



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: **EVARISTO MOLINE**

Año XVI. Número 2771

Madrid, miércoles 16 de diciembre de 2009



## TS PENAL

2009/158064

TS Sala 2ª, Sentencia 6 julio 2009. Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Engaño sobrevenido

## Absolución del delito de estafa

*Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito de estafa. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, al considerar que el artificio engañoso -como expresión del dolo del comprador de ocultar los bienes adquiridos y de no pagar su precio- surge con posterioridad a la formalización del contrato de compraventa, es decir, se trata de lo que viene denominado como engaño sobrevenido o "dolo subsequens", que excluye la calificación de los hechos como delito de estafa.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación se interpone por el acusado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que le condenó como responsable de un delito de estafa previsto y penado en los arts. 248 y 249 C.P.

Es en el motivo segundo del recurso donde radica el núcleo impugnativo que desarrolla el condenado en la instancia, sosteniendo, a partir de una argumentación combinada en falta de prueba de cargo y error de calificación, lo improcedente del pronunciamiento condenatorio, de suerte que para resolver la reclamación casacional será necesario analizar el contenido del "factum" para verificar si los datos que en el mismo figuran han quedado debida y legalmente acreditados y proceder, finalmente, a determinar si los hechos allí relatados se integran en el delito sancionado.

El Hecho Probado declara que:

Para la elaboración del Diario de Andalucía en Almería, la entidad Editorial Sur Andalucía, S.L. adquirió durante los meses de diciembre de 1999 y enero de 2000 a Autoedi-

ción gráfica, S.A., con la que había mantenido previamente satisfactorias relaciones comerciales, material de oficina e informático por importe de 9.961.778 pesetas, que se instaló en el local sito en el núm. 47 de la Avda. Federico García Lorca de Almería.

Como medio de pago de la citada deuda se libraron tres pagarés por importe de 3.257.068 pesetas cada uno de ellos, con vencimiento 5 de marzo del 2000; otros dos con vencimientos el 29 de marzo de 1999 por 82.633 y 59.450 pesetas y otro con vencimiento el 14 de abril de 2000 por 48.480 pesetas.

El acusado, Florencio, mayor de edad y sin antecedentes penales, intervino en las citadas operaciones como representante legal de Editorial Sur Andalucía S.L.

En fechas próximas al vencimiento de los pagarés, Florencio hizo saber a Sergio, representante de Autoedición Gráfica, S.A., la imposibilidad de atender los mismos a su vencimiento, por lo que ambos pactaron una espera, librándose nuevos pagarés por el importe total adeudado, con vencimiento el día 28 de abril del 2000.

En el mes de abril Florencio comunicó a Sergio la imposibilidad de atender el pago de los nuevos pagarés, informándole, faltando a la verdad, que la maquinaria adquirida había sido vendida por Editorial Sur Andalucía S.L. a Grupo Editorial de Medios de Almería S.L. y que ésta era una filial de su grupo empresarial de total garantía y solvencia, a través de la cual se podría pagar la deuda más rápidamente y con menos inconvenientes.

No obstante, Florencio ocultó que Grupo Editorial de Medios de Almería S.L. no había sido inscrita como sociedad en el Registro Mercantil, no podría abonar la deuda con su patrimonio, pues carecía de liquidez y autonomía presupuestaria y el mobiliario que había adquirido se hallaba en poder de promotora de Información y Medios de Andalucía S.L., sociedad perteneciente también del Grupo empresarial de Editorial Sur de Andalucía, que se había constituido en sustitución de Grupo Editorial de Medios de Almería, S.L., en la que el acusado Florencio también ostentaba cargos de administración.

Seguidamente, Florencio le propuso que Editorial Sur Andalucía S.L. cediera a Autoedición Gráfica, S.A. el crédito que aquella tenía contra Grupo Editorial de Medios de Almería S.L. por importe de 9.961.778 pesetas, correspondiente al precio de venta de la maquinaria en cuestión, a cambio de lo cual Autoedición Gráfica, S.A. liberaría a Editorial Sur Andalucía S.L. del pago de dicha deuda.

