



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2790

Madrid, lunes 8 de febrero de 2010



## TS SOCIAL

2009/240074

TS Sala 4ª, Sentencia 24 septiembre 2009. Ponente: D. Víctor Fuentes López

Se considera como horas extraordinarias

### Tiempo invertido en recoger el uniforme en lugar distinto al del trabajo y fuera de la jornada laboral

*El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada frente a sentencia que reconoció como tiempo de trabajo efectivo el empleado por los trabajadores demandantes fuera de su jornada laboral para recoger su uniforme en lugar distinto al de trabajo, debiéndose de remunerar como horas extraordinarias.*

*La Sala señala que las horas de desplazamiento para recoger el uniforme deben considerarse y abonarse como horas extraordinarias porque exceden de la jornada de trabajo pactada ya que la recogida de la ropa se hace antes del inicio del tiempo de servicios; tales desplazamientos no son los propios de ida y vuelta al trabajo desde el domicilio o residencia del trabajador sino que tiene por causa un deber impuesto por la empresa en atención a las necesidades o conveniencia del servicio; en consecuencia, si dicho tiempo es jornada de trabajo, y consta probado que los desplazamientos son fuera de la jornada de trabajo, de acuerdo con el art. 35,1, ET dicho tiempo son horas extraordinarias y como tal deben ser retribuidas.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La causa del debate planteada en este recurso se encuentra en la discrepancia surgida entre la Empresa de Seguridad Prosegur y tres actores, sobre la calificación y compensaciones económicas que corresponden por los desplazamientos de los trabajadores, cada dos años, a lugares distintos de sus centros de trabajo, para recoger los uniformes de trabajo que la empresa pone a su disposición de acuerdo con lo previsto en el art. 75 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad Privada, fuera de su jornada de trabajo, por lo que solicitaban aquellos que el tiempo invertido en el desplazamiento desde sus

respectivos domicilios hasta el lugar de recogida, de las prendas fuera considerado y remunerado como horas extraordinarias.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia desestimo la demanda de los actores en reclamación de las cantidades allí detalladas, que aquí damos por reproducidas mas el 10% por mora, negando existiera apoyo jurídico, después de analizar el art. 34 párrafos primero y quinto del E.T., sobre la jornada de trabajo y el art. 75 del Convenio Colectivo en relación a la obligación de la empresa de facilitar la indumentaria, su periodicidad y prendas, para imputar a la empresa la obligación de asumir como horas de trabajo efecti-

vos el referido tiempo de desplazamiento.

TERCERO.- Dicha sentencia fue revocada por la Sala de lo Social de Madrid en la sentencia de 1-04-2008 ahora impugnada, apoyándose en las sentencias de esta Sala IV del Tribunal Supremo, de 18-09-2000 (R-1696/99) y 24-06-1992, razonando que el referido tiempo era de trabajo efectivo por venir impuesto por las necesidades o conveniencia de la empresa, por lo que no reduciendo la jornada ordinaria, sino que se añadía a la misma, la calificación que merece dicho tiempo es el de horas extraordinarias del art. 35 E.T. debiendo ser remunerado como tal.

CUARTO.- Contra dicha sentencia la empresa preparo e interpuso el presente recurso invocando como sentencia contraria la de la Sala de lo Social de Valencia de 6-11-2001 (R-1266/99), que resuelve un supuesto similar, referido a un trabajador de la empresa Municipal de Transportes de Valencia S.A. que como conductor-perceptor debía vestir uniforme que facilitaba la empresa de acuerdo con lo establecido en el Convenio Colectivo de aplicación, debiendo desplazarse para conseguirlo, por orden de la empresa, fuera de la jornada laboral a los establecimientos designados al efecto para tomarse medias y recogerlos, pudiendo darse el caso de que fueran necesarios dos o tres desplazamientos, ninguno de los cuales se computan como jornada laboral, solicitando que el tiempo invertido se consideraba tiempo de trabajo y se retribuyera como hora adicional de trabajo o subsidiariamente como exceso de jornada, retribuyéndose como tal o con tiempo de descanso, lo que la Sala rechazó, por considerar que dicho tiempo invertido en desplazamientos en ningún caso puede considerarse como tiempo de trabajo ordinario, ni extraordinario salvo que el Convenio Colectivo diga lo contrario, lo que allí no sucedió.

Existe a la vista de lo antes expuesto la contradicción alegada, siendo los fallos distintos; no afecta a dicha contradicción la alegada por la parte recurrida en su escrito de impugnación por no ser relevante.

QUINTO.- Antes de entrar en el examen del fondo del recurso debe

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Cesión de título nobiliario por el inmediato sucesor a su hermano segundogénito 4

#### PENAL

Indemnización a perjudicado por delito societario de administración desleal 7  
Delito de extorsión en grado de tentativa cometido por funcionario de policía 8

#### ADMINISTRATIVO

Nulidad parcial del Decreto 54/2006 de la Rioja preventiva del tabaquismo 9

#### SOCIAL

Tiempo invertido en recoger el uniforme en lugar distinto al del trabajo y fuera de la jornada laboral 1  
Cálculo de indemnización por despido en caso de extinción de la relación laboral 2

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

INTERNET  
<http://www.elderecho.com>  
e-mail: [clientes@elderecho.com](mailto:clientes@elderecho.com)

indicarse, que la Sala de suplicación, pese a no haberse alegado por las partes, ni planteado en la instancia, de oficio, por providencia de 4-03-2008, acordó oír a las partes y la Ministerio Fiscal, sobre su competencia funcional, si bien, en ningún momento posterior resolvió, dicha cuestión; tampoco en casación se ha alegado la falta de afectación general y por tanto la improcedencia del recurso de suplicación contra la sentencia de instancia; llegado este momento, esta Sala, aunque no se le ha planteado, estima, que de acuerdo con nuestra doctrina unificadora (ST 3-10-2003 R-1011/03, y posteriores) si que existe en el caso de autos afectación general de la cuestión planteada, por ser notoria, dado el número de trabajadores demandantes (31) y el objeto de la reclamación que afecta a todo la plantilla de la empresa.

**SEXTO.-** En cuanto al fondo en el recurso, por la empresa se denuncia infracción del art. 34-5 E.T. en relación con los arts. 82 y 85 E.T. art. 41 y 42 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad (BOE 10-06-2005).

Siendo lo cuestionado, si el tiempo empleado en recoger el uniforme en lugar distinto al de trabajo, debe considerarse de trabajo efectivo y remunerarse como horas extraordinarias la solución del tema debatido debe partir de la doctrina contenida en la sentencia de 18-09-2000 (R-1696/99), en la que se apoya la recurrida, también referida a empresas de seguridad, aunque lo allí reclamado era el abono del tiempo de trabajo empleado en los desplazamientos para la recogida y entrega de armas en el armero situado en lugar distinto al centro de trabajo, pues lo debatido sustancialmente es lo mismo, que en el caso de autos, si dichas horas de desplazamiento han de considerarse y abonarse como horas extraordinarias, si exceden de la jornada de trabajo pactada dado que además en ambos casos se preveía que la recogida se hacía fuera de la jornada de trabajo.

La tesis correcta es la de la sentencia recurrida por lo siguiente:

a) El art. 75 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas Privadas de Seguridad, en el apartado referido a uniformidad, estableció la obligación de la empresa de facilitar cada dos años las prendas de uniforme que enumera, prendas, que como consta en el hecho probado tercero de la sentencia de instancia la empresa pone a disposición de los trabajado-

res en lugares distintos del centro de trabajo, concretamente en la calle Santa Sabina y la calle Carmen Coaña, debiendo desplazarse hasta allí fuera de su jornada de trabajo.

b) Por tanto, si dicho tiempo es de trabajo efectivo, no reduciendo la jornada ordinaria de trabajo añadido a esta, pues el desplazamiento para la recogida de la ropa se hace antes del inicio del tiempo de servicios, necesariamente dicho tiempo debe calificarse como horas extraordinarias, porque tales desplazamientos no son los propios de ida y vuelta al trabajo desde el domicilio o residencia del trabajadores, sino como se decía en nuestra sentencia antes citada, el desplazamiento tenía por causa un deber impuesto por la empresa, en atención a las necesidades o conveniencia del servicio; como también se decía en nuestras sentencias de 24-06-1992, cuando el horario se anticipa para el trabajador a fin de realizar una actividad concreta en un determinado lugar, que no es el del trabajo al tiempo dedicado a desplazarse debe computarse como jornada de trabajo.

c) En consecuencia si dicho tiempo es jornada de trabajo, y consta probado que los desplazamientos son fuera de la jornada de trabajo, de acuerdo con el art. 35-1 E.T, como se añadía en la sentencia de 18-09-2000, dicho tiempo son horas extraordinarias, y como tal deben ser retribuidas; no existe por tanto, como se denuncia infracción del art. 34-5 del E.T.; aquí no se discute el cómputo del tiempo de trabajo de modo que tanto el comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo, sino otro caso distinto, como ya se ha expuesto, dado que consta probado que a los trabajadores se les impone que el desplazamiento para recoger las prendas se hiciera fuera de la jornada de trabajo.

**SEXTO.-** Todo lo dicho lleva a la desestimación del recurso, con imposición de costas y pérdida del depósito para recurrir al que se le dará el destino legal que corresponda.

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 representación de Prosegur Compañía de Seguridad S.A. contra la sentencia dictada el 1

de abril de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación núm. 5527/07, iniciado en el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Madrid, en autos núm. 1032/06, a instancias de D. Vicente, D. Pablo Jesús, D. César, D. Germán, D. Norberto, D. José Antonio, D. Amadeo, D<sup>a</sup> Begoña, D. Efrain, D. Iván, D. Porfirio, D<sup>a</sup> Julieta, D. Luis Andrés, D. Basilio, D. Faustino, D<sup>a</sup> Mari José, D. Lucas, D. Silvio, D. Pedro Miguel, D. Claudio, D. Héctor, D. Nicolás, D. Carlos José, D. Arcadio, D. Eulalio, D. Laureano, D. Saturnino, D. Juan Pablo, D. Celso, D. Hermenegildo y D<sup>a</sup> Lorenza, contra la ahora recurrente. Con imposición de costas a Prosegur S.A. y pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal que corresponda.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Antonio Martín Valverde.- Jesús Souto Prieto.- Jordi Agusti Julia.- María Lourdes Arastey Sahun.- Víctor Eladio Fuentes López.

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

2009/259277

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 6 octubre 2009. Ponente: D. Fernando Salinas Molina

### En la misma sentencia que decretó la improcedencia Cálculo de indemnización por despido en caso de extinción de la relación laboral

*El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante frente a sentencia que fijó la indemnización por despido calculándola conforme al periodo*

*comprendido entre el inicio de la relación laboral y la fecha del despido.*

*La Sala señala que, en los casos como el de autos, en que la propia sentencia que declaró la improcedencia del despido decretó igualmente la extinción de la relación laboral, el cómputo del tiempo de servicios a efectos de fijar el importe indemnizatorio debe abarcar desde el inicio de la relación laboral hasta la fecha de la citada sentencia y, derivadamente, la condena al abono de salarios de tramitación debe limitarse a los del periodo comprendido desde la fecha del despido hasta la fecha de extinción de la relación laboral y no deben extenderse hasta la fecha de la notificación de la sentencia que declaró la improcedencia del despido, dado que en dicha fecha ya está extinguida la relación laboral.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificador consiste en determinar si en el supuesto en el que, por cese o cierre de la empresa, se decretara directamente en la propia sentencia en la que se declara la improcedencia del despido la extinción de la relación laboral existente entre las partes con posible fundamento en el art. 284 LPL (Ley de Procedimiento Laboral), el cómputo del tiempo de servicios a efectos de fijar el importe indemnizatorio debe abarcar desde inicio relación laboral hasta la fecha del despido o hasta la fecha de la sentencia en que se declara extinguida la relación laboral. Derivadamente, de adoptarse la segunda de las referidas soluciones, se plantea el problema de determinar si la condena al abono de salarios de tramitación debe limitarse a los del periodo comprendido desde la fecha despido hasta la fecha de extinción de la relación laboral o deben extenderse, en posible aplicación del art. 56.1.b) ET (Estatuto de los Trabajadores), hasta la fecha de la notificación de la sentencia que declarara la improcedencia del despido, a pesar de que en dicha fecha ulterior ya estaría extinguida la relación laboral.

2.- La sentencia recurrida, -de fecha 25-marzo-2008 (rollo 219/2008), no aclarada por auto de fecha 27-mayo-2008, dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Madrid, revocatoria en parte de la sentencia de instancia de fecha 11-junio-2007 dictada por

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

Depósito Legal: M-32591-94  
ISSN 1888-5020  
Franqueo Concertado 01/1718

DIRECTOR: Evaristo Moliné

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento, reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. El Diario de Jurisprudencia EL DERECHO informa de lunes a jueves de todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los resúmenes y titulaciones que anteceden a la reproducción de las sentencias son elaborados por la Redacción de EL DERECHO. La doctrina del Tribunal se contiene oficialmente en los fundamentos de derecho, a cuyo texto íntegro puede acceder cualquier suscriptor a través del Servicio de Documentación EL DERECHO DIRECTO, para su envío por fax (91 - 578 16 17).

el JS núm. 3 de Madrid (autos 355/2007)-, habiéndose declarado en la sentencia de instancia extinguida la relación laboral en la fecha de dicha sentencia, considera como tiempo de servicios a los efectos de fijar el importe indemnizatorio el comprendido debe el inicio de la relación laboral (1-marzo-2004) hasta la fecha del despido (6-marzo-2007); y, derivadamente, extiende la obligación de abono de salarios de tramitación desde la fecha despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia de instancia que declarara la improcedencia del despido.

3.- La sentencia invocada como de contraste por el trabajador recurrente en casación unificadora, -de fecha 28-enero-2003 (rollo 4594/2002), dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Madrid, revocatoria de la sentencia de instancia de fecha 20-mayo-2002 en la que se había decretado la caducidad de la acción de despido y desestimada la demanda-, declara por primera vez la improcedencia del despido al tiempo que en la fecha de la misma (28-enero-2003) declara extinguida la relación laboral por imposibilidad de readmisión analógicamente con lo dispuesto en el art. 284 LPL, y fija como periodo de cálculo a efectos de indemnización un periodo, que cifra expresamente en "un año y once meses", que es superior al comprendido entre el día de inicio de la relación laboral (19-febrero-2001) y la fecha del despido (8-noviembre-2001) e incluso superior al comprendido hasta la fecha de la sentencia de instancia (20-mayo-2002), pero que resulta inferior al transcurrido desde la fecha de inicio de la relación laboral (19-febrero-2001) hasta la fecha de la sentencia de suplicación en la que se declara extinguida la relación laboral (28-enero-2003); y, derivadamente, extiende la obligación de abono de salarios de tramitación desde la fecha despido hasta la fecha de la sentencia de suplicación.

4.- Aun dejando aparte la posibilidad de que la indemnización determinada en la sentencia de contraste se debiera a un error de cálculo no corregido, cabe entender, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, que concurre el requisito o presupuesto de contradicción ex art. 222 LPL, exigible para la viabilidad del recurso de casación unificadora, pues antes dos supuestos de extinción de la relación laboral acordada en la propia sentencia que declara la improcedencia del despido por cese o cierre empresa ex art. 284 LPL, en la sentencia recurrida se computa como tiempo de servicios a afectos indemnizatorios desde el inicio de la relación laboral hasta la fecha del despido, mientras que en la de contraste se extiende a un periodo superior al de la fecha del despido y al de la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda aunque no alcanza, por lo antes expuesto, hasta la fecha de la sentencia de suplicación en que se declara extinguida la rela-

ción laboral, con las derivadas consecuencias igualmente distintas en cuanto a salarios de tramitación. La contradicción existe, teniendo además en cuenta que es doctrina de esta Sala que las soluciones contradictorias de las sentencias, tanto de la recurrida como de la de contraste, no condicionan la decisión a adoptar en la sentencia de casación de llegar a interpretarse que ninguna de las soluciones efectuadas por aquéllas son las más correctas jurídicamente.

SEGUNDO.- 1.- El trabajador recurrente en casación unificadora, -que pretende se compute como tiempo de servicio el transcurrido desde el inicio de la relación laboral hasta la fecha de la sentencia de instancia y que se condene, igualmente a la empresa, al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la citada sentencia-, alega como infringidos por la sentencia recurrida los artículos 110.1, 279.2 y 284 LPL, 56 ET y 4.1 Código Civil.

2.- A efectos de la resolución de este recurso deben tenerse esencialmente en cuenta los arts. 279.2 y 284 LPL, incluidos entre los dedicados a la ejecución de las sentencias firmes de despido y aplicados analógicamente en la sentencia recurrida.

