

1483



Administración
de Justicia

**JUZGADO MERCANTIL 4 MADRID
ORDINARIO 49/2008**

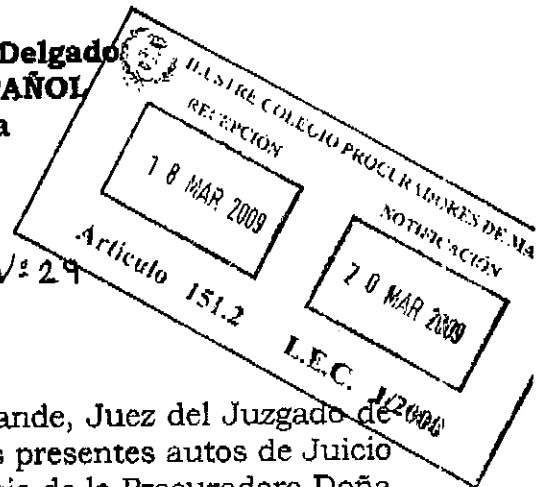
Dte.- Don José Luis Mazón Costa

Procuradora.- Doña Mónica Paloma Fente Delgado

Ddo.- PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL

Procuradora.- Doña Virginia Aragón Segura

SENTENCIA N.º 29



En Madrid, a 6 de marzo de 2009.

Vistos por mí, Don Miguel Ángel Román Grande, Juez del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid (refuerzo), los presentes autos de Juicio Ordinario número 49/2008, seguidos a instancia de la Procuradora Doña Mónica Paloma Fente Delgado, en nombre y representación de Don José Luis Mazón Costa, asistido por la Letrada Doña Encarnación Martínez Segado, contra el PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL, representado por la Procuradora Doña Virginia Aragón Segura y asistido por el Letrado Don Álvaro Sánchez Manzanares, sobre PUBLICIDAD.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Doña Mónica Paloma Fente Delgado, en nombre y representación de Don José Luis Mazón Costa, se presentó escrito de demanda de Juicio Ordinario que dirigía contra el PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL y en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso y que aquí se dan por reproducidos en aras a la mayor brevedad, terminaba suplicando el dictado de una sentencia por la que se condene al demandado: "1º a cesar o declarar que debió haber cesado o retirado la publicidad ilícita, por engañosa, contenida en el Programa 2004, pag 44, del siguiente tenor: *"Incidiremos de modo especial en la transparencia de la Justicia y en la exigencia de responsabilidad de los jueces y funcionarios judiciales por retrasos injustificados, error judicial culposo y mal funcionamiento de la Justicia"*, dado que los términos de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional, aprobada por iniciativa del Gobierno del partido político demandado y con los votos de su grupo parlamentario, al establecer la irresponsabilidad o completa impunidad de los magistrados del Tribunal Constitucional, contradicen y hacen engañosa o falsa la propaganda de su Programa 2004, pag 44 antes citada. 2º a ordenar la publicación total de la sentencia, o en todo caso de los fundamentos y el fallo, en los periódicos El País y El Mundo, a costa del demandado, conforme al art. 31.c LGP. 3º a indemnizar al demandante por culpa aquiliana en la cifra de 4.000 euros por violación de los arts. 24 y 117.1 CE al ser contraria a derecho la exoneración de responsabilidad concedida por la Ley aprobada por el partido demandado a los



Madrid

Administración
de Justicia

magistrados del Tribunal Constitucional, suma que el demandante destinará, como queda dicho, a una causa de interés social y no a uso propio. 4º imponga las costas del pleito al demandado PSOE" (sic).

Turnada y registrada entre las de su clase que fue la anterior demanda, su conocimiento correspondió a este Juzgado.

SEGUNDO.- Por auto de 15-2-2008 se admitió a trámite la demanda, acordando su sustanciación por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el Juicio Ordinario, acordándose igualmente dar traslado de la demanda a la parte contraria, emplazándole para que la contestara en el plazo de veinte días, con advertencia de que si no lo hacía en el término señalado, sería declarado en rebeldía.

TERCERO.- Emplazado el demandado, contestaría a la demanda mediante escrito de 3-4-2008, en el que se planteaba tanto la excepción de falta de legitimación activa del actor, falta de legitimación pasiva del demandado y la excepción de falta de acción, como una oposición material al fondo del asunto, según el contenido que aquí se da por reproducido del escrito de contestación a tal efecto y a fin de evitar reiteraciones innecesarias, señalándose a la vez fecha para el acto de la audiencia previa.