Como quiera que Sergio tenía plena confianza en el acusado Florencio y en la empresa que representaba por las relaciones comerciales previamente mantenidas, aceptó la operación.

El 26 de abril de 2000 suscribieron el documento que plasmaba el acuerdo el acusado Florencio, en representación de Editorial Sur Andalucía, S.L.

Sergio, como representante de Autoedición Gráfica, S.A. y el también acusado, Ángel, mayor de edad y sin antecedentes penales, en representación del Grupo Editorial de Medios de Almería, S.L. de la que había sido nombrado administrador, quien firmó por indicación de Florencio y

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Acción de reclamación de responsabilidad contractual **4**

#### PENAL

Absolución del delito de estafa **1**

#### ADMINISTRATIVO

Indemnización por el daño derivado de la falta de consentimiento informado **5**

#### SOCIAL

Intereses aplicables a los salarios de tramitación por despido improcedente **10**

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

**16**

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

Eutimio en la confianza de que los citados pagos que serían afrontados, en todo caso, por Editorial Sur Andalucía, S.L.

Como medio de pago de esa deuda, Grupo Editorial de Medios de Almería, S.L. libró cinco pagarés por importe de 1992.355 pesetas cada uno de ellos, con vencimientos los días 7 de mayo, 7 de junio, 7 de julio, 7 de agosto y 7 de septiembre, todos ellos del año 2000, de los cuales sólo se atendió el pago del primero, estando pendiente el pago de los demás, pese a que los mismos fueron reclamados judicialmente sin éxito por Autoedición Gráfica, S.A.

**SEGUNDO.-** No puede negar el recurrente ausencia de actividad probatoria de contenido incriminatorio a la que la sentencia hace referencia en su motivación fáctica recogida en los Fundamentos Jurídicos primero, segundo y cuarto de la resolución judicial impugnada, en los que, pormenorizada y rigurosamente, el Tribunal a quo reseña las pruebas de confesión, testifical y documental que valora expresamente en una ponderación del amplio y variado material probatorio que concluye con unas conclusiones de todo punto lógicas y racionales que en modo alguno esta Sala de casación puede tildar de absurdas o arbitrarias.

Podemos concluir, pues, que no ha sido quebrantado el principio de presunción de inocencia que se invoca por el recurrente.

**TERCERO.-** Otra cosa es verificar si los Hechos Probados han sido acertadamente calificados como delito de estafa, calificación que también rechaza el motivo.

El delito de estafa requiere la inexcusable concurrencia de los siguientes elementos que lo configuran:

1º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno.

2º) Dicho engaño ha de ser "bastante", es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad

tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.

3º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

4º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohesiona la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

5º) Animo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del CP, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia.

6º) Nexa causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el "dolo subsequens", es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración

del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

Respecto del momento en el que debe aparecer el engaño en la dinámica defraudatoria del agente, la doctrina de esta Sala es uniforme y reiterada al señalar que la maquinación o el artificio engañoso sobre la víctima tiene que anteceder o ser concurrente, no valorándose penalmente el "dolo subsequens", esto es, el sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, siendo ello así porque es la insidia o maquinación desplegada por el sujeto activo sobre el sujeto pasivo la que determina en la víctima el error, el cual, a su vez, genera el acto de disposición patrimonial.

Por eso debe subyacerse la necesidad de la relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio producido, ofreciéndose éste como resultado de aquél.

De este modo, cuando el delito de estafa viene asociado a un negocio jurídico bilateral, el engaño consistirá en el empleo de artificios o maniobras falaces por uno de los contratantes para hacer creer al otro en ciertas cualidades aparentes de la prestación realizada, que son inexistentes, o que cumplirá la prestación futura a que se ha comprometido.

