



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: **EVARISTO MOLINE**

Año XVI. Número 2743

Madrid, miércoles 7 de octubre de 2009

## TS PENAL

2009/150956

TS Sala 2ª, Sentencia 22 junio 2009. Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Válida intervención telefónica por el sistema del recuento o registro de llamadas

### Delito de incendio en concurso ideal con delitos de homicidio y de lesiones

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la acusada contra sentencia que la condenó por un delito de incendio en concurso ideal con tres delitos de homicidio y tres delitos de lesiones. Subraya el TS que la integración de la resolución judicial en el informe policial legitimaba la adopción de la medida limitadora del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, máxime si se pondera que el sistema de "recuento" de llamadas y de mensajes telefónicos es una injerencia, según tiene reiterado el Tribunal Constitucional, de una menor intensidad que la que se materializa mediante las "escuchas telefónicas", siendo este argumento especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. En la sentencia de instancia se condena a la acusada, Mónica, como autora de un delito de incendio, en concurso ideal con tres delitos de homicidio y tres delitos de lesiones, a la pena de 17 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como al pago de cuantiosas indemnizaciones a los distintos perjudicados.

La recurrente alega como primer motivo de casación la infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4º de LOPJ, que pone en relación con los arts. 18.3º y 24.1 de la Constitución, aduciendo que se han vulnerado sus derechos al secreto de las comunicaciones y a la tutela judicial efectiva.

La defensa argumenta que el listado de registro de las llamadas del teléfono móvil que presentó la policía ha sido obtenido mediante un proce-

dimiento que vulnera los referidos derechos fundamentales, toda vez que la autorización judicial en que se sustentó el registro de las llamadas del teléfono de la acusada carece de una fundamentación que la legitime, al no motivar la necesidad, la idoneidad ni tampoco la proporcionalidad de la limitación del derecho fundamental.

Según la parte recurrente, la infracción de los derechos fundamentales debe generar, en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de LOPJ, la nulidad probatoria, dictándose por tanto una nueva sentencia que absuelva a la acusada de los delitos que se le imputan.

Pues bien, al cimentarse en el presente caso la infracción de los derechos fundamentales en el registro de las llamadas telefónicas del móvil de la acusada y no, como suele suceder en la mayoría de las ocasiones, en una intervención o escucha del con-

tenido de las conversaciones, se considera imprescindible plasmar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esa modalidad de limitación del secreto de las comunicaciones y los matices que presenta con respecto a otras injerencias de mayor calado en el referido derecho fundamental.

2. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2002, de 20 de mayo, con motivo de cuestionarse la aportación de un listado de llamadas telefónicas que había sido autorizado mediante una mera providencia judicial sin la debida motivación, el Tribunal Constitucional comienza recordando que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el "caso Malone" reconoció que el sistema del recuento es por naturaleza distinto a la interceptación de las comunicaciones, pues puede tener una finalidad lícita como es la comprobación de la exactitud de los cargos que se exigen a los abonados, examinar sus reclamaciones o descubrir posibles abusos, mientras que la interceptación de las comunicaciones no es deseable ni lícita en una sociedad democrática, y también dejó afirmado que la utilización de los datos obtenidos por el recuento puede plantear problemas en relación con el art. 8 CEDH, ya que "en los registros así efectuados se contienen informaciones -en especial, los números marcados- que son parte de las comunicaciones telefónicas.

En opinión del Tribunal, ponerlos en conocimiento de la policía, sin el consentimiento del abonado, se opone también al derecho confirmado por el artículo 8º".

Prosigue después argumentando la STC 123/2002 que el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas "garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión -eléctrico, electromagnético u óptico etc.- de la misma.

## SUMARIO

### TC

#### CONSTITUCIONAL

Nulidad de norma retroactiva sobre liquidación de tarifas por servicios portuarios 7

### TS

#### CIVIL

Exclusión de protección de nombre comercial extranjero no registrado en España 8

#### PENAL

Delito de incendio en concurso ideal con delitos de homicidio y de lesiones 1

Detención ilegal por policía municipal 4

#### ADMINISTRATIVO

Restitución del terreno expropiado al incurrir la Administración en desviación de poder 10

#### SOCIAL

Jubilación parcial de trabajador por cuenta ajena con derecho a pensión del RETA 12

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

Por ello -dice el Tribunal Constitucional- la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación: su existencia, contenido y las circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionadas.

De modo que la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos de esta forma captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

La aplicación de la doctrina expuesta -prosigue razonando la referida sentencia- conduce a concluir que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE.

En efecto, los listados telefónicos incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y a su duración, para cuyo conocimiento y registro resulta necesario acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras está teniendo lugar, con independencia de que estos datos se tomen en consideración una vez finalizado aquel proceso a efectos, bien de la lícita facturación del servicio prestado, bien de su ilícita difusión.

Dichos datos configuran el proceso de comunicación en su vertiente externa y son confidenciales, es decir, reservados del conocimiento público y general, además de pertenecientes a la propia esfera privada de los comunicantes.

El destino, el momento y la duración de una comunicación telefónica, o de una comunicación a la que se accede mediante las señales telefónicas, constituyen datos que configuran externamente un hecho que, además de carácter privado, puede asimismo poseer un carácter íntimo.

Ahora bien -matiza el Tribunal Constitucional- aunque el acceso y

registro de los datos que figuran en los listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, no puede desconocerse la menor intensidad de la injerencia en el citado derecho fundamental que esta forma de afectación representa en relación con la que materializan las "escuchas telefónicas", siendo este dato especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad.

Sin ningún género de dudas una providencia no es, por su propia estructura, contenido y función, la forma idónea que ha de adoptar una resolución judicial que autoriza la limitación de un derecho fundamental, y, ciertamente, lo deseable, desde la perspectiva de la protección del derecho fundamental, es que la resolución judicial exprese por sí misma todos los elementos necesarios para considerar fundamentada la medida limitativa del derecho fundamental.

Sin embargo, hemos admitido -afirma la STC 123/2002- que una resolución judicial puede considerarse motivada si, integrada con la solicitud de la autoridad a la que se remite, "contiene todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva" (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre; 166/1999, de 27 de septiembre; 126/2000, de 16 de mayo; y 299/2000, de 11 de diciembre).

A los efectos del juicio de proporcionalidad resulta especialmente significativo -acaba destacando la STC 123/2002- el dato de la menor intensidad lesiva en el objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que el acceso a los listados comporta, de modo que este dato constituye elemento indispensable tanto de la ponderación de la necesidad de esta medida para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como a los efectos de estimación de la concurrencia del presupuesto habilitante de la misma.

Y también en la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2006, de 30 de enero, se vuelve a incidir en que aunque el acceso y registro de los datos que figuran en los listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, no puede desconocerse la menor intensidad de la injerencia en el citado de-

recho fundamental que esta forma de afectación representa en relación con la que materializan las "escuchas telefónicas", siendo este dato especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad.

Esa doctrina del Tribunal Constitucional ya ha sido aplicada en algunos precedentes de esta Sala de Casación, especialmente en la sentencia 889/2004, de 9 de julio, en la que después de explicar que el "recuento" consiste en el uso de un instrumento - un contador combinado con un aparato impresor- que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico y la hora y la duración de cada llamada, ha admitido la aplicación de ese procedimiento de obtención de datos en virtud de una resolución judicial que reviste la forma de providencia, integrada a su vez en los hechos indiciarios que contiene la solicitud policial de la adopción de la medida, argumentando la Sala con base en la menor intensidad lesiva en el objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que el acceso a los listados comporta.

3. La traslación de la doctrina precedente al caso que se enjuicia en el presente recurso de casación hace inviable la pretensión de nulidad probatoria que formula la defensa con el argumento de la vulneración de derechos fundamentales.

La autorización judicial del registro de llamadas se acordó mediante el auto de incoación de diligencias previas dictado el 14 de diciembre de 2004 (folio 114 de la causa).

Esta resolución sólo contiene, ciertamente, la argumentación jurídica de formulario propia de la incoación del procedimiento penal.

Sin embargo, en la parte dispositiva del auto acuerda conceder los oficios que se interesan por la policía en el informe que precede inmediatamente a la resolución judicial. De modo que el auto queda así complementado por el extenso informe policial que le precede.

Ese informe contiene una pormenorizada descripción de la investigación practicada hasta el momento sobre el incendio provocado en que murieron tres personas y otras tres resultaron lesionadas.

En concreto, se informa al juez sobre el incendio que tuvo lugar el día anterior; también de los datos objetivos relativos a los mensajes telefóni-

cos que recibió el testigo Isidro procedentes del teléfono móvil de la principal sospechosa de la autoría del incendio, Mónica; de las relaciones que unen al testigo con la presunta autora; de las manifestaciones que ha prestado el testigo en las dependencias policiales confirmando el mensaje de Gladys autoatribuyéndose la provocación del incendio; también se informa de que otros testigos han hablado con Isidro ese mismo día y que éste les ha comentado a su vez el contenido del mensaje telefónico de la acusada y una llamada telefónica posterior de Isidro a ésta con el fin de corroborar el contenido alarmante del mensaje; y da cuenta la policía de la vinculación que tenía Mónica con el piso núm. 001 en el que se había iniciado el incendio, vivienda en la que había residido hasta hacía dos meses con su compañero sentimental, Inocencio, que ahora se hallaba en prisión.

Ante este cúmulo de sólidos indicios, y tras ser detenida la persona sospechosa, los agentes aportan al juez de instrucción la copiosa información incriminatoria que poseen y solicitan la autorización judicial para verificar el registro de llamadas y de mensajes que figuran en el teléfono móvil de la encausada, al efecto de comprobar la veracidad de la información que les ha proporcionado el testigo principal, Isidro.

La riqueza y consistencia incriminatoria de los datos aportados por la policía en su informe, presentado con el único fin de que les fuera concedida la referida autorización judicial, tal como se expone al final del escrito policial, no cabe duda que justificaban con holgura la expedición de los oficios que se acuerda conceder en la parte dispositiva del auto de incoación de las diligencias previas.

Por consiguiente, la integración de la resolución judicial en el informe policial legitimaba la adopción de la medida limitadora del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, máxime si se pondera que el sistema de "recuento" de llamadas y de mensajes telefónicos es una injerencia, según tiene reiterado el Tribunal Constitucional, de una menor intensidad que la que se materializa mediante las "escuchas telefónicas", siendo este argumento especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad.

Debe, por tanto, desestimarse el primer motivo de impugnación alegado por la parte recurrente, al no

proceder la declaración de nulidad de la resolución judicial que autorizó el registro de las llamadas telefónicas y de los mensajes del teléfono móvil de la acusada, ni tampoco la nulidad del material probatorio obtenido mediante la autorización judicial.

Sobre este último extremo conviene subrayar que en cualquier caso el registro de llamadas y de mensajes del teléfono presenta un valor probatorio de relativa enjundia, ya que sólo ha tenido eficacia para corroborar el testimonio relevante de Isidro y no para obtenerlo.

Y es que, tal como resulta del examen de la causa, cuando se practicó el recuento de las llamadas y de los mensajes la policía ya contaba con la declaración del testigo principal y con el grueso de las manifestaciones testificales que la avalaban.

Los datos solicitados sólo suponían, pues, la verificación objetiva de las manifestaciones de Isidro, de cuya veracidad no cabe dudar en cuanto no mostró animadversión alguna contra la acusada en el curso de sus declaraciones, sino más bien todo lo contrario.

SEGUNDO.- 1. La recurrente aduce como motivo de impugnación por infracción de ley, en virtud de lo dispuesto en los arts. 5.4° LOPJ y 24.2 de la Constitución, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En este sentido argumenta que nadie vio a la acusada prender fuego al piso ni provocar por tanto el incendio; la prueba que se cita en la sentencia, según la defensa, es una prueba indiciaria en la que no concurren una pluralidad de indicios, ya que todos los datos indiciarios que se citan por el Tribunal de instancia procederían de una misma fuente: la declaración del testigo Isidro.

Ninguno de los testigos que depusieron en el juicio, remarca la parte recurrente, vio a la acusada en el edificio, ni en los momentos anteriores ni en lo coetáneos al inicio del incendio.

2. Según doctrina arraigada del Tribunal Constitucional, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007 y 111/2008).

Y es doctrina reiterada del mismo Tribunal que, en la medida en que toda condena penal ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficien-

cia incriminatoria ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la sentencia, de forma que el déficit de motivación o los errores en la motivación o su incoherencia interna, puestos en relación con la valoración de la prueba y, por tanto, con la existencia de prueba de cargo, supondrían, de ser estimados, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 124/2001, 186/2005, 300/2005 y 111/2008).

Por su parte, esta Sala de Casación tiene afirmado en reiteradas resoluciones que el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta en verificar si la prueba de cargo que el Tribunal utilizó para dictar la sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes al proceso debido, y por tanto, y en primer lugar, si dicha prueba de cargo fue adquirida sin vulneraciones de derechos fundamentales; en segundo lugar, si dicha prueba fue introducida en el proceso y sometida a los principios que rigen el plenario, de contradicción, inmediación y publicidad; en tercer lugar, si se trata de una prueba suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia; y por último, si consta debidamente razonada en la motivación de la resolución, de modo que pueda verificarse el iter discursivo y comprobarse si la conclusión obtenida resulta razonable y por tanto ajena a cualquier viso de arbitrariedad (SSTS 59/2009, de 29-1; y 89/2009, de 5-2).