CUARTO.- El día señalado (26-2-09) tuvo lugar el acto de la audiencia previa al juicio, al que asistieron las partes, manifestando la imposibilidad de poner fin al litigio mediante transacción, tras lo cual las partes ratificaron sus escritos iniciales, si bien la parte demandante rectificó el error sufrido en la demanda al reseñar en ella que la LO 6/07 modificó el art. 22 de la LOTC al introducir un segundo apartado, aclarando que si bien se intentó modificar a través del Proyecto de dicha Ley, finalmente no fue así, por lo que la única de las modificaciones que reseña al folio 4 de la demanda que se llevó a efecto por la LO 6/07 fue la nueva redacción del art. 4.2 LOTC, pasando luego a oponerse a las excepciones formuladas de contrario, y no existiendo cuestiones procesales que resolver, pues la resolución de las excepciones de falta de legitimación activa, pasiva y falta de acción se difirieron a la sentencia, fueron fijados los hechos objeto de litigio, de acuerdo con el art. 428 de la Ley procesal, y como quiera que aunque el demandado manifestó que la controversia era jurídica y no fáctica, la parte actora solicitó el recibimiento a prueba, a continuación se recibió el pleito a prueba, proponiéndose solamente prueba por la parte actora, consistiendo ésta en documental que se aportaba, más documental que debía remitirse por el demandado a requerimiento del Juzgado, interrogatorio del demandado a través de Don Manuel Chaves y testifical de Don José Luis Rodríguez Zapatero, Don Diego López Garrido y Don Juan Fernando López Aguilar, pruebas todas ellas que salvo parte de la documental que se aportaba, fueron inadmitidas por considerarse impertinentes y/o inútiles, devolviéndose asimismo el documento que se aportaba como nº 5 por no ser el momento procesal para aportarlo, decisión contra la que se interpuso recurso de reposición, que tramitado fue desestimado, por lo



Madrid

Administración
de Justicia

que al no ser necesaria la celebración de juicio, se declararon conclusos los autos conforme al art. 429.8 LEC, dando previamente a las partes la palabra para alegaciones finales. Todo el desarrollo de la audiencia previa, alegaciones de las partes y resoluciones adoptadas, constan en el acta y el soporte audiovisual donde se grabó el acto, anexo al acta, que aquí se dan por reproducidos.

QUINTO.- En la tramitación de las actuaciones se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercita en el presente pleito la acción de cesación de publicidad ilícita, así como la acción de responsabilidad civil extracontractual, solicitando en el suplico de la demanda que se condene al demandado: "1º a cesar o declarar que debió haber cesado o retirado la publicidad ilícita, por engañosa, contenida en el Programa 2004, pag 44, del siguiente tenor: *"Incidiremos de modo especial en la transparencia de la Justicia y en la exigencia de responsabilidad de los jueces y funcionarios judiciales por retrasos injustificados, error judicial culposo y mal funcionamiento de la Justicia"*, dado que los términos de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional, aprobada por iniciativa del Gobierno del partido político demandado y con los votos de su grupo parlamentario, al establecer la irresponsabilidad o completa impunidad de los magistrados del Tribunal Constitucional, contradicen y hacen engañosa o falsa la propaganda de su Programa 2004, pag 44 antes citada. 2º a ordenar la publicación total de la sentencia, o en todo caso de los fundamentos y el fallo, en los periódicos El País y El Mundo, a costa del demandado, conforme al art. 31.c LGP. 3º a indemnizar al demandante por culpa aquiliana en la cifra de 4.000 euros por violación de los arts. 24 y 117.1 CE al ser contraria a derecho la exoneración de responsabilidad concedida por la Ley aprobada por el partido demandado a los magistrados del Tribunal Constitucional, suma que el demandante destinará, como queda dicho, a una causa de interés social y no a uso propio. 4º imponga las costas del pleito al demandado PSOE" (sic).

Los hechos que sirven de base a tal reclamación, según se exponen con no demasiado orden sistemático en la demanda, son los siguientes:

1º El PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL en su Programa electoral de 2004, página 44, se comprometía a reforzar la responsabilidad de Jueces y Magistrados, al señalar lo siguiente: *"Incidiremos de modo especial en la transparencia de la Justicia y en la exigencia de responsabilidad de los jueces y funcionarios judiciales por retrasos injustificados, error judicial culposo y mal funcionamiento de la Justicia. Los juicios por delitos y faltas cometidas por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones serán competencia del Jurado"* (sic). Dicho Programa electoral obra en los autos como



Madrid



Administración
de Justicia

documento 3 de la contestación, se puede también descargar en Internet a través del enlace www.psoe.es/download.do?id=37214.

2º El Gobierno español presentó a la Mesa del Congreso un Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 2/79 del Tribunal Constitucional, Proyecto que fue admitido a tramitación parlamentaria y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 25-11-2005 (VIII Legislatura), sección del Congreso de los Diputados, serie A, número 60-1, el cual se aporta como documento 6 de la demanda. En dicho Proyecto, se señalaba *“artículo único: La Ley orgánica 2/1979, de 3-10, del Tribunal Constitucional, se modifica en los siguientes términos: Uno.- El artículo 4 queda redactado del siguiente modo: “Artículo 4. 1. En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla y podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia en los asuntos sometidos a su conocimiento. 2. Las resoluciones del Tribunal Constitucional agotan la vía jurisdiccional interna. **Ninguna otra jurisdicción del Estado puede enjuiciarlas a ningún efecto.** 3. El Tribunal podrá anular de oficio los actos y resoluciones que contravengan lo dispuesto en los dos apartados anteriores, previa audiencia del Fiscal General del Estado y del órgano autor del acto o resolución”. (...)* Nueve.- El artículo 22 tendrá la siguiente redacción: *“Artículo 22. 1. Los Magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad, responsabilidad y dignidad inherentes a ella. 2. **Serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta ley establece, ni encausados ni perseguidos por las opiniones expresadas y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones”.**”.*