En este último caso se origina un contrato criminalizado en el que el contrato mismo, en una operación de engaño fundamentalmente implícito aunque no privado de exteriorizaciones o manifestaciones que lo delatan, se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude valiéndose el infractor de la confianza y buena fe reinante en la concertación o perfección de los contratos jurídicos, con claro y terminante ánimo "ab initio" de incumplimiento por parte del defraudador (véanse, entre otras muchas, SS.T.S. de 23 de abril de 1997 y las que en ella se citan, 2 de marzo y 19 de mayo de 2000, y 24 de septiembre de 2001).

En el relato histórico de la sentencia deben distinguirse dos momentos fundamentales: el primero, el que tiene lugar durante diciembre de

1999 y enero de 2000 en que se celebraron los contratos para la adquisición por ESA, S.L. del material informático, y se efectuó por dicha entidad la entrega de los pagarés que se citan en el "factum".

El segundo, cuando en el mes de abril de 2000 se realiza la transmisión del crédito de la suministradora a la entidad Gemasa, que resultaba la nueva deudora, y en cuya operación la primera de las citadas efectuó ante la acreedora las maniobras engañosas y fraudulentas que se describen "... y que tenían como finalidad eludir el pago de dicho crédito" (fundamento jurídico primero).

Respecto al primer episodio, que es cuando tiene lugar el acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor que se formaliza en el contrato de compraventa, ningún dato aparece en la declaración de hechos probados que acredite por sí mismo, o permita inferir por vía deductiva, que Esa, S.L. había actuado con la voluntad firme y decidida de no cumplir las obligaciones de pago adquiridas como contraprestación a la recepción de la mercancía y, que, en su caso, habría dado lugar a la modalidad de estafa conocida como "negocio jurídico criminalizado".

En este tipo singular del delito de estafa, el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuridicidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SS.T.S. de 12 de mayo de 1998, 2 de marzo y 2 de noviembre de 2000 y ésta, entre otras).

De suerte que, como decíamos en nuestra sentencia de 26 de febrero de 2001, cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que

contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria, desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia el otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado y todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple y se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado - entre otras, S.S.T.S. de 13 y 26 de febrero de 1990 - (STS de 2 de junio de 1999).

O, como decíamos en nuestra STS de 28 de octubre de 2005, el delito de estafa se realiza también cuando en un determinado contrato una de las partes -el sujeto delincencial-, disimula su verdadero propósito de no cumplir aquellas prestaciones a que por el mismo se obliga, y como consecuencia de ello, la parte contraria, que lo desconoce, cumple lo pactado realizando un acto de disposición del que se lucra el otro.

Prima facie, todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple, descubriéndose este delito cuando posteriormente el estafador no realiza ninguna de las prestaciones a que se obligó (o en algunos casos, sólo lo hace en una pequeña parte, la que le es necesaria para poder seguir lucrándose), consumándose este delito al contratar, concretamente cuando se realiza el acto de disposición por parte del engañado.

Es por ello que la criminalización de los negocios civiles se produce cuando el propósito defraudatorio del agente surge antes o en el momento de celebrar el contrato y es capaz de mover por ello la voluntad de la otra parte, mientras que el dolo en el cumplimiento de las obligaciones, o dolo subsequens, difícilmente podrá ser vehículo de criminalización (STS de 14 de octubre y 27 de mayo de 1988, 14 de enero de 1989, 13 y 26 de febrero de 1990, 16 de septiembre de 1991, 24 de marzo de 1992 y 513, 526, 740 y 939/93); y para acreditar el ánimo de lucro en la concreta actuación que se examine, como elemento subjetivo del injusto, no podrá presumirse, ni siquiera inferirse "iuris tantum", sino que habrá de acudirse necesariamente a la "praesumpti hominis", o si se prefiere, a través de los hechos externos del agente, valorables en este ámbito como prueba indiciaria, pues no en vano la estafa constituye un tipo penal esencialmente doloso.

Así, pues, la ausencia de todo indicio de dolo anterior o concurrente a la firma del contrato por parte de Esa, S.L. supone la falta de tipicidad de la conducta desplegada en ese momento.

