introduce una cuestión nueva, como es la no entrega del informe de su perito, sin que tampoco la valoración efectuada por el perito de la aseguradora resulte manifiestamente desproporcionada al extremo de haber hecho necesaria la peritación de un tercero, como declara probado la sentencia.

DECIMOQUINTO.- El último motivo se formula por infracción del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro, que establece que si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las reglas previstas en el precepto. La recurrente considera que la sentencia impugnada comete dicha infracción al no aplicar el referido art. 20, argumentando que, frente a este, tiene carácter preferente el último párrafo del art. 38 de la Ley del Contrato de Seguro. Se desestima. El

artículo 20 LCS establece un régimen general para toda clase de seguros, mientras que el artículo 38.9 LCS se refiere a los intereses cuando se haya utilizado el procedimiento establecido en este artículo para la liquidación del daño producido. En el párrafo octavo, el artículo 38 LCS admite dos posibilidades: o bien que se impugne el dictamen, en cuyo caso, "el asegurador deberá abonar el importe mínimo a que se refiere el artículo 18" o bien que no se impugne, en cuyo caso "abonará el importe de la indemnización señalado por los peritos en el plazo de quince días" y es entonces cuando el párrafo 9 impone la obligación de pagar intereses si "el asegurado se viere obligado a reclamarlo judicialmente" y este interés "empezará a devengarse desde que la valoración devino inatacable para el asegurador" (STS 10 de mayo 2006), es decir, existe un doble sistema de intereses, de carácter general y especial, lo que implica que la regla 6ª del art. 20 ceda ante la más especial del párrafo último del art. 38 de la misma Ley de Contrato de Seguro, que marca como fecha inicial de devengo del interés previsto en el art. 20 aquella en que la valoración de los peritos devino inatacable para el asegurador (STS 5 de marzo 2007), siendo hecho probado de la sentencia que el informe pericial de tercería se notificó a las partes el 1 de octubre de 2003, y en esa misma fecha la aseguradora abonó el importe de la indemnización fijada por la mayoría de los peritos en 1.046.968'18 •. Es decir, no hubo demora por el asegurador en el pago de la cantidad señalada por los peritos, lo que supone que no habiendo prosperado la impugnación, la indemnización procedente sea la que se estableció en el dictamen aprobado por mayoría de los peritos; indemnización que ha sido pagada de inmediato, por lo que de acuerdo con el último párrafo del art. 38 LCS, no cabe la condena al pago de intereses del art. 20 LCS.

DECIMOSEXTO.- Conforme al artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas de este recurso de casación a los recurrentes.

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

FALLO

No ha lugar a los recursos interpuestos por la representación procesal de Agro Sevilla Aceituna SA, frente a la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 24 de junio de 2005, con expresa imposición de las costas a los recurrentes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

(...)



2009/265722

TS Sala 2ª. Sentencia: D. 5 noviembre 2009. Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater

Responsabilidad civil subsidiaria del banco respecto de sus empleados

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular frente a sentencia que condenó al acusado como autor de un delito de estafa y dicta segunda sentencia. El recurrente alega infracción del art. 120,4 CP 95, dado que el acusado -sin perjuicio de la relación de parentesco existente entre ambos- actuó en las operaciones que realizó como director de una oficina bancaria, razón por la cual esta entidad debió ser condenada a satisfacer la responsabilidad civil subsidiaria por el delito cometido por el acusado. Señala la Sala, entre otros pronunciamientos, que en el caso presente, el acusado se valió para los traspasos de su posición en el banco para retener durante meses la correspondencia y ocultar a su mandante, de esa manera, la extracción de diversas cantidades de la cuenta del mismo e ingresarlas en la suya. Este uso irregular de las funciones que le incumbían en el banco con el objeto de favorecer la comisión del delito es generador de la responsabilidad civil subsidiaria de dicha entidad en los términos del art. 120,4 CP 95.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Recurso de Alejandro.