3º Tras la presentación del mencionado Proyecto de Ley, se abrió un plazo de presentación de enmiendas, sin que el Grupo Parlamentario del PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL –que sostiene al Gobierno– presentase una sola enmienda, oponiéndose además a las enmiendas que durante la tramitación presentaron el Grupo Parlamentario Popular, Vasco (EAJ-PNV), Izquierda Verde – IU – ICV y Catalán (CiU), enmiendas que están publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 23-2-2006 (VIII Legislatura), sección del Congreso de los Diputados, serie A, número 60-7, el cual se aporta como documento 7 de la demanda. Además, la Propuesta del informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 2/1979 señaló *“... una regulación como la que se propone convertiría de entrada a los Magistrados del Tribunal Constitucional en los únicos ciudadanos del Estado español absolutamente exentos de responsabilidad por sus actos, más allá incluso del régimen de inviolabilidad que se prevé para S. M. el Rey”.*



Madrid

Administración
de Justicia

4º Con apoyo de los votos del Grupo Parlamentario del PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL, se aprobó finalmente la Ley Orgánica 6/2007, de 24-5, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3-10, del Tribunal Constitucional, publicándose en el BOE de 25-5-2007, modificando el apartado 1º del artículo único de la primera el art. 4 de la segunda, al dar nueva redacción a su apartado 2º con el siguiente tenor literal: *"Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado"*, a la vez que se introdujo un 2º apartado al art. 22 en el siguiente sentido: *"Serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta ley establece, ni encausados ni perseguidos por las opiniones expresadas y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones"* (sic, folio 4 de la demanda). En la audiencia previa se corrigió el error sufrido en la demanda al reseñar en ella que la LO 6/07 modificó el art. 22 de la LOTC al introducir un segundo apartado, aclarando que si bien se intentó modificar a través del Proyecto de dicha Ley, finalmente no fue así.

5º El aquí demandante es parte demandada en el recurso de amparo 1091/2004 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional presentado por Don Manuel Jiménez de Parga y otros diez Magistrados del Tribunal Constitucional contra la sentencia nº 51/04 de la Sala I del Tribunal Supremo de 23-1-2004, que declaró la responsabilidad civil de dichos recurrentes en amparo a través de un previo recurso de responsabilidad civil interpuesto por el aquí demandante (documentos 9 al 12 de la demanda). Este hecho se narra entre la fundamentación jurídica de la demanda al folio 8.

6º El demandante es un Abogado con práctica usual en derechos fundamentales (este hecho se alega entre los fundamentos jurídicos, al folio 8 de la demanda).

Llegados a este punto, antes de reseñar la fundamentación jurídica de la demanda, debemos llamar la atención sobre la confusión mostrada por la parte actora en la propia demanda y por extensión en la audiencia previa entre *"hechos"*, que pueden ser objeto de prueba y una vez probados vinculan al tribunal, y *"fundamentación o valoraciones jurídicas"*, las cuales no vinculan al tribunal a la hora de aplicar el derecho, prueba de esta confusión es que también en la demanda se contienen esas *"valoraciones jurídicas"* como *"hechos en los que se sustenta la demanda"*, en concreto el hecho 5º de la demanda (folios 5, 6 y 7).

Jurídicamente, al margen por tanto de lo que son cuestiones fácticas, con independencia del lugar de la demanda donde se narren unos u otras, pues su ubicación en el escrito inicial no tiene la virtualidad de convertir en hecho lo que es una valoración jurídica, ni viceversa, como decíamos, en la fundamentación jurídica de la demanda la parte actora considera que los partidos políticos son empresas de servicios administrativos o electorales, basándose para ello en la concepción que



Madrid

Administración
de Justicia

ofrece el premio Nobel de Economía James M. Buchanan en su tesis o teoría de la *Public Choice*, por lo cual quedan sometidos al art. 2 de la Ley General de Publicidad (LGP), al deber de veracidad de ésta y a las exigencias de la buena fe. Entiende -igualmente se trata de una valoración jurídica, y no de un hecho que puede ser objeto de prueba- que el demandado ha incurrido en publicidad engañosa, pues al presentar el Proyecto de Ley y luego apoyar la modificación de la Ley Orgánica 2/1979 ha infringido el art. 3.2 LGP que prohíbe la publicidad ilícita, precepto que pone en relación con el art. 4 que define como engañosa la publicidad que de cualquier manera induce o puede inducir a error a sus destinatarios. Continúa la demanda, e un intento de demostrar que la Ley General de Publicidad se aplica a los Partidos políticos, haciendo referencia al art. 10 de dicha Ley, que define como anunciante a toda persona física o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad, luego los Partidos pueden ser anunciantes. Toda esta fundamentación se desarrolla en los folios 9 al 13 de la demanda y, erróneamente, mezclado entre los hechos, en los folios 5 al 7, en concreto es el hecho 5º de la demanda.

Respecto de la acción por la que se reclama una indemnización de 4.000 euros, el demandante afirma que la infracción del Programa electoral de 2004, en el punto indicado, además de ser publicidad engañosa, es un acto culposo o doloso que ha causado un daño moral al actor, pues éste es demandado en un recurso de amparo interpuesto por los Magistrados del Tribunal Constitucional, viéndose afectado o perjudicado por la falta de seriedad y lealtad al principio jurídico del deber de actuar con buena fe que atañe al demandado, lo que infringe el art. 1902 CC, concurriendo una culpa o negligencia (el PSOE tenía el deber de actuar con buena fe con los destinatarios de su publicidad, y actuó de mala fe cuando decidió violar el compromiso adquirido, tanto respecto de sus electores, como respecto de los ciudadanos a los que se dirige la publicidad), un acto dañino (que queda consumado con la aprobación de la LO de reforma de la LOTC) y una relación de causalidad (evidente, porque ha sido el Grupo Parlamentario y el Gobierno del Partido demandado quien ha ejecutado los actos infractores de su Programa electoral de 2004), por lo que debe compensarse al demandante en su daño profesional con el reconocimiento público de la violación de la promesa electoral y el pago de una indemnización de 4 mil euros (folio 15 de la demanda).