Consideración ésta que también asume el Tribunal a quo al delimitar la acción delictiva en la concreta

operación posterior de "la cesión del crédito que Agsa tenía contra Esa", que la sentencia califica de estafa, subsunción que sustenta en el resumido argumento según el cual "la maniobra defraudatoria es obvia: amparándose en la confianza que la entidad querellante tenía depositada en el acusado Florencio y en las distintas empresas del grupo que representaba, con las que había mantenido relaciones comerciales completamente satisfactorias y que era notorio la unión empresarial que existía entre Esa y Gemasa, pues por operaciones anteriores conocía que se dedicaban a editar periódicos en otras provincias, y manifestándole ciertas dificultades financieras de Esa (que podrían ser ciertas), convenció al perjudicado para realizar la operación de cesión de crédito cuando sabía perfectamente que Gemasa carecía no sólo de disponibilidad económica sino de autonomía financiera, debilitando enormemente la posición acreedora que la querellante tenía, por cuanto resulta patente que Gemasa no tenía dinero para hacer frente al pago de la deuda y no tenía personalidad jurídica, como sociedad que no estaba legalmente constituida.

Todo lo cual le permite deducir al Tribunal sentenciador que el contrato de cesión de crédito "... era sólo una ficción más para lograr poner a salvo el mobiliario (recibido) y eludir cualquier tipo de reclamación".

Estas consideraciones expresas del Tribunal de instancia ponen claramente de manifiesto una realidad que no puede desconocerse: la íntima y directa relación entre el precedente negocio jurídico de compraventa y la posterior operación por la que se transfiere la condición de deudor para el pago de los materiales y equipos adquiridos, operación en la que por vez primera aparece la maquinación por parte de la adquirente de dichos bienes que se relata en el "factum" y que tiene por finalidad un doble objetivo: poner los materiales adquiridos fuera del alcance del vendedor y eludir el pago de los mismos.

De aquí se puede extraer ya una primera conclusión, consistente en que el artificio engañoso -como expresión del dolo del comprador de ocultar los bienes adquiridos y de no pagar su precio- surge con posterioridad a la formalización del contrato de compraventa, es decir, se trata de lo que hemos denominado de engaño sobrevenido o "dolo subsequens" que excluye la calificación de los hechos como delito de estafa.

Y, también, una segunda conclusión: que la maniobra defraudatoria ejecutada por el acusado como administrador de Esa, S.L. no determinó el acto de disposición patrimonial por parte de la empresa suministradora de los equipos informáticos, toda vez que esa entrega ya se había producido con anterioridad, por lo

que también faltaría este elemento del delito de estafa.

Por todo lo cual, el motivo debe ser estimado sin necesidad de examinar los demás motivos del recurso.

CUARTO.- No existe ninguna posibilidad de que, en este trance de casación, esta Sala aborde la eventualidad de que los hechos objeto de enjuiciamiento pudieran ser constitutivos de un delito de alzamiento de bienes y así lo declarara, imponiendo la correspondiente sanción al recurrente.

La sentencia objeto del recurso de casación absolvió a los dos acusados de dicho delito y ni la acusación pública ni la acusación particular han impugnado este pronunciamiento absolutorio, por lo que el mismo debe considerarse firme.

■

*"...la maniobra defraudatoria ejecutada por el acusado como administrador (...) no determinó el acto de disposición patrimonial por parte de la empresa suministradora de los equipos informáticos, toda vez que esa entrega ya se había producido con anterioridad, por lo que también faltaría este elemento del delito de estafa."*

■

De lo contrario, nos pondríamos en una situación de completa y absoluta indefensión para el recurrente, que, después de haber sido absuelto del referido delito, se encontraría con una condena por éste como consecuencia de haber recurrido en casación por otro delito distinto por el que fue condenado en la instancia.