3.- Dispone el citado art. 284 LPL que "... cuando se acreditase la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la Empresa obligada, el Juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 279 ", y en dicho art. 279.2 LPL se establece que "...el Juez dictará auto en el que...:

a) Declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución.

b) Acordará se abone al trabajador la indemnización a la que se refiere el apartado uno del artículo 110 de esta Ley. En atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. En ambos casos, se prorratearán los períodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicios, el transcurrido hasta la fecha del auto.

c) Condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada solución "

4.- De dichos preceptos, como pone de evidencia el Ministerio Fiscal, cabe entender que en el supuesto, no regulado expresamente en el

art. 56 ET entre las opciones de contenido de la sentencia en la que se declare improcedente un despido, de que, por cese o cierre de la empresa y consecuente imposibilidad de readmitir, se decretara directamente en la propia sentencia en la que se declara la improcedencia del despido la extinción de la relación laboral existente entre las partes con posible fundamento analógico en el art. 284 LPL, el cómputo del tiempo de servicios a efectos de fijar el importe indemnizatorio debe abarcar desde inicio relación laboral hasta la fecha de la sentencia en que se declara extinguida la relación laboral; y, derivadamente, la condena al abono de salarios de tramitación debe limitarse a los del periodo comprendido desde la fecha despido hasta la fecha de extinción de la relación laboral y no deben extenderse, en posible aplicación del art. 56.1.b) ET, hasta la fecha de la notificación de la sentencia que declarara la improcedencia del despido, dado que en dicha fecha ulterior ya está extinguida la relación laboral.

5.- La solución adoptada en la sentencia recurrida en cuanto a la indemnización, limitando el periodo computable como tiempo de servicios al comprendido entre la fecha de inicio de la relación laboral y la fecha del despido, que sería la aplicable cuando la empresa pudiera hacer uso del derecho de opción ex art. 56.1 ET entre readmisión del trabajador o extinción contractual indemnizada, no resulta la decisión coherente cuando se decreta en la propia sentencia la imposibilidad de readmitir. Resultaría que la consecuencia, cuando tal imposibilidad se declarara o se acreditara posteriormente, sería la contemplada en el art. 284 en relación con el art. 279.2 ambos de la LPL, en el que se dispone expresamente que " se computará, como tiempo de servicios, el transcurrido hasta la fecha del auto " en el que se extingue la relación laboral, y además la condena de salarios de tramitación se ampliaría desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada resolución en que se efectúa la extinción contractual.

Por ello, la solución judicial de adelantar la extinción contractual y efectuarla en la propia sentencia que declara la improcedencia del despido en los supuestos de acreditada imposibilidad de readmisión favorece al empresario, en cuanto reduce la cuantía indemnizatoria y los salarios de tramitación al no tenerse que esperar al momento de dictarse el auto resolutorio del incidente de no readmisión para la extinción y fijación de tales cuantías indemnizatorias superiores, por lo que no tendría sentido efectuar una interpretación limitativa de la determinación del tiempo de servicios hasta la fecha del despido en estos casos de extinción acordada en sentencia que aumentara el posible perjuicio económico al trabaja-

dor, aplicando analógicamente una norma para posibilitar adelantar la extinción contractual pero sin aplicar analógicamente las consecuencias derivadas de la no readmisión por imposibilidad debida al cierre o cese de la actividad empresarial.

TERCERO.- Procede estimar en la forma expuesta el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante, casando y anulando la sentencia recurrida en los extremos ahora impugnados y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, declarar el derecho del trabajador, y la consecuencia condena empresarial, a que a efectos de la indemnización por despido se compute como tiempo de servicios el transcurrido desde el inicio relación laboral (1-marzo-2004) hasta la fecha sentencia de instancia en la que en este caso se declara extinguida la relación laboral (11-junio-2007), por lo que la referida indemnización asciende a un total de 5.709 euros (3 años y 4 meses, 150 días ex art. 56.1 ET x 38,06 euros /día), a cuyo abono se condena a la empresa, al igual que al abono de los salarios de tramitación comprendidos desde la fecha del despido (6-marzo-2007) hasta la fecha de extinción de la relación laboral (11-junio-2007) a razón de 38,06 euros /día, sin perjuicio de las responsabilidades legales del Fondo de Garantía Salarial (art. 33 ET); sin costas (art. 233 LPL).

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

## FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Benigno contra la sentencia de fecha 25-marzo-2008 (rollo 219/2008), no aclarada por auto de fecha 27-mayo-2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, revocatoria en parte de la sentencia de instancia de fecha 11-junio-2007 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Madrid (autos 355/2007), en procedimiento de despido instado por el trabajador ahora recurrente contra la empresa "Euro Casa 2001, S.L." y el Fondo de Garantía Salarial. Casamos y anulamos la sentencia recurrida en los extremos ahora impugnados y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, condenamos a la empresa demandada a que abone al actor en concepto de indemnización por despido la cantidad de 5.709 euros, así como los salarios de tramitación comprendidos desde la fecha del despido (6-marzo-2007) hasta la fecha de extinción de la relación laboral (11-junio- 2007) a razón de 38,06 euros /día, sin perjuicio de las responsabilidades legales del Fondo de Garantía Salarial; sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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. Fernando Salinas Molina.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Jordi Agustí Julia.- Rosa María Viroles Piñol.- Luis Ramón Martínez Garrido.

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

2) La nulidad o ineficacia de la Orden del Ministerio de Justicia de 12 de febrero de 1962, por la que se manda expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Carta de Sucesión en el Título de Marqués dirección000 a favor de D. Sabino, así como de la Carta de Sucesión expedida a su favor el 26 de octubre de 1962, por el anterior Jefe del Estado y cualquier acto jurídico que haya podido realizar aquel en relación con el título.

3) Como consecuencia, la revocación de la citada Orden Ministerial y la cancelación de la Carta de Sucesión en el Título de Marqués dirección000, como dispone el art. 10 del Real Decreto de 13-11-1922.

4) Declarar el mejor derecho genalógico al Título de Marqués dirección000 a favor del actor.

5) Condenar a los demandados en costas si se opusieren a la demanda.”.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 59 de Madrid el 28 de mayo de 2003, en los autos de juicio ordinario núm. 126 de 2002, desestima la demanda, absuelve a los demandados y acuerda no haber lugar a realizar las declaraciones pretendidas por el actor en el suplico de su escrito de demanda.

La “ratio decidendi” de la Sentencia se fundamenta en la Sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 1998 y en la argumentación siguiente: “teniendo en cuenta que la escritura de cesión de derechos al título fue otorgada por D. Carmelo a favor de otro codemandado ante el Notario de Madrid D. Santiago Pelayo Hore en fecha 31 de octubre de 1961 con el número de protocolo 2387 y que ha quedado acreditado el uso pacífico y continuado del título por D. Sabino al menos desde dicha fecha, así como que la demanda se interpuso en fecha 7 de febrero de 2002, se estima aplicable el instituto de la prescripción adquisitiva al haber acreditado el uso pacífico y continuado por el demandado del título por más de cuarenta años desde que se produjo la cesión a su favor, considerando que la Carta de Sucesión lo único que otorga es el derecho al uso oficial del título, y todo ello aunque el demandante ostentare mejor derecho al título que el codemandado y actual poseedor del mismo, al haber actuado la prescripción adquisitiva frente a todos”.

La Sentencia dictada por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 21 de diciembre de 2004, en el Rollo núm. 869 de 2003, desestima el recurso de apelación interpuesto por el actor y confirma la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia.

La resolución de segunda instancia mantiene la misma relación histórica de la de primera instancia con el si-

guiente contenido (fto. segundo): “Son hechos no discutidos que D. Pablo, anterior poseedor del título nobiliario de Castilla en Navarra, Marqués dirección000 y padre de los codemandados, falleció en Madrid el día 11 de diciembre de 1960 y tras su fallecimiento accedió a la dignidad nobiliaria su hijo D. Sabino tras haberle cedido los derechos su hermano mayor y codemandado, D. Carmelo, a quién correspondía la sucesión legal por ser el primogénito, en escritura pública otorgada ante el Notario de Madrid, D. Santiago Pelayo Hore, el 31 de octubre de 1961, fundada en el artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, la que fue reconocida dictándose Orden Ministerial de 12 de febrero de 1962 que ordenó expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la carta de sucesión, Carta de Sucesión que fue expedida el 26 de octubre de 1962, tras el cumplimiento de los correspondientes derechos e impuestos en fecha 11 de junio de 1962, por el anterior Jefe del Estado a favor de D. Sabino; el cesionario aceptó la cesión en la misma escritura de cesión de los derechos a la sucesión en el título. El día 7 de febrero de 2002, D. Rafael, hijo de D. Carmelo, promueve demanda reclamando la posesión del título nobiliario alegando su mejor derecho a poseer. Es hecho probado mediante prueba documental y testifical que D. Sabino, desde el momento mismo de la cesión, e incluso antes, vino usando el título nobiliario al ostentar el hermano mayor cedente otro título, siendo conocido desde la cesión en el ámbito familiar y círculo de amistades y socialmente como Marqués dirección000”.

La Sentencia plantea el dubio litigioso señalando (fto. cuarto) que la problemática se centra en el cómputo del plazo de prescripción adquisitiva, y más concretamente, en la determinación del “dies a quo”. Pues si se fija como tal el de la escritura pública de cesión (31 de octubre de 1961) a la fecha del ejercicio de la acción de reclamación (7 de febrero de 2002) ha transcurrido el plazo de cuarenta años, y si se fija el de la Orden Ministerial (12 de febrero de 1962) que ordena expedir la Carta de Sucesión o el de la expedición de la última (26 de octubre de 1962) a la fecha de interposición de la demanda no han transcurrido cuarenta años. Y a continuación resuelve el caso con base en la Sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 1998 y que no contienen doctrina contraria a la que sustenta las Sentencias citadas por el apelante, y en la siguiente argumentación “ratio decidendi”:

“El “dies a quo” para el inicio del plazo prescriptivo es el momento que señala la sentencia de instancia, es decir, en el supuesto presente, el momento en que se produce la cesión notarial y pública de derechos-renuncia del cedente y aceptación del cesionario, tiempos coincidentes para el inicio de la prescripción adquisitiva y de la correlativa extintiva,



2009/265691

TS Sala 1ª, Sentencia 3 noviembre 2009. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Reclamación de mejor derecho por el primogénito del cedente

## Cesión de título nobiliario por el inmediato sucesor a su hermano segundogénito

*El TS desestima el recurso de casación, interpuesto por el primogénito del cedente de título nobiliario. Tras el fallecimiento del poseedor del título, y padre de los codemandados, accede a la dignidad nobiliaria el segundo hijo, habiéndole cedido los derechos su hermano mayor. El cesionario aceptó, en la misma escritura de cesión de los derechos a la sucesión en el título. El hijo del cedente promueve demanda reclamando la*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre la adquisición por prescripción adquisitiva de un título nobiliario y concretamente sobre la determinación del “dies a quo” para el cómputo del plazo de cuarenta años que por aplicación de la Ley 41 de las de Toro, como excepción a la Ley 45, da lugar a la instauración de una nueva línea sucesoria, y cuya aplicación en la materia, con el antecedente de la Sentencia de 9 de junio de 1964, se reconoció por la doctrina jurisprudencial, con un fundamento de certidumbre de derecho y de seguridad jurídica, a partir de las sentencias de 7 y 27 de marzo de 1985, a las que han seguido otras muchas (SS. 14 de junio, 7 y 14 de julio de 1986; 23 de enero, 5 de junio y 27 de julio de 1987; 20 de febrero y 10 de marzo de 1988; 21 de junio de 1989; 3 de enero, 8 de octubre y 12 de diciembre de 1990; 6 de

marzo y 12 de junio de 1991; 21 de febrero y 5 de marzo de 1992; 16 de noviembre de 1994; 24 de enero de 1995; 13 de junio y 26 de diciembre de 1996; 4 de junio de 1997; 7 y 17 de marzo, 5 de mayo y 22 de junio de 1998; 9 de febrero de 1999; 19 de junio de 2000; 11 de junio de 2001; 20 de febrero de 2003; 17 y 30 de diciembre de 2004; 26 de mayo y 24 de noviembre de 2006; 10 de septiembre de 2008).

Por D. Rafael se dedujo demanda contra D. Sabino y D. Carmelo en la que solicita se declare:

1) La nulidad o ineficacia jurídica de la cesión de derechos al título de Marqués dirección000 realizada por D. Carmelo en favor de su hermano menor, D. Sabino, en escritura pública otorgada ante el Notario de Madrid, D. Santiago Pelayo Hore, el 31 de octubre de 1961, con el número 2387 del protocolo de dicho año.

pues desde ese momento se facilitó y generó el efectivo traspaso del título (cesión de los derechos a su sucesión), porque la realidad externa así lo pone de manifiesto, ya que desde esta fecha el codemandado D. Sabino entró en su disfrute e hizo ostentación y utilización en el ámbito familiar y de amistades como acredita la prueba testifical y documental aportada por el codemandado, sin dejarlo caducar, es decir, instauró su inmediatez posesoria continuada, luego reconocida y confirmada legalmente en vía administrativa al dictarse Orden Ministerial que ordena la expedición de la Carta de Sucesión y expedirse la referida Carta, y justifica la operatividad de la prescripción adquisitiva, y, a la vez, cabe hablar de desapoderamiento del cedente renunciante que con la aceptación del cesionario beneficiario, que pasa a ocupar en el derecho el lugar que correspondía al que se lo transmite, se instituye el beneficiario en poseedor de unos derechos y surge desde ese momento la facultad para reclamar por quien se crea perjudicado por el lugar ocupado por el beneficiario, elemento subjetivo que en unión con el elemento objetivo del tiempo confirman el instituto de la prescripción extintiva, de modo que, correlativamente, la acción de reclamación de mejor derecho y nulidad de la cesión ha prescrito y ello acarrea la adquisición del derecho para quien ostenta el título quien por efecto de la prescripción adquisitiva ha dejado de ser precarista y su posesión ha de ser mantenida frente a todos”.

Contra la Sentencia de la Audiencia Provincial se interpuso por la representación procesal de D. Rafael recurso de casación articulado en tres motivos que fue admitido por Auto de 20 de noviembre de 2007.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso se denuncia infracción del art. 1941 del Código Civil y de la doctrina señalada en las Sentencias de 7 y 27 de marzo de 1985, 14 de junio y 14 de julio de 1985 (debe entenderse 1986), 8 y 12 de octubre de 1990 (en la fecha 12 debe entenderse no de octubre, sino de diciembre), 21 de febrero de 1992, y específicamente la sentada en las sentencias de 21 de julio (debe entenderse junio) de 1989, 7 de marzo de 1998, 11 de junio de 2001, 20 de febrero de 2003 y las del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de octubre de 1995 y 11 de marzo de 1996.

Mediante el motivo se pretende impugnar la “ratio decidendi” de la sentencia recurrida en el sentido de que, por el contrario de lo que la misma sostiene, no cabe fijar el día inicial del cómputo de los cuarenta años en la fecha de la escritura de cesión, sino que ha de atenderse a la de la expedición de la Carta de Sucesión -fecha de publicación en el BOE del despacho reconociendo el derecho a utilizar el título-, o cuando menos a la de la Orden Ministerial

que ordena expedir dicha Carta de Sucesión. Se argumenta que no cabe fundamentar otra conclusión en la Sentencia de 17 de marzo de 1998 porque, aparte de ser única, y de que hay doctrina jurisprudencial contraria, se refiere a un supuesto distinto del de autos, en tanto que había una cesión válida porque el cedente ostentaba el título, además de que la afirmación de que el cómputo debe ser desde la escritura de cesión tiene el carácter de “obiter dicta” y no de “ratio decidendi”, y que concurrían circunstancias especiales por el momento histórico de la República en que no existían actos administrativos expresos sino una simple declaración privada de una entidad privada -la Diputación de la Grandeza-. Se señala que no hay posesión pública (f. 13) y que no puede existir posesión a título de dueño y pacífica (f. 15) porque para ello se requiere un acto público que autorice expresamente el uso de la merced, de modo que es preciso, previa la solicitud y expediente correspondiente, obtener la Carta de Sucesión (arts. 6 del RD de 27 de mayo de 1912 y 6º del D. de 4 de junio de 1948 que desarrolla la Ley de 4 de mayo del mismo año). Y finalmente, para corroborar la alegación de que los requisitos de posesión pública y pacífica solo pueden cumplirse a partir de la resolución administrativa adjudicando la vacante se indican diversas Sentencias de esta Sala que, según el motivo, “dicen de forma inequívoca que dicha posesión solo se inicia con el acto expreso regio o administrativo que pone fin al expediente de sucesión de un título vacante”.

El motivo debe desestimarse porque la apreciación de la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria por la sentencia recurrida no disuena en ninguno de los aspectos estructurales y finalísticos que fundamentan su aplicación en la doctrina jurisprudencial en orden a consolidar la adquisición de los títulos o dignidades nobiliarias con el efecto de establecer una nueva cabeza de línea en el orden sucesorio.