Asimismo se ha hecho especial hincapié en que, desde la perspectiva del control casacional del derecho a la presunción de inocencia, a este Tribunal le corresponde revisar la estructura del razonamiento probatorio de la sentencia recurrida, centrándose en comprobar la observancia de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos por parte del Tribunal sentenciador (SSTS 753/2007 de 2-10; 672/2007, de 19-7; y 131/2009, de 12-2).

Finalmente, se ha incidido en numerosas resoluciones de la Sala en que los cuatro puntos cardinales del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia se concretan en verificar si existió prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada (SSTS 987/2003, de 7-7; 845/2008, de 2-12; y 89/2009, de 5-2).

En lo que respecta a la prueba indiciaria, el Tribunal Constitucional viene sosteniendo desde sus primeras sentencias sobre la materia (SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000 y 117/2000) que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condena-

torio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia.

Y en resoluciones más recientes (SSTC 111/2008 y 109/2009) ha considerado como requisitos imprescindibles los siguientes:

“1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados.

2) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.

3) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.

4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre, ‘en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes’ (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y 111/2008).

El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.

Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento ‘cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada’ (STC 229/2003)”.

También ha advertido de forma insistente el Tribunal Constitucional que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se trata de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir, cuando se trata de una inferencia

irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 189/1998, 220/1998, 124/2001 y 137/2002).

Este Tribunal de Casación también tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional:

a) desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia;

b), desde un punto material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuerzan entre sí, y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”, en términos del art. 1253 del Código Civil (SSTS. 1085/2000, de 26-6; 1364/2000, de 8-9; 24/2001, de 18-1; 813/2008, de 2-12; 19/2009, de 7-1; y 139/2009, de 24-2).

3. En el supuesto que ahora se enjuicia la Sala de instancia sí ha dispuesto de unos hechos indiciarios suficientes para poder inferir que la acusada fue la persona que provocó el incendio que tan gravísimos resultados acabó generando, hechos que constan debidamente descritos en la sentencia objeto de recurso.

En primer lugar, contó el Tribunal de instancia con la relevante declaración testifical de Isidro, persona que desde hacía unos dos meses mantenía una relación sentimental con Mónica.

El testigo manifestó haber recibido un mensaje del teléfono móvil de la acusada, la tarde de los hechos, en el que le comunicaba que “le había metido fuego al piso”.

Dada la gravedad de lo comunicado, el testigo, según tiene declarado, se puso en contacto telefónico con la acusada al efecto de corroborar la magnitud del hecho que le había revelado en el mensaje, para lo cual le pidió el teléfono móvil a Cayetano, con quien se encontraba cuando recibió la alarmante noticia.

Isidro declaró que cuando llamó a la acusada con el teléfono que le prestó su amigo para preguntarle

sobre lo sucedido, ésta le contestó con la siguiente frase: "no es tu problema".

Además, el testigo informó del mensaje autoinculpatorio de la acusada la misma tarde de los hechos al agente policial núm. 006, quien a su vez lo comunicó a la comisaría de policía que llevaba la investigación.

Ello derivó en la comparecencia de Isidro en las dependencias policiales la misma noche en que sucedieron los hechos, declarando en los términos anteriormente expresados sobre el mensaje telefónico que recibió de Mónica, dato que quedó plasmado en el atestado policial.

Es cierto que al día siguiente Isidro compareció de nuevo en la comisaría de policía para matizar su declaración, manifestando entonces que no podía concretar si en el mensaje telefónico la acusada le había dicho que el piso "lo había quemado o se quemó".

Sin embargo, ello lo que viene realmente a evidenciar es que el testigo no tenía ninguna animadversión hacia la acusada, sino más bien todo lo contrario; pretendía aportar cualquier duda que la favoreciera, y ante la posibilidad de que el mensaje no fuera tan contundente como él había relatado, quiso dejar abierta la posibilidad de que no fuera ella la autora del incendio.

Esa matización del testigo principal carece sin embargo de trascendencia, dado el contexto del conjunto de declaraciones de la acusada.

En efecto, si ésta después le dijo por teléfono a Isidro que lo del incendio era un problema suyo y que se olvidara del tema, es señal inequívoca de que en el mensaje si se autoatribuía la autoría de la acción incendiaria.

De otra parte, Isidro no sólo le comunicó el contenido del mensaje al referido agente policial y a Cayetano, sino también a Romeo, que era el dueño del bar en el que solía trabajar la acusada diariamente a partir de las nueve de la noche.

Este testigo, ante la incomparecencia de Mónica en el trabajo el día de los hechos, habló con Isidro sobre las 22 horas del mismo día, y éste le relató el problema que había surgido con el incendio y que la acusada se había atribuido la autoría en un mensaje telefónico.

Por consiguiente, fueron varias las personas que hablaron el mismo día de los hechos con el testigo Isidro y a todas les informó de su preocupación por el contenido del mensaje que recibió de la acusada en el que se responsabilizaba de la autoría del incendio, y así lo ratificaron los testigos en el plenario.

Y no sólo eso, sino que, además, Isidro así lo declaró en la comisaría

de policía la misma noche en que el incendio tuvo lugar.

Sin olvidar tampoco que la existencia de los mensajes y de la llamada telefónica quedó corroborada también por la aportación a la causa del registro de llamadas y mensajes del teléfono de la acusada, de modo que si bien no pudo contarse debido a la falta de autorización judicial con el contenido de los mensajes, sí consta en cambio acreditada la existencia de los mismos.

Ha quedado, pues, probado mediante el testimonio de Isidro y de las personas con las que éste habló el día de los hechos que la acusada se autoatribuyó la autoría del incendio.

Es verdad que, tal como alega la defensa, se está ante el testimonio de una persona que no estaba en el lugar del incendio y que no vio que la acusada incendiara el inmueble; pero también lo es que, al margen de la relevancia significativa de esa autoinculpación, constan otros datos indiciarios objetivos que vinculan a la acusada con el piso incendiado y que otorgan coherencia y veracidad a las manifestaciones del testimonio de Isidro.

En efecto, la acusada convivió hasta unos meses antes de los hechos con Inocencio, la persona que tenía alquilado el apartamento en que se inició el incendio provocado, el núm. 001 de la escalera núm. 002, del edificio Sol de la CALLE000, de Castellón d'Empuries.

Y aquella tenía además la llave del edificio, sin que precisara la del apartamento para acceder a su interior, puesto que la puerta estaba claramente deteriorada y era muy fácil por tanto la entrada en el piso.

El testigo Isidro declaró que estuvo con la acusada en un bar, unas horas antes del incendio, y ésta le habló de que se encontraba muy deprimida porque las personas allegadas a su ex compañero la habían amenazado y querían que se fuera de la zona.

El testigo también manifestó que la acusada todavía guardaba enseres personales en el referido apartamento.

También consta el importante dato objetivo de que la acusada estuvo en un local muy próximo al edificio siniestrado en los momentos inmediatos al inicio del incendio.

Y así, en el folio 89 de la causa se reseña que el teléfono móvil de la acusada fue recargado el día del incendio a las 15,24 horas y a las 17,21 horas.

Si se pondera que el incendio debió iniciarse un poco antes de esa última hora, puesto que la policía tuvo conocimiento del incendio sobre las 17,37 horas, todo permite inferir, computado el tiempo que tardó en

desencadenarse el incendio y en saberlo la policía, que la acusada recargó su teléfono nada más realizar el hecho delictivo, pues fue con ese teléfono con el que envió los mensajes al testigo principal, Isidro.

Al haber declarado la encargada del local que éste se halla ubicado a unas tres calles de distancia del edificio incendiado, concuerdan los tiempos y las distancias con la ejecución del hecho delictivo y el posterior recargo del teléfono.

A todo ello ha de sumarse, tal como expone la Sala de instancia, que la propia acusada, ante su letrado y el Ministerio Fiscal, manifestó en su declaración de la fase de instrucción, cuando se le preguntó sobre el mensaje que el testigo Isidro afirmaba que le había enviado, que "lo envió por enviar y que a veces envía mensajes con un contenido extraño..." (folio 118 de la causa).

A tenor de todo lo que antecede, ha de concluirse que concurren indicios diáfanos, unidireccionales, concomitantes, coherentes y concluyentes, de que fue la acusada la autora del incendio.

No surgen, pues, dudas razonables que permitan cuestionar el relato fáctico de la sentencia recurrida y quedan descartadas otras inferencias alternativas que pudieran propiciar la tesis de la defensa.

Debe, en consecuencia, rechazarse la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que alega la defensa, desestimándose así el recurso de casación, con imposición a la parte recurrente de las costas correspondientes (art. 901 LECr.)

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Mónica contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 3ª, de fecha 20 de junio de 2008, dictada en la causa seguida por un delito de incendio, en concurso medial con tres delitos de homicidio y otros tres de lesiones, y condenamos a la recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 3ª, con devolución de los antecedentes remitidos a esta sala para la resolución del recurso, solicítese acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Julián Artemio Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.- José Antonio Martín Pallin.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ma-

gistrado Ponente Excmo. Sr. D Alberto Jorge Barreiro, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

2009/32150

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

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

## Detención ilegal por policía municipal

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en

principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

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

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

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

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

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

A partir de tales premisas, el motivo en el presente supuesto claramente aparece como infundado, ya que carecen, en absoluto, del referido carácter de literosuficiencia los documentos designados por quien recu-

rre, consistentes en los incorporados al atestado policial que, como se ha dicho hasta la saciedad, no tiene otro valor que el de la mera denuncia y, por ende, no ostenta ningún privilegio de veracidad, máxime si, como acontece en el presente caso, se alude a él en lo relativo a las calificación jurídica de la conducta de un ciudadano, tarea que obviamente compete al Tribunal, a la vista, como en este supuesto, de la prueba disponible para llevar a cabo la valoración jurídica de dicho comportamiento.

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

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

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

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

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

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

En este sentido, el artículo 167 dice: "La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años." Mientras que, a su vez, el apartado 1 del artículo 163 dispone que "El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años." Por su parte, el precepto que, subsidiariamente, interesa la Defensa del recurrente como de aplicación al caso, vinculado al referido 167, que es el apartado 4 del artículo 163, establece: "El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses." Cuestión que resulta de importante trascendencia, dada la gran diferencia de penalidad entre ambas previsiones típicas, aunque confusa doctrinalmente hasta hoy, a la vista de los contradictorios pronunciamientos contenidos, al respecto, en la doctrina de esta Sala.

Así, acerca de si es posible aplicar a la Autoridad o Funcionario, que cometa la detención ilegal de una persona, el supuesto privilegiado del artículo 163.4, "...cuando fuere para presentarla inmediatamente a la autoridad...", como parece admitir la amplitud con que se expresa la remisión desde el artículo 167, o, por el contrario, la respuesta negativa, con base en la restricción a "El particular..." que contiene el apartado 4 del 163, ya se pronunció, en términos realmente dubitativos, la STS de 10 de enero de 2001, que decía: "A pesar de la generalidad de la expresión del artículo 167 del Código Penal englobando la comisión de todos los hechos descritos en los artículos anteriores, no parece posible que entre ellos pueda incluirse la figura del número 4 del artículo 163, que parece sólo podrá cometer un particular, aunque, tal vez, cabe la comisión por autoridad o funcionario cuando sus funciones incluyan la detención de personas para presentarlas inmediatamente a otra autoridad." A su vez, la STS de 29 de marzo de 2006, junto con un análisis de otras Resoluciones partidarias de la compatibilidad entre ambos preceptos, concluye en la solución negativa para el caso

analizado, en los siguientes términos:

"El motivo plantea la compatibilidad entre el art. 167 y el art. 163.4. No se desconoce la existencia de resoluciones de esta Sala que se han mostrado partidarias de la posible aplicación del tipo de detención privilegiado cuando el sujeto activo se trata de un agente policial, aunque fuera de servicio, en tal sentido se contabilizan las sentencias -SSTS 1120/2000 de 23 de junio, 72/2003 de 28 de enero, 1516/2005 de 21 de enero de 2005 y 415/2005 de 23 de marzo-. Merece la pena un examen de estas dos últimas sentencias. La sentencia 1516/2005 de 21 de enero de 2005, se refiere a la detención acordada por un agente policial en el marco de una investigación relativa a una imprudencia con resultado de daños derivado de un hecho de la circulación, en la que acordó, en la propia Comisaría, la detención del presunto responsable. Abierta causa contra el agente policial por este hecho, la Audiencia calificó de "supina" la ignorancia del agente policial que acordó la detención ante el hecho a investigar que en modo alguno la justificaba, absolviéndole del delito del art. 167 en relación con el 163.4 del Código Penal. Esta Sala de casación estimando el recurso interpuesto por la Acusación Particular razonó que "es evidente que se debió aplicar el art. 167 y 163.4" condenándole en consecuencia a una pena mínima, dado el "carácter supino de la ignorancia de la antijuridicidad" que patentizó el agente policial al acordar la detención en aquel escenario. La sentencia 415/2005 de 23 de marzo, también acordó aplicar el artículo 167, en relación con el art. 163.3 del Código Penal.

Se trataba de una detención acordada por funcionario policial que, con la finalidad de tender una trampa en el marco de una operación de drogas, procede a la detención de una persona, la que fue llevada a cabo materialmente por otros funcionarios policiales avisados por el primero. Esta Sala casacional rechazó la sugestiva tesis de que la detención realmente no se había materializado por la decisión del funcionario imputado sino por la de la dotación interviniente, antes bien estimó que la dotación policial interviniente que actuó a instancias del imputado actuó como mero instrumento de la decisión adoptada en exclusiva por dicho imputado. La aplicación del párrafo 3º del art. 163 se debió a la duración sobre la que se extendió dicha detención.