PRIMERO.- El recurrente alega en el primer motivo del recurso la infracción del art. 120.4 CP, dado que el acusado -sin perjuicio de la relación de parentesco existente entre ambos- actuó en las operaciones que realizó como director de una oficina bancaria del Banco de Valencia, razón por la cual esta entidad debió ser condenada a satisfacer la responsabilidad civil subsidiaria por el delito cometido por el acusado. El Ministerio Fiscal apoyó el motivo.

El motivo debe ser parcialmente estimado.

La Audiencia Provincial ha sostenido que no cabía en este caso la responsabilidad civil del banco, ya que el director de la agencia había actuado como mandatario del cliente. De allí dedujo que el banco sólo había ejecutado las instrucciones que había recibido del mandatario de su cliente y que, por tal razón, no era aplicable el art. 120.4 CP.

En principio, la responsabilidad civil subsidiaria se fundamenta no sólo en la culpa in eligendo, que aquí no se discute, sino también en la culpa in vigilando. Si bien es cierto, como lo señala el Ministerio Fiscal en su informe, que el Banco tenía suficientes elementos que alertaban sobre la irregularidades de la gestión bancaria del acusado, lo cierto es que no le correspondía vigilarlo en una activi-

dad ajena a sus funciones bancarias de mandatario de su tío. El art. 120.4 CP no permite extender la posición de garante del Banco más allá del desempeño de obligaciones y servicios que el subordinado tenga con él o preste para él. La vigilancia del mandatario es competencia del mandante.

Sin embargo, en el caso presente, el acusado se valió para los traspasos de 11.11.03, 20.1.04, 14.2.04 y 18.2.04 de su posición en el banco para retener durante meses la correspondencia y ocultar a su mandante, de esa manera, la extracción de diversas cantidades de la cuenta del mismo e ingresarlas en la suya. Este uso irregular de las funciones que le incumbían en el banco con el objeto de favorecer la comisión del delito es generador de la responsabilidad civil subsidiaria de dicha entidad en los términos del art. 120.4 CP.

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso se refiere a la inexistencia en el ordenamiento jurídico español de un recurso de apelación previo al de casación, lo que consiste en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

El motivo debe ser desestimado.

La única razón en la cual se fundamenta el recurso es una pura cuestión de derecho, consistente en si es aplicable al caso, cuyos hechos no son discutidos, el art. 120.4 CP. Por lo tanto, el recurrente no puede haber sufrido ningún

perjuicio procesal por la inexistencia de un recurso de apelación, dado que éste -a diferencia del recurso de casación- sólo le hubiera permitido cuestionar los hechos, que no cuestiona. Consecuentemente, el recurrente en las cuestiones que impugna ha tenido la posibilidad de revisión íntegra que entiende le hubiera correspondido.

B. Recurso de César.

TERCERO.- El recurrente, condenado en la causa, estima infringido el art. 120. 4 CP, por las mismas razones que el acusador particular.

El recurso debe ser desestimado.

Sin perjuicio de la decisión expuesta en el Fº Jº primero, el acusado carece de legitimación procesal para asumir la defensa de los intereses de la acusación particular.

FALLO

Primero.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Alejandro, contra Sentencia núm. 720/08 dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, sección núm. 2, con fecha 11 de diciembre de 2008, en el rollo de Sala 34/08, en causa seguida contra César, por el delito de estafa, estimando parcialmente el primer motivo de su recurso; asimismo desestimamos el segundo motivo, y en su virtud casamos y anulamos dicha sentencia en los extremos que afecten al motivo alegado en dicho recurso.

Segundo.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por César, frente a la mencionada Sentencia, con imposición de las costas ocasionadas en el presente recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Manuel Marchena Gómez.- Enrique Bacigalupo Zapater.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de noviembre de dos mil nueve

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Alzira, se instruyó procedimiento Abreviado núm. 14/07 contra César, en cuya causa se dictó Sentencia con fecha

11 de diciembre de 2008, por la Audiencia Provincial de Valencia, (sección 2ª, rollo núm. 34/08), que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, hace constar lo siguiente.

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la primera Sentencia.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al acusado César, como autor responsable penalmente del delito de estafa ya definido y de los preceptos mencionados, sin circunstancia modificativa de la responsabilidad civil, a la pena de un año y seis meses de prisión, a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo; así como a la pena de multa de nueve meses, con cuotas diarias de seis euros.