Ello conllevaría no sólo la vulneración del principio de la "reformatio in peius", sino, sobre todo y fundamentalmente, provocaría la mencionada indefensión por cuanto al interesado, en el ámbito de este recurso de casación, le estaría vedada incluso la posibilidad de alegar y contradecir los argumentos jurídicos que, en su caso, fundamentaran una declaración de culpabilidad y una condena sin posibilidad alguna de defensa.

No es ocioso señalar que la acusación particular pudo y debió prever que el acusado recurriera en casación

la condena por el delito de estafa que le impuso el Tribunal de instancia, y la razonable posibilidad de que dicho recurso prosperase y el Tribunal Supremo lo estimase y anulase el fallo condenatorio dictado en la instancia.

Si así se hubiera previsto, la acusación particular hubiera podido recurrir en casación la absolución declarada en la instancia por el delito de alzamiento de bienes, lo que hubiera permitido a esta Sala -ahora con todas las garantías de defensa y de tutela judicial para el acusado- pronunciarse y resolver sobre esa concreta cuestión.

No lo hizo así, y ahora esta Sala no puede sancionar por un delito del que se absolvió en la instancia y que no ha sido recurrido por ninguna de las partes en aquel proceso.

### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de precepto constitucional, con estimación de su segundo motivo y sin entrar en el examen de los restantes, interpuesto por la representación del acusado Florencio; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, de fecha 22 de febrero de 2006 en causa seguida contra el mismo y otro por delito de estafa. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso.

Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- José Ramón Soriano Soriano.- Diego Antonio Ramos Gancedo.

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de julio de dos mil nueve

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Sevilla, con el núm. 125 de 2004, y seguida ante la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, por delito de estafa contra el acusado Florencio, con D.N.I. núm. 000, nacido en Ecija (Sevilla), el día 31-3-1961, hijo de Joaquín y de Lourdes, en libertad provisional, de la que no estuvo privado por esta causa y contra Ángel, con D.N.I. núm. 001, nacido en Úbeda (Jaén), el día 5-3-1964, hijo de Juan y de M<sup>a</sup> Carmen, en libertad provisional, de la que no estuvo privado por esta causa, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 22 de febrero de 2006, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo,

integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los que figuran en la primera sentencia de esta Sala.

#### FALLO

Que debemos absolver y absolvermos al acusado Florencio del delito

de estafa que le venía siendo imputado, con todos los pronunciamientos favorables.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- José Ramón Soriano Soriano.- Diego Ramos Gancedo.

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

TROCIENTOS SESENTA Y TRES EUROS CON OCHENTA Y TRES CÉNTIMOS (150.463,83 •), más los intereses legales a partir de su resolución.

“COMERCIAL ABAD Y MARQUÉS, S.L.” ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, con cobertura en el artículo 477.2 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que fue admitido por esta Sala mediante auto de 12 de junio de 2007.

SEGUNDO.- El único motivo del recurso acusa la infracción de los artículos 1100 y 1108 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta y desarrolla, en el sentido de considerar el abono de los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial.

Se denuncia la decisión de la sentencia impugnada de condenar al pago de los intereses legales computados desde la fecha de esa resolución, con la argumentación de que la circunstancia referente a que su pretensión de reclamación de cantidad sólo haya sido estimada parcialmente, no constituye obstáculo para que la suma a cuyo pago ha sido condenada la demandada se considere como líquida, en cuanto derivada de diversas facturas, por lo que dicha cantidad, de conformidad con los preceptos citados como vulnerados, debería generar intereses moratorios desde la fecha de la interpelación judicial, máxime cuando tal extremo fue aceptado por la sentencia de primera instancia e, incompresiblemente, revocado por la de apelación; igualmente, invoca la doctrina sentada al efecto por las SSTs de 8 de marzo de 2002, 10 de abril de 2001 y 8 de noviembre de 2000.

El motivo se estima.