Pues bien, la conclusión que se deriva de las dos sentencias analizadas más in extenso es clara en el sentido de que por un lado cuando con plena consciencia de la antijuridicidad de la acción un funcionario acuerda sin causa legal la detención de un particular, no es posible derivar la acción al supuesto privilegiado del párrafo 4º del art. 163, y por otro lado, en or-



den a la autoría es evidente que ésta se concentra en el que decide la detención y que ejerce el dominio de la acción y no en la dotación policial que materialmente y siguiendo las instrucciones de aquél la lleva a cabo presentando al detenido en la Comisaría. Con más claridad podemos citar la sentencia 1585/2003 de 30 de diciembre de 2003, que excluye la aplicación del artículo 163-4 en los supuestos de ejercicio abusivo y desviado, y por tanto doloso de las funciones de policía en ejercicio de tal, estimando que el sujeto activo del artículo 163-4 sólo puede ser un particular.

También se pueden citar las sentencias 606/2001 de 10 de abril y 435/2001 de 12 de marzo de 2001, en la primera se excluye la aplicación del párrafo 4º del artículo 163 cuando el sujeto activo sea un miembro de la policía, y en la segunda, se mantiene la aplicación del párrafo 4º por respeto a la interdicción de la *reformatio in peius* pero como obiter dicta se declara la incompatibilidad entre el artículo 167 y el 163-4. Mientras que, de forma mucho más concluyente, había afirmado tan sólo seis días antes la STS de 23 de marzo de 2006: "...la mencionada detención fue ilegítima y constituyó el mencionado delito de los arts. 163.4 y 167. "Razones por las que se consideró conveniente el planteamiento y discusión de la referida cuestión en el seno del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, que, celebrado el día 27 de enero de 2009, tras la correspondiente deliberación, adoptó mayoritariamente el siguiente Acuerdo: "La remisión que el artículo 167 del Código Penal hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último." Los argumentos fundamentales, en abono de esta tesis definitivamente triunfante, giran en torno a los siguientes extremos:

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

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

incluir el carácter del sujeto de la acción.

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

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

e) Máxime cuando el "plus" en el desvalor de esa acción, en razón a la peculiaridad del sujeto activo del ilícito por tratarse precisamente de persona que, en su condición de funcionario, está llamado a garantizar y preservar los derechos del ciudadano, ya encuentra respuesta en el propio artículo 167, que dispone la agravación del castigo previsto para quien no fuere funcionario, a lo largo de todos los supuestos del 163, fijando la pena en su mitad superior y, lo que es más, imponiendo también una inhabilitación absoluta entre ocho y doce años de duración que, obviamente, supone además la pérdida de esa profesión vinculada a la protección de los derechos del ciudadano.

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

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

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

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

### FALLO

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

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

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

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

### SEGUNDA SENTENCIA

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

### ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia

dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

### FALLO

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

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

### VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta en relación a la Sentencia recaída en el recurso de casación núm. 454/2008. A través del presente voto particular expreso mi disensión a la sentencia en lo referente a la posibilidad de que la remisión penológica que contempla el art. 167, que tipifica la conducta del funcionario público que detiene ilegalmente a un ciudadano, pueda ser referida también al apartado 4 del art. 163 del Código

penal. También me opuse al Acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala al que se refiere la Sentencia como fundamento de la remisión. Ciertamente el art. 167 del Código penal prevé una penalidad referenciada a la de los delitos anteriores reguladores de los delitos de detención ilegal, pero esa remisión penológica no es exclusivamente a las penas previstas en los artículos anteriores, sino que requiere la comisión de algunos de los hechos descritos en los artículos anteriores conminados con distintas penas. En consecuencia, es preciso que el funcionario público que detiene ilegalmente realice su conducta en los términos que figura en los tipos penales a los que se remite el art. 167 Cp.

Resulta claro que el funcionario público puede con su conducta realizar el tipo del art. 163.1, 163.2 y 163.3 Cp., esto es, puede detener ilegalmente a una persona, puede ponerlo en libertad dentro de los tres días siguientes a su detención, y puede detenerlo durante un tiempo superior a quince días. También puede realizar con su conducta la modalidad del secuestro del art. 164, o realizar la detención ilegal con las modalidades de agravación específica del art. 165, o, por último, puede no dar razón del paradero del detenido ilegalmente, art. 166. Esas modalidades comisivas de la detención ilegal pueden ser realizadas por un funcionario público, actuando fuera de los casos permitidos por las leyes y si mediar causa por delito. En estos supuestos la remisión penológica establecida en el art. 167, que prevé la pena de los anteriores artículos agravada con su imposición en la mitad superior, es razonable y proporcionada a la gravedad del hecho, dada la condición de funcionario público que actúa fuera de los casos permitidos en las leyes. Sin embargo, entiendo, y esa es la razón de mi disenso a la sentencia, el funcionario público no puede realizar la conducta prevista en el art. 163.4 Cp, esto es, "el particular que, fuera de los casos permitidos en las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses".

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

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

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

sibilidad de actuar contra el bien jurídico libertad en los supuestos de justificación por lo que su incumplimiento, actuando contra la libertad del ciudadano ni merece el trato benigno, ni realiza la conducta típica del art. 163.4 del Código penal, esto es, la detención de una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad. Por ello, entiendo que no cabe que el funcionario público pueda ser penado por el art. 163.4 del Código penal, salvo el supuesto de actuación como particular en el que esta Sala ha aplicado este tipo atenuado a supuestos de actuación sin ejercicio de funciones públicas. Andrés Martínez Arrieta.

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

cionalidad que se suscita se refiere únicamente al apartado segundo de la misma, relativo a liquidaciones efectuadas al amparo de disposiciones sobre tarifas portuarias posteriores a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante. Como resulta de los autos, las liquidaciones origen del proceso a quo se han dictado en sustitución de otras, anuladas por Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de diciembre de 2001, que habían sido giradas en aplicación de lo previsto en una Orden Ministerial de 30 de julio de 1998, liquidaciones posteriores, por tanto, a la entrada en vigor de la ya citada Ley 27/1992, de 24 de noviembre.

El supuesto de nuevas liquidaciones giradas en el lugar de otras dictadas en aplicación de disposiciones posteriores a la Ley 27/1992 resulta ser el definido en el apartado segundo de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, tanto en su redacción original como en la ahora cuestionada, dada por la Ley 14/2000. Por esa razón hemos de considerar que dicho apartado segundo resulta ser el relevante para la resolución del pleito en cuyo seno se ha suscitado la presente cuestión de inconstitucionalidad. Ello también determina que debamos apreciar que el apartado primero de la misma disposición adicional trigésimo cuarta, en la redacción dada por la Ley 14/2000, al referirse a situaciones anteriores a la vigencia de la Ley 27/1992, no es de aplicación en el proceso judicial a quo, sin perjuicio de advertir que el mismo ya ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 147/2009, de 15 de junio, resolutoria de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2917-2007.

TERCERO.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada, una vez examinada, debe reputarse resuelta por la doctrina que este Tribunal ha establecido en la STC 116/2009, de 18 de mayo, en la cual hemos declarado inconstitucional y nula la inicial redacción del apartado primero de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999. En la citada Sentencia este Tribunal ha considerado vulnerado el art. 9.3 CE, toda vez que la norma establecía la regulación de unas tarifas que tienen la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público, dotándola de una retroactividad auténtica, ya que habilitaba la práctica de nuevas liquidaciones, estableciendo la cuantificación de las tarifas a aplicar en relación con supuestos de hecho que, no sólo habían sido ya realizados en su integridad y estaban plenamente agotados al amparo de una legislación anterior, sino que incluso habían sido ya objeto de liquidación conforme a esa legislación y sometida dicha liquidación a control de legalidad por los órganos judiciales competentes, sin que concurrieran



2009/150428

TC Sala 2ª, Sentencia 29 junio 2009. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez

## Nulidad de norma retroactiva sobre liquidación de tarifas por servicios portuarios

*El TC estima cuestión de inconstitucionalidad planteada frente a la disp. adic. 34,2 Ley 55/1999, de 29 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en la redacción dada a la misma por la disp. adic. séptima Ley 14/2000, de 29 diciembre, declarándola nula e inconstitucional. La Sala remite a la doctrina establecida en la STC 116/2009 según la cual en dicha disposición se establece la regulación de unas tarifas que tienen la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público, dotándola de una retroactividad auténtica, sin que concurran exigencias cualificadas de interés común que puedan resultar prevalentes.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional trigésimo cuarta, apartados primero y segundo, de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en la redacción dada a la misma por la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, por posible vulneración de los artículos 9.3 y 117.3 en relación con los arts. 106.1, 118 y 24.1 CE.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el examen de fondo de la constitucionalidad del precepto cuestionado resulta necesario, a la vista del alegato formulado por el Abogado del Estado, acometer la delimitación precisa del objeto del presente proceso constitucional. En efecto, a pesar de que el órgano judicial que plantea la cuestión la extiende formalmente a los apartados primero y segundo de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en la redacción dada a la misma por la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, hay que entender que la inconstitu-

exigencias cualificadas de interés común que hubieran podido imponerse a la prohibición de la retroactividad.

Expuestas las razones que determinaron la inconstitucionalidad y nulidad de la redacción inicial del apartado primero de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, es claro que las mismas son igualmente predicables del apartado segundo de esa misma disposición adicional trigésimo cuarta, una vez modificado por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, puesto que, al igual que la norma declarada inconstitucional y nula en la STC 116/2009, de 18 de mayo, se trata de un precepto con indudable carácter retroactivo, en cuanto que permite la práctica de nuevas liquidaciones que sustituyan a las anteriores anuladas, sin que concurran exigencias cualificadas de interés común que puedan resultar prevalentes y justifiquen su legitimidad constitucional.

En consecuencia hemos de declarar la inconstitucionalidad y nulidad del apartado segundo de la disposición adicional trigésimo cuarta de la

Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en la redacción dada al mismo por la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre

### FALLO

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar inconstitucional y nulo el apartado segundo de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en la redacción dada al mismo por la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veintinueve de junio de dos mil nueve. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente.- Vicente Conde Martín de Hijos.- Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.

demnización de daños y perjuicios ejercitadas por el titular de un nombre comercial extranjero, no utilizado ni de conocimiento notorio en España que impetra la protección con base en el art. 8 del Convenio de la Unión de París; y en lo que se refiere a la reconvencción versa sobre acción reivindicatoria de nombre comercial y de nulidad de registro de marca con fundamento en la existencia de un nombre comercial y razón social de carácter prioritario usadas en territorio español. Por la entidad mercantil de nacionalidad venezolana "Corporación Churro Manía, C.A. se dedujo el 3 de marzo de 2.003 demanda contra la entidad "Churromanía, S.L." con domicilio social en Elche, en la que solicita:

1. Se declare nula la denominación de la razón social de la demandada Churromanía S.L.

2. Se condene a la demandada a modificar la denominación de su razón social sustituyéndola por otra que no sea confundible o incompatible con el nombre comercial y denominación social de la actora.

3. Se condene a la demandada a indemnizar a la demandante en la cantidad de seiscientos euros (600 €) diarios a contar desde el día siguiente desde que se produzca la firmeza de la Sentencia hasta que cumpla la obligación de condena objeto del apartado 2 anterior. En la demanda se hacen las siguientes alegaciones de interés para el litigio. El 27 de febrero de 1997 se constituyó en Caracas (Venezuela) la entidad mercantil "Inversiones Churro Manía, C.A. que causó inscripción registral el 4 de marzo comenzando sus actividades a partir de esta fecha. El 9 de junio de 2000 se modificó su razón social, sustituyendo el vocablo Inversiones por el de Corporación, y el objeto social, encaminándolo a la franquicia que luego se ha concretado en el ramo de la alimentación y en particular en la elaboración y venta de churros. Desde el año 1997 la actora ha venido utilizando ininterrumpidamente en el tráfico económico su nombre comercial "Churro Manía", el cual ha tenido un amplio eco en la prensa especializada de economía y de negocios en Venezuela, en donde tiene 30 locales operativos, expandiéndose, además, por distintos países.

Respecto de España "tiene la intención de implantarse en breve", "teniendo gran interés en desarrollar su actividad comercial en la misma como paso previo a introducirse de manera real y eficaz en los demás países del Mercado Común Europeo", "si bien se encuentra con el obstáculo de que existe una sociedad inscrita en el Registro Mercantil de Alicante con una denominación social "Churromanía S.L." incompatible con el nombre comercial y razón social de la actora". La sociedad demandada "Churromanía, S.L." se inscribió el día 4 de marzo de 1998,

y tiene su domicilio social en Elche. Esta denominación social es incompatible con el nombre comercial de la actora, cuyos signos distintivos, además de notorios en su país, son prioritarios frente a la denominación social de la entidad demandada, ya que el uso de su nombre comercial e inscripción registral se llevó a cabo el 4 de marzo de 1997 y la inscripción de la denominación social de la demandada se llevó a efecto un año más tarde. Como fundamentos de derecho se alegan los arts. 8 del CUP (Convenio de la Unión de París, habiendo España ratificado su redacción de Estocolmo el 13 de diciembre de 1971, -BOE 1 de febrero de 1974-, y Venezuela el Convenio el día 12 de septiembre de 1995), 44, 87 y siguientes, y Disposición Adicional decimoséptima de la Ley de Marcas, y diversas Sentencias de esta Sala singularmente la S. de 29 de febrero de 2000, con arreglo a la que, se sostiene, no es necesario el uso del nombre comercial en España, bastando la utilización en el país del que solicita la protección.