Condenándole también al abono de las cuotas procesales, como responsable civil, deberá indemnizar a D. Alejandro en la cantidad de cuatrocientos cincuenta y tres mil quinientos ochenta y nueve euros con noventa y ocho céntimos (543.589,98 euros), con el interés legal.

Asimismo declaramos la responsabilidad civil subsidiaria del Banco de Valencia S.A. respecto de las distracciones de dinero cometidas por el acusado el 11.11.2003 (120.000 euros), el 20.1.2004 (20.000 euros), el 14.2.2004 (20.000 euros) y el 18.2.2004 (50.000 euros).

Mantenemos los demás pronunciamientos de la Audiencia, no modificados por el fallo de esta Sentencia

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García.- Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Manuel Marchena Gómez.- Enrique Bacigalupo Zapater.

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



2009/321840

TS Sala: 4ª, Sentencia: 10 diciembre 2009, Ponente: Joaquín Samper Juan

Lesiona el principio de igualdad

Entrega de cheque exclusivamente a trabajadores que acudieron a comida de Navidad

El TS, tras rechazar la excepción de inadecuación del procedimiento y el error en la apreciación de la prueba, estima el recurso de casación interpuesto por la caja de ahorros demandada y declara discriminatoria su decisión de no abonar mediante cheque la cantidad de 600 € a los trabajadores que no acudieron a la comida de Navidad, en la que se hizo entrega de igual cantidad a los que sí asistieron.

Para la Sala, frente a la denominación de "obsequio" otorgada por la recurrente, ha de prevalecer su consideración como gratificación extraordinaria de la que han sido excluidos sin justificación razonable los no asistentes a la comida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente conflicto colectivo se inició en virtud de demanda interpuesta por "SECCRA, Federación de Trabajadores y Técnicos" (en adelante, SECCRA) frente a la Caja Rural de de Jaén, Barcelona y Madrid (en adelante, Caja) con la pretensión, en síntesis, de que se declarara discriminatoria la decisión adoptada por la Caja de no abonar la cantidad de seiscientos euros (600 €) a los trabajadores que no fueron a la comida de Navidad convocada por la Caja y en la que se hizo entrega de igual cantidad a los que sí asistieron. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en sentencia de 8 de abril de 2.009 (autos 57/2008) desestimó la excepción de inadecuación de procedimiento opuesta por la Caja y estimó íntegramente la demanda. Y frente a ella interpone la Caja recurso de casación ordinario o tradicional, articulado en tres motivos. SECCRA ha impugnado el recurso. Y el Ministerio Fiscal, en su muy razonado informe, y tras rebatir el planteamiento que la Caja hace en cada uno de los motivos, llega a la conclusión de que el recurso es improcedente.

SEGUNDO.- Antes de pasar al examen de los concretos motivos del recurso, conviene dejar constancia aquí de los hechos que pudieran ser más relevantes para el debate, de entre los que constan en el extenso relato de hechos probados, que aparece literalmente transcrito en los antecedentes de hecho de esta resolución.

I. Los presidentes y secretarios de los todos Comités de empresa de la

Caja, con ocasión de que en octubre de ese año se cumplían 50 años de actividad de la Entidad, dirigieron el 23 de septiembre de 2.007 una carta al Director General, en la que recababan información "sobre la determinación tomada en la Comisión Ejecutiva relativa a la gratificación especial para los trabajadores de la Caja con motivo del 50 aniversario". Y le recordaban que la empresa ya había manifestado, en la comida de Navidad de 2.006, su voluntad de otorgar una gratificación con motivo del cincuentenario; y que esa voluntad se reiteró en la celebración del cincuentenario que tuvo lugar tras Asamblea General de la Caja y en la última reunión del Comité a la que asistió.

II. El 21 de noviembre de 2007 dirigieron nueva carta, ahora al Presidente de la Caja, recordándole sus manifestaciones en orden a otorgarles una remuneración extraordinaria y sugiriéndole que la comida de Navidad sería el momento adecuado para recompensar a los trabajadores.