La reimplantación histórica por la jurisprudencia de esta Sala de la costumbre o prescripción inmemorial en materia de títulos nobiliarios, y por su analogía con los mayorazgos, se produjo con base en la presunción de un privilegio de innovación del título anterior a la posesión de cuya prueba queda dispensado quien acredite la posesión por apreciación de significación de dejación de derechos (SS. 9 de junio de 1964, 7 y 27 de marzo de 1985, 14 de junio y 14 de julio de 1986). Frente al dogma de la imprescriptibilidad, por su incompatibilidad con la Ley 45 de Toro (Ley 1ª, Tít. XXIV, Libro XI de la Novísima Recopilación) que recogía la posesión civilísima, la nueva orientación jurisprudencial admite la excepción de la prescripción adquisitiva de los cuarenta años (Ley 41 de las de Toro; 1ª, título XVII, libro XI de la Novísima Recopilación), entendiéndose que

la dejación de los derechos de los prellamados junto con el transcurso del tiempo es sucedáneo idóneo para la convalidación de la adquisición de una merced nobiliaria (SS. 7 y 27 de marzo de 1985; 14 de julio de 1986; 7 de marzo de 1998; 30 de diciembre de 2004; 10 de septiembre de 2008). Los requisitos estructurales se limitan a la posesión pública, pacífica, continuada y no interrumpida, durante cuarenta años (SS. 23 de enero de 1987; 12 de diciembre de 1990; 11 de junio de 2001; 20 de febrero de 2003; 10 de septiembre de 2008, entre otras). La jurisprudencia destaca que la posesión se refiere a una situación de hecho, de contacto con la cosa, de posesión real (S. 6 de marzo de 1991); y que no se requiere justo título, ni buena fe (SS. entre otras, 12 de diciembre de 1990; 11 de junio de 2001; 20 de febrero de 2003; 17 de febrero de 2004; 10 de septiembre de 2008. En sentido distinto, “obiter”, y muy genéricamente, S. 14 de junio de 1986). Tampoco es preciso una posesión “a título de dueño” pues no se prescribe un dominio o un derecho real ya que respecto de los títulos nobiliarios solo se tiene el uso o posesión (S. 5 de marzo de 1952), y por ello, además, el poseedor legal carece del “ius disponendi” (SS. 21 de junio de 1963; 21 de mayo de 1964; 7 de julio de 1986; 11 de diciembre de 1995; 25 de octubre de 1996; 24 de noviembre de 2006).

Para la parte recurrente, en contra de la postura de la parte recurrida y de las sentencias dictadas en instancia que fijan el “dies a quo” del plazo de cuarenta años en la fecha de la escritura de cesión, el cómputo debe hacerse desde la Carta de Sucesión, o desde la Orden Ministerial que acordó su expedición.

La postura de la parte recurrente se concreta en tres alegaciones de carácter sucesivo: que no hubo cesión, sino sucesión ordinaria; que la cesión (hipotética) no era válida porque el cedente no ostentaba el título y nadie puede dar lo que no tiene, y además falta la aprobación expresa en acta notarial de quien tiene mejor derecho para ostentar el título que el cesionario (art. 12 del RD de 27 de mayo de 1912); y que, en cualquier caso, el uso anterior a la Carta de Sucesión es indebido (art. 6 del Decreto de 4 de junio de 1948) por lo que no había entonces posesión pública y pacífica idónea para usucapir.

La primera objeción, consistente en que la adquisición del título nobiliario por el codemandado recurrido no se produjo por cesión sino por sucesión ordinaria, que de ser así impediría computar el tiempo anterior a la obtención de la Carta de Sucesión, debe rechazarse porque:

(a) Va contra los actos propios procesales, puesto que en el hecho cuarto de la demanda se dice que “Gracias a esta escritura de cesión realizada por su hermano mayor, D. Sabino obtuvo la carta de sucesión

por Orden de 12 de febrero de 1962”.

(b) Por otro lado, la alegación incurrir en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, ya que en la relación fáctica de la sentencia impugnada claramente se establece que la cesión constituye el fundamento de la atribución del título y de la expedición de la Carta de Sucesión, lo que además

(c) Es coherente con la solicitud efectuada por D. Sabino dentro del primer año de ocurrida la vacante por muerte de su padre (anterior poseedor), habida cuenta que, al no ser el inmediato sucesor (que lo era su hermano), de pretenderse la sucesión ordinaria, la solicitud debería haber sido formulada el segundo año, todo ello de conformidad con el art. 6 del RD de 27 de mayo de 1912.

El segundo planteamiento -invalididad de la cesión- también debe rechazarse pues, con independencia de si corresponde o no la competencia para tal apreciación a esta jurisdicción civil, lo cierto es que no se planteó en la demanda por lo que constituye una cuestión nueva en el pleito (“lite pendente nihil innovetur”). Ciertamente que en la demanda se pide la declaración de nulidad o ineficacia jurídica de la cesión pero ello obedece a la exigencia jurisprudencial para que se pueda declarar el mejor derecho genealógico (suprimiendo los actos que se pudieran oponer al reconocimiento del título litigado), tal y como claramente se indica en la propia demanda, y no a los motivos que aquí se traen a colación. Es cierto también que en dicho escrito rector se alude a la falta de aprobación expresa de la cesión por la persona a la que correspondía prestarla con arreglo a derecho (art. 12 RD 1912), pero ello no determina la nulidad “per se” de la cesión, sino que la convierte en claudicante para el caso de que se ejercite un mejor derecho genealógico, pues las cesiones se autorizan “sin perjuicio de los llamados a suceder con preferencia al cesionario”, tal y como establece el mencionado artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912.

El tercer planteamiento, -que se refiere a la falta de posesión pública y pacífica antes de la carta de sucesión y a la calificación como indebido del uso desde la escritura de cesión hasta que se produjo el acto público que autoriza el uso de la merced-, debe seguir la misma suerte desestimatoria de los anteriores porque, como “ratio decidendi”, no se aprecia infracción de doctrina jurisprudencial en la fundamentación de la resolución recurrida, y, además, concurren las razones que para más motivación se exponen a continuación.

Con carácter prioritario debe decirse que no se comparte la objeción de que la cesión de un título no es idónea para transmitir la posesión



real o material del mismo -situación de hecho-; salvo, -claro es- el supuesto de que no la tenga el cedente. El hecho de que la cesión, por sí sola, no otorgue una situación de derecho al cesionario, no significa que no sea posible la transmisión de la situación de hecho, cuando no haya otro poseedor; situación de hecho que constituye el presupuesto posesorio suficiente para generar con el tiempo la usucapión del título nobiliario, pues, en otro caso, de requerirse para ello la expedición de la carta de sucesión, nos hallaríamos ante la exigencia de una posesión de derecho (con independencia de su precariedad), es decir, de un justo título (a lo que por cierto se alude, pero no desarrolla en el recurso), que, ni resulta coherente con el carácter extraordinario de la prescripción adquisitiva, ni la jurisprudencia exige -como anteriormente se señaló-.

La cesión -renuncia impropia o traslativa- supuso dejación del título por el prellamado y permitió la ocupación por el cesionario, el cual se convirtió desde entonces en poseedor real o material, sin que obste en orden al inicio del tiempo la usucapión, la necesidad de la aprobación administrativa para la posesión legal u oficial -situación de derecho-, que se obtuvo posteriormente mediante el expediente adecuado.

Por otro lado, el cedente no era un llamado más, sino el heredero con inmediatez sucesoria, por lo que estaba investido de la posesión civilísima absoluta que se atribuye al prellamado superior -óptimo-. Por consiguiente, gozaba de la posesión natural y civil (Ley 45 de Toro; SS. 27 de marzo de 1985, 21 de febrero de 1992, 13 de octubre de 1993) y tenía el mejor derecho a poseer -frente a todos-, y no una simple expectativa más o menos fundada a poseer el título. Y aun cuando la posesión civilísima, en cuanto ficticia, carece de eficacia legitimadora frente a una posesión legal, real y efectiva (SS. 28 de diciembre de 1993, 22 de junio de 1998), en el caso no existía obstáculo al respecto, por lo que nada obstaba a la operatividad de la cesión de un título (reservándose otro también recibido al fallecimiento de su padre) a favor de un hermano (segundogénito), cuya cesión implica, desde que se produjo, dejación o desamparamiento (SS. 11 de diciembre de 1995, 25 de octubre de 1996), que permitía la ocupación material por el cesionario, con independencia de la convalidación legal -posesoria de derecho-, por la autorización administrativa.

La parte recurrente califica el uso del título con anterioridad a la resolución administrativa adjudicando la vacante como de "uso indebido", tesis que no se comparte y que, de aceptarse, habría supuesto, antes de la despenalización por el CP de 1995, que el uso del título por el prellamado, una vez muerto el anterior

titular, antes de haberse expedido la carta de sucesión, sería delicto. No cabe aquí hablar de indebido porque el uso real venía legitimado por la escritura de cesión que produjo el desamparamiento -dejación- del titular prellamado y era posible la posesión material, lo que obviamente no sucede cuando está poseído por una persona distinta del cedente, o no se halla vigente, como sucede (Sentencia Sala 2ª TS. 4 de marzo de 1967) antes de la rehabilitación (la que supone inexorablemente caducidad, que no extinción). La Carta de Sucesión autoriza para el uso legal u oficial, pero no condiciona una posesión real o material anterior a su expedición. Es un requisito formal (S. 12 de diciembre de 1990); una Cédula meramente posesoria, disfrutándose del título por quien la obtuvo para los efectos de su subsistencia mientras no la pretenda tercero con mejor derecho (SS. 25 de junio de 1952 y 13 de octubre de 1993).

La postura jurídica de la parte recurrente, concretada en que no cabe computar el plazo de cuarenta años de la prescripción adquisitiva desde la fecha de la escritura de posesión sino que debe tener lugar desde la fecha de la Carta de Sucesión, o, al menos, desde la Orden Ministerial que ordenó la expedición, con independencia de la mayor o menor bondad de lo razonado en los párrafos anteriores, no tiene sustento en la jurisprudencia que cita, ni tampoco hay base alguna en la jurisprudencia más actual, posterior al recurso.

De las Sentencias citadas en el recurso, las de 14 de junio y 14 de julio de 1986, 8 de octubre de 1990 y 7 de marzo de 1998 se refieren a casos que no tienen nada que ver con el que aquí se enjuicia. Por lo que respecta a las de 7 y 27 de marzo de 1985, 12 de diciembre (no de octubre) de 1990, 11 de junio de 2001 y 20 de febrero de 2003 aluden a casos de rehabilitación del título. Es lógico que el tiempo para consolidar la prescripción adquisitiva se compute desde la fecha de la rehabilitación, porque hasta entonces no hay posibilidad de posesión material del título al hallarse "caducado" (S. 21 de febrero de 1992), que no extinguido. Y por lo que respecta a las dos Sentencias restantes tampoco pueden servir de soporte a la pretensión de la recurrente.

La de 21 de febrero de 1992 se refiere a un caso de concesión por el anterior Jefe de Estado sin que pueda el beneficiado adicionar, a efectos de prescripción adquisitiva, el tiempo durante el que había poseído el último Conde abuelo de aquel, respecto del que no se ha producido "relación inmediata de continuidad sucesoria", por lo que se trata de un supuesto diferente al objeto de enjuiciamiento. Y en lo que se refiere de 21 de junio (no julio) de 1989, si bien es cierto que en el fundamento segundo se asume el criterio de la allí recurrida que coincide sustancialmente con el

que aquí defiende la parte recurrente en relación con la irrelevancia de la posesión significada por el reiterado y continuo uso del título en las relaciones públicas, privadas, sociales y oficiales, sin la previa obtención a nombre del poseedor del despacho o carta de sucesión o rehabilitación que dote a la misma de eficacia jurídica a fines de alcanzar por vía de prescripción inmemorial y frente a todos el derecho de ostentar y disfrutar la merced, sin embargo la doctrina es "obiter" porque se trataba de un caso de rehabilitación y no habían transcurrido cuarenta años desde la misma.

Frente al criterio de la parte recurrente cabe citar las Sentencias de esta Sala de 13 de marzo de 1998, en la cual se apoyan las Sentencias de instancia, y la de 13 de junio de 1996. En ésta se asume el razonamiento de la Sentencia (allí recurrida en el sentido de que "concurrió una cesión del título aprobado por la Corona, cesión que ha de reputarse válida porque el cedente, aunque no hubiera obtenido a su favor carta de sucesión del título de que se trata a la muerte de su padre, era único hijo y heredero del primer conde y, por tanto, el único poseedor civilísimo de la merced... posesión que se transmite por ministerio de la ley y sin necesidad de aprehensión o tenencia corpórea que debe distinguirse del requisito formal de la rehabilitación o autorización para el uso público y efectivo del título nobiliario que se ampara en la expedición de la oportuna carta de sucesión".

Y en la Sentencia de 17 de marzo de 1998 claramente se distingue el disfrute y uso público de la dignidad nobiliaria mediante la cesión, desde cuya fecha debe computarse el plazo de cuarenta años de la prescripción adquisitiva, de la aprobación administrativa, en el caso, con validación del reconocimiento por la Diputación de la Grandeza y ratificación de la cesión, que la encauza en la legalidad de la aplicación.

Por todo ello, el motivo decae.

**TERCERO.-** En el segundo motivo se denuncia violación de los artículos 1941 y 1956 del Código Civil, 6 y 10 del Real Decreto de 27 de mayo de 1948, 4 de la Ley de 4 de mayo de 1948, 6 del Decreto de 4 de junio de 1948 en sus dos párrafos, y la doctrina sentada, entre otras, en las Sentencias de 7 de marzo de 1985, 21 de febrero de 1992 y 17 de marzo de 1998.

En el cuerpo del motivo se argumenta, en síntesis, que la posesión antes de la obtención de la Carta de sucesión no resultaba idónea para usucapir, pues no era a título de dueño y pacífica, sino viciosa. Se resalta que en el año 1962 el uso indebido de una merced nobiliaria era delicto (art. 6 del Decreto de 4 de junio de 1948) y que quien usase públicamen-

te un título nobiliario sin haber obtenido la carta sucesoria hacía un uso indebido del Título; y añade que, con base en el art. 1956 CC, mientras no prescriba la acción penal y la responsabilidad civil no cabe el comienzo de la prescripción, no existiendo posesión a título de dueño pues esa posesión es incompatible con una posesión viciosa.

El motivo se desestima por las razones ya expuestas en el fundamento de derecho anterior, sin que de la jurisprudencia citada en el enunciado quepa extraer la conclusión pretendida, toda vez que la Sentencia de 7 de marzo de 1985 se refiere a una rehabilitación de título por lo que no es posible una posesión material anterior al hallarse el mismo en situación de "caducidad"; la de 17 de marzo de 1998 permite sentar precisamente el criterio contrario al que se postula; y, por último, la de 21 de febrero de 1992 se refiere a una situación bastante compleja que no es preciso desmenuzar porque el resumen final no corrobora la tesis de la recurrente dadas las importantes diferencias entre las situaciones objeto de enjuiciamiento en dicha resolución de contraste y la presente.

Por otra parte no cabe hablar de uso indebido porque hubo una cesión del título por el poseedor civilísimo óptimo a su hermano que lo aceptó, e interesó seguidamente la aprobación administrativa que le fue concedida con expedición de la Carta de Sucesión, acto administrativo que, si bien tenía naturaleza claudicante al no haber prestado la aprobación a la cesión la persona con mejor derecho genealógico que el cesionario, sin embargo la situación jurídica de éste se consolidó definitivamente por la situación constatada de uso y disfrute del título nobiliario, con continuidad durante cuarenta años, sin dejarlo caducar.

No se comparten, por consiguiente, las razones de la parte recurrente, pues aunque algunas de ellas son entendibles, -en ningún caso la alusión al art. 1956 CC que se refiere a hurto y robo, cuyas figuras tienen unos perfiles perfectamente definidos en nuestra legislación penal que en el caso no son imaginables ni por asomo-, sin embargo se consideran más consistentes las que abonan la desestimación del recurso ya expuestas, y que se refuerzan por la idea de mantener la inmediatez en la continuidad sucesoria de los títulos y mercedes nobiliarias y salvar el vacío que produce el interregno entre la delación del título y la autorización administrativa de uso oficial, con la expedición de la Carta de Sucesión.

**CUARTO.-** En el tercer motivo se alega infracción del art. 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 y de la doctrina sentada entre otras en las Sentencias de 11 de octubre de 1988, 27 de marzo de 1985, 7 de julio de 1986, 25 de octubre de 1996, 28 de diciembre de 1993, 15 de diciembre

de 1997, 5 de mayo y 22 de junio de 1998.