El artículo 1100 se refiere a la mora, cuya incidencia supone el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación y produce el efecto, en virtud del artículo 1101 del Código Civil, de que el deudor queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, la cual, si consiste en una obligación de pago de una cantidad de dinero, se plasmará, con carácter general, salvo pacto en contrario, en el abono de los intereses convenidos o, subsidiariamente, de los legales, conforme al artículo 1108.

El artículo 1108 se ocupa de la obligación accesoria del pago de intereses derivada del cumplimiento tardío y culpable de una obligación, cuando ésta consista en el pago de una cantidad de dinero.

Esta Sala tiene declarado, en sentencia de 16 de noviembre de 2007, lo siguiente: “Ciertamente, durante mucho tiempo, la doctrina jurisprudencial, a través de la exigencia de liquidez y con apoyo en el principio (en realidad regla, o aforismo) de in-

illiquidis non fit mora (sin base histórica ni de derecho positivo), vino manteniendo un criterio muy riguroso al requerir, prácticamente y de modo general, coincidencia de la suma concedida con la suplicada para que pudiera condenarse al pago de los intereses legales desde la interpelación judicial. La exigencia fue atenuada a partir de la sentencia de 5 de marzo de 1992, seguida por las de 17 y 18 de febrero y 21 de marzo de 1994; 19 de junio, 20 de julio, 9 y 30 de diciembre de 1995, y otras muchas posteriores, que sustituye la coincidencia matemática por la sustancial, de modo que una diferencia no desproporcionada de lo concedido con lo pedido no resulta obstáculo al otorgamiento de intereses. A partir del Acuerdo de esta Sala 1ª de 20 de diciembre de 2005 se consolida una nueva orientación, que se plasma en sentencias, entre otras, de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007, que, prescindiendo del alcance dado a la regla in illiquidis non fit mora, atiende al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia para condenar o no al pago de intereses y concreción del dies a quo del devengo. Este moderno criterio, que da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva de la tutela judicial, toma como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado”.

Asimismo, la STS de 2 de julio de 2007 integra el razonamiento que se dice a continuación: “A la luz de esa jurisprudencia procede desestimar el motivo y mantener la condena de (...), a pagar a los demandantes los intereses moratorios a que ha sido condenada en la sentencia recurrida, puesto que, aún siendo menor el importe de la condena impuesta que el de la pretensión deducida en el suplico de la demanda, la falta de disposición del recurrente a liquidarla, priva de justificación al retraso en el pago de lo que los demandantes tienen derecho a recibir”.

La doctrina jurisprudencial recién expuesta es de aplicación para la estimación del motivo.

En el supuesto debatido, la cantidad pecuniaria a que fue condenada la parte demandada deriva de diversas facturas, obviamente conocidas por la misma, y su impago genera intereses moratorios, a lo que no se ha opuesto.

Esta Sala considera que los intereses han de abonarse desde la fecha de la interpelación judicial ante el Juzgado, como se había declarado en la sentencia de primera instancia, cuyo pronunciamiento fue revocado en apelación sin explicación alguna.



2009/171688

TS Sala 1ª, Sentencia 15 julio 2009. Ponente: D. Román García Varela

Abono de intereses moratorios

## Acción de reclamación de responsabilidad contractual

*El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad recurrente -actora- contra la sentencia dictada por la AP, acordando la casación de la sentencia recurrida y la revocación de la sentencia de instancia. Considera el Tribunal, entre otras cuestiones, que debe acogerse la pretensión de la recurrente, quien en su condición de subcontratista reclama de la actora el pago de diversas cantidades derivadas del contrato de obra celebrado, apreciando infracción de los arts 1100 y 1108 CC, debiendo fijar en relación el abono de los intereses legales su aplicación desde la fecha de la interpelación judicial.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad “COMERCIAL ABAD Y MARQUÉS, S.L.” demandó por los trámites del juicio ordinario a la compañía “CONSTRUCCIONES MARTÍNEZ NÚÑEZ, S.A.”, e interesó las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