Por la entidad demandada Churromanía, S.L. se opuso a la demanda y se formuló reconvencción ejercitando con carácter principal la acción reivindicatoria, y subsidiariamente la de nulidad de las marcas comunitaria número 1606383, y españolas números 2.19.2001 y 2.19.2003, con fundamento en los arts. 9.1, d) LM 17/2001, y 2 y 8 del Convenio de París. La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Valencia el 2 de junio de 2004, en los autos de juicio ordinario núm. 272 de 2003, estima la demanda declarando nula la razón social de la demandada "Churromanía, S.L." y condena a esta entidad a modificar su razón social por otra que no sea confundible o incompatible con el nombre comercial y denominación social de la actora, y a que pague a ésta una indemnización de 600 euros diarios desde la firmeza de la sentencia hasta el total cumplimiento del apartado anterior, y desestima la reconvencción. La Sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia el 7 de febrero de 2005, en el Rollo núm. 750 de 2004, desestima el recurso de apelación de la demandada. Contra esta última Sentencia se formuló por Churromanía, S.L. recurso de casación con base en un motivo único, que fue admitido por Auto de esta Sala de 21 de octubre de 2008.

SEGUNDO.- En el motivo único se acumulan diversas alegaciones mediante las que se pretende combatir los pronunciamientos estimatorio de la demanda y desestimatorio de la reconvencción, invocándose como infringidos los arts. 2 y 8 del Convenio de la Unión de París (CUP) y 2.2, 9.1, d) y 52.1 de la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre (LM). Para dar adecuada respuesta a los diversos planteamientos del motivo procede centrar la pluralidad de alegaciones en torno a dos submotivos,



2009/165901

TS Sala 1ª, Sentencia 16 julio 2009. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Conforme al principio "lex loci protectionis"

## Exclusión de protección de nombre comercial extranjero no registrado en España

Acuerda el TS estimar el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada dirigido contra la sentencia que, a su vez, estimó la demanda en la que se pretendía por el titular de un nombre comercial extranjero la modificación de denominación social, cesación de uso de nombre comercial español e indemnización de daños y perjuicios a cargo del demandado, y desestimó la reconvencción sobre acción reivindicatoria de nombre comercial y de nulidad de registro de marca con fundamento en la existencia de un nombre comercial y razón social de carácter prioritario usadas en territorio español.

Señala la Sala que la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia de los países de nuestro entorno han venido exigiendo como requisito para otorgar protección al nombre comercial de otro país unionista, el uso del nombre en el propio país en el que se pretende la protección, sin que baste el uso en otro país signatario, sea el del nombre comercial o en un tercero. Si bien en la jurisprudencia de esta Sala se mantuvo en diversas sentencias el criterio amplio de protección que es el que se sostiene en la demanda, este no es el de la doctrina jurisprudencial actual. Por ello el nombre comercial extranjero no registrado, tiene en España la protección que le dispensan al nacional la LM y la LCD, requiriéndose el uso efectivo o el conocimiento notorio en nuestro país.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa, en lo que se refiere a la de-

manda principal, sobre el ejercicio de acciones de modificación de denominación social, cesación de uso de nombre comercial español e in-



en los que respectivamente se examinarán las cuestiones relativas a la demanda y a la reconvencción.

El primer submotivo hace referencia a la impugnación de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en los que se estiman las pretensiones de la demanda. Y ya procede adelantar que debe estimarse el recurso por las consideraciones que se van a exponer que tienen como idea básica que el nombre comercial extranjero (cuando es de un país unionista) solo tiene protección en España si ha sido usado (o, en su caso, existe el conocimiento notorio) en territorio de nuestro país y, en el caso, como se ha reconocido paladinamente en la demanda, no ha existido tal utilización.

La Sentencia de la Audiencia Provincial, aquí recurrida, argumenta para estimar la demanda que la actora ha utilizado el nombre comercial Churro Manía en su país, el cual es signatario del Convenio de la Unión de París, y que, por consiguiente, puede hacerlo valer aquí en España, sin necesidad de Registro (art. 8 del CUP), y pedir que cesen los actos que violen su derecho (art. 41.1 de la Ley), como es el uso de una denominación social Churromanía, S.L., como nombre comercial no registrado, que es idéntico al nombre comercial de la actora. La argumentación de la resolución recurrida no se puede compartir, aparte otras razones, aquí y ahora por una fundamental, que es necesario el uso en España y no se usó. Y en cuanto a este último particular fáctico debe decirse que si bien inexplicablemente (por la contradicción con la demanda) la Sentencia del Juzgado consideraba en el antecedente tercero hecho probado que el nombre comercial de la actora había sido utilizado en España (aunque luego en la fundamentación jurídica prescinde del dato), sin embargo la Sentencia de la Audiencia ya se refiere a otros países sin incluir España, que es lo coherente además con el planteamiento de la demanda.

El nombre comercial, por el cual se entiende todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares (art. 87.1 LM), tiene su protección en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley de Marcas, y en lo que ésta no alcance en la Ley de Competencia Desleal 3/1991, de 10 de enero (SS. 5 de febrero y 2 de octubre de 2008). El nombre comercial extranjero tiene la protección que le otorga el Convenio de París, para sus signatarios, y en otro caso el del principio de reciprocidad. La generalidad de la doctrina, y la jurisprudencia de los países de nuestro entorno (singularmente la francesa y la alemana), han venido exigiendo como requisito por otorgar protección al nombre comercial de otro país unionista, el uso del nombre en el propio país en el que se pretende

la protección, sin que baste el uso en otro país signatario, sea el del nombre comercial o en un tercero. En apoyo de dicho criterio estricto se alegan razones de igualdad con los nombres comerciales nacionales, de seguridad jurídica y de protección de los consumidores.

Frente a la anterior postura había otro criterio más amplio que entendía que no era necesario el uso en el país en que se solicitaba. Se argumentaba con base en el art. 8 del CUP, pero este precepto simplemente dice que “el nombre comercial será protegido en todos los países de la Unión sin obligación de depósito o de registro, forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio”. Por lo tanto, lo que no cabe, habida cuenta la norma unionista, es exigir para la protección un registro, ni en el país en que se pretende la protección, ni siquiera en el país originario del nombre comercial. Pero, fuera de tal alcance, el CUP no establece otra exigencia especial, y como del art. 2 del Convenio resulta la sujeción a las leyes de cada país, ha de observarse el principio del tratamiento nacional; es decir, la igualdad de trato del nombre comercial extranjero con el del nombre comercial español; sin que obste al distinto régimen que éste tenga según haya o no registro. La jurisprudencia de esta Sala mantuvo en diversas sentencias el criterio amplio de protección que es el que se sostiene en la demanda, pero no es el de la doctrina jurisprudencial actual. En tal sentido -de no ser preciso el uso en España, y que basta demostrar la utilización antecedente en el país de origen, signatario del CUP- se manifestaron las SS de 24 de enero de 1984, 3 de febrero de 1987, 24 de febrero de 1989, 29 de febrero de 2000 -como “obiter” pues existía uso en España-, 21 de julio de 2000, 31 de mayo de 2002.

Sin embargo, la Sentencia de 14 de febrero de 2000, y la jurisprudencia más actual (SS. 4 de junio y 7 de noviembre de 2008 y 26 de febrero de 2009), en sintonía con la regulación de los arts. 77 y 78 de la LM 32/1988, y la doctrina interpretativa anteriormente expuesta de los arts. 2 y 8 del CUP, optó por el criterio restrictivo que exige la utilización o uso efectivo en España, el cual aparece reforzado en la LM de 2001, en cuyo Exposición de Motivos se alude incluso, a la plena equiparación de trato, y dispensa de la misma protección. Consiguientemente, el nombre comercial extranjero no registrado, tiene en España la protección que le dispensan al nacional las Leyes de Marcas y de Competencia Desleal, conforme al principio de la “lex loci protectionis”, requiriéndose el uso efectivo o el conocimiento notorio en nuestro país, con cuya apreciación, sin desconocer ninguna exigencia del CUP, se soslaya el sinsentido de que un nombre comercial extranjero, totalmente desconocido -sin uso ni notoriedad- en España, tuviera una protección superior al nombre comercial español.

Aplicando la doctrina expuesta a los hechos del caso (en el que no se probó el uso o conocimiento notorio en España) procede estimar el submotivo porque la sentencia recurrida infringe los arts. 8 y 2 del CUP, dado que el primero no excluye la exigencia de la utilización extrarregistral del nombre comercial extranjero en España para que pueda gozar de protección y el segundo somete el nombre comercial extranjero al mismo tratamiento del nacional para el cual se exige el uso. La estimación del submotivo conlleva la casación de la resolución recurrida debiendo dejarse sin efecto los cuatro primeros pronunciamientos de la misma (recogidas en la de primera instancia confirmada por la de apelación) por desestimación total de la demanda. El segundo submotivo hace referencia a la impugnación de la Sentencia de la Audiencia en el particular relativo a la desestimación de la reconvencción. En la reconvencción se habían ejercitado una acción reivindicatoria, como principal, y una acción de nulidad de marcas con base en el art. 9.1.d) en relación con el 52.1 ambos de la Ley de Marcas. Como el presupuesto de ambas acciones se centra en la existencia de una infracción del art. 9.1.d) de la LM de 2001, la argumentación a exponer queda reducida a esta norma. Por la parte reconviniente se sostiene que hay un uso de su razón social en el territorio nacional, y que el precepto referido no exige, a diferencia de lo que sucede con el conocimiento, que sea notorio.

El submotivo se desestima porque falta el presupuesto del uso en territorio español a que se refiere el precepto, sin que sea suficiente el que tiene lugar en una localidad o comarca, como ya anteriormente había señalado la S. 2 de octubre de 2008. En respuesta a las alegaciones del motivo procede añadir a la anterior “ratio decidendi” que no resulta de relevancia para el caso entrar a decidir si el adjetivo notorio del art. 9.1.d) LM es aplicable solo al conocimiento, o también al uso. Bajo el régimen jurídico del EPI la doctrina más autorizada al respecto (comentario a STS 15 de diciembre de 1986) al referirse a la adquisición del derecho al nombre comercial por el uso extrarregistral requería un empleo o utilización continuada, manifiesta al exterior y notoria del correspondiente signo como distintivo de una actividad empresarial. La doctrina jurisprudencial dictada en aplicación de la LM 32/1988 exigió la utilización efectiva, sin que basten casos esporádicos o actividades ocasionales o aisladas pero sin que se requiera la notoriedad (SS. 14 de febrero de 2000 y 4 de junio de 2008). La Ley de Marcas 17 de 2001, de 7 de diciembre se refiere a uso o conocimiento notorio, no existiendo un criterio jurisprudencial definitivo acerca de si el uso ha de ser notorio (aunque se refieren incidentalmente a la notoriedad las SS. de 4 de junio de 2008 y 26 de febrero de 2009 en relación a como de tal signo distintivo), si bien la generalidad de la doc-

trina parece estar de acuerdo en que la notoriedad se refiere sólo al conocimiento (se alega la lógica del sistema; la equiparación con el uso del nombre comercial extranjero, a efectos CUP; el que no se emplee el plural “notorios”, -lo que revela lo sencillo que le habría sido al legislador evitar la incertidumbre poniendo la expresión “o conocimiento notorio” entre comas-, etc.).

Por otra parte no existe tampoco jurisprudencia acerca de que se debe entender por “conjunto del territorio nacional” en que debe tener lugar el uso del nombre comercial a efectos del art. 9.1.d) LM. El tema se complica si se advierte que en la Exposición de Motivos de la Ley se hace referencia a la prueba del uso prioritario (de dicha denominación o razón social) en todo el territorio nacional. En la doctrina no hay un criterio pacífico, y frente a la opinión que sostiene que no sería suficiente el uso únicamente en una parte de España (criterio literalista), para otro sector basta que se demuestre el uso o la notoriedad en una parte sustancial del territorio español (tres o más comunidades) con base en una ponderación equitativa de los intereses en juego. Sean como fueren las decisiones de las dos cuestiones expresadas, las mismas, como se dijo, resultan irrelevantes para resolver el asunto, porque cualquiera que fuere la respuesta a las alegaciones siempre resultaría que el uso del nombre comercial y denominación social por la entidad demandada solo lo fue en Elche y sus alrededores, por lo que no se cumple la previsión del art. 9.1.d) LM, y consecuentemente, el segundo submotivo decae.

**TERCERO.**- La estimación parcial del motivo único supone la admisión también en parte del recurso de casación, debiendo modificarse la resolución recurrida en los términos que resultan de lo razonado en el fundamento anterior -desestimación de la demanda, y mantenimiento de la desestimación de la reconvencción-. En relación con las costas procede acordar:

a) No se imponen a la parte actora las de la primera instancia en cuanto a la demanda principal, porque al tiempo de la demanda no era pacífica la jurisprudencia relativa a la aplicación del CUP en España (art. 394.1 y 2 LEC).

b) Se imponen a la parte demandada las costas de la primera instancia y de la apelación, en cuanto a la reconvencción.

c) No se hace especial imposición de las costas causadas en la apelación, en relación con la demanda principal, ni en las del recurso de casación; todo ello de conformidad con los arts. 394.1 y 2 y 398.1 y 2 LEC.