La argumentación del motivo se resume en que la sentencia recurrida prescinde de la verdadera causa de la sucesión en el Título nobiliario Marqués dirección 000 por parte de D. Sabino, que no fue la cesión de su hermano mayor, sino una sucesión ordinaria en un Título vacante por fallecimiento de su padre.

En el caso, se afirma, no nos encontramos ante una verdadera cesión pues falta el requisito previo para poder ceder el título que es el de ostentar realmente la merced, ya que nadie puede dar lo que no tiene y no se posee el Título hasta que el Rey lo autorice, de modo que entre tanto el potencial cedente tiene única y exclusivamente una expectativa pues la posesión civilísima de la Ley 45 de Toro no permite presumir que se tiene un derecho que puede cederse.

Finalmente indica que si bien en la Sentencia de 13 de junio de 1996 se habla de una cesión válida por una persona que todavía no había poseído el título, nada tiene que ver dicha resolución con el asunto presente (se trata de una distribución por el único hijo y heredero que poseía varios títulos; la Reina Regente aprobó y autorizó la cesión expidiendo la Carta de Sucesión; y la frase sobre la cesión es una cláusula de estilo que nada tiene que ver con la "ratio decidendi" del proceso), y que aun cuando el art. 12 del RD de 1912 permite la cesión solo le reconoce efectos jurídicos mediante la aceptación del perjudicado en acta notarial.

El motivo se desestima por lo razonado en los fundamentos de derecho anteriores y singularmente en el fundamento segundo.

Finalmente debe señalarse que las Sentencias citadas en el motivo no han sido infringidas. La S. de 7 de julio de 1986 se refiere a un caso de cesión, pero había otro poseedor legal.

La de 25 de octubre de 1996 no trata de la usucapción, y es claro que el tercero de mejor derecho a ostentar el título que no prestó su aprobación a la cesión puede ejercitarlo, pero la pretensión solo puede prosperar si el cesionario no alega y acredita la usucapción, pues si se entiende de otro modo se yugula toda posibilidad de prescripción adquisitiva de título nobiliario, la cual no requiere justo título, ni buena fe.

La S. de 28 de diciembre de 1993 entiende que no basta la posesión civilísima para distribuir los títulos, pero porque había un poseedor legal, real y efectivo del título cuestionado, aunque fuere de peor derecho, y por eso dice que "la posesión civilísima no puede, por sí sola, desplegar virtualidad legitimadora alguna en cuanto a la posesión real y efectiva del título cuestionado,

hasta que aquélla (la posesión civilísima y su consecuente "mejor derecho") sea declarada por resolución judicial firme en el proceso correspondiente seguido contra el que legalmente lo viene ostentando".

La Sentencia de 15 de diciembre de 1997 se remite a la anterior; y la de 5 de mayo de 1998 a la de 15 de diciembre de 1997 por la íntima relación entre los casos enjuiciados. La de 22 de junio de 1998 recoge la misma doctrina de la de 28 de diciembre de 1993 (cuyo texto transcribe) a la que anteriormente nos hemos referido.

Por lo que respecta a la Sentencia que se indica de 11 de octubre de 1988 no se ha localizado, y en cuanto a la de 27 de marzo de 1985 en nada se opone a lo razonado en los fundamentos anteriores.

QUINTO.- La desestimación de los motivos conlleva la del recurso. En materia de costas procesales se acuerda no hacer especial imposición respecto de las causadas en el recurso de casación por concurrir suficientes dudas de derecho respecto del tema litigioso, aunque por falta de una doctrina jurisprudencial que apoye la tesis de la recurrente y por las razones expuestas de contrario a las del recurrente no se acoja el recurso y la pretensión actora, todo ello de conformidad con los arts. 398.1 y 394.1, párrafos primero y segundo, LEC.

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

#### FALLO

Que desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Rafael contra la Sentencia dictada por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 21 de diciembre de 2004, en el Rollo núm. 869 de 2003, sin hacer especial imposición de costas en el recurso. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

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

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.



TS Sala 2ª, Sentencia 22 octubre 2009. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

## Indemnización a perjudicado por delito societario de administración desleal

*Se desestima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delito societario de administración desleal. Para el TS resulta patente que el tribunal de instancia ha dado respuesta a las pretensiones de las acusaciones, que en sus escritos solicitaron una indemnización a favor del perjudicado, y la sentencia impugnada da una respuesta a esa pretensión fijando una indemnización de los acusados en los términos de la resolución, que dispone que los acusados deberán reintegrar a la sociedad en las cantidades que se fijan, y tales cantidades, una vez disuelta la sociedad, serán repartidas dentro del procedimiento de liquidación entre los socios de la misma, teniendo en cuenta la participación de cada uno.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto de la presente censura casacional condena a los recurrentes como autor y cómplice de un delito societario que se describe en el hecho probado. Este, en síntesis, declara probado que la sociedad Happy Sistem S.L. tenía un capital participado en un sesenta por ciento por Flora y el resto por Alexander, siendo este último, pese a su menor participación el administrador único de la sociedad.

La otra partícipe designa para representar sus intereses en la sociedad a su hijo, y acusado, Segismundo, el cual mantenía una relación no especialmente buena con el administrador y pretendía hacerse cargo de la efectiva administración de la sociedad. Con esa finalidad en el mes de noviembre de 1999, con la ayuda de la otra acusada Tatiana, se apropiaron de la maquinaria alojada en una nave industrial y la guardaron en otra a la que desplazaron también a los trabajadores continuando en la nueva nave con la actividad de la empresa, actos que realizaron en perjuicio del administrador de la sociedad.

Durante esa actividad paralela el acusado recibió cobros de clientes que depositaron en cuantas corrientes de la acusada de complicidad o de la madre del acusado en cuentas que el administraba. "De este modo el acusado dejó a la empresa originaria Happy sistem S.L. sin actividad ni activo alguno para beneficio propio u de la otra acusada Tatiana, en perjuicio de los titulares de de la em-

presa y del administrador único, consistentes en el valor de los bienes... y en las cuantías de los cobros que correspondía a la empresa..".

Formalizan un primer motivo en el que denuncia el quebrantamiento de forma del art. 851.3 de la Ley procesal por incongruencia omisiva. Arguyen los recurrentes que las acusaciones pública y particular, solicitaron en el apartado correspondiente de la calificación acusatoria una pretensión de indemnización civil en interés de Carlos, el administrador único de la empresa Happy Sistem S.L., y la sentencia señala una indemnización que deberán satisfacer los condenados a favor de la sociedad Happy Sistem, lo que supone a su juicio una alteración de las reglas que rigen la demanda de responsabilidad civil en el enjuiciamiento penal.

El motivo debe ser desestimado. El vicio procedimental que denuncia se produce cuando la sentencia no da respuesta a las pretensiones jurídicas deducidas en los respectivos escritos de calificación, de la acusación o de la defensa, lesionando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la medida en que la pretensión planteada al tribunal no ha obtenido la respuesta que jurídicamente proceda.

Desde la perspectiva expuesta resulta patente que el tribunal ha dado respuesta a las pretensiones de las acusaciones, pública y particular, que en sus escritos solicitaron una pretensión indemnizatoria a favor de Alexander "en la cantidad que se de-

termine en ejecutoria por los daños y perjuicios totales causados que serán valorados pericialmente teniendo en cuenta las bases que contienen los elementos fácticos que resulten acreditados de los señalados en el apartado primero de este escrito”.

La Sentencia impugnada da una respuesta a esa pretensión fijando una indemnización de los acusados “en los términos del fundamento séptimo de esta resolución” que dispone que los acusados deberán reintegrar a la sociedad Happy Sistem S.L. en las cantidades que se fijan y tales cantidades, una vez disuelta la sociedad serán repartidas dentro del procedimiento de liquidación entre los socios de la misma, tendiendo en cuenta la participación de cada uno.

Aunque con una técnica más depurada, la sentencia resuelve la responsabilidad civil procedente y que fue solicitada desde las acusaciones. Si bien aquellas solicitaban una indemnización para quien consideraban perjudicado la cual se fijaría en ejecución de la sentencia, en la sentencia impugnada se refiere esa misma pretensión indemnizatoria, también en ejecución, que cifra para la disolución de la sociedad, lo que requiere que los capitales de la sociedad sean los procedentes antes de la actuación delictiva, es decir reintegrar a la sociedad lo que era suyo y proceder a su liquidación y reparto entre los socios en los términos de su participación.

No se trata de un supuesto de incongruencia omisiva, pues el tribunal de instancia ha dado respuesta a la pretensión deducida en los escritos. En todo caso se trataría de un aspecto de vulneración del contenido de la pretensión deducida en el recurso, al haber fijado como destinatario de la indemnización a la sociedad, como paso previo para la determinación de la indemnización a favor de quien figura en los escritos de acusación como destinatario de la indemnización.

La sentencia, como hemos dicho, da respuesta a la pretensión deducida y ninguna lesión cabe declarar.

**SEGUNDO.-** Analizamos conjuntamente el segundo y tercer motivo en el que se plantea, respectivamente, el error de hecho y de derecho. El primero porque con error que basa en el acta notarial de 30 de noviembre de 1999, folio 45 de las actuaciones.

A juicio del recurrente ese documento acredita que el querellante, y perjudicado en la causa había procedido al cierre de la empresa, por lo que la actuación del acusado era la de salvar el contenido patrimonial de la empresa y los derechos de los partícipes.

El segundo de los motivos es planteado como consecuencia del ante-

rior, aduciendo que alterado el hecho probado por la estimación del error de hecho, el error de derecho es claro.

Ambos motivos se analizan conjuntamente para negar capacidad para modificar el relato fáctico y la subsunción realizada.

El documento que designa, el acta notarial fue objeto de un detenido análisis en el juicio oral, como el recurrente afirma, y el tribunal lo ha valorado en los términos que resulta de su propio contenido y de las declaraciones testificales oídas en el juicio oral, esto es, que el motivo de su realización, con relación de bienes y cambios de cerraduras, era el de asegurar que durante la época estival, en la que se cerraba la producción, no se alterara la situación de la empresa dadas las maniobras que el administrador se tenía procedentes del posteriormente acusado.

De la documental designada no resulta ningún error sino lo que el mismo documento reseña, que el Notario acudió a la nave ocupada por la empresa relacionó los bienes existentes y las cerraduras existentes, pero no permite acreditar, como se pretende desde el recurso, que el administrador hubiera procedido al cierre de la empresa.

Los dos motivos, analizados conjuntamente deben ser desestimados.

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación de los acusados Segismundo y Tatiana, contra la sentencia dictada el día 19 de diciembre de dos mil ocho por la Audiencia Provincial de Lugo, en la causa seguida contra ellos mismos, por delito societario de administración desleal. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas causadas por partes iguales.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- Julián Sánchez Melgar.- Francisco Monterde Ferrer.- Luciano Varela Castro.- José Antonio Martín Pallín.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

2009/245685

TS Sala 2ª, Sentencia 13 octubre 2009. Ponente: D. José Antonio Martín Pallín

Petición de dinero amenazando con enviar informes desfavorables en juicio de divorcio

## Delito de extorsión en grado de tentativa cometido por funcionario de policía

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de extorsión en grado de tentativa. Señala el TS que la esencia del delito consiste en obligar a otro, por la vía coactiva, a realizar lo que no quiere, este matiz tiene importancia en cuanto a la calificación de la tentativa como acabada o inacabada. Si se realizan los actos violentos o intimidativos, continúa la Sala, como ha sucedido en el caso que nos ocupa, y no se consigue el beneficio económico, nos encontramos incuestionablemente ante una tentativa acabada, lo que influye en la determinación de la pena. Confirmando la existencia de coacciones con ánimo lucrativo queda descartada la conversión de los hechos en un delito de amenazas.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso que se escinde en tres motivos permite tratar conjuntamente los dos primeros que se interrelacionan al invocar la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva.

1.- La impugnación no se basa en la inexistencia de pruebas, ya que se dispone de la imputación de la denunciante con todo género de detalles y de algunos testigos circunstanciales o de referencia, sino en que su contenido carece de carga inculpatoria y que el juicio de ponderación se ha realizado sin observar los criterios de racionalidad que deben presidir todo análisis probatorio para llegar a una conclusión condenatoria más allá de la duda razonable.

2.- El hecho ofrece una vertiente probatoria que nos lleva a contrastar las manifestaciones inculpatorias de la persona que se considera víctima y las exculpatorias del acusado. Ambos polos constituyen los únicos elementos sólidos y directos que nos ofrecen una versión totalmente contradictoria de los hechos con versiones absolutamente antagónicas sobre los elementos del tipo penal aplicado.

3.- En relación con la presunción de inocencia y el déficit de tutela ju-

dicial efectiva debemos resaltar que el recurrente no niega en lo sustancial los hechos básicos relativos a la petición de dinero pero los desliga de cualquier conducta coactiva o intimidatoria. Rechaza este presupuesto porque, a su juicio, no existen pruebas inculpatorias sobre estos extremos. La Sala ha dado un especial relieve a las manifestaciones estables persistentes y consistentes de la denunciante no sólo en el juicio oral sino también a lo largo de la tramitación de la fase de investigación desde su comienzo a su final. Pero refuerza su convicción con el hecho de que otra persona también corrobora estas amenazas que se reseñan en el relato de hechos probados. Es decir, establece los parámetros probatorios, los analiza, los relaciona y llega a una conclusión que aparta cualquier posibilidad de que prospere la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva.

4.- En síntesis, la sentencia considera probado que al acusado, Inspector de Policía, se le había encomendado la custodia de la denunciante que había formulado denuncia por malos tratos contra su marido. Inicialmente mantuvo unas relaciones estrictamente profesionales que desembocaron en una cierta familiaridad que se prolongó después de acordado el cese de la orden de protección. En una ocasión el acusado le pidió prestadas diversas cantidades de dinero que la denunciante entregó voluntariamente.

5.- En relación con el motivo tercero, el núcleo del tipo delictivo se encuentra en el párrafo final en el que se afirma que el acusado sabiendo que la denunciante se disponía a vender un piso de su propiedad, le pidió que le prestase 18.000 euros. Ante la reticencia de la denunciante, el acusado insistió en su requerimiento en numerosas ocasiones, llegando a decirle que si no le entregaba el dinero declararían contra ella en el juicio de divorcio, advirtiéndole que se quedaría sin sus hijos ya que las medidas que se adoptasen en dicho procedimiento dependían de lo que él informara. La acusada no llegó a entregarle cantidad alguna.

6.- Se le condena como autor de un delito de extorsión en grado de tentativa, sancionado en los artículos 243 en relación con los artículos 16 y 62, todos del Código Penal. Además, aplica la agravante de prevalerse de su carácter de funcionario de policía. La acción que constituye el núcleo del delito de extorsión se concreta en la amenaza de informar en el juicio de divorcio en contra de la denunciante lo que indudablemente podría ser un factor que determinase una resolución judicial sobre el domicilio conyugal o la custodia de los hijos. Esta amenaza es lo suficientemente relevante como para conturbar la estabilidad psíquica de la receptora que sabía la transcendencia de la misma.



7.- La modalidad delictiva conocida como extorsión se ha mantenido a lo largo de toda la historia legislativa de nuestros Códigos Penales si bien con variantes que ahora alcanza una mayor perfección técnica en el actual artículo 243 del Código Penal vigente. Mantiene su naturaleza de delito contra el patrimonio reuniendo como móvil o propósito el ánimo de lucro. Desarrolla la acción objetiva en términos parecidos a la de los delitos contra la libertad al describir la acción típica como una forma de obligar a otro, con violencia o intimidación a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero. Todos estos elementos están perfectamente diseñados, como ya hemos expuesto, en el hecho probado.

8.- Durante mucho tiempo, la doctrina la asemejó a una modalidad de robo, sin embargo esta comparación no parece la más acertada ya que el *modus operandi* es completamente distinto. En esta modalidad delictiva se actúa con fuerza sobre las cosas o con violencia o intimidación para acceder directamente al patrimonio ajeno, mientras que en la extorsión la forma de actuar consiste en una amenaza física o intimidativa destinada a conseguir, por medio de un acto o negocio jurídico, que evidentemente sería radicalmente nulo, un beneficio económico propio.

9.- Si centramos nuestra atención en este elemento típico, obligar a otro a realizar un acto con violencia o intimidación, enlazamos de manera natural con los tipos de los delitos contra la libertad, coacciones y amenazas. En definitiva, la esencia del delito consiste en obligar a otro, por la vía coactiva, a realizar lo que no quiere. Este matiz tiene importancia en cuanto a la calificación de la tentativa como acabada o inacabada. Si se realizan los actos violentos o intimidativos, como ha sucedido en el caso que nos ocupa, y no se consigue el beneficio económico, nos encontramos incuestionablemente ante una tentativa acabada, lo que influiría en la determinación de la pena. Confirmada la existencia de coacciones con ánimo lucrativo queda descartada la conversión de los hechos en un delito de amenazas.