III. Con fecha 26 de noviembre, el Presidente les contestó con carta en la que les habla de que "la pérdida de negocio es motivo de preocupación y que la crisis exige un esfuerzo en la captación de recursos". Y termina manifestando que "si por alguien se considera que dicho esfuerzo no está acorde con la retribución obtenida, será necesario que abandone la entidad, incorporándose a cualquiera otra de las entidades financieras que a buen seguro atenderán sus reivindicaciones".

IV. El 18 de diciembre se celebró la Comisión Ejecutiva de la Caja, y en ella, consta que el Presidente de la misma, propone que con motivo del 50 aniversario se entregue al personal de la Caja en la Comida de Navidad a celebrar el 22 de diciembre, "un obsequio cuantificable en el máximo de seiscientos euros por asistente (...)" que es independiente de la posible gratificación graciable que esta Comisión o el Consejo Rector pueda adoptar en su día, una vez cerrado el ejercicio 2.007 y a la vista de los resultados económicos". Consta en el libro de actas de la Comisión, aportado por la Caja y al que se remite el hecho probado 6º de la sentencia recurrida, que inmediatamente antes de realizar tal propuesta el Presidente informó sobre la reunión mantenida hace solo unos momentos con representantes de los Comité de Empresa de la Entidad con motivo de los escritos remitidos el pasado mes de noviembre por los Comités y que fueron contestados por la Presidencia conforme al acuerdo adoptado en la sesión del Consejo Rector del pasado mes de noviembre. Y que los representantes de los trabajadores continúan insistiendo en la percepción de alguna remuneración con motivo del 50º aniversario de Caja Rural de Jaén.

V. El Director General dirigió una saluda a todos los trabajadores de la Caja invitándoles a la citada comida, en la que nada les decía sobre la posible entrega del obsequio ni su cuantía. Y en la comida del día 22 se entregó "a cada uno de los asistentes a la misma, trabajadores y personal ajeno a la empresa un cheque bancario de 600 euros".

VI. El 27 de diciembre los representantes de los trabajadores se dirigieron de nuevo al Presidente, reclamando la entrega de 600 euros también a todos los trabajadores que no asistieron a la comida, por entender que tal cantidad "correspondía a la gratificación extraordinaria reiteradamente solicitada". A lo que el Presidente respondió reproduciendo, casi literalmente, el acuerdo de la Comisión Ejecutiva del 18 de diciembre.

VII. En el informe anual del 2.007, dirigido a los socios de la Caja, se recogen, como palabras textuales del Presidente, que "ha sido un año excepcional en la consecución de beneficios, que han crecido un 63,97% antes de impuestos".

TERCERO.- Con el primer motivo de su recurso denuncia la Caja, al amparo del art. 205 b) LPL, la infracción del art. 151.1 de la propia Ley reiterando así, la excepción de inadecuación de procedimiento que ya opusiera en la instancia. Como fundamento de su excepción alega, en primer lugar, que la pretensión ejercitada por el Sindicato demandante no es propia de un conflicto colectivo porque no se dan los requisitos exigidos por dicho precepto, es

decir, que "la demanda afecte a intereses generales de un grupo de trabajadores y que verse sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia o de una decisión o práctica de empresas". Al interpretar dicho precepto esta Sala IV ha señalado reiteradamente, (sentencias de 19-5-04 (rcud. 2811/2003) 4 octubre 2004 (rcud. 39/2003), 8 de julio del 2005 (rcud. 144/2004), y 28-1-2009 (rcud. 137/2007) entre otras muchas) que las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos:

1) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, "entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad".

2) Otro objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como "un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros". Y ha señalado también que el hecho de que un conflicto colectivo pueda tener un interés individualizable, en el sentido de que lo declarado en él pueda luego concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuada esta modalidad procesal, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación, aquí de una decisión o práctica de la empresa, que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores.