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

## FALLO

**PRIMERO.-** Que estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Churromanía S.L. contra la Sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia el 7 de febrero de 2005, en Rollo número 750 de 2004, en el sentido de dejar sin efecto los pronunciamientos 1 a 4 de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de la misma Capital el 2 de junio de 2004, en los autos del juicio ordinario 272 de 2.003, la cual revocamos en tal aspecto. Y en su lugar acordamos la desestimación de la demanda formulada por "Corporación Churro Manía C.A." contra Churromanía S.L., absolviendo a la demandada; y sin hacer especial condena en costas en la primera instancia.

**SEGUNDO.-** Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por Churromanía S.L. en lo que atañe a las pretensiones reconventionales, manteniendo lo acordado por la Sentencia recurrida tanto en cuanto al principal como a las costas de ambas instancias.

**TERCERO.-** No se hace especial condena en costas respecto de las de la apelación en cuanto a la demanda principal, ni en las de casación. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

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

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

de junio de 2002. El anuncio de información pública sobre levantamiento de actas previas a la ocupación fue publicado el 17 de septiembre de 2002; pero dicha publicación no contenía una relación de los concretos bienes afectados por la expropiación, sino que se remitía en este extremo a los tablones de anuncios de varios ayuntamientos, entre los cuales se hallaba el de Aldea del Cano.

Aunque el tribunal a quo no lo dice, de la lectura de los autos y del expediente remitidos a esta Sala se desprende que la recurrente presentó un escrito de alegaciones con fecha 27 de septiembre de 2002; escrito que muestra, sin lugar a dudas, que conocía el mencionado proyecto y que sus terrenos estaban afectados por la expropiación.

Con fecha 29 de octubre de 2002, la recurrente presentó instancia solicitando que se anulase la declaración de necesidad de ocupación de sus terrenos, por entender que ésta se había hecho sin respetar las formalidades exigibles. Al no recibir respuesta de la Administración, presentó recurso contencioso-administrativo. Aunque seguía creyendo que el defecto formal incidía sobre la expropiación en su conjunto, se limitó a pedir la anulación de la declaración de necesidad de ocupación con respecto a las 14,51 hectáreas destinadas a la extracción de áridos, aquietándose con respecto al resto de la superficie expropiada. El recurso contencioso-administrativo se basaba en dos órdenes de razones: por un lado, invocaba el ya citado defecto formal, consistente en la falta de debida identificación de los bienes afectados por la expropiación; por otro lado, argüía que la expropiación total de 14,51 hectáreas con la sola finalidad de extraer los áridos necesarios para las obras vulnera el art. 16 de la Ley de Minas de 21 de julio de 1973, que establece que el aprovechamiento de los recursos de la sección A) -es decir, los minerales cuya única utilidad sea la construcción- corresponde al propietario de la finca en que se encuentren. Añadía la recurrente que, al proceder a la expropiación total de la finca para satisfacer sólo dicha finalidad de abastecimiento de material de construcción, la Administración incurrió en desviación de poder y dio lugar a un enriquecimiento injustificado a su costa. La idea central de su argumentación era que la Administración habría podido obtener los áridos por otras vías menos gravosas que la expropiación total de la finca, como la ocupación temporal para la extracción de materiales de construcción o, incluso, la adquisición de éstos por vía contractual. Concluía pidiendo que, tras anular la declaración de necesidad de ocupación, se le restituyesen las citadas 14,51 hectáreas, se repusiera el terreno a su estado originario y se le indemnizasen los daños sufridos.

La sentencia ahora impugnada afirma que el problema planteado no es tanto la eficacia del proyecto que

justifica la expropiación, como su incidencia patrimonial; y ello porque la necesidad de extracción de áridos de un lugar próximo a las obras se hallaba recogida en el proyecto. De aquí que, siempre a juicio de la sentencia impugnada, la Administración habría debido expropiar sólo el derecho a la extracción de los áridos, derecho que corresponde al propietario de la finca en virtud del art. 16 de la Ley de Minas. El fallo es parcialmente estimatorio: anula el acto presunto recurrido -es decir, la denegación por silencio administrativo de la solicitud de anulación de la declaración de necesidad de ocupación- y declara el derecho de la recurrente a que se le expropie únicamente el derecho a la extracción de áridos, ordenando la continuación del procedimiento expropiatorio a fin de fijar el correspondiente justiprecio.

**SEGUNDO.-** Este recurso de casación se basa en tres motivos. En el motivo primero, formulado al amparo de la letra c) del art. 88.1 LJCA, se invoca incongruencia. En los motivos segundo y tercero, formulados al amparo de la letra d) del art. 88.1 LJCA, se invoca infracción de los arts. 9 CE, 6 CC y 62 LRJ-PAC y de la jurisprudencia respectivamente, sosteniendo la recurrente que una vez anulada la declaración de la necesidad de ocupación no es posible, como ordena la sentencia impugnada, continuar la procedimiento expropiatorio.

**TERCERO.-** La incongruencia denunciada en el motivo primero de este recurso de casación es evidente. La sentencia impugnada, apartándose de lo ordenado por el art. 33 LJCA, no juzga "dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamentan el recurso y la oposición": en lugar de estimar o desestimar la pretensión de restitución e indemnización de la recurrente, declara el derecho de ésta a que se le expropie sólo el derecho a la extracción de áridos y ordena la continuación del procedimiento expropiatorio; algo que nadie había pedido. Ninguna duda ofrece que, la abstenerse de resolver sobre lo realmente pedido por la parte, la sentencia impugnada le causa indefensión a aquélla, de manera que concurren todas las circunstancias necesarias para concluir que ha habido quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. El motivo primero de este recurso de casación debe, así, ser estimado, lo que conduce a casar la sentencia impugnada. Ello hace innecesario examinar los otros dos motivos en que se basa este recurso de casación.

**CUARTO.-** Es preciso ahora, de conformidad con lo previsto por el inciso final del art. 95.1.c) LJCA, resolver el fondo del litigio en los términos en que hubiese quedado planteado en la instancia.

Pues bien, como se vio más arriba, el recurso contencioso-administrativo

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/128242

TS Sala 3ª, Sección: 6, Sentencia 16 junio 2009. Ponente: D. Luis María Díez-Picazo Giménez

### Restitución del terreno expropiado al incurrir la Administración en desviación de poder

*El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Extremadura y en su lugar, estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo, anula la declaración de necesidad de ocupación de su propiedad para la ejecución del proyecto referido al tramo de autovía entre Aldea del Cano y el límite con la provincia de Badajoz, y que le fueron expropiadas para la extracción de áridos, ordenando que dicho terreno sea restituido a la recurrente, que deberá ser indemnizada por el coste de reparación de la excavación abierta y por el valor de los áridos extraídos. La Sala entiende que la Administración habría debido acudir a la ocupación temporal de las hectáreas expropiadas, en lugar de expropiarlas totalmente, incurriendo así en desviación de poder.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de Dª María Teresa contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 26 de mayo de 2005.

El asunto tiene su origen en la expropiación de unos terrenos de la recurrente situados en el término municipal de Aldea del Cano (Cáceres),

para la construcción de la Autovía Ruta de la Plata. De dichos terrenos, una parte de 14,51 hectáreas no estaba destinada propiamente a acoger la autovía, sino a la extracción de los áridos necesarios para las obras. La utilidad pública y la urgencia existían "ex lege", al estar directamente declaradas por la disposición adicional 3ª de la Ley 19/2001; y el proyecto que justificaba la expropiación, referido al tramo de autovía entre Aldea del Cano y el límite con la provincia de Badajoz, fue aprobado por resolución del Subdirector General de Carreteras de 17

vo se apoyaba en dos razones: una formal y otra sustantiva. La razón formal, consistente en que el anuncio de información pública sobre levantamiento de actas previas a la ocupación no contenía una relación de los concretos bienes afectados por la expropiación, no puede ser acogida. Es cierto que dicho defecto formal se produjo y es, asimismo, cierto que ello no constituye una irregularidad menor o no invalidante: la urgencia no excluye el deber de someter a información pública la relación de bienes afectados por la expropiación, pues lo contrario conduciría a la inaceptable consecuencia de que los propietarios y cualesquiera otros interesados sólo tendrían conocimiento de la expropiación en el momento del levantamiento del acta de ocupación. Tan es así que el art. 56 REF ordena que el acuerdo en que se declare la urgente ocupación contenga "referencia expresa a los bienes a que la ocupación afecta" y sea sometido a información pública. Dicho todo esto, no cabe ignorar que la recurrente presentó un escrito de alegaciones con fecha 27 de septiembre de 2002, en que inequívocamente mostraba su conocimiento de que sus terrenos estaban afectados por la expropiación necesaria para el proyecto relativo al tramo de autovía entre Aldea del Cano y el límite con la provincia de Badajoz. Así, al haberse dado por enterada de ello y haber alegado lo que estimó conveniente para la defensa de sus intereses, la recurrente no puede luego sostener que le perjudicase el mencionado defecto formal en el modo de hacer el anuncio de información pública; defecto formal que, como se ha dicho, es innegable. En otras palabras, aun habiendo habido una vulneración de normas procedimentales, la recurrente no ha padecido indefensión alguna en el procedimiento expropiatorio, por lo que su recurso contencioso-administrativo no puede prosperar en este aspecto.

QUINTO.- La razón sustantiva en que se apoya el recurso contencioso-administrativo es, dicho sintéticamente, que la Administración no habría debido proceder a la expropiación total de la finca si su finalidad era sólo extraer los áridos necesarios para las obras. Para analizar esta cuestión, es necesario partir de la premisa de que efectivamente el art. 16 de la Ley de Minas atribuye el aprovechamiento de los recursos de la sección A) al propietario de la finca; es decir, dichos recursos, entre los que se hallan los áridos, constituyen un verdadero derecho patrimonial perteneciente al propietario de la finca en que se encuentren. Que este derecho de aprovechamiento puede ser objeto de una expropiación autónoma, manteniendo al expropiado en el dominio de la finca, es algo que no ofrece dudas; y ello no sólo porque el art. 1 LEF permite la expropiación de cualesquiera "derechos o intereses patrimoniales legítimos" distintos de la propiedad privada, sino también porque el art.

108 LEF contempla expresamente esta posibilidad al regular las ocupaciones temporales. Entre los supuestos en que, según este último precepto, cabe la ocupación temporal está precisamente la "extracción de materiales de toda clase" necesarios para la ejecución de obras declaradas de utilidad pública. La extracción de materiales de construcción es un supuesto típico que habilita para la ocupación temporal, entendida como una modalidad expropiatoria menos intensa y gravosa que la expropiación total de la finca. En parecidos términos se pronuncia la propia Ley de Minas, en su art. 102. Es claro, por consiguiente, que la Administración habría podido en el presente caso satisfacer la necesidad de abastecimiento de áridos para la construcción del citado tramo de autovía mediante la ocupación temporal de las 14,51 hectáreas de la recurrente, en vez de expropiarlas totalmente.

Así las cosas, el núcleo del problema no es si la Administración tenía abierta una vía distinta de la expropiación total -que la tenía-, sino si la expropiación total le estaba permitida: en los supuestos en que legalmente cabe la ocupación temporal, ¿puede la Administración optar libremente por la expropiación total de la finca? ¿Goza la Administración de discrecionalidad, dicho de otro modo, para elegir entre la ocupación temporal y la expropiación total?.

En el escrito de contestación a la demanda, el Abogado del Estado sostuvo una respuesta afirmativa a este interrogante, sobre la base de lo dispuesto en la segunda parte del art. 115 LEF, relativo a la tasación de las ocupaciones temporales: "Nunca deberá alcanzarse la tasación de una ocupación el valor de la finca, y la Administración, en los casos en que le parezca excesiva, podrá pedir la valoración de la expropiación pura y simple por los procedimientos que esta Ley determina, y optar por ella siempre que su importe no exceda de una mitad de la de los daños y perjuicios causados." Según el Abogado del Estado, este precepto muestra que la Administración, si lo estima conveniente, puede pedir la expropiación total o "pura y simple" en la terminología de la ley.

Este modo de argumentar debe ser rechazado. Dentro de la innegable oscuridad del art. 115 LEF, un extremo es indiscutible: se trata de una norma reguladora de la tasación de las ocupaciones temporales y, por tanto, sólo es aplicable a aquellos casos en que ya se ha acordado una ocupación temporal. Este dato es importante porque pone de manifiesto que la opción por la expropiación total, dejando ahora de lado otras posibles condiciones, sólo está abierta cuando ya se ha llegado a la fase de tasación; y ello significa que la Administración no puede optar de entrada por la expropiación total, sino sólo cuando la tasación de la ocupación temporal -que, por definición,

habrá debido ser ya acordada- le parezca excesiva. Cuando concurre alguno de los supuestos de ocupación temporal establecidos en el art. 108 LEF, la Administración no tiene, en principio, otro instrumento para incidir en los derechos e intereses patrimoniales de los particulares; y sólo si en fase de tasación le parece excesivo el coste de la indemnización debida, puede optar por la expropiación total. El art. 115 LEF, lejos de lo mantenido por el Abogado del Estado, proporciona un argumento contrario a la existencia de discrecionalidad de la Administración en materia de ocupaciones temporales.