10.- La Sala correctamente ha impuesto la pena de conformidad con lo establecido en el artículo 62 del Código Penal al rebajar solamente un grado teniendo en cuenta el grado de ejecución de la conducta típica. En consecuencia conjugando esta circunstancia con la concurrencia de la circunstancia agravante del prevalimiento del carácter público del culpable su medición está perfectamente ajustada a los parámetros legales. Por lo expuesto los motivos deben ser desestimados

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de ca-

sación interpuesto por la representación procesal de Gabriel, contra la sentencia dictada el día 8 de octubre de 2008 por la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1ª en la causa seguida contra el mismo por delito de extorsión en grado de tentativa. Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos con devolución de la causa en su día remitida.

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

tiva lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Carlos Granados Pérez.- Julián Sánchez Melgar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- José Antonio Martín Pallín.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Antonio Martín Pallín, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

representación procesal de la Comunidad Autónoma de La Rioja se plantea al amparo del apartado c) del núm. 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia.

Considera vulnerados los artículos 208.2 y 218 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil y el art. 24.1 de la Constitución.

Dice el motivo que "la sentencia recurrida adolece de falta de motivación e incurre en el vicio de incongruencia omisiva, al no haber dado respuesta a la petición formulada relativa al planteamiento ante el Tribunal Constitucional de una cuestión de inconstitucionalidad con relación a la totalidad de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y regulación de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco".

El motivo tras hacer una exposición detenida de la Doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la falta de motivación de la Sentencia y de la incongruencia omisiva añade que: "La Sala "a quo" ha incurrido al dictar la sentencia de 26 de octubre de 2007 en falta de motivación y en incongruencia omisiva vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva, al no haberse pronunciado sobre una pretensión sustancial expresamente formulada por esta representación: el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, por considerar, con el Consejo Consultivo de La Rioja, que la mencionada Ley excede en su regulación de lo básico y vulnera preceptos constitucionales (artículos 148.1.21 y 149.1.16) y estatutarios (artículo 9.5 del Estatuto de Autonomía de La Rioja), e infringe, desde otra perspectiva el "derecho a la libertad de empresa en el marco de la económica de mercado", también consagrado en la Constitución, (artículo 38).

Dicha pretensión fue planteada a la Sala por esta parte en el momento procesal oportuno, en su escrito de contestación a la demanda de 7 de febrero de 2007. Posteriormente, en el escrito de conclusiones de 13 de julio de 2007, esta parte volvió a reiterar la misma petición relativa "al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad con relación a la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, en los términos y por las razones que expusimos en nuestro escrito de contestación".

Es claro, por tanto, que esta parte demandada dedujo su petición relativa al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en tiempo y forma, en el momento procesal oportuno. También resulta patente que dicha pretensión constituye un elemento sustancial y clave de nuestra oposición a la demanda, hasta el punto de que, de haber sido efectiva-

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009/287699

TS Sala 3ª, Sección: 4, Sentencia 10 noviembre 2009. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García

### Nulidad parcial del Decreto 54/2006 de la Rioja preventivo del tabaquismo

*El TS estima en parte al recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de La Rioja frente a la STSJ que anuló en parte el Decreto 54/2006, por el que se establecen las medidas preventivas del tabaquismo y se regula la señalización referida a la venta y suministro de productos del tabaco, prohibición o no de fumar y sobre los perjuicios para la salud que se pueden derivar de su uso.*

*La Sala estima en parte el recurso contencioso administrativo formulado por el Abogado del Estado y conforme hace la sentencia de instancia, declara nulo el art. 4, por infringir la ley de bases en la medición de la superficie útil destinada a clientes; el art. 5, por infringir la ley de bases respecto de los establecimientos en los que se desarrollan dos o más actividades, ya que es preciso que ambas actividades estén separadas en el espacio; el art. 6, al no cumplir el estándar de exigencia que impone la Ley para que se puedan habilitar zonas para fumadores en los locales cuya superficie útil lo permite; el art. 9 al apartarse de modo manifiesto del contenido de la Ley prohibiendo la venta a los menores y poniendo de relieve que no fumar es beneficioso para la salud de aquellos, y por último, anula el art. 19, 1 que trata de las sanciones que deba imponer la Comunidad Autónoma al contradecir flagrantemente el art. 20, 2 la Ley 28/2005. Por otra parte, el Tribunal declara la vigencia de la disposición adicional 2ª, 1 y del art. 3, 2, referido a los bares, cafeterías y establecimientos de hostelería y restauración que compartan inmueble con centros de trabajo, públicos o privados, que constituyan una unidad diferenciada o separada de los mismos.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de La Rioja la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de veintiséis de octubre de dos mil siete, pronunciada en el recurso núm. 373/2006 interpuesto por la Administración General del Estado representada por el Sr. Abogado del Estado, frente al Decreto 54/2006, de 15 de septiembre, "por el que se establecen las medidas preventivas del tabaquismo y

se regula la señalización referida a la venta y suministro de productos del tabaco, prohibición o no de fumar y sobre los perjuicios para la salud que se pueden derivar de su uso".

La Sentencia recurrida estimó el recurso y declaró nulos de pleno derecho los artículos 3, apartado 2 artículo 4, artículo 5, artículo 6, Disposición Adicional 2ª, apartado 1, artículo 9 y artículo 19.1 del Decreto recurrido.

SEGUNDO.- El primero de los motivos de casación que formula la

mente planteada y estimada por el Tribunal Constitucional, se hubiera podido variar el sentido del fallo de la sentencia recaída este recurso contencioso-administrativo.

El que, como tiene dicho ese Tribunal, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sea una prerrogativa exclusiva del órgano judicial, no excusa a éste de cumplir con las exigencias de motivación y congruencia de las sentencias que dimanen de la Constitución española. Es incuestionable que en la sentencia de 26 de octubre de 2007 se ha omitido dar una respuesta expresa a una cuestión de capital importancia planteada por la Comunidad Autónoma de La Rioja, y es evidente también que no se ha explicitado el motivo o motivos por los que se ha actuado así, lo que debe llevar a la necesaria conclusión de que se han infringido los preceptos citados de la Ley de Enjuiciamiento Civil y vulnerado el derecho de esta parte a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 de la Constitución.

Y, así las cosas, procede pronunciarse sobre nuestra petición y resolver favorablemente la misma y debe accederse, por tanto, al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, (que conforme, además, al artículo 35.1 de la Ley Orgánica 2/1979 puede ser intentada en sucesivas instancias o grados, hasta tanto no se llegue a sentencia firme), por las mismas razones que ya se esgrmieron en la contestación a la demanda con base en el dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja núm. 58/2006, de 8 de septiembre”.

Se opone a lo anterior por la Abogacía del Estado que: “En casos como el presente en que la parte demandada suscita en su defensa la posible inconstitucionalidad de la Ley que se invoca por la demandante, la solicitud que a este respecto se formula, debe entenderse tácitamente desestimada desde el momento en que el Tribunal “a quo” aplica, sin más, la Ley que esa parte considera inconstitucional. Ello, en cuanto supone que la constitucionalidad de la norma no ofrece al Tribunal sentenciador duda alguna. Lo dicho, además, partiendo del carácter potestativo por naturaleza que, para los órganos jurisdiccionales, tiene el planteamiento de tales cuestiones.

Así lo ha dicho esa misma Sala a la que ahora tenemos el honor de dirigirnos. Por ejemplo, en la sentencia de 30 de enero de 2008, en el que, en un caso muy similar al presente, desestima la supuesta incongruencia omisiva, alegada también al amparo del art. 88.1.c) LJCA.

En conclusión, puesto que no existe incongruencia omisiva de la sentencia sino desestimación tácita de la solicitud de la demandada en la instancia sobre planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, ha de desestimarse sin más el motivo.

No cabe en ningún caso, como se plantea en el recurso, que esa Sala a la que ahora tenemos el honor de dirigirnos revise el criterio, tácitamente expresado, del Tribunal “a quo” pues, como dijo por ejemplo la Sentencia de 21 de septiembre de 2005:

“Es doctrina constante de esta Sala que no puede fundarse un recurso de casación en la impugnación de la decisión de los Tribunales de instancia en torno a la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad a que se refiere el artículo 35 de la LO 2/1979, ya que ello no constituye una obligación, sino una prerrogativa exclusiva de los órganos judiciales, de la cual ha de hacerse uso con moderación y solamente en aquellos casos en que dichos órganos lo consideren justificado. Esa misma doctrina hace inviable cualquier pretensión de impugnación de la decisión adoptada en la instancia en relación con el planteamiento de la cuestión (sentencias de 28 de enero, y 22 de diciembre de 2002, 20 de octubre de 2004, y muchas otras).

A todo lo anterior se ha de añadir que si la Comunidad Autónoma aquí recurrente consideró que la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, era inconstitucional, lo que debió hacer es formular, dentro del plazo legal, un recurso de inconstitucionalidad frente a la misma puesto que las Comunidades Autónomas tienen legitimación a este respecto de conformidad con los arts. 162 de la Constitución Española y 32 y concordantes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.

El motivo no puede prosperar. En primer término nos hacemos eco del argumento secundario pero razonable que manifiesta el Sr. Abogado del Estado de que si como sostiene la defensa de la Comunidad Autónoma recurrente por ésta se estimaba la posible inconstitucionalidad de la Ley 28/2005, bien pudo el Consejo de Gobierno de la misma plantear ante el Tribunal Constitucional sus dudas acerca de la constitucionalidad de la Ley haciendo uso para ello de la facultad que posee legalmente reconocida de interponer recurso de inconstitucionalidad si entendía que podía afectar a su propio ámbito de autonomía, a tenor de lo dispuesto en el art. 32.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, una vez que este precepto de la Ley Orgánica hizo efectiva la habilitación reconocida por el número 2 del art. 162 de la Constitución.

Y además porque como con razón argumenta también el defensor de la Administración del Estado el hecho de que la Sala de instancia no aceptase la pretensión para que plantearse la cuestión pretendida frente a la Ley citada no es más que el tácito rechazo de esa pretensión expresada en el hecho de que resolvió cuantas cuestiones se le plantearon acerca de las posibles infracciones en que el Decreto recurrido incurría a su juicio,

de modo que de forma evidente estaba poniendo de relieve que no tenía duda alguna acerca de la constitucionalidad de la Ley con la que se confrontaba el Decreto.

Es constante la jurisprudencia de esta Sala que pone de manifiesto que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o su no planteamiento depende de forma exclusiva de la voluntad del órgano judicial sin intervención alguna del poder dispositivo de las partes o del Ministerio Fiscal. Y por otra parte aceptando que en el supuesto pudieran concurrir las circunstancias que para ese planteamiento exige el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sin embargo no concurren las condiciones que exige el número 1 de ese mismo precepto para que esta Sala pudiera adoptar tal decisión puesto que esta Sala del Tribunal Supremo no alberga duda alguna acerca de que la Ley 28/2005 pueda ser contraria a la Constitución.

TERCERO.- Seguidamente el recurso plantea una serie de motivos de casación todos ellos acogidos al amparo del apartado d) del número 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa “por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

El primero de ellos: “Denuncia la infracción del artículo 9.5 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, aprobado por Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio; del artículo 8.1.c), en relación con el 7.a), de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco; así como de los artículos 51.1 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Según el motivo “la sentencia de 26 de octubre de 2007 declara la nulidad de pleno derecho del artículo 3.2 del Decreto 54/2006 porque, dice, “en su regulación relativiza la prohibición total establecida por la Ley del Estado en el supuesto previsto en los artículos 8.1.c) y 7”, de la Ley 28/2005, de 26 de noviembre”.

Y añade que “cree, sin embargo, que dicho aserto es fruto de una lectura excesivamente precipitada del precepto autonómico y que, entendido rectamente, el artículo 3.2 del Decreto riojano no incurre en dicha contravención.

El precepto en cuestión determina que “en los bares, cafeterías y establecimientos de hostelería y restauración que compartan inmueble con centros de trabajo, públicos o privados, que constituyen una unidad di-

ferenciada o separada de los mismos y con una superficie útil destinada a clientes igual o superior a cien metros cuadrados, podrán habilitarse zonas para fumar, en los términos previstos en la Ley 28/2005, y en el presente Decreto. Los establecimientos de superficie inferior deberán informar acerca de la decisión de permitir fumar o no en su interior”.

En un correcto entendimiento de la legislación básica como un común denominador susceptible de ser completado por la Comunidad autónoma, el Decreto 54/2006 ha optado legítimamente, -en éste y en otros aspectos de su regulación, en los contados y limitadísimos espacios que le permite la Ley básica-, por determinadas soluciones que ha estimado más convenientes en función de los propios intereses y necesidades de la comunidad Autónoma de La Rioja. A partir de la Ley básica las competencias de desarrollo legislativo y ejecución conferidas a la Comunidad Autónoma en materia de “sanidad e higiene” en el artículo 9.5 de su Estatuto de Autonomía le permiten establecer las peculiaridades que le convengan en el marco general de aquella Ley. Esas soluciones, de algún modo novedosas, son precisamente las que la Administración General del Estado impugna a través de su recurso contencioso-administrativo y han sido declaradas nulas por la sentencia de 26 de octubre de 2007.

El artículo 3.2 del Decreto 54/2006, es uno de los preceptos que incorpora un “novum” respecto a la Ley estatal, y está, como decimos, perfectamente justificado y es absolutamente defendible desde la perspectiva de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre”.

A lo anterior añade la cita de la Sentencia de 30 de noviembre de 2007 de la Sala del TSJ de Castilla y León, que acoge distinta solución sobre la misma cuestión que el Tribunal de la Rioja así como la opinión al respecto del Consejo Consultivo de la Rioja y concluye afirmando que: “Permitiendo, como hemos visto, el artículo 3.2 del Decreto 54/2006 una interpretación conforme con la Ley 28/2005, de 26 de noviembre, y no contradictoria como sostiene el Tribunal de instancia, debe rechazarse que dicho precepto incurra en extralimitación y en la vulneración de esta última, en particular de sus artículos 8.1.c) y 7.-a). Antes al contrario, la Comunidad Autónoma ha hecho un correcto ejercicio de su competencia de desarrollo normativo, en el marco general de la Ley estatal básica”.

Por la defensa de la Administración del Estado se opone al motivo que: “Basta leer el art. 3.2 del Decreto autonómico anulado por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja para constatar que éste no tiene otra finalidad que la de eludir directamente la prohibición general de fumar en los centros de trabajo. Si,

como se viene a decir en el recurso, se está pensando en este precepto en bares, o restaurantes, o establecimiento de restauración, que están en el mismo inmueble que el centro de trabajo pero que nada tienen que ver con él, parece claro que el art. 3.2 sería del todo innecesario puesto que la posibilidad de habilitar en esos establecimientos zonas de fumadores ya se prevé en el art. 8.1.c) de la Ley estatal y no ofrece duda alguna. Además, de ser correcta la interpretación que sostiene la recurrente, no tendría ningún sentido que el art. 3 del Decreto lleve la rúbrica "Centros de trabajo" y se dedique a regular la posibilidad de fumar en éstos.

En definitiva, es claro, como dice la sentencia recurrida, que el precepto anulado infringe la prohibición general contenida en la Ley estatal dentro de un precepto que, no se olvide, tiene el carácter de norma básica. Y, si lo que la Comunidad Autónoma quiere sostener, es que la Ley 28/2005 se excede al considerar sus preceptos como básicos, lo que debería haber hecho, se vuelve a reiterar, es recurrir la misma ante el Tribunal Constitucional pero no tratar de eludir las normas básicas tergiversando claramente el sentido propio de las palabras y el espíritu y finalidad de las mismas.

Al hilo de lo anterior se alega de contrario, indebidamente, la vulneración de los arts. 51.1 y 62.2 LRJPAC pues lo que realmente se quiere alegar es la vulneración de la jurisprudencia relativa a la conservación de las disposiciones reglamentarias en el sentido de no anular éstas si admiten una interpretación conforme a la norma legal de rango superior. No discutimos, desde luego, la vigencia de esta jurisprudencia pero sí su aplicación al caso. La jurisprudencia invocada presupone que la interpretación que se sostiene de la norma reglamentaria es lógica lo que, volvemos a insistir, no ocurre en este caso".

Sobre esta cuestión que la Sentencia califica como antinómica, concluye la misma afirmando que: "Así resulta que el artículo 3.2 del Decreto, al no exigir total separación física o independencia en el caso de establecimientos de hostelería que comparten inmueble con centros de trabajo, no se ajusta a la normativa estatal: los arts. 8.1.c) y 7 de la Ley 28/2005, que para tales casos establecen una prohibición total de fumar, garantizando mejor el derecho a la salud de las personas según lo indicado más arriba.

En consecuencia, no es que la legislación básica estatal se exceda e impida el ejercicio de competencias autonómicas; es que el decreto autonómico vulnera en su regulación -artículo 3.2- la prohibición total establecida en la ley de bases, prohibición total que no se opone a la Constitución.