SEGUNDO.- La parte demandada, a la que nos referiremos con su acrónimo PSOE, se opone a la demanda, no en cuanto a los hechos narrados que aquí se han transcrito en el fundamento anterior, en los párrafos bajo los números 1º a 4º, pero sí en cuanto a la fundamentación jurídica de la misma, invocando con una compleja sistemática, pues se mezclan argumentos de oposición al fondo con los esgrimidos en las diferentes excepciones, usando además un mismo motivo para invocar diversas excepciones, lo que debe llevar a exponer los motivos de oposición con una sistemática diferente, como decíamos, el demandado, se opone por los siguientes motivos:



Madrid

Ilustración
de Justicia

En primer lugar, invoca el demandado la falta de legitimación activa del demandante, pues éste no es titular de ninguna relación jurídica o derecho subjetivo respecto del PSOE, no solo porque del Programa electoral de 2004 no se deriva ninguna relación jurídica, sino porque incluso aún cuando se derivara, no consta que votara al PSOE en las elecciones generales de 2004 (folio 6 de la contestación). Tampoco consta -continúa el demandado- que el demandante tenga interés legítimo, pues el que se invoca en la demanda -*ser parte demandada en el recurso de amparo 1091/2004 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional interpuesto por D Manuel Jiménez de Parga y otros diez Magistrados del Tribunal Constitucional dirigido contra la sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004*- es algo ajeno al PSOE, pues ni el PSOE ha apoyado ni puede apoyar la reforma de la LOTC (LO 2/79), al carecer de iniciativa legislativa, y además el Programa de 2004, en lo que constituye objeto del litigio, no se refería a tales Magistrados del Constitucional, siendo que el otro interés que se invoca en la demanda -*ser abogado con práctica usual en derechos fundamentales y representar la publicidad engañosa del PSOE objeto de la litis un ataque a su competencia profesional para exigir responsabilidades a los Magistrados del Tribunal Constitucional*- es también inexistente, dado que el PSOE no ha realizado ningún ataque a la competencia profesional del actor para exigir responsabilidades a Magistrados del Constitucional, ni puede ser responsable de quitarle como clientes a quienes se vean afectados por la actuación de los Magistrados del Tribunal Constitucional, careciendo por tanto de interés legítimo (folio 6-7 de la contestación). Tampoco el demandante tiene legitimación como defensor de intereses difusos, pues no se encuentra en ninguno de los supuestos del art. 11 LEC (folio 7 de la contestación). Finalmente, se cierra el capítulo de análisis de la legitimación activa del actor, haciendo referencia a que, respecto de la acción de cesación de publicidad ilícita, jamás puede darse la acción que pretende el demandante -se trata por tanto la alegación de una falta de acción, en el sentido que la distingue de la de falta de legitimación activa *ad causam* la SAP Madrid secc 10 de 26-2-2000 o la STS de 1-2-1994-, porque el Programa electoral impugnado no es publicidad a efectos de la LGP (folios 7 y 14-17 de la contestación).

También se invoca la falta de legitimación pasiva del PSOE, pues el demandante confunde al Gobierno del estado, regulado en el art. 97-98 CE y la LG (Ley 50/97), donde no se menciona a los partidos políticos, con el PSOE, que como partido político está regulado en la LOPP.PP. (LO 6/02), la LOFPP.PP. (LO 3/87, debemos reseñar que actualmente está derogada, desde el 6-7-07, por la LO 8/07) y la LOREGGE (LO 5/85); añade a lo anterior, aunque fuera del análisis de la falta de legitimación pasiva, que la iniciativa legislativa corresponde según el art. 87 CE al Gobierno, al Congreso y al Senado, así como a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y la iniciativa popular, careciendo de iniciativa legislativa cualquier partido político y con ello el PSOE, y que además, en el caso de la Ley Orgánica, como la presente, el art. 81.2 CE



Madrid

Administración
de Justicia

exige para su aprobación la mayoría absoluta del Congreso, por lo que en consecuencia, el PSOE ni promovió la reforma de la LOTC ni la aprobó, por lo que carece de la cualidad de sujeto pasivo de la acción ejercitada (folios 8 y último párrafo del 7 de la contestación a la demanda, se desarrolla la distinción entre Gobierno y partido a los folios 9 al 11).

Además se señala que el actor carece de la acción que ejercita, pues el actor no ostenta ningún derecho o interés legítimo (folio 8 de la contestación), entendiéndose también que ésta carece de objeto, porque el Programa electoral al que se refiere la demanda lo fue en las pasadas elecciones (2004), habiendo terminado la Legislatura para la que se aprobó, habiéndose celebrado nuevas elecciones en 2008 con otro Programa diferente (folio 7 de la contestación).