Pero hay aún otro argumento, seguramente de mayor calado: el art. 15 LEF, al regular la declaración de necesidad de ocupación, dispone que "declarada la utilidad pública o el interés social, la Administración resolverá sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes o adquirir los derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación". Esta es una norma de alcance general, que vale para cualquier clase de expropiaciones. Su tenor literal es, además, inequívoco: sólo cabe expropiar aquello que sea "estrictamente indispensable" para el fin perseguido. El ordenamiento español consagra, así, un principio de intervención mínima en la propiedad privada o, si se prefiere, una exigencia de proporcionalidad en las actuaciones expropiatorias. Ello está en sintonía, por lo demás, con una interpretación conforme al art. 33 CE de la legislación de expropiación forzosa. Debe reconocerse que no ha sido posible hallar algún precedente jurisprudencial, ajustado a las precisas circunstancias del presente caso, en que esta Sala haya declarado que la Administración carece de discrecionalidad para optar entre la ocupación temporal y la expropiación total. No obstante, en un asunto relativo a unos terrenos expropiados para un parque eólico, esta Sala sostuvo en sentencia de 26 de junio de 2007 (recurso de casación núm. 4546/2004) que no había necesidad de ocupación porque el parque eólico se hallaba ya instalado en esos terrenos en virtud de un contrato de arrendamiento; es decir, cuando el bien necesario para satisfacer la utilidad pública o el interés social puede ser utilizado mediante otro título, no cabe acudir a la expropiación. Y ya entonces se dijo expresamente que, con arreglo al art. 15 LEF, la expropiación debe limitarse a los bienes o derechos estrictamente indispensables para el fin perseguido, subrayando la exigencia de proporcionalidad en esta materia.

La conclusión de cuanto se ha expuesto es que la Administración habría debido acudir a la ocupación temporal de las arriba citadas 14,51 hectáreas, en lugar de expropiarlas totalmente. Esta utilización de la potestad expropiatoria, en cuanto una potestad distinta y más intensa de la potestad de ocupación temporal, para una finalidad distinta de la que tiene

legalmente atribuida constituye indudablemente desviación de poder en el sentido del art. 63 LRJ-PAC. Por ello, este recurso de casación debe ser estimado y, por tanto, debe anularse la declaración de necesidad de ocupación con respecto a las 14,51 hectáreas de la recurrente expropiadas para la extracción de áridos.

SEXTO.- La recurrente pedía también que, una vez anulada la declaración de necesidad de ocupación, no sólo le fueran restituidas las 14,51 hectáreas expropiadas para la extracción de áridos, sino que ese terreno fuese repuesto al estado en que se encontraba antes de ser ocupado y que se indemnizasen los daños y perjuicios padecidos.

El deber de restitución del mencionado terreno no necesita justificación alguna: es evidente que la anulación de la declaración de necesidad de ocupación comporta la ineficacia de todo lo actuado posteriormente en el procedimiento expropiatorio y, por consiguiente, un bien que no debió ser ocupado es un bien que debe ser restituido a su legítimo propietario.

En cuanto a la reposición del terreno a su estado originario, seguramente no es factible, pues los áridos que han sido extraídos no pueden ser devueltos, ni cabe recomponer el terreno dándole la precisa conformación que tenía antes de la ocupación. Lo único que puede hacerse es reparar la excavación abierta, ajustándose a las prescripciones que en esta materia establece la legislación medioambiental. Ello, por supuesto, correrá a cargo de la Administración expropiante, que deberá abonar a la recurrente el importe de la citada reparación.

Está, en fin, la indemnización de los daños y perjuicios. En su escrito de demanda, la recurrente se refiere a las rentas dejadas de percibir como consecuencia de la ocupación; pero luego no especifica cuáles habrían sido dichas rentas. De aquí que no quepa estimar este concepto indemnizatorio. Es verdad que el art. 71.1.d) LJCA permite diferir la fijación de la cuantía de la indemnización al momento de ejecución de la sentencia; pero, para que ello sea posible, es preciso que el daño cuya indemnización deberá fijarse haya quedado identificado en la propia sentencia. No cabe remitirse a la ejecución de sentencia para la identificación de los daños mismos.

Así las cosas, el único daño que ha quedado indubitadamente acreditado en este proceso es la privación a la recurrente del valor de los áridos extraídos. Es verdad que el apartado segundo del art. 21 de la Ley de Minas, siempre con respecto a los recursos de la sección A), dispone que "no será objeto de indemnización el valor de los recursos que se extraigan o exploten, a no ser que los yacimientos estuvieran en aprovecha-

miento, en cuyo caso sólo serán indemnizables los daños y perjuicios que se irroguen al titular anterior, teniendo en cuenta las condiciones en que viniese realizando el aprovechamiento". No obstante, ello se refiere sólo al supuesto de que "el Estado lleve a cabo directamente la explotación de estos recursos o la ceda a terceros", tal como dice el apartado primero del propio art. 21 de la Ley de Minas. No es esto lo ocurrido en el presente caso, ya que no ha habido una explotación directa por el Estado ni una cesión del derecho de explotación a terceros, sino una expropiación total de la finca. Por ello, la Administración debe indemnizar a la expropiada por el valor de los áridos extraídos. Dado que en este punto no hay normas específicas de valoración, rige la norma general recogida en el art. 43 LEF, consistente en la búsqueda del valor real. Aplicando este criterio a las circunstancias del presente caso, lo más idóneo será calcular el valor neto -esto es, una vez descontado el coste de las operaciones extractivas- teniendo presente el volumen de áridos extraído y su precio de mercado en el tiempo de la extracción.

SÉPTIMO.- Con arreglo al art. 139 LJCA, no procede hacer imposición de las costas de este recurso de casación; y, en cuanto a las costas de la instancia, no se aprecia temeridad o mala fe que justifiquen la condena al pago de las mismas.

#### FALLO

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> María Teresa contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 26 de mayo de 2005, que anulamos.

SEGUNDO.- En su lugar, estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D<sup>a</sup> María Teresa, anulamos la declaración de necesidad de ocupación de las 14,51 hectáreas de su propiedad que -para la ejecución del proyecto aprobado por resolución del Subdirector General de Carreteras de 17 de junio de 2002, referido al tramo de autovía entre Aldea del Cano y el límite con la provincia de Badajoz- le fueron expropiadas para la extracción de áridos, ordenando que dicho terreno sea restituído a la recurrente.

TERCERO.- Declaramos el derecho de la recurrente a ser indemnizada por el coste de reparación de la excavación abierta. El importe de esta indemnización deberá fijarse en ejecución de sentencia, ajustándose a las prescripciones que en esta materia establece la legislación medioambiental.

CUARTO.- Declaramos, asimismo, el derecho de la recurrente a ser indemnizada por el valor de los ári-

dos extraídos. El importe de esta indemnización deberá también fijarse en ejecución de sentencia, ajustándose al valor neto del volumen de áridos extraído y a su precio de mercado en el tiempo de la extracción.

QUINTO.- No hacemos imposición de las costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos



TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 20 mayo 2009. Ponente: D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Luisa Segoviano Astaburuaga

## Jubilación parcial de trabajador por cuenta ajena con derecho a pensión del RETA

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el demandado INSS contra sentencia que reconoció al accionante el derecho a la jubilación parcial reclamado.*

*Alega el recurrente que el trabajador tenía más días cotizados en el RETA que en el RGSS y que en aquél no es posible la jubilación parcial. Según la Sala, la normativa exige reunir todos los requisitos para la pensión de jubilación, a excepción de la edad, pero no exige, como podría haberse hecho teniendo en cuenta las múltiples reformas operadas, que se reúnan esas condiciones en el RGSS, de forma que es adjudicable a quien, como el demandante, es trabajador por cuenta ajena en el momento del hecho causante pero tiene derecho a percibir la pensión de jubilación en el RETA, y no en el general, por cómputo recíproco de cotizaciones al tener acreditado mayor número de días cotizados en aquél.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 8 de los de Barcelona dictó sentencia el 31 de julio de 2006, autos 271/06 estimando la demanda formulada por D. José Ignacio contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, declarando el derecho del actor a que se le reconozca la pensión de jubilación parcial solicitada, esto es, que se le reconozca el derecho al percibo de una pensión de jubilación correspondiente al 85% de la base reguladora de 1646'01 euros al mes, en relación con la reducción de jornada laboral del 15%, con efectos desde el día 1 de enero de 2006, más las mejoras, mínimos y revalorizaciones correspondientes.

Tal y como resulta de dicha sentencia el actor acredita 6.516 días cotizados al RETA, desde marzo de 1979 a diciembre de 1996, y 3275 días cotizados en el Régimen General de la Seguridad Social, desde enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2005. El 13 de enero de 2005 solicitó pensión de jubilación parcial, siéndole denegada por resolución de 18 de enero de 2006, siendo desestimada la reclamación previa que contra dicha denegación interpuso, mediante resolución de 12 de abril de 2006.

La causa de la denegación de la solicitud es porque el trabajador tiene más días cotizados en el RETA y en este régimen no cabe la jubilación parcial.

Recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 14 de mayo de 2008, recurso núm. 1106/07, desestimando el recurso formulado.

La sentencia entendió que el recurrente cumple los requisitos para acceder a la jubilación parcial, ya que es trabajador, por cuenta ajena, incluido en el Régimen General de la Seguridad Social en el momento de solicitar la jubilación parcial, reuniendo todos los requisitos, excepto la edad, para acceder a la pensión de jubilación, siendo irrelevante que le corresponda jubilarse en el RETA, por haber cotizado al mismo mayor número de años, y que haya de efectuarse cómputo recíproco de cotizaciones, porque legalmente no se establece ninguna restricción o alusión a la exigencia de que las cotizaciones que se utilicen sean de un determinado régimen ni que haya de efectuarse cómputo recíproco de cotizaciones, ni que la pensión que

se conceda no sea del Régimen General de la Seguridad Social sino del RETA, todo ello en aplicación del artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social y artículo 10 del RD 1131/02.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 1 de junio de 2006, recurso 3571/05, firme en el momento de publicación de la recurrida.

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima que el recurso es improcedente.

SEGUNDO.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticas, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 1 de junio de 2006, recurso 3571/05, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Albert Batalla Corona contra la sentencia de fecha 7 de febrero de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 20 de los de Barcelona, en autos núm. 776/04, seguidos por dicho recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en reclamación de pensión de jubilación.

Consta en dicha sentencia que el trabajador en el momento de solicitud de la jubilación parcial se encontraba de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, reuniendo todos los requisitos, excepto la edad, para lucrar pensión de jubilación en el RETA, por tener mayor número de cotizaciones en este régimen, debiendo efectuarse el cómputo recíproco de cotizaciones, habiendo permanecido en el Régimen General hasta el 9 de mayo de 2004. La sentencia entendió que el recurrente no tenía derecho a la jubilación parcial -la iniciada después del cumplimiento de los 60 años, que se simultánea con un contrato a tiempo parcial- porque el ámbito de aplicación del Real Decreto 1131/02, que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, no se extiende a los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues en ambas se trata de trabajadores que reúnen todos los requisitos, excepto la edad, para acceder a la pensión de

jubilación, en ambos casos del RETA y con cómputo recíproco de cotizaciones, estando prestando servicios por cuenta ajena en el momento de solicitar la jubilación parcial, incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, habiendo cotizado al mismo durante un periodo importante -3275 días el trabajador de la sentencia recurrida y 2864 el de la sentencia de contraste-, siendo irrelevante que en la recurrida soliciten la jubilación parcial el 13 de enero de 2006 y en la de contraste el 14 de mayo de 2004, pues la normativa aplicable es la misma en ambas fechas.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

**TERCERO.-** 1. El recurrente alega infracción de los artículos 166 y Disposición Adicional Octava de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores y con el artículo 35 del Decreto 2530/70 y con el artículo 10 del RD 1131/2002 de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

El recurrente, en esencia, aduce que, dado que el trabajador reúne todos los requisitos, excepto la edad, para tener derecho a la pensión de jubilación, no puede acceder a la jubilación parcial pretendida, ya que la pensión a la que tiene derecho es del RETA, por no reunir en el Régimen General de la Seguridad Social, en el que se encontraba de alta en el momento de solicitar la pensión de jubilación y al que había cotizado 3275 días, cotizaciones suficientes. Razona que, mientras en el Régimen General existe desarrollo reglamentario, relativo a la jubilación parcial, tal desarrollo no se ha producido respecto a la jubilación parcial en el RETA, tal como prevé la Disposición Adicional Octava de la Ley General de la Seguridad Social, por lo que, mientras este desarrollo no se produzca, debe considerarse, conforme al artículo 10 del RD 1131/02, que solamente pueden causar pensión de jubilación parcial los trabajadores por cuenta ajena.

2. Para resolver la cuestión debatida procede efectuar un breve recorrido histórico a través de las vicisitudes sufridas en la regulación de la jubilación parcial, en la que han de tenerse en cuenta, por incidir directamente en la regulación de la misma, normas de derecho laboral, reguladoras del contrato a tiempo parcial y de Seguridad Social, reguladoras de la jubilación parcial.

En cuanto a las primeras ha de examinarse la nueva regulación del contrato a tiempo parcial, introducido por la Ley 32/84, de 2 de agosto, en cuya Exposición de Motivos se señala lo siguiente:

“La derogación de la Disposición Transitoria tercera del Estatuto de los Trabajadores se dirige también a homologar la situación española con la de otras economías occidentales, en las que el trabajo a tiempo parcial ha adquirido un grado de difusión desconocido en España y altamente satisfactorio, al cumplir tres objetivos deseables: satisfacer los deseos de una parte de la población dispuesta a trabajar en jornada incompleta, disminuir la unidad mínima de trabajo que las empresas pueden contratar, y en general obtener por esa vía un reparto del trabajo disponible de carácter estrictamente voluntario.