Debe declararse nulo, en consecuencia, el precepto referido porque en su regulación relativiza la prohibición total establecida por la ley del Estado en el supuesto previsto por los artículos 8.1.c) y 7, que tienden a garantizar mejor la limpieza del aire en locales de hostelería ubicados en centros o dependencias de trabajo, en cuanto no permite que se fume en aquellos que "comparten inmueble con centros de trabajo que constituyan una unidad diferenciada o separada de los mismos" (sic), sino que prohíbe el fumar en todos los establecimientos de hostelería "ubicados en el interior de centros o dependencias de trabajo".

El Decreto recurrido, al utilizar conceptos tales como "establecimientos de hostelería y restauración que comparten inmueble con centros de trabajo" (sic) y "que constituyan una unidad diferenciada o separada" (sic), vine a posibilitar que se fume en establecimientos de hostelería ubicados en centros o dependencias de trabajo, simplemente dejando indeterminado en la norma el concepto jurídico de "unidad diferenciada o separada", de modo que ésta resulta susceptible de una interpretación y aplicación que amplía, frontalmente contra ley, la excepción única prevista por ésta a la prohibición total: que se trate de espacios al aire libre".

El motivo debe estimarse. Hay que partir para ello del art. 7 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, que "prohíbe totalmente fumar, además de en aquellos lugares o espacios definidos en la normativa de las Comunidades Autónomas, en:

a) Centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre" pero que en el art. 8.1.c) manteniendo esa prohibición habilita zonas para fumar "en los siguientes espacios o lugares:

c) Bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados, con una superficie útil destinada a clientes o visitantes igual o superior a cien metros cuadrados, salvo que se hallen ubicados en el interior de centros o dependencias en los que se prohíba fumar de acuerdo con lo previsto en el art. 7.

Dicho esto el Decreto 54/2006, de 12 de septiembre, en el art. 3 tras definir en el número 1 qué se entiende por centro de trabajo invocando el Estatuto de los Trabajadores que afirma que lo es "la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal ante la autoridad laboral" añade en el número 2 que "en los bares, cafeterías y establecimientos de hostelería y restauración que compartan inmueble con centros de trabajo, públicos o privados, que constituyan una unidad diferenciada o separada de los mismos" (...) podrán habilitarse zonas para fumar, en los términos previstos en la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, y en el presente decreto".

Pues bien de la comparación de esas normas no se puede concluir como hizo la Sentencia de instancia que resultan antagónicas porque la interpretación de las mismas las permite convivir sin que el Decreto en este punto contradiga la Ley. Y ello porque es obvio que cuando el art. 3.2 de la norma de la Comunidad Autónoma utiliza la expresión de unidad diferenciada o separada de los mismos se refiere a los bares, cafeterías y establecimientos de hostelería y restauración que comparten inmueble con centros de trabajo ya sean públicos o privados, se está refiriendo a aquellos supuestos que no son infrecuentes, en los que en esos edificios existen centros de trabajo e instalaciones dedicadas a esos servicios de hostelería y restauración en los que no existe relación alguna entre unos y otros porque constituyen "unidades diferenciadas o separadas

*"El Decreto recurrido,  
al utilizar conceptos  
tales como  
"establecimientos de  
hostelería y  
restauración que  
comparten inmueble con  
centros de trabajo" (sic)  
y "que constituyan una  
unidad diferenciada o  
separada" (sic), viene a  
posibilitar que se fume  
en establecimientos de  
hostelería ubicados en  
centros o dependencias  
de trabajo,..."*

entre sí". Es decir que son absolutamente independientes. De modo que en esos establecimientos en atención a la superficie de los mismos o bien se podrán habilitar zonas para fumar en los términos previstos en la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, y en el decreto, o bien, informar acerca de la decisión de permitir fumar o no en su interior.

CUARTO.- El tercero de los motivos que se funda en igual apartado el d) del núm. 1 del art. 88 de la LJCA: "Denuncia la infracción del artículo 9.5 del Estatuto de autonomía de La Rioja, aprobado por Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio; de los artículos 7.1, 8.1.c), 19.2.a), y disposición adicional segunda de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de

los productos del tabaco; así como de los artículos 51.1 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Dice el motivo que la Sentencia recurrida anula el artículo 4 de Decreto 54/2006 por entender que "se opone a la Ley de bases, carece de sentido y es de imposible aplicación", objeciones que, sin embargo, no resultan del todo explicadas en la mínima referencia que la fundamentación jurídica de la sentencia dedica a este artículo.

Según la Sala de instancia, "también", "el Decreto territorial amplía la excepción a la prohibición prevista en la ley estatal" al establecer cómo se debe calcular la superficie útil de los establecimientos de hostelería y restauración. En el criterio de la Sala, el Decreto 54/2006 viene a posibilitar una mayor permisividad "disminuyendo" artificialmente la superficie útil de los locales de hostelería, no siendo de recibo, en su opinión, "utilizar un concepto que atiene al espacio utilizado por los clientes para consumir descontando zona de paso". Las alegaciones formuladas en la contestación a la demanda a favor del artículo 4 del Decreto autonómico no merecen el más leve comentario por parte de la Sala de La Rioja, a la que le basta ese escueto razonamiento para decretar la nulidad del artículo 4.

La finalidad del artículo 4 no es otra más que la de fijar las reglas precisas para determinar la superficie útil del local, a efectos, sobre todo, de lo prevenido en la disposición adicional segunda de la Ley 28/2005. Si aplicadas esas reglas la superficie útil del local no excede de cien metros cuadrados será posible la opción del titular del establecimiento a favor del consumo del tabaco. En otro caso no, y se deberá estar a lo que determina el artículo 8.1.c).

El artículo en cuestión, sin embargo, no tiene como finalidad delimitar zonas en las que se pueda o no fumar. Esto es, no se trata de que, conforme a dicho artículo se pueda o no fumar en cocinas, almacenes, vestuarios o zonas de tránsito, por ejemplo. Ese no es el objeto de la norma. Se trata simplemente de indicar, ante el silencio de la Ley, cómo se debe medir la superficie útil del establecimiento de hostelería a efectos, sobre todo, de la opción permitida en la disposición adicional segunda. No es posible afirmar, pues, como hace la Sala "a quo", que el artículo 4 amplía "la excepción a la prohibición (de fumar) prevista en la ley estatal".

Entendemos, por tanto, que el artículo 4 del Decreto 54/2006 no incurre en ninguna de las infracciones que aprecia la sentencia de instancia, pues, en definitiva, no hace otra cosa más que aclarar lo que la Ley estatal no precisa, ajustando sus prescrip-

ciones a los particulares intereses y necesidades de la Comunidad Autónoma de La Rioja, dentro del margen permitido por la Ley estatal básica, y con una solución que no contradice su marco general”.

La Administración recurrida objeto a lo anterior que: “La sentencia recurrida anula el precepto por una razón bastante sencilla. Así el art. 8.1.c) de la Ley 28/2005 dice que cabe habilitar zonas para fumar en bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados si tienen una superficie útil destinada a clientes o visitantes igual o superior a cien metros cuadrados (salvo que estén ubicados en el interior de centros o dependencias en los que se prohíbe absolutamente fumar, como los centros de trabajo).

El precepto tiene una lógica y finalidad evidentes si se considera, como dice la Exposición de Motivos de la ley, que se trata de garantizar que: “el derecho de la población no fumadora a respirar aire no contaminado por el humo del tabaco prevalece sobre el de las personas fumadoras”. Por su parte, el art. 4 del Decreto autonómico, anulado por vulneración del art. 8.1.c), al referirse a la medición de los locales de hostelería y restauración, dice que se considerará exclusivamente el espacio destinado a clientes para el consumo de los productos que se sirvan en el establecimiento y excluye cualquier zona de paso, como escaleras, pasillos o vestíbulos y cualesquiera otras zonas habilitadas para cualquier otro fin. Por tanto, es bastante notorio que el art. 4 excluye de la medición zonas que, conforme a la Ley han de incluirse con lo que, como dice la sentencia, posibilita “de modo voluntarista una mayor permisividad, disminuyendo la superficie útil de los locales de hostelería.”

En definitiva, facilita la existencia de zonas de fumadores en locales que, por su reducido tamaño, no debieran tenerla con el consiguiente detrimento del derecho de los no fumadores que la ley garantiza de manera prioritaria”.

La Sentencia al resolver la nulidad del art. 4 del Decreto transcribe el mismo que se refiere a la “medición de locales de hostelería y restauración”, y que afirma que “a efectos de la aplicación de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, y del presente decreto, la superficie útil en los establecimientos de hostelería y restauración se calculará considerando exclusivamente el espacio destinado a clientes para el consumo de los productos que se sirvan en el establecimiento, excluyendo cualquier zona de paso como escaleras, pasillos o vestíbulos, así como los espacios destinados a cocina, barra, aseos, almacén, vestuarios, guarderías, cortavientos u otras zonas habilitadas para cualquier otro fin”.

Y continúa la Sentencia remitiéndose al contenido del art. 8.1.c) de la Ley que de nuevo reproduce y que dispuso que se permitía fumar en “bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados, con una superficie útil destinada a clientes o visitantes igual o superior a cien metros cuadrados, salvo que se hallen ubicados en el interior de centros o dependencias en los que se prohíbe fumar de acuerdo con lo previsto en el art. 7”.

Y de la confrontación entre ambos preceptos del Decreto y la Ley concluye que: “También aquí el Decreto territorial amplía la excepción a la prohibición prevista en la ley estatal, pues aquel establece una forma de medir la superficie útil de los establecimientos de hostelería y restauración atendiendo a conceptos como el “espacio destinado a clientes para el consumo de los productos” (sic) servidos en el establecimiento “excluyendo cualquier zona de paso” (sic).

Conceptos utilizados por el Decreto sin duda para posibilitar, de modo voluntarista, una mayor permisividad “disminuyendo” artificialmente la superficie útil de los locales de hostelería. Y decimos artificialmente porque no es de recibo utilizar un concepto que atiende al espacio utilizado por los clientes para consumir descontando zona de paso, pues de ese modo podría llegarse a considerar superficie útil sólo la ocupada por mesas, sillas y, en su caso, clientes que consuman de pie. Es decir, la norma reglamentaria se opone a la ley de bases, carece de sentido y es de imposible aplicación.

En consecuencia debe declararse nula de pleno derecho”.

El motivo debe rechazarse. El precepto de la Ley es categórico cuando permite habilitar zonas de fumadores en bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados, con una superficie útil destinada a clientes o visitantes igual o superior a cien metros cuadrados. Esa superficie no puede medirse como dispone el Decreto considerando exclusivamente el espacio destinado a clientes para el consumo de los productos que se sirvan en el establecimiento y excluyendo el resto de los espacios como son aquellos que enumera el Decreto de forma exhaustiva y que concluye con un concepto absolutamente indeterminado como es el de zonas habilitadas para cualquier otro fin, puesto que para obtener la superficie útil que permita utilizar zonas habilitadas para fumar en esos lugares es preciso tomar en consideración aquellos espacios comunes en los que el resto de los usuarios clientes o visitantes del establecimiento no fumadores puedan también disfrutar de espacios libres de humo que es lo que persigue la Ley y que el Decreto dificulta de modo harto excesivo al reducir esos espacios a los que físicamente ocupen los clientes o visitantes.

mente ocupen los clientes o visitantes.

Dice el motivo que la redacción del artículo cuatro del Decreto pretende hacer posible la utilización de la Disposición Adicional Segunda de la Ley que se refiere al régimen especial de los pequeños establecimientos de hostelería y restauración en los que está permitido fumar y que dispone que “los establecimientos de hostelería y restauración, en los que no existe prohibición legal de fumar, por tratarse de establecimientos cerrados, que sirvan alimentos y/o bebidas para su consumo, con una superficie útil destinada a clientes y/o visitantes inferior a cien metros cuadrados, deberán informar, en la forma que se señale en la normativa autonómica, en castellano y en la lengua cooficial, acerca de la decisión de permitir fumar o no en su interior. Igualmente, se regulará autónomamente la información que se deberá incorporar a los anuncios publicitarios, propaganda y demás medios en que anuncie o informe sobre el establecimiento”. Sin duda esa posibilidad que la Ley contempla es perfectamente válida en el supuesto de esos establecimientos, pero para acogerse a ese régimen claramente excepcional es preciso que se den las condiciones que la norma establece, y que no son otras más que la “superficie útil destinada a clientes y/o visitantes (sea) inferior a cien metros cuadrados”.

De modo que la medición para acogerse a esa posibilidad que otorga la Ley a favor de los titulares de esos locales de optar o no por permitir fumar en ellos, ha de atenerse a los límites que dispone la Ley, superficie útil destinada a clientes y/o visitantes y, por lo tanto, ese concepto no puede llevarse a los extremos a que lo hace el Decreto impugnado que se expresa del modo que más arriba transcribimos. Superficie útil de un local es la que se pisa, es decir aquella que se encuentra entre los muros o tabiques que lo delimitan, y ese concepto en este supuesto debe ponerse en relación con lo que la ley califica como tal que es la destinada a clientes o visitantes. Aplicando esa idea al supuesto que la ley describe, sin duda constituye superficie útil las zonas de paso en el interior del local, en todo caso la barra en el espacio que ocupan los clientes o visitantes, los aseos destinados al público, y en general cualquier zona común que no esté restringida al acceso del público, de modo que el precepto impugnado de la forma en que se expresa es nulo puesto que vulnera el mandato legal.

QUINTO.- El cuarto de los motivos se acoge al mismo apartado de igual ordinal del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción y “denuncia la infracción del artículo 9.5 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, aprobado por Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio; de los artículos 8.1 y 8.2.e) de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de

medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, así como de los artículos 51.1 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

El motivo manifiesta que: “Cabe recordar que el anulado artículo 5 del Decreto 54/2006 establece que “en los establecimientos descritos en el artículo 8.1 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre en los que se desarrollan dos o más actividades, se entenderá que aquellas actividades cuyas superficies útiles destinadas a clientes o visitantes sean inferiores a cien metros cuadrados, recibirán el tratamiento establecido en la Disposición Adicional Segunda de la citada norma”.

La Sala “a quo” decreta la nulidad de este artículo porque, afirma, “la norma territorial es contraria a la ley de bases, al no exigir la separación física prevista en ésta y al no matizar que debe tratarse de dos actividades distintas de las previstas en la enumeración del artículo 8, posibilitando que, por ejemplo, la barra de bar situada en un restaurante comparte dos actividades diferentes, dando lugar a posibles fraudes de ley mediante divisiones ratificales (sic) debe decir artificiales en los locales en que se ejerce una actividad para dividir su superficie y poder mediar como inferiores a 100 m<sup>2</sup> las resultantes, ello a los efectos previstos en la Disposición Adicional segunda de la Ley estatal 28/2005 para pequeños establecimientos de hostelería y restauración en que se permita fumar.

A nuestro juicio, la explicación de lo que la sentencia califica de “ejemplo” roza, sencilla y llanamente, lo incomprensible.

Cabe deducir de la primera parte del párrafo dedicado al artículo 5, que la sentencia impugnada acoge el motivo de impugnación esgrimido por la Administración del Estado, esto es, que el precepto autonómico entra en contradicción con el artículo 8.2.e) de la Ley estatal porque éste exige “separación en el espacio” para las distintas actividades, que además deben ser actividades previstas en distintas letras del artículo 8.1, no dos actividades relacionadas en una misma letra de ese artículo y apartado.

Creemos, de nuevo, que ese juicio es equivocado.

La Ley no exige que esas dos o más actividades tengan que estar necesariamente previstas en diferentes letras del artículo 8.1. El artículo 8.2.e) habla simplemente de “dos actividades” de las enumeradas en este artículo sin descender al grado de concreción que pretende la Administración del Estado, y que acoge la sentencia recurrida.

Finalmente, no es válido como motivo anulatorio el argumento de que el artículo 5 del Decreto 54/2006 puede dar "lugar a posibles fraudes de ley", sencillamente porque la posibilidad de eludir una norma imperativa o prohibitiva de una manera oblicua está implícita en toda norma jurídica de este carácter. Es tanto como pretender anular una norma porque cabe la posibilidad de que se incumpla. En aquel caso, esto es apreciado el fraude de ley, habrá que aplicar la consecuencia prevista en el artículo 6.4 del Código Civil, sometiendo al acto fraudulento al imperio de la ley defraudada. Pero lo que no procederá será decretar la nulidad de pleno derecho de la norma prohibitiva o imperativa por haber "propiciado" el fraude de ley.

Ha de concluirse, en definitiva, en oposición a la sentencia impugnada, que al dictar el artículo 5 del Decreto 54/2006 la Comunidad Autónoma de La Rioja ha hecho un correcto ejercicio de su competencia de desarrollo normativo de la Ley estatal básica y que el citado artículo no contraviene dicha ley estatal.