Igualmente, el demandado se opone en cuanto al fondo del asunto, alegando en primer término que la cita de la página 44 de su Programa electoral de 2004, que en la demanda es objeto de calificación como publicidad ilícita por engañosa, o sea, la frase *Incidiremos de modo especial en la transparencia de la Justicia y en la exigencia de responsabilidad de los jueces y funcionarios judiciales*, no puede considerarse incluidos a los Magistrados del Tribunal Constitucional, pues se refiere a los miembros del Poder Judicial y de la Administración de Justicia, entre los que no se encuentran aquéllos, como refleja el hecho de que en la Constitución Española el Poder Judicial aparece regulado en el Título VII y el Tribunal Constitucional en el Título IX (folio 3 y 12 de la contestación). También afirma que el PSOE no realiza ningún tipo de publicidad que pueda calificarse como tramposa o engañosa, y además carece de la facultad de convertir su Programa electoral en un anteproyecto de Ley, pues esa potestad no la tiene ningún partido político, y menos aún respecto de una Ley Orgánica, por lo que la responsabilidad exigida tiene un objeto imposible, desde cualquiera de las perspectivas que contempla nuestro ordenamiento jurídico (folio 4 de la contestación). Añade el demandado que la actividad electoral de los partidos políticos está excluida desde todos los puntos de vista posibles del ámbito de aplicación de la LGP, pues el proceso electoral tiene su regulación específica en la LOREG (LO 5/85), en la que no se menciona ningún "mercado electoral", ni "clientes votantes", ni "servicios de tipo político administrativo", siendo el único argumento de apoyo a las valoraciones del demandante la cita de un economista extranjero, que no es fuente del derecho, por lo que como los partidos políticos no realizan ninguna actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, ni promueven de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones, no puede aplicarse la LGP a sus Programas electorales (folios 4-5 y 14-17 de la contestación).

Respecto de la responsabilidad extracontractual, afirma el demandado que no existe en el presente caso una acción u omisión culposa, pues la demanda no dice cuál era la diligencia exigible al PSOE, siendo que la



Madrid

Administración
de Justicia

acción del Consejo de Ministros presentando el Proyecto de Ley de modificación de la LOTC, y la ulterior aprobación de dicha Ley de reforma por las Cortes Generales no es imputable al demandado, ni es una acción que pueda calificarse de antijurídica; además, no existe un daño moral, pues aunque se alega que el actor es demandado en un recurso de amparo, no consta el daño que pueda haberse producido; finalmente, no existe nexo causal entre la acción u omisión atribuible al demandado y los supuestos daños morales que se hayan causado al demandante, que además ya se ha dicho que no se prueban, siendo que en todo caso éstos serían imputables al Consejo de Ministros que presentó el Proyecto de Ley o a las Cortes Generales que aprobaron la reforma (folios 13 y 14 de la contestación).

TERCERO.- En la audiencia previa, el demandante se opone a las diversas excepciones planteadas en la contestación a la demanda. En primer lugar, se indica que existe un interés legítimo del demandante, lo que le otorga legitimación activa conforme al art. 25.1 y 29.3.e LGP, pues aparece como parte demandada en el recurso de amparo que se cita en la demanda (folio 8 y 14), siendo indiferente si ha votado o no al PSOE; además, se opone a la falta de legitimación pasiva, pues el demandado tiene personalidad jurídica propia y es una persona jurídica privada, ostentando un poder de control sobre la acción de los parlamentarios del PSOE, según sus estatutos, mecanismos de control que pudo pero que no ha ejercitado contra la reforma de la LOTC, al contrario, auspició dicha reforma, lo que le confiere dicha legitimación pasiva en este pleito por no haber actuado contra la reforma como proclamaba en su Programa; en cuanto a la falta de acción se opone, porque éstas son las que regulan los arts. 29 LGP y 1902 CC, y al tener el actor legitimación activa y el demandado la pasiva, existe acción.

CUARTO.- Expuestos como antecede los términos del debate, y atendiendo a una lógica procesal, procede resolver en primer lugar la acción principal, o sea, la de cesación de publicidad ilegal, que da lugar a las peticiones 1ª y 2ª del suplico de la demanda, y dentro de dicha acción, debemos resolver primeramente las excepciones planteadas en la contestación a la demanda, pronunciándonos inicialmente sobre la excepción de falta de legitimación activa del demandante, así como la excepción de falta de acción, íntimamente vinculada con la anterior, como ahora veremos, pues de resolver primeramente la de falta de legitimación pasiva, sin pronunciarnos sobre la activa, podría plantearse nuevamente la misma demandada contra cualquier otra persona física o jurídica, lo que no ocurre si se determina una carencia de acción o de legitimación del actor.

El planteamiento del demandante, al contestar a la excepción en la audiencia previa, es que él está legitimado para el ejercicio de la acción de cesación de publicidad ilícita conforme al art. 25.1 y 29.3.e LGP, pues como demuestra el documento 9 de la demanda, el aquí actor aparece como parte demandada en el recurso de amparo 1091/2004 de la Sala



Madrid

Administración
de Justicia

Segunda del Tribunal Constitucional, interpuesto por Don Manuel Jiménez de Parga y otros diez Magistrados del Tribunal Constitucional, dirigido contra la sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004, sentencia esta última que les condenó por responsabilidad civil derivada de culpa grave (sic folio 8 de la demanda); además, el actor tiene interés legítimo porque es Abogado con práctica usual en derechos fundamentales, y la publicidad engañosa del PSOE, objeto de la litis, es un ataque a su competencia profesional para exigir responsabilidades a los Magistrados del Tribunal Constitucional, cosa que desde la reforma por LO 6/07 no podrá realizar, siendo que además los afectados por resoluciones de dicho Tribunal no van a poder ser clientes del Abogado demandante (sic folio 8 de la demanda); en todo caso, considera el demandante que cuenta con legitimación para la defensa del interés difuso que representan los ciudadanos afectados por una publicidad engañosa (sic folio 8 de la demanda).