El contrato de relevo viene a completar esta posibilidad de reparto de trabajo, mejorando además el bienestar social de trabajadores con edad próxima a la de jubilación.

La experiencia europea indica que estas formas de contrato son particularmente utilizadas por personas que acceden por primera vez a un puesto de trabajo, lo que facilita la adaptación del trabajador y le permite además simultanear su actividad laboral con otras actividades domésticas o formativas”.

La redacción introducida por esta norma, añadiendo el apartado 5 al artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, es la siguiente:

“Artículo doce. Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo.- 5. Asimismo se entenderá como contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa en las condiciones establecidas en el presente artículo, una reducción de la jornada de trabajo y de su salario del 50 por ciento, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior a tres años, como máximo, a la exigida.

Para poder realizar este contrato, la empresa concertará simultáneamente un contrato de trabajo con otro trabajador en situación de desempleo y quedará obligada a mantener cubierta, como mínimo, la jornada de trabajo sustituida hasta la fecha de jubilación prevista en el párrafo siguiente.

Al contrato de trabajo por el que se sustituye la jornada dejada vacante por el trabajador que reduce su jornada se le denominará contrato de relevo.

La ejecución del contrato de trabajo a tiempo parcial a que se refiere este apartado y su retribución serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador hasta que cumpla la edad establecida con carácter general por el sistema de la Seguridad Social para causar derecho a la pensión de jubilación, extinguiéndose la relación laboral al alcanzar la referida edad”.

En definitiva la nueva figura exigía dos situaciones simultáneas, por un lado un trabajador próximo a la edad de jubilación convertía su contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial y pasaba a percibir la pensión correspondiente a la jubilación parcial, y por otra, se contrataba a un nuevo trabajador con un contrato -denominado contrato de relevo- a jornada completa o parcial equivalente, al menos, a la jornada dejada vacante por el trabajador que, se jubila parcialmente, extinguiéndose la relación laboral al alcanzar el trabajador jubilación parcial la edad de jubilación.

El Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre modifica, de nuevo, la regulación del artículo 12, en lo que ahora interesa, señalando en su Exposición de Motivos:

“ La mejora de la calidad del trabajo a tiempo parcial, de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo Marco europeo y en la Directiva comunitaria citada, requiere del establecimiento de una regulación que, permitiendo una adecuada flexibilidad en este tipo de trabajo, garantice al mismo tiempo determinados principios básicos:

La igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial en relación con los trabajadores a tiempo completo, sin perjuicio de la aplicación del principio de proporcionalidad cuando resulte adecuado; el principio de voluntariedad en el acceso al trabajo a tiempo parcial, que incorpora el derecho del trabajador a no ser despedido por negarse a ser transferido desde un empleo a tiempo completo a otro a tiempo parcial, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con la legislación y los Convenios Colectivos, puedan derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado, y el acceso efectivo a la protección social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, introduciendo para ello los elementos de corrección necesarios para adaptar el funcionamiento de las normas generales del sistema a las características específicas de este tipo de trabajo”.

Se modifica el artículo 13 disponiendo en el apartado 6 lo siguiente:

“ Asimismo, se entenderá como contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa, en las condiciones establecidas en el presente artículo, una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo del 30 % y un máximo del 77 %, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida.

La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial, y su retribución, serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador hasta que cumpla la edad establecida con carácter general en el Sistema de la Seguridad Social para causar derecho a la pensión de jubilación, extinguiéndose la relación laboral al alcanzar la referida edad.

Para poder realizar este contrato, la empresa concertará simultáneamente un contrato de trabajo con otro trabajador en situación de desempleo, quedando obligada a mantener cubierta, como mínimo, la jornada de trabajo sustituida hasta la fecha de jubilación prevista en el párrafo anterior.

El contrato de trabajo por el que se sustituye la jornada dejada vacante por el trabajador que reduce su jornada se denominará contrato de relevo, y tendrá las siguientes particularidades:

a.- La duración del contrato será igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a la que se refiere el primer párrafo de este apartado.

b.- El contrato de relevo podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. En todo caso, la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido. El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él.

c.- El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal, excepto en el caso del personal directivo, el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.

d.- En la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo.”

En esta norma se procede asimismo a modificar, como más adelante se examinará el apartado 1 del artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social.

La Ley 12/2001, de 9 de julio en su Exposición de Motivos señala:

“ Del mismo modo, se introducen modificaciones en el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial, con objeto de lograr un mayor impulso y dinamismo de esta modalidad contractual, cuyo relevante papel en el crecimiento del empleo estable y en la adaptación a las necesidades de empresas y trabajadores ha sido puesto de relieve por todos los protagonistas de las relaciones laborales en el contexto de la Unión Europea, y en el del contrato de relevo, a fin



de adecuarlo a las modificaciones introducidas por la propia Ley en el contrato a tiempo parcial y de favorecer su mayor utilización”.

El apartado 6 del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores queda redactado como sigue:

“ 6. Asimismo, se entenderá como contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa, en las condiciones establecidas en el presente artículo, una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 85 por 100 de aquéllos, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida, o cuando, reuniendo igualmente las citadas condiciones generales, haya cumplido ya dicha edad.

La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial, y su retribución, serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial, extinguiéndose la relación laboral al producirse la jubilación total.

Para poder realizar este contrato en el caso de trabajadores que no hayan alcanzado aún la edad de jubilación, la empresa deberá celebrar simultáneamente un contrato de trabajo con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente.

Este contrato de trabajo, que se podrá celebrar también para sustituir a los trabajadores que se hayan jubilado parcialmente después de haber cumplido la edad de jubilación, se denominará contrato de relevo y tendrá las siguientes particularidades...”

Esta redacción que por razones cronológicas, teniendo en cuenta la fecha del hecho causante, es aplicable al supuesto debatido, se ha mantenido en vigor hasta su modificación por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre.

Por su parte el artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social, en lo relativo a la jubilación parcial ahora examinada, ha sufrido las modificaciones que a continuación pasamos a exponer.

El Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre, modifica la redacción originaria del artículo 166.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que establecía la jubilación parcial para trabajadores cuya edad fuera inferior a tres años, como máximo a la exigida para acceder a la jubila-

ción, presentando la siguiente redacción:

“1. Los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con excepción de la edad, que habrá de ser inferior a cinco años, como máximo, a la exigida, podrán acceder a la jubilación parcial, en las condiciones previstas en el apartado 6 del artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2. El disfrute de la pensión de jubilación será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial, hasta el cumplimiento de la edad establecida con carácter general para causar derecho a la pensión de jubilación”.

La Ley 35/2002, de 12 de julio, en su Exposición de Motivos alude a que en el acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social suscrito el 9 de abril de 2001 por el Gobierno y los agentes sociales se incluyeron un conjunto de medidas en relación con la flexibilidad de la edad de jubilación, a fin de dotar a la misma de los caracteres de gradualidad y flexibilidad.

A fin de conseguir dicho objetivo, entre otras, se reforma la jubilación parcial, de manera que se posibilita la compatibilidad entre el percibo de una pensión de jubilación y el desarrollo de actividades laborales desde el momento en el que se comienza a percibir una pensión de dicha naturaleza a cargo del sistema de Seguridad Social.

Los preceptos que resultan reformados, a los efectos que ahora interesa, son el artículo 165 de la Ley General de la Seguridad Social que, tras establecer el principio general de incompatibilidad entre prestación y trabajo, se le añade un segundo párrafo:

“no obstante lo anterior, las personas que accedan a la jubilación, podrán compatibilidad el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan “, minorándose el percibo de la pensión “ en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista...”

Asimismo se modifica el artículo 166, añadiendo el apartado 4:

“ El régimen jurídico de la jubilación parcial, a que se refieren los apartados anteriores, será el que reglamentariamente se establezca”.

3. Establecidas las normas aplicables al supuesto ahora debatido, la cuestión litigiosa se ciñe a determinar si para el acceso a la jubilación parcial del trabajador ha de exigirse que, en el momento de la solicitud de la misma, reúna los requisitos - excepto la edad- para tener derecho a la pensión de jubilación en el Régi-

men General de la Seguridad Social o puede entenderse cumplido este requisito en supuestos -como el del trabajador demandante- en que reúna los requisitos para percibir pensión de jubilación en el RETA, y no en el Régimen General, ya que no reúne el beneficiario, en ninguno de regímenes, por separado, los periodos de carencia precisos para causar el derecho a la pensión, debiendo acudir al cómputo recíproco de cotizaciones, siendo mayor el periodo cotizado en el RETA.

Conviene recordar la reiterada doctrina de esta Sala respecto al cómputo de cotizaciones y régimen de Seguridad Social en el que ha de reconocerse la pensión de jubilación, cuando se ha cotizado a diferentes regímenes que, entre otras, en la sentencia de 21 de septiembre de 2006, recurso 3506/05, con cita de la dictada por esta Sala el 12 de mayo de 1999, recurso 3459/98, ha establecido lo siguiente:

“La solución de dicha cuestión viene dada por el contenido del art. 35 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, en el que se previó y resolvió la situación aquí planteada.

En dicho precepto, después de disponer con carácter general el cómputo recíproco de cotizaciones entre el General y el de Autónomos, en criterio que fue después extendido a todo el sistema de la Seguridad Social el Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre, se introdujeron, como señaló esta Sala en la sentencia de 4-III-1993 (Rec. 1222/93) contemplando una situación semejante, bien que referida a la prestación de invalidez, las siguientes “salvedades”:

1) En el apartado a) dispuso que para que el trabajador cause derecho en el Régimen en el que estaba cotizando es inexcusable que reúna en él los requisitos de edad, períodos de carencia y cualesquiera otros que en el mismo se exijan, computando a tal efecto las cotizaciones efectuadas en dicho Régimen.

2) En el apartado b) se prevé que cuando no se cumplen estos requisitos en el Régimen en el que se halle cotizando el trabajador, éste causará derecho a la pensión en el Régimen en el que hubiera cotizado anteriormente, siempre que en el mismo reúna los requisitos de edad, períodos de carencia o cualesquiera otros que en aquél se exijan.

3) En el apartado c) prevé que cuando el trabajador no hubiera reunido en ninguno de los regímenes por separado los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión se sumarán a tal efecto las cotizaciones correspondientes a todos, y dispone que, en tal caso, la pensión se otorgará por el régimen en que tenga acreditado mayor nú-

mero de cotizaciones.

El supuesto aquí debatido no se halla en el apartado a), pues el trabajador no acredita en el Régimen General, como régimen en el que estaba cotizando en el momento de producirse la jubilación, el período de carencia necesario para causar derecho a la prestación, computando únicamente las cotizaciones de dicho Régimen, como el precepto exige “inexcusablemente”.

Tampoco se halla el actor en el supuesto del apartado b), puesto que tampoco acredita la carencia exigida en el Régimen de Trabajadores Autónomos contempladas de forma aislada las cotizaciones al mismo.

Se halla, sin embargo, claramente, en el supuesto del apartado c) puesto que, sumadas las cotizaciones efectuadas en ambos Regímenes reúne la carencia precisa para causar la prestación en cualquiera de ellos.

Con lo que habrá que estar a lo que dicho precepto dispone para el indicado supuesto c) en el que sin ninguna duda interpretativa se dice que “en tal caso, la pensión se otorgará por el régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones”.

La solución al problema planteado viene determinada por tal disposición pues, pudiendo haberse optado en la misma por decir que la pensión se habría de otorgar por el Régimen en el que el trabajador se hallara cotizando en el último período de su vida laboral, o por aquel en el que, estando en alta, se hubiera acreditado un número mínimo de cotizaciones, se optó claramente por el criterio de otorgar el reconocimiento de la pensión a aquel Régimen en el que el interesado tenga acreditado mayor número de cotizaciones.

Siendo ésta, por lo tanto, la solución adecuada a la cuestión litigiosa planteada, puesto que es esa y no otra la impuesta por la norma que regula directamente el supuesto planteado”.

Conviene señalar, que esta doctrina de aplicación del régimen en donde se ostente mayor número de cotizaciones, es también la seguida por esta Sala para la determinación del régimen jurídico aplicable, en otros supuestos de acreditación de cotización a distintos regímenes del sistema de la Seguridad Social resueltos por las Sentencias de 30-04-2002 (Rec. 2851/2001) y 12-05-2003 (Rec. 4028/2002)”.

4.- Las normas aplicables al supuesto debatido, artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores y 166.2 de la Ley General de la Seguridad Social, en redacción dada, respectivamente por la Ley 12/2001, de 9 de julio y Ley 35/2002, de 12 de julio, se limitan a establecer, la primera por remisión a la segunda, la posibi-

lidad de acceder a la jubilación parcial, "siempre que se reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación, con excepción de la edad".

El primer canon interpretativo de las normas, a tenor del artículo 3.1 del Código Civil, es "el sentido propio de sus palabras", y de la redacción del artículo 166.2 de la Ley General de la Seguridad Social parcialmente transcrito, resulta que el requisito exigido es "que se reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación", pero no exige -como podría haberse hecho, teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, las múltiples reformas operadas- que se reúnan las condiciones para tener derecho a la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social, de donde resulta que es aplicable el precepto a los trabajadores que tengan derecho a percibir la pensión de jubilación en el RETA.