Ello es así porque en los conflictos colectivos late un interés individual o plural, en la medida en que la interpretación general ha de afectar necesariamente a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del conflicto, como muestra claramente el artículo 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral. Aplicando al caso la doctrina que acabamos de exponer debemos afirmar que la pretensión ejercitada en este caso sí reúne los requisitos exigidos por el art. 151. 1 LPL. La controversia afecta, sin duda a un grupo genérico de trabajadores de la empresa que están unidos por el elemento de homogeneidad que constituye el hecho de que el grupo está integrado por todos los trabajadores de la Caja (casi 300, según afirma la propia Caja en motivo segundo del recurso) que por diversas razones no acudieron a la comida de Navidad organizada por aquella (a la que asistieron poco más de 200) y se han visto afectados, por igual y de manera indiferenciada, por la decisión que ha dado origen al conflicto.

El hecho, evidente, de que puedan identificarse individualmente cada uno de los trabajadores afectados, no desvirtúa ni su condición de inte-

grante del grupo, ni el carácter homogéneo de éste, pues todos ellos seguirían estando identificados por esa circunstancia, la decisión empresarial que se impugna, adoptada con carácter general. Prueba de ello es que la declaración que se pretende, se mantiene en el plano del interés general del grupo, sin consideración alguna a las circunstancias singulares que puedan concurrir en cada uno de los trabajadores que lo configuran.

CUARTO.- Los otros dos argumentos que en el primer motivo se esgrimen para sostener la inadecuación de procedimiento, deben ser igualmente rechazados, porque:

A) No se reclama la condena al pago de cantidad concreta para cada uno de los trabajadores afectados, como sostiene la empresa. Las pretensiones de condena, como la que se incluyó inicialmente en la demanda, no son propias, en efecto, de un conflicto colectivo. Pero en el caso, tal petición fue expresamente desistida en el acto del juicio, con lo que el objeto de la litis quedó reducido a la pretensión declarativa, única sobre la que se pronuncia la sentencia recurrida. Y a los concretos efectos que ahora se debaten, poco importa que tal desistimiento se produjera por exclusiva iniciativa de los demandantes o como respuesta al planteamiento de la Magistrado Ponente. Lo que resulta indudable es que la pretensión de condena dejó de formar parte de la controversia y por tanto carece de toda virtualidad para desnaturalizar el conflicto colectivo. En todo caso, conviene recordar que si la parte creyó que con tal desistimiento se produjo un quebrantamiento de las normas esenciales que rigen el acto del juicio, además de formular oportuna protesta en dicho acto debió articular en esta sede un motivo amparado en el art. 205. c), y nada se ha hecho.

B) No se trata de un conflicto de intereses, como se alega. Ya señalamos en la sentencia de 5-3-08 (rec. 100/2006) que “el conflicto colectivo (...) presupone una controversia que puede ser solventada aplicando una norma jurídica, pues lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica disciplinada por la ley o por el convenio colectivo, o afectada por decisión o práctica de empresa, en tanto que el conflicto de intereses o económico tiene como finalidad la modificación (...) del orden jurídico preestablecido, es decir, cambiando de alguna manera las condiciones de trabajo y, como es lógico, estas controversias no pueden encontrar solución en derecho, ni el Juez puede suplantar la actividad negociadora de las partes, único procedimiento para pacificar la situación”. Habría sido, en consecuencia, posible hablar de conflicto de intereses, si los demandantes frente al silencio de los órganos gestores de la Caja ante una solicitud de percibir una gratificación extraordinaria no pre-

vista en su convenio colectivo, hubieran pretendido obtenerla de los tribunales. Pero en el caso, la pretensión de los trabajadores no transita por esa vía, pues lo que pretenden es combatir una decisión o práctica inicial de la empresa que afecta por igual a todo el grupo y que consideran discriminatoria, utilizado este concepto en el sentido amplio de contraria al principio constitucional de igualdad o trato igual - así lo señala la sentencia recurrida en el penúltimo párrafo de su fundamento cuarto - para lo que resulta inequívocamente adecuada la modalidad procesal del conflicto colectivo.

C) En el motivo se incluyen también otros argumentos (ausencia de condición mas beneficiosa, y pura liberalidad del “obsequio” entregado en la comida) que no guardan relación con la excepción planteada ni afectan al procedimiento seguido, sino al fondo del asunto. Por todas las razones expuestas, el motivo primero queda desestimado.