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación de publicidad ilícita, en lo que aquí interesa, aparece regulada en el art. 29.3.e) LGP, pues al tratarse de una norma sectorial especial, tiene aplicación preferente sobre la regulación de la legitimación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ahora bien, como hemos dicho en el fundamento segundo de esta sentencia, el demandado, en diversos apartados de su escrito de contestación, así en los folios 4-5 (hecho 5º de la contestación), penúltimo párrafo del folio 7 y folios 14-17, afirma que la pretensión ejercitada es imposible, porque el Programa electoral del PSOE para las elecciones generales del 2004 no está sometido a la LGP.

Por tanto, está claro que para analizar si el demandante está legitimado activamente, o sea, para aplicar el art. 29.3.e) LGP, primero debemos analizar si resulta aplicable al supuesto de hecho tal Ley que regula la publicidad, en concreto el art. 4 que regula la engañosa, pues si no hacemos ese inicial análisis y aplicamos el art. 29 LGP sin más podría interpretarse como dar por sentado que al fondo del asunto le es aplicable dicha regulación.

El art. 2 de dicha Ley nos define qué publicidad es objeto de esa regulación, señalando que *a los efectos de la dicha Ley se entiende por Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.*

Según la exposición de motivos de dicha Ley, con la misma se trata de transponer la normativa comunitaria en la materia, en concreto la Directiva 84/450/CEE relativa a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los países miembros en lo que afecta a la publicidad engañosa, hoy derogada.



Madrid



Administración
de Justicia

En el art. 2 de dicha Directiva se señalaba "*publicidad: toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones;...*".

Así las cosas, la actividad publicitaria regulada en la LGP, dejando a un lado por las razones que luego explicamos el Título III de dicha Ley, relativo a la contratación, que tiene un ámbito de aplicación más amplio, como decíamos la actividad publicitaria a la que se aplican los Títulos I, II y IV de la LGP es la que realizan los *comerciantes, industriales, artesanos y profesionales liberales* para conseguir que les contraten los potenciales clientes de sus servicios, o sea, como dice la Directiva citada en su art. 1, *los consumidores y el público en general*. Por *comerciante*, el Código de Comercio dice que hemos de entender a los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente, y las compañías mercantiles o industriales que se constituyen conforme a este Código. Por *industrial* hemos de entender a la persona que vive del ejercicio de una industria o es propietario de ella (Diccionario RAE). Por *artesano* nos referiremos a la persona que ejercita un arte u oficio meramente mecánico (Diccionario RAE). Por *profesional liberal* hacemos referencia al empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución (Diccionario RAE). De lo anterior resulta que la actividad a la que se refiere el citado precepto (art 2) para definir el ámbito de aplicación es la desarrollada por determinados agentes en el mercado económico, entendiéndolo como tal aquél en el que se produce el intercambio de bienes y servicios, o sea, el art. 2 se refiere a la actividad que se desarrolla para que el resto de intervinientes de ese mercado –los potenciales clientes o consumidores- les contraten. En este sentido, la LGP –art. 4- define la publicidad engañosa como la "*publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o pueda inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor*", mientras la Directiva citada –art. 2- dice "*es engañosa la publicidad... que induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor*". No cabe duda, pues, que la calificación que de publicidad engañosa hacen dichos Textos, solo puede predicarse de aquella publicidad que persigue un fin económico.

El objeto de este pleito, el Programa electoral con el que el PSOE concurre a las elecciones generales del 2004, no constituye expresión de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, tal y como las acabamos de definir, ni la finalidad del mismo es promover directa o indirectamente la adquisición de bienes o la contratación de servicios. Su elaboración y difusión no constituyen una actividad del mercado económico, por la misma razón que quienes convencidos por su contenido votaron la propuesta política del PSOE en las elecciones



Madrid

Administración
de Justicia

generales del 2004, no se convierten en consumidores o usuarios por tal hecho, ni su decisión constituye ese comportamiento económico a que se refieren el art. 4 LGP y 2 de la Directiva según hemos expuesto en el párrafo precedente.

Para combatir lo anterior, el demandante alude a la teoría de la elección pública (*Public Choice*) del premio Nobel de Economía (1986) James M. Buchanan, el cual, según se expone en la demanda, considera que *los partidos políticos son empresas de servicios administrativos o electorales* (sic). Dicha opinión, que no tiene más valor que el sociológico, no constituye desde luego fuente del derecho, ni tan siquiera doctrina jurídica que vincule en mayor o menor grado a este tribunal. Si le vinculan las normas del ordenamiento jurídico español, entre las cuales se encuentran el art. 6 CE, que dice "*Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política*", asimismo la LO 6/2002, normas que desde luego no configuran la actividad electoral desarrollada por los partidos -como es la elaboración de un Programa electoral- como un acto de mercado. Los partidos políticos se configuran como parte integrante de las instituciones del estado, y así en esta línea la campaña electoral viene configurada en la LOREGGE (LO 5/85) como una **publicidad institucional** (art. 50).