La actora ha ejercitado acción de reclamación de responsabilidad contractual frente a la demandada, a la que estaba ligada por diversos contratos de obra, en virtud de los cuales la última había subcontratado con aquélla la realización de determinadas unidades de obra de la construcción de un centro sanitario respecto del cual la litigante pasiva era contratista, y solicitó el abono de la cantidad de TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y SEIS EUROS CON DIECISIETE CÉNTIMOS (354.186,17 •) en concepto de

precio no satisfecho de diversos trabajos por ella verificados con ocasión de la citada relación contractual, así como en concepto de indemnización por daños y perjuicios sufridos por diversas causas; también, suplicó que se condenara a la demandada al pago de los intereses legales de dicha cantidad desde el día 12 de diciembre de 2000, fecha del primer requerimiento de pago a la mercantil demandada, fundamentando esta última pretensión en los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, en relación con el artículo 63 del Código de Comercio.

El Juzgado acogió en parte la demanda y condenó a la demandada a que pagara a la actora la cantidad de 27.675,69 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de presentación de la demanda hasta su total pago; y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que condenó a la demandada al abono a la actora de CIENTO CINCUENTA MIL CUA-

TERCERO.- En consecuencia, procede la estimación del recurso de casación, sin hacer pronunciamiento sobre costas causadas en el mismo (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

No hacemos expresa condena de las costas ocasionadas en la primera instancia y en la apelación.

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

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad "COMERCIAL ABAD Y MARQUÉS, S.L." contra la sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha de veintiséis de mayo de dos mil cuatro.

Además, acordamos:

1º.- La casación de la sentencia recurrida.

2º.- La revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 51 de Madrid en fecha de treinta de mayo de dos mil dos.

3º.- La estimación parcial de la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Olga Rodríguez Herranz, en nombre y representación de la entidad "COMERCIAL ABAD Y MARQUÉS, S.L.", contra la compañía "CONSTRUCCIONES MARTÍNEZ NUÑEZ, S.A.", y condenamos a la demandada a que abone a la actora la cantidad de CIENTO CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES EUROS CON OCHENTA Y TRES CÉNTIMOS (150.463,83 €), más los intereses legales desde la fecha de la interposición judicial ante el Juzgado hasta su pago total.

4º.- No hacemos expresa imposición de las costas causadas en las instancias y en este recurso de casación.

Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Roman García Varela; José Antonio Seijas Quintana; Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman García Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2009/240017

## TSJCL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección: 4, Sentencia 30 septiembre 2009. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García

Según la doctrina de pérdida de opción

### Indemnización por el daño derivado de la falta de consentimiento informado

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional que condenó a la Mutua al pago de la cantidad que debería satisfacer a la recurrente por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, derivada de la falta de advertencia de los riesgos derivados de la operación realizada, en la medida en que el recurrente pudo haber optado por otras alternativas a la cirugía abierta practicada. La Sala considera que la falta de consentimiento informado le produjo un daño susceptible de indemnización, pues de no haber ignorado que la intervención que en el año 2000 se le practicó no garantizaba la resolución total del padecimiento que experimentaba, se le privó de tomar la decisión que en uso de su autonomía y dignidad personal considerase más oportuna.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D<sup>a</sup> Nicolasa recurre la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de diez de octubre de dos mil siete, pronunciada en el recurso 460 de 2.004 que estimó en parte el mismo y condenó a la Mutua FREMAP al pago de la cantidad de 9.000 euros que debería satisfacer a la recurrente. El acto impugnado fue según la Sentencia recurrida la resolución desestimatoria por silencio del INSALUD de la petición formulada por la actora en uno de abril de dos mil dos de reclamación por responsabilidad patrimonial.