QUINTO.- Igual suerte adversa debe correr el segundo motivo, formulado al amparo del art. 205. d) LPL. La constante jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 6-7-04 (rec. 169/03), 18-4-05 (rec. 3/2004), 12-12-07 (25/2007) y 5-11-08, (rec. 74/2007), entre otras muchas) respecto del error en la apreciación de la prueba es inequívoca. Para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurren los siguientes requisitos:

a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico.

b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas.

c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien completándolos.

d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia. Pues bien, como destaca el Ministerio Fiscal en su informe, en el presente supuesto están ausentes, al menos, los requisitos señalados bajo las letras a), b) en cuanto se alude a pruebas distintas de la documental, y c) del párrafo anterior. La parte recurrente no combate ninguno de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, ni identifica ninguno concreto como erróneo; al contrario reconoce, tácitamente, la certeza de todos ellos al razonar sobre la existencia de los mismos y citar los documentos de los que se obtuvieron por la Audiencia Nacional. De otro lado, tampoco ofrece ninguna redacción alternativa que sustituya a la que considera errónea, ni nin-

guna nueva que complete el relato. Finalmente se queja de que la Sala de instancia haya dado mayor credibilidad a las pruebas documentales aportadas, que a las declaraciones del Presidente y Director General de la Caja, cuando la declaración de parte o la de testigos no son prueba hábil para demostrar un error que solo puede ser acreditado mediante prueba documental obrante en autos. Tales graves deficiencias hacen inviable el motivo.

En realidad la parte no pretende la adición, supresión o modificación de ningún punto del relato fáctico, sino que se limita a rechazar las conclusiones que se exponen en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, por considerar que, en su opinión, son el resultado de una valoración equivocada de unos hechos probados que formalmente son correctos. Pero esa es una cuestión ajena al motivo que examinamos, pues el apartado d) del art. 205 LPL no es el cauce adecuado para exponer esas discrepancias, que deben hacerse valer por la vía del apartado c) de dicho precepto, que es el que da soporte procesal al tercero de los motivos del recurso. Este segundo motivo, queda por tanto desestimado.

SEXTO.- En el tercer motivo del recurso, que se articula como ya hemos dicho por el cauce del apartado c) del art. 205 LPL, la Caja vuelve a invocar “la infracción del art. 151. 1 LPL y de la jurisprudencia aplicable al caso”. El primer argumento que se expone en el motivo es de difícil comprensión, pues se afirma que se ha producido la infracción del precepto “al considerar que la cuestión planteada afecta a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, ya que en absoluto la pretensión de SECCRA, que representaba en el momento de la demanda a menos de un veinte por ciento de la plantilla de la Caja (de 500 trabajadores aprox.) es el reconocimiento de una paga extraordinaria de 600 euros”.

Si lo que se quiere decir es que dada la escasa implantación de SECCRA en la Caja, carecía de legitimación para interponer el conflicto, debemos señalar que se está planteando una cuestión nueva que no tiene cabida en casación; y que, en todo caso, el art. 152 a) LPL no condiciona la legitimación de un sindicato para interponer un conflicto colectivo a su nivel de implantación, sino a que su ámbito de actuación sea igual o superior al del conflicto; y ni se ha alegado ni mucho menos probado que no concorra tal requisito. Si lo que se pretende alegar es que se pedía el reconocimiento de una paga extraordinaria, debemos reiterar lo ya dicho, y es que dicha pretensión fue expresamente desistida por lo que quedó desde ese momento quedada sanada la posible inadecuación de procedimiento. Y si lo que se insinúa, al recoger expresamente un argumento de la sentencia, es que solo

podrán accionar individual o pluralmente los trabajadores que no asistieron a la comida para reclamar la cantidad que consideren oportuna como indemnización por la lesión de su derecho a un trato igual que aquí se les ha reconocido, habrá que decir que es cierto, pero que ello no deriva del planteamiento del conflicto, sino de la previa existencia del grupo genérico de trabajadores nacido como consecuencia de la decisión de la Caja.