Por tanto, si los partidos políticos como lo es el aquí demandado no son agentes que en el mercado prestan sus servicios a cambio de una retribución o contraprestación, no les resulta aplicable el art. 4, ni el resto de preceptos del Título II de la LGP.

En la demanda el actor considera que como un partido político puede ser anunciante conforme al art. 10 LGP, dicha Ley globalmente considerada le resulta de aplicación; afirmación esta acertada en su primera parte, no en la segunda, porque olvida sin embargo que el art. 9 LGP dispone: "*Los contratos publicitarios se regirán por las normas contenidas en el presente Título, y en su defecto, por las reglas generales del Derecho Común. Lo dispuesto en el mismo será de aplicación a todos los contratos publicitarios, aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el art. 2*", precepto este que no viene sino a demostrar que no todas las actividades publicitarias están comprendidas en la regulación contenida en el Título I y II de la Ley (arts. 1 al 8), y que precisamente por disponerlo el art. 9, el Título III de la Ley sí que se aplica a todo contrato por el cual una persona física o jurídica encarga a otra la realización de publicidad o su difusión, o sea, el Título II no será de aplicación al Programa electoral de un partido político, por disponerlo el art. 2, mientras que el Título III sí será de aplicación a los contratos que celebre ese partido para difundir su Programa como expresión de sus ideas, porque así lo quiere el art. 9, sin perjuicio claro está de lo que disponen los arts. 50 al 68 de la LOREGGE para el periodo de campaña electoral a que se refiere el art. 51 del mismo Texto.



Madrid



Administración
de Justicia

En un sentido idéntico al de esta sentencia se ha pronunciado ya la secc. 28ª (Mercantil) de la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia nº 169/2008, de 27-6 (AC 2008/1560), que concluye que ni el art. 2, ni los Títulos II y IV de la LGP son aplicables directamente o por analogía a la actividad política desarrollada fuera o no de campaña electoral.

Descartada la aplicación de los arts. 2, 3 y 4 LGP al Programa electoral con el que el PSOE concurrió a las elecciones del 2004, debemos compartir la tesis del demandado que sostiene la falta de acción que el actor ejercita, entendiendo dicha excepción por las notas que según la SAP Madrid secc 10 de 26-2-2000 o la STS de 1-2-1994 se distingue de la de falta de legitimación activa *ad causam*.

QUINTO.- La segunda de las pretensiones del demandante, referida a que se declare la obligación del demandado a indemnizar al demandante por culpa aquiliana (art. 1902 CC) en la cifra de 4.000 euros por violación de los arts. 24 y 117.1 CE al ser contraria a derecho la exoneración de responsabilidad concedida por la Ley aprobada por el partido demandado a los magistrados del Tribunal Constitucional, suma que el demandante destinará, como queda dicho, a una causa de interés social y no a uso propio (punto 3º del suplico) debe ser igualmente desestimada. Antes se debe advertir que dicha acción se vincula en este pleito en cuanto a la causa de pedir con el hecho de que según la demanda el PSOE realizó una publicidad engañosa y/o violó el compromiso adquirido en la misma, pues tenía el deber de actuar con buena fe con los destinatarios de su publicidad (sic folio 15 de la demanda, igualmente el 8), lo que se reseña a efectos de salvar la competencia objetiva material de este Juzgado, siendo que además en otra demanda donde se ejercitaba una acción similar a la presente, la Audiencia Provincial de Madrid, secc 13ª, determinó en su auto de 17-6-07 (rollo de apelación 189/07) que la competencia para conocer de la misma era de los Juzgados de lo Mercantil (ver documento 1 de la demanda).

Y debe desestimarse la pretensión porque no consta cuál es el daño sufrido por el actor y por el que reclama 4.000 euros. Es de observar que el demandante inicialmente ni tan siquiera dice qué daño es el infligido a su persona (léase el folio 15 de la demanda), si bien luego concreta que ese daño es el profesional (lo dice al folio 16 primer párrafo), lo que debe llevarnos al folio 8 de la demanda, pues es donde refiere tal daño profesional.

Considera el demandante que dicho daño se produce porque es parte en el recurso de amparo nº 1091/04 al que hacemos referencia en el fundamento primero de esta sentencia bajo el ordinal 5º, que ha sido presentado contra una sentencia a la que también hacemos referencia en dicho apartado. Sin embargo difícilmente la reforma operada por LO 6/2007 puede causarle perjuicios de tal tipo cuando el recurso se interpuso antes de la reforma, en concreto el 23-2-04, como vemos al documento 12 de la demanda, sin que se fundamente ese recurso de



Madrid

Administración
de Justicia

amparo en la reforma de 2007, por la sencilla razón de que ésta es posterior.

También considera el demandante que la reforma citada le perjudica porque es Abogado con práctica habitual en derechos fundamentales. Pues bien, tal particular, al que se refiere el fundamento primero ordinal 6º de esta sentencia, no está acreditado, pese a ser el único hecho que debía acreditar el actor, pues ni es hecho notorio ni es hecho acreditado con la documental, y pese a ello la prueba propuesta, toda referida a dirigentes y miembros del PSOE, no estaba orientada a su demostración; pero en cualquier caso, aún cuando fuera cierto, no se ve cómo la reforma operada por LO 6/07 afectará a dicho ejercicio profesional, ni cómo reduce su "cartera de clientes", pues el actor parte de un hecho hipotético, de un futurible, cual es que aquellos particulares que quisieran reclamar responsabilidad civil contra los Magistrados de dicho Tribunal, han dejado de ser sus clientes. Y sabido es que el daño indemnizable al amparo de la acción como la que se ejercita debe ser un daño real, no una hipótesis.