La oposición que se formula al motivo mantiene que: "El recurso sólo dice que el art. 8.2.e) de la Ley no exige que las dos o más actividades que se desarrollen en los locales del art. 5 del Decreto autonómico sean actividades previstas en dos apartados diferentes del art. 8.1 de la Ley. Con esta matización el recurso no parece sino querer confundir a la Sala puesto que la sentencia recurrida no dice tal cosa. Lo único que dice la sentencia y que, evidentemente, da lugar a la ilegalidad del precepto autonómico, es que éste no aclara que los establecimientos en que se desarrollen dos actividades, para cumplir el requisito del art. 8.1.e) y poder habilitar zonas para fumar, deben desarrollar tales actividades de manera separada en el espacio y deben ser actividades de las enumeradas en el propio art. 8 en cuyo caso se computará su superficie útil a estos efectos de forma separada para cada uno de ellas. Nada de esto se dice en el precepto autonómico que, por eso, como dice la sentencia recurrida con toda razón, posibilita el incumplimiento de la normativa legal y facilita que los locales con actividades compartidas se acojan artificialmente a la Disposición Adicional Segunda de la ley a efectos de permitir fumar".

Tampoco este motivo puede gozar de mejor suerte que el anterior. Y ello porque el Decreto recurrido en el art. 5 pretende que en los establecimientos a los que se refiere el art. 8.1 de la Ley en los que se desarrollen dos actividades si una de ellas ocupa una superficie útil en la zona destinada a clientes o visitantes inferior a cien metros cuadrados que se le aplique el tratamiento establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley.

Ello no es posible porque no es eso lo que la Ley dispone en el art. 8.2.e). En ese precepto la Ley permite que se puedan habilitar "zonas para fumar únicamente en los lugares señalados en el apartado anterior, siempre que reúnan, al menos, los siguientes requisitos: En los establecimientos en los que se desarrollen dos actividades, separadas en el espacio, de las enumeradas en este artículo, la superficie útil se computará para cada una de ellas de forma independiente, excluyendo del cómputo las zonas comunes y de tránsito, en las que, en ningún caso, se permitirá el consumo de tabaco".

O lo que es lo mismo, para que se pueda excepcionar la prohibición de fumar y habilitar zonas para fumadores en los establecimientos en que se desarrollen dos actividades de las que menciona el precepto es preciso que ambas estén separadas en el espacio, es decir que no gocen de continuidad, y en esos supuestos la superficie útil se computará para cada una de ellas de forma independiente, excluyendo del cómputo las zonas comunes y de tránsito, en las que, en ningún caso, se permitirá el consumo de tabaco. Se trata por tanto de superficies separadas en el espacio computables individualmente y de cada una de las cuáles se excluye el cómputo de las zonas que les sean comunes o de tránsito, zonas en las que expresamente se prohíbe el consumo de tabaco. De ahí que sino existe separación en el espacio no se pueda aplicar ese artículo 5 del Decreto que por ello es nulo.

SEXTO.- El motivo quinto cuestiona la nulidad declarada por la Sentencia del art. 6 del Decreto, y nuevamente para ello se acoge al apartado d) del núm. 1 del art. 88 de la Ley. Para ello transcribe el artículo citado y añade que la Sentencia pasa por alto: la cuestión relativa a la "simple separación" y a los "sistemas de ventilación adecuados" lo que no va más allá de una mera discrepancia terminológica sin la mayor trascendencia, puesto que, realmente, el Decreto autonómico no dice o deja de decir nada que no esté en la Ley estatal.

De más relevancia puede ser, tal vez, la cuestión relativa a la compartimentación de las zonas habilitadas para fumar. El artículo 8.2.b) de la Ley impone a estas zonas dos exigencias, la primera de las cuales es, como hemos visto, que estén separadas, esto es, distanciadas del resto de dependencias del centro o entidad. La segunda es que estén completamente compartimentadas, o lo que es lo mismo, dividido su espacio "con paredes o de otra manera". Sin embargo, atendido el sentido propio de las palabras "que es el primer criterio de interpretación de las normas jurídicas que recoge el artículo 3.1 del Código civil", es perfectamente posible admitir "otras maneras" de compartimentar con base en el artículo 8.2.b) de la Ley, pues esa posi-

bilidad está insita en el significado mismo de la palabra, y ello es, en definitiva, lo que admite el Decreto autonómico 54/2006, en el apartado 1 de su artículo 6, inciso segundo.

Lo que exige el artículo 6 es que el sistema por el que se opte garantice que el espacio destinado a no fumadores permanecerá libre de humos. Si el sistema de compartimentación, (fuera cual fuese, pared, biombo, cortina de aire o cualquier otro que ofrezca la técnica actual) consigue ese objetivo nada se le podrá objetar. Si no lo consigue (se trate también de pared, biombo, cortina de aire, etc.) resultará inútil a los fines del Decreto y de la Ley estatal y, por tanto, no será aceptable como elemento de compartimentación".

Opone la Administración del Estado que: "La Sentencia anula el art. 6 porque éste, al referirse a las zonas de fumadores que se pueden habilitar en determinados locales (los del art. 8.1 de la Ley 28/2005), a diferencia de lo que exige el art. 8.2 de la Ley,

■

*"...la Ley básica estatal establece un "plus" de requisitos para las zonas de fumadores que el Decreto autonómico trata, de manera más o menos velada, de suavizar. Por ello, el precepto autonómico es ilegal y el motivo debe ser desestimado".*

■

no obliga a que estas zonas de fumadores estén completamente compartimentadas y separadas físicamente del resto de las dependencias, ni exige tampoco que tengan un sistema de ventilación independiente. En efecto, el art. 6 anulado solo dice que estas zonas se compartimentarán con cualquier elemento que garantice que el espacio destinado a no fumadores permanezca libre de humos y que tendrán un sistema de ventilación "adecuado".

Por mucho que la parte actora se empeñe en razonar lo contrario no es lo mismo un sistema de ventilación "adecuado" que uno "independiente" y una cosa es compartimentar y otra cosa es "compartimentar y, además, separar físicamente la zona de fumadores del resto de las dependencias. Es verdad que la finalidad de la Ley es proteger el derecho de los no fumadores, al que se refiere el art. 6, aunque también el de los fumadores a contar con un espacio bien ventilado. En todo caso, estos son los fines ponderados por la Ley estatal para

establecer los requisitos que establece como básicos y no otros menos exigentes. En definitiva, la Ley básica estatal establece un "plus" de requisitos para las zonas de fumadores que el Decreto autonómico trata, de manera más o menos velada, de suavizar. Por ello, el precepto autonómico es ilegal y el motivo debe ser desestimado".

Conviene en este caso transcribir literalmente los preceptos que se confrontan porque de su texto se pueden extraer provechosas consecuencias para rechazar el motivo.

Dice el art. 8.2 de la Ley 28/2005 en sus apartados b) y c) que "Podrán habilitarse zonas para fumar únicamente en los lugares señalados en el apartado anterior, siempre que reúnan, al menos, los siguientes requisitos: b) Deberán estar separadas físicamente del resto de las dependencias del centro o entidad y completamente compartimentadas, y no ser zonas de paso obligado para las personas no fumadoras, salvo que éstas tengan la condición de trabajadoras o empleadas en aquéllas y sean mayores de dieciséis años". c) "Deberán disponer de sistemas de ventilación independiente u otros dispositivos o mecanismos que permitan garantizar la eliminación de humos".

Afirma el art. 6 del Decreto 54/2006 de la Comunidad Autónoma de La Rioja que "1 Las zonas habilitadas para fumar que establece el art. 8 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, deberán estar señalizadas y separadas de las zonas en las que no está permitido fumar. La compartimentación entre ambas zonas se realizará con cualquier elemento que garantice que el espacio destinado a no fumadores permanezca libre de humos. 2. En cualquier caso, las zonas habilitadas para fumar deberán disponer de sistemas de ventilación adecuados que eviten que el humo del tabaco se desplace a las zonas en las que está prohibido el consumo de tabaco".

De la lectura del precepto del Decreto se desprende de inmediato que el mismo no cumple el estándar de exigencia que impone la Ley para que se puedan habilitar esas zonas para fumadores en los locales cuya superficie útil lo permite.

La Ley en el número 2.b) permite que se habiliten zonas para fumadores siempre que estén "separadas físicamente del resto de las dependencias del centro o entidad y completamente compartimentadas, y no sean zonas de paso obligado para las personas no fumadoras, salvo que éstas tengan la condición de trabajadoras o empleadas en aquéllas y sean mayores de dieciséis años". La expresión separación física del resto de las dependencias que se complementa con la de que estén completamente compartimentadas, es claramente más exigente que la del Decreto que exige sólo que estén separadas. Y



además la Ley añade que no sean zona de paso obligado para no fumadores. Esas exigencias no las satisface el Decreto cuando manifiesta que deben estar separadas. Obsérvese que la Ley dice físicamente separadas y completamente compartimentadas, y eso va bastante más allá de la expresión del Decreto separadas y compartimentadas con cualquier elemento que garantice que el espacio destinado a no fumadores permanezca libre de humos.

Y lo mismo ocurre con el apartado c) de la Ley que exige que esas zonas físicamente separadas y totalmente compartimentadas y que no sean paso obligado para los no fumadores posean sistemas de ventilación independientes u otros dispositivos o mecanismos que garanticen la eliminación de humos. Por el contrario el Decreto pretende satisfacer esa exigencia disponiendo que posean sistemas de ventilación adecuados, no propios o independientes, que eviten que el humo se desplace a las zonas en las que está prohibido el uso del tabaco. Exigencia claramente insuficiente.

**SÉPTIMO.-** El sexto de los motivos mantiene que la Sala “anula el apartado 1 de la disposición adicional segunda del Decreto 54/2006 porque, -sin concretar precepto alguno que reputa infringido-, estima que “no es coherente con el espíritu y finalidad de la Ley de Bases Estatal”, donde no se prevé lo que la Sala califica de “excepción” a la prohibición legal de fumar. Básicamente, se acogen los argumentos esgrimidos por la Administración General del Estado que entendió que, a la hora de establecer sus prohibiciones, la Ley estatal no distingue en función del destino o la naturaleza de los actos a celebrar en establecimientos de hostelería o restauración”.

A continuación recuerda el texto de la Disposición adicional segunda 1 del decreto que afirma que “en los supuestos en los cuales los establecimientos de hostelería o restauración, independientemente de cuál sea su superficie, sean reservados para celebraciones privadas u otros acontecimientos de naturaleza análoga, se podrá permitir el consumo de tabaco, siempre que se trate de zonas aisladas, reservadas a determinadas personas y de acceso restringido para las mismas, de manera que no puedan verse afectadas otras distintas de éstas”. Y partiendo del derecho a la dignidad personal y la determinación consciente y responsable de la propia vida considera legítimas las decisiones de carácter personalísimo que no afecten al mínimo ético constitucionalmente permitido y bajo esa condición considera que hay que respetar esa decisión del que opte por fumar siempre que respete el derecho de los demás a respirar un ambiente sin humo.

Y por ello no es contraria a la norma estatal la permisón que establece

esa Disposición Adicional por el hecho de que a esa celebración puedan acceder personas no fumadoras de forma no enteramente voluntaria como pueden ser trabajadores, niños o enfermos.

Y por ello añade el motivo que en: “el concepto de legislación básica que maneja la Sala “a quo”- y que determina la íntegra estimación de la demanda de la Administración del Estado-, no parece tener cabida más desarrollo legislativo que aquél que se limite a la mera reproducción literal y mimética de la Ley estatal, sin margen alguno para la Comunidad Autónoma de complementar, matizar o adaptar las previsiones de la ley básica a sus necesidades. Tal concepción contradice la citada doctrina constitucional pues si se está verdaderamente ante una Ley básica dictada por el Estado en el ejercicio legítimo de sus competencias constitucionales, dicha Ley no puede conducir al uniformismo estricto que impone la Sala de instancia, que hace inviable cualquier solución innovadora o de simple adaptación por parte de la normativa autonómica, en particular la que recoge la comentada disposición adicional segunda del Decreto 54/2006”.

Para rebatir el motivo argumenta el Sr. Abogado del Estado que: “la contradicción entre la Disposición anulada y la Ley 28/2005 es en este caso tan evidente que prácticamente no precisamos mayor argumentación para rebatir el motivo. Basta con dar por reproducidos los acertados razonamientos del juzgador de instancia. Todo lo que expone la parte demandante sobre el derecho a la libertad personal etc., cae por su propio peso desde el momento en que ésta ha de ceder ante otros derechos como la protección de la salud, siendo ésta precisamente la base de la Ley 28/2005 en su conjunto. No cabe equiparar tampoco, aunque lo hace el recurso, los establecimientos a que se refiere la disposición anulada a espacios como el domicilio o el aire libre.

Por último, en cuanto a las consideraciones del recurso sobre la supuesta extralimitación de la ley al dictar las normas básicas que en ella se incluyen, nuevamente hemos de insistir que ésta es una cuestión que debiera haberse planteado en un recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley pero no puede esgrimirse para legitimar preceptos autonómicos que chocan frontalmente con los preceptos dictados como básicos por el legislador estatal”.

En este supuesto conviene transcribir lo que la Sentencia expuso para estimar en ese punto la demanda. La Disposición Adicional Segunda 1º del Decreto que trata del “régimen jurídico aplicable a las celebraciones privadas que se efectúen en establecimientos de hostelería y restauración” dispone que: “1. En los supuestos en los cuales los establecimientos de hostelería o restauración, independientemente de cuál sea su superfi-

cie, sean reservados para celebraciones privadas u otros acontecimientos de naturaleza análoga, se podrá permitir el consumo de tabaco, siempre que se trate de zonas aisladas, reservadas a determinadas personas y de acceso restringido para las mismas, de manera que no puedan verse afectadas otras distintas de éstas”.

Tal previsión introduce excepciones a la prohibición de fumar establecida por la ley de bases. Dichas excepciones atienden a la naturaleza del uso concreto y puntual que se dé a los establecimientos de hostelería o restauración cualquiera que sea su superficie. El Decreto autonómico prescinde del uso licenciado para el local de hostelería o restauración cuando este se reserve “para celebraciones privadas u otros acontecimientos de naturaleza análoga”, en “zonas aisladas” con acceso restringido para las personas que así lo reserven.

Sin embargo, esta excepción a la prohibición legal de fumar no es coherente con el espíritu y finalidad de la Ley de Bases Estatal, que precisamente por ello no la prevé.

Si se permite fumar en los casos referidos por la Disposición Adicional 2ª del Decreto se perjudicará en la salud, al menos, a las personas que prestan servicios en el establecimiento público. Además, se posibilitará que no fumadores y niños que asistan a tales celebraciones respiren el humo del tabaco.

Nada tiene que ver, tampoco, este supuesto del Decreto impugnado con un vaciado o exclusión de competencias de desarrollo autonómicas. Se trata de una excepción a la prohibición legal que, además, no tiene justificación en los amplios términos en que la norma aparece redactada”.

El motivo ha de prosperar. Pese a que la Sentencia sostenga sin citar precepto alguno de la Ley que resulte infringido por esa norma del Decreto que esa autorización de fumar en establecimientos que se reserven para celebraciones privadas y en determinadas circunstancias puede contradecir el espíritu y la finalidad de la Ley ello no es bastante para anular esa Disposición Segunda 1 de la norma de la Comunidad Autónoma. Y ello porque si existen los riesgos que denuncia la Sentencia, excluidos los de los trabajadores, no es menos cierto que también el Decreto restringe el uso del tabaco en esos supuestos “a zonas aisladas, reservadas a determinadas personas y de acceso restringido para las mismas, de manera que no puedan verse afectadas otras distintas de éstas”.

Cautelas que justificarían la excepción que dispone la Disposición Adicional Segunda que entendida de ese modo no es contraria a la Ley.

**OCTAVO.-** El motivo séptimo se dirige a refutar la anulación por la

Sentencia del art. 9 del Decreto que norma que “cuando la venta y suministro de productos del tabaco se haga a través de máquinas expendedoras, deberá constar en la superficie frontal de estas, y de forma clara y visible, señales con el siguiente texto: Prohibida la venta de tabaco a menores de 18 años. Un ambiente sin humo es beneficioso para la salud de los menores”.

Sostiene la recurrente que la Exposición de Motivos de la Ley pone de relieve la voluntad del legislador de actuar a favor de los menores y esa mayor preocupación se muestra también en la Ley.

“Frente a lo que dice la sentencia recurrida, no cabe entender que el artículo 9 deje de “informar y concienciar a todos” porque centre su foco de atención específicamente en uno de los colectivos más vulnerables a los efectos nocivos del tabaco. Menos se explica todavía que decrete la nulidad de todo el artículo 9 si el motivo de contradicción con la Ley estatal es la específica referencia a los menores. En ese caso la congruencia con el propio razonamiento de la sentencia, debería llevar a concluir que sólo sobran las palabras “de los menores” del último párrafo del artículo 9 y no la totalidad del precepto.