SÉPTIMO.- También en el desarrollo del motivo se citan varias sentencias del Tribunal Constitucional y una de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; pero como es sabido, ninguna de ellas constituye jurisprudencia, cuya creación queda reserva, por mandato del art. 1.6 del Código Civil, a las reiteradas sentencias del Tribunal Supremo. Cita además la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal de 12 de noviembre de 1.996 que ninguna relación guarda con el precepto que se dice infringido, ni con el caso; en realidad, parece que se quiere reforzar con ella, la conclusión de que la actuación de la Caja no fue discriminatoria (en puridad, lesionadora del principio de igualdad); pero para el éxito de tal aserto, que hubiera supuesto el triunfo del recurso, habría que haber combatido el pronunciamiento de la Audiencia Nacional desde el plano de la normativa constitucional y ordinaria sustantiva y, sin embargo, no se invoca ni un solo precepto de tales clases como infringido. Cita también cuatro sentencias de esta Sala. Las tres primeras, de 18-6-92, 26-6-95 y 13-10-97 que aluden al modo como debe plantearse un conflicto colectivo; pero como ya hemos visto al resolver el primer motivo del recurso, el que examinamos se ajusta perfectamente a nuestra jurisprudencia. Finalmente, con la de 21 de febrero de 1.994, de la que transcribe un amplio párrafo, se pretende sostener, por una parte, que no nos encontramos ante una condición mas beneficiosa sino ante una mera liberalidad, y así es efecto, hasta el punto de que ni se alegó en demanda, ni se habla para nada de ella en la sentencia recurrida. Y por otra, que el cheque bancario al portador de 600 euros que se entregó a los trabajadores que asistieron a la comida de navidad, constituyó un mero regalo “que no se integra en la contraprestación que se da en el sinalagma funcional que caracteriza el contrato de trabajo”. Apunta con ello, ciertamente, al núcleo de la cuestión debatida, y desde luego es esa, en abstracto, nuestra doctrina.

Pero no cita ningún precepto sustantivo que de soporte al argumento, ni rebate los datos fácticos (previas promesas de la Caja, reiteradas reclamaciones de los representantes legales de los trabajadores, resultado económico del año 2.007 altamente satisfactorio, naturaleza del “obsequio”, y su coincidencia en cuantía



EL DERECHO

Año XVII. Número 2815

Madrid, 7 de abril de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

con las gratificaciones entregadas por la Caja en Navidades anteriores) ampliamente recogidos en el fundamento cuarto de la sentencia recurrida y que han llevado a ésta a considerar que frente a la denominación de "obsequio" atorgada por la Caja, debe prevalecer su consideración como una gratificación extraordinaria de la que han sido excluidos sin justificación razonable los no asistentes a la comida. Tales ausencias no permiten la estimación del motivo, porque la Sala no puede sustituir, sin violentar su obligada posición de neutralidad, lo que constituye una

obligación inexcusable de la parte recurrente.

De conformidad con todo lo razonado y con el precedente informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso de casación interpuesto por la Caja, y la confirmación de la sentencia recurrida. Sin que ello suponga la aceptación por esta Sala de la aplicación del principio de igualdad en las relaciones entre privados, cuestión sobre la que no puede pronunciarse por falta de planteamiento adecuado en el recurso. Sin costas (art. 233.2 LPL).

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación promovido en nombre de la Caja Rural de Jaén, Barcelona y Madrid, contra Sentencia de fecha 8 de abril de 2009, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el procedimiento núm. 57/08. Sin costas. Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Milagros Calvo Ibarlucea.- José Luis Gilolmo López.- Jordi Agustí Julia.- Joaquín Samper Juan.

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

RESEÑA

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



2010/3502

TS Sala 1ª, Sentencia 21 enero 2010.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Ineficacia de cláusula testamentaria relativa a la fijación de legítima

El TS declara haber lugar al rec. por infracción procesal anulando la sentencia impugnada y, entrando a conocer sobre le fondo de la cuestión estima parcialmente la demanda en el único sentido de declarar la ineficacia de la cláusula del testamento otorgado relativa a la fijación de la legítima, por la razón esencial de la falta de poder de disposición del causante sobre ella y por la imperatividad de las normas que la regulan.