Tampoco hay una conducta que pueda considerarse negligente por parte del partido demandado, por el sencillo argumento de que este Juzgado carece de jurisdicción para declarar que una Ley Orgánica aprobada en las Cortes Generales es contraria a la Constitución, siendo tal declaración presupuesto previo y necesario de la indemnización reclamada y por tanto de la declaración de responsabilidad extracontractual solicitada, pues tal es el acto que la demanda califica de negligente o culposo cometido por el PSOE, *haber contribuido o no haber evitado la presentación del Proyecto de Ley, su discusión parlamentaria y la aprobación de una Ley Orgánica que -según el demandante- es inconstitucional* (sic), declaración esta que excede, con mucho, la potestad de este órgano.

Pero además, abundando lo anterior, difícilmente puede imputarse una actuación negligente o culposa a un partido político por un hecho como el aquí analizado -aprobación por las Cortes de una Ley Orgánica-, cuando resulta:

1º Que el partido demandado -como cualquier otro- carece de facultades (o potestad) en orden a la iniciativa legislativa, que como dice la contestación a la demanda corresponde, según el art. 87 CE al Gobierno, al Congreso y al Senado, así como a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y al pueblo en determinadas condiciones (la iniciativa popular), careciendo de iniciativa legislativa cualquier partido político y con ello el PSOE. En el caso concreto de la reforma de la LOTC, como hemos dicho en el ordinal 1º del fundamento primero de esta sentencia, fue el Consejo de Ministros quien presentó a la Mesa del Congreso un Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 2/79 del Tribunal Constitucional, luego difícilmente puede imputarse intervención sobre tal hecho al partido demandado, toda vez que el Gobierno es independiente al partido al que pueda pertenecer su Presidente, ni tan siquiera está sometido a su control, pues el control del



Madrid

Administración
de Justicia

Gobierno lo ejercen precisamente las Cortes (art. 108 ss CE y 26.2 Ley 50/97).

2º Las Leyes Orgánicas, como la que es objeto de la demanda, deben ser aprobadas por mayoría absoluta del Congreso (art 81.2 CE), votación en la que para nada interviene el partido político al que pertenecen quienes la votan, o sea, los Diputados o el Grupo Parlamentario, pues según el art. 67.2 CE "*Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo*", y como sabemos la prohibición del mandato imperativo asegura a los Parlamentarios la libertad de voto en todas las cuestiones sometidas a las Cámaras, sin atender a instrucciones que puedan impartir sus electores o sus partidos políticos, y ello pese a que los partidos puedan incluir en sus estatutos normas sobre la disciplina de voto, pues en ningún caso estas normas pueden impedir al Parlamentario la libertad de voto, como ocurrió en el caso Tamayo y Sáez, aunque fuera en la Asamblea de Madrid. Luego difícilmente puede atribuirse responsabilidad al partido político por la votación que hacen los Diputados del Grupo Parlamentario de dicho partido, y ni tan siquiera a aquéllos, pues como sabemos el art. 71.1 CE les otorga inviolabilidad en el ejercicio de sus funciones como Parlamentarios.

Por tanto, ninguna acción u omisión sería achacable al PSOE en la proposición, discusión y aprobación de la reforma de la LOTC tan repetida.

SEXTO.- Por aplicación del criterio del art. 394 LEC, al ser totalmente desestimada la demanda, se deben imponer las costas a la parte demandante. El demandado solicita que se haga imposición de costas con declaración de temeridad, lo que debe ser acogido, considerando que el actor ejercita una acción que no tiene, fundamentándola en una opinión sociológica y ningún apoyo jurídico, ni legal ni doctrinal, y que en una primera sentencia, aunque anulada, ya fue desestimada su pretensión, reiterándola ahora con idénticos argumentos, considerando asimismo que la proposición de prueba del actor, solicitando la presencia como testigos de miembros del Gobierno, del Grupo Parlamentario del PSOE y miembros del PSOE para interpellarles sobre sus valoraciones jurídicas constituye un abuso de su derecho a obtener prueba y denota esa temeridad.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO.- Que desestimando la demanda que ha dado lugar a los presentes autos de Juicio Ordinario número 49/2008, seguidos a instancia de la Procuradora Doña Mónica Paloma Fente Delgado, en nombre y representación de Don José Luis Mazón Costa, contra el PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL, representado por la Procuradora Doña Virginia Aragón Segura, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a dicho demandado de todas las pretensiones contenidas en



Madrid

Administración
de Justicia

la demanda, declarando expresamente que respecto de la acción ejercitada al amparo del art. 2, 3 y 4 de la Ley General de Publicidad, la desestimación lo es por apreciar la excepción de falta de acción, al no estar sometido el Programa electoral del PSOE del año 2004 a dichos preceptos, imponiendo las costas a la parte actora con declaración expresa de temeridad.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que, al no ser firme, contra la misma cabe interponer recurso de Apelación ante este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, el cual habrá de prepararse por escrito ante este mismo Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación.

Así por esta mi Sentencia de la que se unirá certificación a los autos correspondientes, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada que fue la anterior Sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, en el día de su fecha estando celebrando audiencia pública. Doy fe.



Madrid