A igual solución se llega aplicando los artículos 10 del RD 1131/02, de 3 de octubre, por el que se regula la seguridad social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

Dicho precepto -referido a los beneficiarios- señala que los beneficiarios de la norma son los trabajadores por cuenta ajena, incluidos en cualquier régimen de la Seguridad Social, siempre que tengan, como mínimo cumplidos sesenta años y "reúnan las demás condiciones exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social", lo que nos conduce a idéntica conclusión que el examen del precitado artículo 166.2 de la Ley General de la Seguridad Social, a saber, que no se exige que la pensión contributiva de jubilación a que se tiene derecho sea la del Régimen General de la Seguridad Social, por lo que se cumple el requisito si se tiene derecho a la citada pensión en el RETA.

Igual conclusión se alcanza examinando los antecedentes históricos y legislativos de las citadas normas -transcritos con anterioridad- pues la redacción de los preceptos, salvo modificaciones en cuanto a la edad de jubilación parcial y porcentaje de la jornada que puede reducirse, se ha venido manteniendo inalterada en el requisito referente a que han de reunirse las condiciones "para causar derecho a la pensión de jubilación", sin exigencia alguna de que la misma haya de ser en el Régimen General de la Seguridad Social.

Si atendemos a la realidad social y al espíritu y finalidad de las normas examinadas obtenemos el mismo resultado. En efecto, la cambiante realidad social muestra que con cierta frecuencia los trabajadores mudan de actividad laboral, para responder a las demandas del mercado, lo que comporta la afiliación a uno u otro

régimen de Seguridad Social y el que a lo largo de su vida profesional, un trabajador reúna cotizaciones en distintos regímenes, lo que ha supuesto que la regulación de las prestaciones tenga en cuenta esta circunstancia y prevea el cómputo de cotizaciones realizadas en distintos regímenes.

Las normas examinadas contemplan dicha realidad y señalan, en las respectivas exposiciones de motivos, como finalidad de la reforma del contrato a tiempo parcial "obtener... un reparto del trabajo disponible" -Ley 32/84, de 2 de agosto -; "adecuada flexibilidad en este tipo de contrato" -Real Decreto-Ley 15/98, de 27 de noviembre -; "favorecer su mayor utilización (del contrato de relevo)" -Ley 12/01, de 9 de julio -; "que se posibilita la compatibilidad entre el percibo de una pensión de jubilación y el desarrollo de actividades laborales" -Ley 35/02, de 12 de julio.

5. En definitiva la regulación de la jubilación parcial, además de otros requisitos cuya concurrencia no es objeto de debate, comporta la distinción de dos elementos diferentes, a saber, que el trabajador que solicita la jubilación parcial en dicho momento se encuentre incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, y que reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, no exigiéndose, como antes se razonó, que esta pensión sea en el Régimen General de la Seguridad Social, no debiéndose confundir el primer requisito con el segundo, pues en la norma aparecen claramente diferenciados.

En definitiva, se ha de estar prestando servicios por cuenta ajena, incluido en el Régimen General de la Seguridad Social y se ha de tener derecho a pensión de jubilación de la Seguridad Social. Avala esta tesis la actual redacción del artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social, introducida por la Ley 40/07, de 4 de diciembre, que exige, además de los requisitos de edad y reducción de jornada, el acreditar un periodo de antigüedad en la empresa de al menos seis años (lo que comporta dicho periodo de cotización al Régimen General de la Seguridad Social) y acreditar un periodo previo de cotización de treinta años (sin que se exija que dichas cotizaciones sean al Régimen General).

6. En consecuencia, siendo el trabajador demandante trabajador por cuenta ajena en el momento de solicitar la jubilación parcial, que acredita 3.275 días cotizados en el Régimen General y que tiene derecho al percibo de una pensión de jubilación en el RETA -por cómputo recíproco de las cotizaciones realizadas en dicho régimen (6516 días, de 3/1972 a 12/1996 y 3275 días en el Régimen General, desde 1/1997 a 12/05), tiene derecho a acceder a la jubilación parcial solicitada, en virtud de lo es-

tablecido en el artículo 166.2 de la Ley General de la Seguridad Social -en redacción dada por la Ley 35/02 de 12 de julio -, 12.6 del Estatuto de los Trabajadores -en redacción dada por la Ley 12/01-, de 9 de julio y artículo 10 del RD 1131/02, de 31 de octubre.

CUARTO.- No empecé tal conclusión lo establecido en la Disposición Adicional 8, apartado 4 de la Ley General de la Seguridad Social que supedita la aplicación del artículo 166 de dicha norma "a los trabajadores por cuenta propia en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente", ya que dicha Disposición no es aplicable al supuesto debatido, al ser sus destinatarios los "trabajadores del mar, agrario y trabajadores autónomos", ya que el actor no se encuentra incluido en ninguno de dichos regímenes, sino, como anteriormente se consignó, en el Régimen General de la Seguridad Social, aunque con anterioridad lo haya estado en el RETA y sea en este último régimen en el que se le va a reconocer la pensión de jubilación.

Como ha establecido la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 2009, recurso 4605/05, "La interpretación contraria significaría olvidar los elementos propios configuradores de la jubilación parcial, en su conexión con otros requisitos, de procedencia más bien laboral, exigidos conjuntamente, para la validez de la contratación a tiempo parcial (esencialmente, los establecidos en el artículo 12 ET), restringiendo, sin cobertura legal adecuada, las previsiones normativas al respecto.

Debe tenerse en cuenta que, al igual que el artículo 166 L.G.S.S. y Reglamento de desarrollo aprobado por RD 1131/2002, el artículo 12.5 del ET establece, como requisito para tener derecho a la jubilación parcial, que el trabajador "reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación de la Seguridad Social", sin condicionar tal derecho ni al cómputo recíproco de cotizaciones en los diferentes Regímenes de Seguridad Social, ni al Régimen General o Especial a cuyo cargo corre el pago de las prestaciones. En esta dirección, "mutatis mutandi", cabe inscribir la STC 209/1997 de 22 de diciembre.

Esta sentencia resolvió el caso siguiente: la sentencia dictada al resolver un recurso de suplicación, que fue la recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, negó el subsidio de desempleo que el artículo 13.2 de la Ley 31/84 de 2 de agosto, concedió para los mayores de 55 años, cuando se encuentren en alguno de los supuestos mencionados en su número 1 "siempre que acrediten que en el momento de solicitud cumplen todos los requisitos salvo la edad para acceder a cualquier tipo de jubilación"; la razón de la denega-

ción fue que el Reglamento dictado para el desarrollo de la citada ley, añadió un requisito más, cual fue, que la pensión de jubilación expectante "había de causarse en un Régimen de la Seguridad Social en el que se reconociera la prestación de desempleo".

Pues bien, la citada sentencia del Tribunal Constitucional estimó el amparo con fundamento en que el único requisito, instaurado por el Reglamento "no figura en la ley de modo implícito o explícito".

Igual conclusión cabe alcanzar en el caso litigioso, en el que, como antes se ha dicho y ahora se repite, ninguna disposición establece que el derecho expectante al reconocimiento de la pensión de jubilación debe hacerse en uno u otro régimen de la Seguridad Social."

QUINTO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado, sin que haya lugar a la imposición de costas, en virtud de lo establecido en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 14 de mayo de 2008, en el recurso de suplicación núm. 1106/07, interpuesto por la ahora recurrente frente a la sentencia dictada el 31 de julio de 2006 por el Juzgado de lo Social núm. 8 de Barcelona, en los autos 271/06, seguidos a instancia de D. José Ignacio, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre pensión de jubilación. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, 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.- Fernando Salinas Molina.- Jesús Gullón Rodríguez.- Jorge Agustí Julia.- Aría Luisa Segoviano Astaburuaga.

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



## RESEÑA

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

## TC TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009/150238

TC Sala 2ª, Sentencia 15 junio 2009.  
Ponente: D. Pascual Sala Sánchez

### Incongruencia omisiva: falta de valoración de prueba pericial practicada en el proceso

Se impugna la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo que desestimó el recurso del demandante de amparo contra la Resolución del Ministerio de Defensa, denegatoria de su reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada en solicitud de indemnización por los daños y perjuicios sufridos durante la prestación del servicio militar. El TC otorga el amparo solicitado y declara vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al considerar que dicha resolución incurre en incongruencia omisiva al no valorar la prueba pericial practicada en el proceso. Afirma que dicho comportamiento no puede justificarse por la remisión a la sentencia previa dictada por el orden jurisdiccional militar.

2009/150284

TC Sala 2ª, Sentencia 15 junio 2009.  
Ponente: D. Pascual Sala Sánchez

### Competencias autonómicas sobre régimen estatutario de los funcionarios públicos y principio de igualdad

El TC desestima las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas frente a la disp. trans. primera Ley de Canarias 2/1999, de 4 febrero, de medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para el ejercicio de 1999. Considera la Sala que el precepto cuestionado no lesiona el art. 149,1 18 CE, remitiendo a lo dispuesto en STC 87/2009 en la que se consideró que dicha Comunidad era competente para llevar a cabo el desarrollo legislativo del régimen estatutario de sus fun-

cionarios públicos, y que dicha regulación respetaba el régimen básico estatal sobre incompatibilidades de los funcionarios públicos, ordenación de establecimientos farmacéuticos y desarrollo legislativo y ejecución de sanidad e higiene. Afirmando que el diferente trato legal a los funcionarios interinos, respecto de los que ostentan plaza de farmacéutico titular en propiedad, resultaba justificado.

## TS CIVIL

2009/112080

TS Sala 1ª, Sentencia 20 mayo 2009.  
Ponente: D. Vicente Luis Montes Penadés

### Responsabilidad de administradores sociales por insolvencia causante del daño

El TS desestima los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por los administradores codemandados, confirmando la sentencia estimatoria de las pretensiones del actor tanto en la instancia como en la AP, declarándose que no han incurrido en ningún tipo de incongruencia ni omisiva ni "ultra petita", y confirmándose igualmente que sí se ha probado la culpa de los recurrentes, así como el daño y el nexo causal necesario para imputarles la responsabilidad en la deuda social reclamada al no haber actuado con la diligencia exigible en el desempeño del cargo de administradores de la sociedad deudora, determinante de la insolvencia y la causa del daño.

2009/128060

TS Sala 1ª, Sentencia 15 junio 2009.  
Ponente: D. José Almagro Nosete

### Inexistente intromisión ilegítima en el derecho al honor

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, confirma la desestimación de la demanda acordada en primera instancia, al entender la Sala que no existe intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor por tratarse de persona de relevancia pública y

ser de interés general el contenido de la crítica realizada por la demandada.

## TS PENAL

2009/38184

TS Sala 2ª, Sentencia 12 marzo 2009.  
Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

### Delito de homicidio y lesiones: inexistencia de legítima defensa

Se desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de homicidio y lesiones. Afirma el TS que resulta incontestable que en el momento de efectuar el disparo mortal contra su víctima, el riesgo para la vida del acusado no sólo no era inminente, sino que la situación de riesgo la había creado él mismo recurrente al volver al lugar de los hechos con ánimo simplemente de vengar la imaginada muerte de su hijo, cuya creencia era verosímil a la vista de los acontecimientos anteriores, por lo que el móvil de su actuar fue la ofuscación que le produjo ver a su hijo tendido inerte en el suelo y a la víctima con una pistola en la mano que previamente había disparado contra su hijo.

2009/38193

TS Sala 2ª, Sentencia 20 marzo 2009.  
Ponente: D. José Manuel Maza Martín

### Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros agravado por ánimo de lucro

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito contra el derecho de los ciudadanos extranjeros. El TS verifica que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia, es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria en los términos que aquí se combaten, en especial cuando expresamente afirma que el recurrente cometió el ilícito "con ánimo de obtener un beneficio patrimonial", lo que se ve además complementado con el contenido de la motivación, al que el

recurrente, que se limita a no respetar esa narración, tampoco alude.

## TS SOCIAL

2009/112240

TS Sala 4ª, Sentencia 5 mayo 2009.  
Ponente: D. Benigno Varela Autrán

### Cómputo del importe anual de las pagas extraordinarias en pensión por IPA

El TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la demandante, afecta de una IPA derivada de enfermedad profesional, frente a sentencia dictada sobre base reguladora de la pensión. La Sala señala que existe la contradicción exigida pues en la sentencia recurrida se aplica proporcionalmente a los días trabajados el importe a computar en la base reguladora de la pensión, en tanto, en la de contraste, se computa dicho importe por el valor anual de las pagas extraordinarias con independencia de los días trabajados y, la respuesta ha de ser la contenida en la de contraste puesto que lo que se ha de tener en cuenta han de ser los importes anuales, tanto de la retribución salarial ordinaria, como los correspondientes a las pagas extraordinarias, las que, además, se integran en la retribución diaria percibida por el trabajador y, si el legislador hubiera querido limitar el cómputo de las pagas extraordinarias a la parte proporcional de lo percibido hasta el momento de la baja por enfermedad determinante, luego, de la IP, lo hubiera dicho expresamente y no, en cambio, hubiera utilizado una expresión tan clara e indiscutible como resulta "el importe anual de las pagas extraordinarias".

2009/128277

TS Sala 4ª, Sentencia 19 mayo 2009.  
Ponente: D. Benigno Varela Autrán

### Denegación a emigrante retornado del subsidio de desempleo para mayores de 52 años

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado SPEE contra sentencia que declaró el derecho del emigrante retornado accionante al percibo del subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Señala la Sala que en el caso enjuiciado no sólo han de reunirse las exigencias legales de la legislación española, sino, igualmente, las de la comunitaria, que exige para los emigrantes procedentes de la Comunidad Europea la existencia de períodos de seguro en el último lugar, es decir, en este caso, en España.