2010/3500

TS Sala 1ª, Sentencia 13 enero 2010.
Ponente: Dª Encarnación Roca Trías

Liquidación de cuentas en contrato de colaboración en la organización de congresos

El TS desestima los recursos por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que estimó parcialmente la demanda interpuesta por la sociedad clínica actora, que había suscrito con la demandada un contrato de colaboración en virtud del cual ésta

debía encargarse de gestionar los congresos, simposios y otro tipo de reuniones que la sociedad actora decidiera organizar, condenando a dicha demandada a que pague a la actora la cantidad fijada por el saldo favorable de la liquidación de las cuentas de uno de los actos litigiosos organizado, y desestimando la de otro acto al no quedar acreditado el finiquito de liquidación. Señala que se ha producido una ratificación tácita por parte de la asociación, al haberse regido las relaciones con la parte demandada por el citado contrato durante al menos ocho años, por lo que ahora no puede pedir la nulidad del mismo, al haber sido tácitamente aceptado.



2009/271321

TS Sala 2ª, Sentencia 24 noviembre 2009.
Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

Registro de autocaravana que no constituye domicilio

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. El TS constata que el vehículo, más que la morada de una persona, tenía como destino exclusivo el transporte de la sustancia ilícita intervenida, que fue habida en gran cantidad por todas partes, pues los recovecos de la caravana en los que debía aparecer mobiliario o utensilios de uso doméstico estaban sustituidos por el almacenamiento del hachís. Por otra parte, nadie se atribuyó

su uso, pues el propio acusado que formalmente la tenía a su nombre dijo que la había vendido unos meses antes.

2009/271324

TS Sala 2ª, Sentencia 4 noviembre 2009.
Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Delito de incendio: concurrencia de peligro real

Se desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de incendio. El TS considera que concurrió un peligro real de que el fuego se acabara propagando por el edificio y afectara a la integridad física de los sujetos que allí residían, ya que vertió en el suelo un líquido inflamable y después le prendió fuego, lo que determinó una deflagración y el posterior incendio; el fuego, además, provocó daños en la puerta, techo y recibidor del piso de la ex compañera del acusado, y también ocasionó desperfectos en los elementos comunes del inmueble.



2009/283352

TS Sala 4ª, Sentencia 26 octubre 2009. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

Condena empresarial al abono de salarios por falta de preaviso

El TS desestima el recurso de casación para unificación de doctrina inter-

puesto por la empresa codemandada frente a sentencia que rechazó la existencia de despido improcedente pero la condenó a pagar treinta días de salario por año de servicio en concepto de preaviso.

La Sala señala que los actores, al no aceptar la subrogación ofrecida conforme al art. 69 del Convenio Colectivo del Sector de Servicio de Asistencia en Tierra y Aeropuertos, vieron extinguidos sus contratos por reducción de la actividad y, al seguirse la vía de la extinción individual del art. 52 c) ET era preceptivo conceder el preaviso de treinta días que establece el art. 53,1 c) del citado texto legal o en otro caso abonar los salarios correspondientes por la falta de preaviso, por tanto, la sentencia ha de ser confirmada.

2009/283354

TS Sala 4ª, Sentencia 10 noviembre 2009. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

Denegación de subsidio de desempleo a española retornada sin cotización en nuestro país

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal -SPEE- demandado contra sentencia que reconoció el derecho de la actora al subsidio de desempleo para mayores de 52 años al considerar que las cotizaciones efectuadas únicamente en Alemania serían para causar la pensión de jubilación en España. La Sala señala que en la actualidad las reglas de totalización de períodos para poder acceder a prestaciones por desempleo en cualquier país comunitario se encuentran supeditada al requisito de que el interesado hubiera cubierto en último lugar períodos de seguro o de empleo con arreglo a la legislación a cuyo amparo son solicitadas las prestaciones por desempleo, por tanto, si la actora no cotizó al régimen de Seguridad Social española no tiene derecho a la prestación controvertida.