De cualquier forma, entiende esta representación que ninguna parte del artículo 9 está de más, puesto que la Comunidad Autónoma de La Rioja ha hecho un ejercicio correcto de su potestad de desarrollo normativo sin contradecir ni extralimitar la Ley estatal básica.

No procedía por tanto la declaración de nulidad del comentado artículo 9 del Decreto 54/2006, que al haber sido decretada en la sentencia recurrida implica la infracción de los preceptos citados en este motivo séptimo”.

Al oponerse al motivo señala la Administración recurrida que: “En este caso, nuevamente, el planteamiento de la sentencia es sencillo. El art. 4.c) de la Ley 28/2005, exige que en la superficie frontal de las máquinas expendedoras de tabaco figure una advertencia sanitaria sobre los perjuicios para la salud derivados del uso del tabaco, especialmente para los menores y el art. 9 del Decreto autonómico prevé una advertencia sanitaria exclusivamente dirigida a éstos.

El recurso sostiene que el art. 9 es correcto puesto que una de las finalidades esenciales de la Ley 28/2005 es la protección de los menores. Nadie discute este extremo. De lo que se trata es de dilucidar si la advertencia sanitaria que la comunidad Autónoma regula cumplimenta o no el mínimo exigido por la legislación básica estatal y basta leer los dos preceptos mencionados para comprobar que no es así”.

También este motivo debe desecharse. Como hicimos en ocasión anterior de la comparación de los preceptos estatal y autonómico confrontados se deduce con claridad que el Decreto contraviene la letra y el espíritu de la Ley. Dice el art. 4 de la Ley al reglar la venta y suministro (de tabaco) a través de máquinas expendedoras que: "La venta y el suministro a través de máquinas expendedoras se realizará de acuerdo con las siguientes condiciones: c) Advertencia sanitaria: en la superficie frontal de las máquinas figurará, de forma clara y visible, en castellano y en las lenguas cooficiales de las Comunidades Autónomas, una advertencia sanitaria sobre los perjuicios para la salud derivados del uso del tabaco, especialmente para los menores, de acuerdo con las características que señalen las normas autonómicas en su respectivo ámbito territorial".

Por su parte el Decreto en el art. 9 que dedica a la "señalización en máquinas expendedoras de productos del tabaco" mantiene que deberá constar en la superficie frontal de estas, y de forma clara y visible, señales con el siguiente texto: Prohibida la venta de tabaco a menores de 18 años. Un ambiente sin humo es beneficioso para la salud de los menores".

El texto del Decreto se aparta de modo manifiesto del contenido de la Ley prohibiendo la venta a los menores y poniendo de relieve que no fumar es beneficioso para la salud de aquellos, cuando lo que impone la Ley es que se advierta de los perjuicios para la salud derivados del uso del tabaco, especialmente para los menores. Es decir la Ley pretende que quien fume deje de hacerlo porque su salud está en riesgo y para ello impone la advertencia de que su uso es perjudicial para todos, y, además, pretende que los menores no se inicien en el consumo del tabaco o que al menos sepan que su uso es especialmente perjudicial para ellos. De modo que el proceder del Decreto no queda amparado por el hecho de que la Ley permita que esa advertencia general la hagan las comunidades autónomas en su ámbito territorial con las características que deseen puesto que esa expresión no les autoriza a prescindir de la advertencia a todos y no sólo a los menores del perjuicio que a su salud reporta el tabaco.

NOVENO.- Por último la recurrente plantea en el motivo octavo que:

"El artículo 19.1 del Decreto 54/2006 se anula porque "la graduación de las sanciones ha de responder al principio de proporcionalidad "art. 131 de la L.R.J.- P.A.C. 30/1992" y no puede determinarse por vía reglamentaria una dulcificación del régimen sancionador optando por la imposición de sanciones en su grado mínimo". Además, dice la sentencia, "se hace referencia" al instructor como órgano sancionador, lo cual no es correcto según el artículo 134.2 de la Ley 30/92".

Y tras transcribir el art. 19.1 del Decreto considera que: "En este caso, la comunidad Autónoma de La Rioja, atendidas las particularidades que concurren en su ámbito territorial, (sobre todo, el punto de partida caracterizado por la inexistencia de una cultura tan rigurosamente prohibitiva, como la que inaugura la Ley 28/2005), no hace otra cosa más que ejercer esa facultad de modular las sanciones, (en este caso, vía principio de proporcionalidad); y lo hace, además, mínimamente mediante la introducción de una simple recomendación dirigida al órgano competente para imponer la sanción, que no impide la matización que introduce la comunidad Autónoma, mediante su actividad reglamentaria en desarrollo de la normativa básica estatal, desde el momento en que aquella es a todas luces compatible con dicha norma básica, y no la contradice, reduce o cercena.

Debe rechazarse, en definitiva, que el precepto incurra en las infracciones que aprecia la sentencia de 26 de octubre de 2007, en especial en la infracción del principio de proporcionalidad en materia sancionadora. Conforme a las competencias que tiene atribuidas la Comunidad Autónoma es perfectamente posible el establecimiento de una previsión de ese tipo que carece, además, de la trascendencia que le atribuye la sentencia recurrida desde el momento en que no impide tener en cuenta y aplicar los criterios del artículo 20.2 de la Ley 28/2005, si lo exigen las circunstancias del caso.

Finalmente, la referencia al "instructor" constituye una incorrección que carece de toda trascendencia anulatoria. Se trata de un término de indebida ubicación en un precepto que se produce en todo lo demás con propiedad y que no ve alterado su sentido por la incorrecta utilización de esa palabra".

A lo anterior opone la Abogacía del Estado que: "resulta difícilmente compatible una recomendación de imposición de las sanciones en el grado mínimo con los principios que establece el art. 20.2 de la Ley 28/2005. No se olvide que, según este precepto, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta el riesgo generado para la salud, la capacidad económica del infractor, la repercusión social de la infracción, el beneficio que haya reportado al infractor la conducta sancionadora y la previa comisión de una o más infracciones a esta Ley. Además el artículo añade que se impondrán en grado máximo las sanciones por hechos cuyo perjudicado o sujeto pasivo sea un menor de edad y las que se impongan en los casos en los que la conducta infractora se realice con habitualidad o de forma continuada y que se impondrán en grado mínimo cuando se cometan por un menor de edad.

La contradicción pues es evidente sin que la cultura más o menos permisiva que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley haya existido en la Comunidad recurrente, o en otras, pueda justificar la contravención de la misma".

El motivo debe desestimarse. La contradicción entre el art. 19.1 del Decreto que trata de las sanciones que deba imponer la Comunidad Autónoma de La Rioja y el art. 20.2 de la Ley es flagrante. Tanto más cuanto que el Decreto encomienda no al órgano que posee la potestad de sancionar sino al instructor del expe-

■

*"...la Ley pretende que quien fume deje de hacerlo porque su salud está en riesgo y para ello impone la advertencia de que su uso es perjudicial para todos, y, además, pretende que los menores no se inicien en el consumo del tabaco o que al menos sepan que su uso es especialmente perjudicial para ellos. De modo que el proceder del Decreto no queda amparado por el hecho de que la Ley permita que esa advertencia general la hagan las comunidades autónomas en su ámbito territorial con las características que deseen..."*

■

diente que ponderando las circunstancias concretas de cada caso y con respeto al principio de proporcionalidad que consagra la Ley 30/1992 tienda a la imposición de sanciones, en su caso, en su grado mínimo, salvo que concurren las circunstancias que se establecen en el art. 20.2 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre.

Para refrendar la nulidad del precepto basta con lo expuesto.

DÉCIMO.- Al estimarse en parte el recurso no procede hacer condena en costas a la Administración recurrente.

## FALLO

Ha lugar en parte al recurso de casación núm. 5.974/2007 interpuesto por la representación procesal de la Comunidad Autónoma de La Rioja frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de veintiséis de octubre de dos mil siete, pronunciada en el recurso núm. 373/2006 interpuesto por la Administración General del Estado representada por el Sr. Abogado del Estado, frente al Decreto 54/2006, de 15 de septiembre, "por el que se establecen las medidas preventivas del tabaquismo y se regula la señalización referida a la venta y suministro de productos del tabaco, prohibición o no de fumar y sobre los perjuicios para la salud que se pueden derivar de su uso" que estimó el mismo y declaró nulos los artículos 3.2, 4, 5, 6, Disposición Adicional Segunda 1, 9 y 19.1 del Decreto recurrido, que casamos y declaramos nula y sin ningún valor ni efecto.

Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo núm. 373/2006 interpuesto por la Administración General del Estado representada por el Sr. Abogado del Estado, frente al Decreto 54/2006, de 15 de septiembre, "por el que se establecen las medidas preventivas del tabaquismo y se regula la señalización referida a la venta y suministro de productos del tabaco, prohibición o no de fumar y sobre los perjuicios para la salud que se pueden derivar de su uso" y declaramos nulos los artículos 4, 5, 6, 9 y 19.1 del Decreto de 15 de septiembre de la Comunidad Autónoma de La Rioja por el que se establecen las medidas preventivas del tabaquismo y se regula la señalización referida a la venta y suministro de productos del tabaco, prohibición o no de fumar y sobre los perjuicios para la salud que se pueden derivar de su uso.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 72.2 de la Ley de la Jurisdicción siendo firme esta Sentencia publíquese en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de La Rioja la nulidad de pleno derecho de los artículos 4, 5, 6, 9 y 19.1 del Decreto de 15 de septiembre de la Comunidad Autónoma de La Rioja por el que se establecen las medidas preventivas del tabaquismo y se regula la señalización referida a la venta y suministro de productos del tabaco, prohibición o no de fumar y sobre los perjuicios para la salud que se pueden derivar de su uso.

No hacemos expresa condena en costas en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ricardo Enríquez Sánchez.- Segundo Menéndez Pérez.- Enrique Lecumberri Martí.- Santiago Martínez-Vares García.- Celsa Pico Lorenzo.- Antonio Martí García.

(...)



## RESEÑA

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



TS  
CIVIL

2009/259060

TS Sala 1ª, Sentencia 3 noviembre 2009.  
Ponente: D. Francisco Marín Castán

### Negocio jurídico atípico de puesta a disposición de solar a cambio de obra futura o dinero

Desestima el TS el recurso de casación interpuesto por la entidad compradora demandada contra sentencia dictada por la AP que confirmó la de instancia y declaró resuelto el contrato por incumplimiento contractual. Indica la Sala que estamos ante un negocio jurídico atípico de puesta a disposición de solar a cambio de obra futura o dinero, a elección del actor, propietario del solar, por lo que se pactó una clara obligación de la hoy recurrente de construir sobre la parcela antes de que la recurrida manifestase su opción por la compraventa o la permuta, por lo que ha quedado patente el incumplimiento de la recurrente.

2009/259062

TS Sala 1ª, Sentencia 10 noviembre 2009.  
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

### Reclamación de bienes muebles en relación a ejecución hipotecaria de inmueble

Declara el TS no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la mercantil demandada contra sentencia dictada por la AP que acogió en parte las pretensiones de la actora revocando la desestimatoria de instancia. La entidad financiera demandada otorgó escritura de préstamo a favor de la contratista también demandada sobre inmueble propiedad de ésta, para financiar construcción hotelera, la cual contrató a la constructora actora que posteriormente quebró, que es la que reclama determinados bienes muebles. En relación al recurso de casación considera que la AP respeta lo pactado en la escritura de hipoteca en cuanto a los bienes muebles que en el momento de la adjudicación del inmueble en el proceso de ejecución hipotecaria aún no

se hallaban incorporados al mismo pero sí después, teniendo en cuenta para ello el inventario del procedimiento de quiebra de la constructora, pues dueño de la obra adquiere la propiedad en el momento en que los materiales y trabajos quedan incorporados.



TS  
PENAL

2009/225084

TS Sala 2ª, Sentencia 23 septiembre 2009. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

### Prueba indiciaria suficiente para condenar por delito de estafa

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de estafa. Afirma el TS que se está en presencia de una prueba indiciaria compuesta por varios hechos base totalmente acreditados, no desvirtuados por indicios de signo adverso, que en una global y conjunta valoración ha permitido a la Sala construir un juicio de inferencia y llegar al hecho base que se quería acreditar y que se describió en el "factum", cual es que cuando el acusado suscribió el mentado documento y recibió el dinero, lo hizo a sabiendas de que no podría devolverlo, ni tampoco los intereses estipulados.

2009/245690

TS Sala 2ª, Sentencia 13 octubre 2009.  
Ponente: D. Francisco Monderde Ferrer

### Tentativa en delito contra la salud pública

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia dictada en causa seguida al mismo por delito contra la salud pública. Afirma el TS que el hecho de que el transportista fuese vigilado por la policía y seguido, no sitúa el delito en la fase de tentativa, ya que durante un tiempo se realizó íntegramente el tipo penal y la intervención policial pudo fracasar, por lo que no se puede escudar en un hecho ajeno la conducta del autor para introducir un factor externo como interruptivo de la comisión.



TS  
SOCIAL

2009/271409

TS Sala 4ª, Sentencia 27 octubre 2009.  
Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

### Falta de paralización de salarios de tramitación

El TS desestima los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por la empresa demandada y la trabajadora demandante, éste por falta de contradicción, frente a sentencia que confirmó la improcedencia del despido reconocida por la primera pero declaró que como la consignación se realizó en el tiempo establecido y el trabajador tuvo conocimiento de esta circunstancia antes de la conciliación, la paralización de los salarios de tramitación debe producirse únicamente desde la fecha en que la actora tuvo conocimiento de la actuación de la empresa.

La Sala señala que la empresa no ha cumplido las exigencias para la paralización de los salarios de tramitación, pues no comunicó a la trabajadora la consignación de la indemnización, con la que podría haber paralizado el devengo de aquellos.

2009/245796

TS Sala 4ª, Sentencia 16 septiembre 2009.  
Ponente: Dª Mª Lourdes Arastey Sahiún

### Relación indefinida entre interino y administración autonómica

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Administración Autonómica demandada frente a sentencia que declaró indefinida la relación que vincula al actor con la demandada.

La Sala no acepta la tesis de la recurrente basada en la inexistencia de un interés actual y efectivo para conseguir el carácter indefinido de una relación, dado que el actor, en el momento del juicio, mantenía con la demandada un contrato de interinidad por vacante, cuyo régimen jurídico es estrictamente idéntico al de los trabajadores indefinidos de las Administraciones Públicas; tal tesis no se acepta porque si bien los trabajadores indefinidos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, vienen prestando servicios sin causa de temporalidad alguna y sin vinculación directa

con vacante concreta, por tanto, no hay equiparación mimética a los interinos por vacante, ligados estrictamente a un proceso de cobertura y, por ello, la pretensión del actor contiene un interés real susceptible de tutela.

2009/259265

TS Sala 4ª, Sentencia 8 octubre 2009.  
Ponente: Dª Mª Lourdes Arastey Sahiún

### Cálculo de incentivo previsto en convenio colectivo

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada frente a sentencia que acogió en parte la demanda de conflicto colectivo sobre reclamación de cantidades.

La Sala señala que la interpretación del precepto convencional objeto de examen, tanto si se atiende a la literalidad de sus palabras, como a criterios finalísticos y lógicos, es contraria a la alcanzada en la sentencia recurrida ya que el importe máximo del incentivo constituye una cifra teórica, alcanzada exclusivamente en el caso de que todas las zonas hubieran arrojado resultados positivos, y no puede colegirse de la cláusula que los parámetros de cálculo hayan de desvirtuarse excluyendo el número de trabajadores pertenecientes a zonas en negativo a fin de alterar el resultado final, pues de haberlo querido así los negociadores hubiera bastado con indicar que el incentivo se distribuyera partiendo solamente de los trabajadores de las zonas con resultado positivo, sin introducir el factor corrector que la fórmula representa.

2009/245798

TS Sala 4ª, Sentencia 15 septiembre 2009.  
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

### Inexistente prescripción de acción sobre recargo de prestaciones

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS codemandado frente a sentencia que, sin entrar en el fondo del asunto, anuló la resolución del INSS por la que se imponía a la empresa actora un recargo del 50% en las prestaciones, al apreciar prescripción de la acción.

La Sala señala que la tramitación del expediente a través del cual el INSS debe resolver un recargo de prestaciones interrumpe la prescripción de cinco años que para el reconocimiento de prestaciones establece el art. 43,1 LGSS y se prolonga -en todos los casos en que la Administración haya cumplido su deber de dictar resolución expresa- durante todo el tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga y ello porque, como ha reiterado la jurisprudencia, no es un expediente sancionador y, por lo tanto, el exceso sobre el plazo establecido para la resolución del mismo no produce como consecuencia la caducidad del expediente, sino la de entender que la solicitud ha sido desestimada, permitiendo a la parte ejercitar las acciones legales correspondientes.