SEGUNDO.- La Sentencia de instancia en el segundo de sus fundamentos de Derecho efectúa a modo de declaración de hechos probados la síntesis de lo acontecido refiriendo para ello lo que sigue: "Son hechos probados en autos, sin perjuicio de los que se expongan en ulteriores fundamentos jurídicos, por deducirse de los documentos que obran en el expediente administrativo o ser reconocidos por las partes, además de los informes periciales que obra en autos, que la actora de 49 años a la fecha presente, ordenanza de profesión, con fecha 6 de abril de 2.000, acude al servicio de Urgencias por dolor en hombro izquierdo, que aumenta con la movilización, refiriendo entumecimiento en la zona. Obtiene la primera baja en esa fecha. Después de realizar di-

versas pruebas se le diagnostica tendinitis en el hombro izquierdo. Se prescribe brazo en cabestrillo, con antiinflamatorios e infiltraciones, y posterior tratamiento de rehabilitación en los Servicios Médicos del FREMAP de Ávila. A raíz de la realización de una resonancia magnética se le diagnostica tendinitis del supraespinoso, con disminución del espacio subacromial, sin rotura de los tendones del manguito, según informe de fecha 31.8.2000. Es intervenida quirúrgicamente el 16.11.2000 en clínica de FREMAP de Majadahonda, previa autorización del INSALUD, realizando descompresión del espacio con extirpación de ligamento C-A, bursectomía y acromioplastia.

Se practica nueva infiltración en fecha 31 de enero de 2.001 y concluye rehabilitación en Majadahonda, presentando disminución de la movilidad de hombro en rotación interna y pérdida de fuerza. Ante la reaparición del dolor se realiza estudio ecográfico en el que aprecia la existencia de un derrame. En fecha 17.5.2001 se le da el alta médica. Tras período vacacional se instaura tratamiento rehabilitador para potenciar musculatura, apreciándose en ecografía mejora de la situación, signos degenerativos con rotura en el tendón supraespinoso. En fecha 27.11.2001 se le da el alta en rehabilitación.

Realizada exploración en fecha 11.12.2001 presenta hombro doloroso, sensación de entumecimiento, li-

mitación de movimiento de hombro izquierdo y pérdida de fuerza.

En fecha 18.2.2002 se practica resonancia magnética que refleja un compromiso de espacio subacromial. Se le da de baja laboral por depresión durante 2.003 y 2004. En fecha 16.2.2004 se realiza artroscopia en el Hospital de La Paz, apreciándose la existencia de adherencias. Realiza tratamiento rehabilitador durante año y medio después de la última intervención. En junio de 2.005, tras previa resonancia, se aprecia tendinitis del manguito con acromión de morfología ganchosa y nuevo osteofito inferior. Han quedado como secuelas de la recurrente las de dolor en hombro, atrofia muscular y pérdida de fuerza, con limitación de movimiento de hombro izquierdo.

Presentada reclamación de responsabilidad patrimonial frente al INSALUD en fecha 1.4.2002, después de emitirse (sic) el expediente a la Comunidad de Castilla y León en fecha 4.4.2002, finalmente se remite el expediente al INSS en fecha 16 de abril de 2.004, sin que se resolviese la reclamación formulada por la recurrente, quedando desestimada por silencio".

El fundamento tercero de la Sentencia hace un resumen de la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en España, y en el cuarto aborda la resolución de la cuestión planteada y lo hace rechazando las pretendidas vulneraciones de la Lex Artis que se imputan a los responsables de la asistencia sanitaria prestada en la entidad colaboradora en la que autorizada por la Administración se atendió a la recurrente. Para ello se analiza cada una de esas cuestiones poniendo especial atención en la falta de consentimiento informado de la que se deriva una imputación a la entidad codemandada de pérdida de oportunidad al paciente al que como consecuencia de ello debe indemnizarse. Así dice ese fundamento de Derecho lo que sigue: "Para resolver el presente recurso, procederemos a realizar una interpretación conjunta de todos los informes médicos practicados, los cuales han de ser valorados conforme a las reglas de la sana crítica. En esta línea la recurrente centra la negligencia médica imputada al FREMAP en los siguientes extremos: -Falta de tratamiento conservador previo a la intervención de 16 de noviembre de 2.000. La actora se basa para llegar a esta conclusión en el informe de parte del Dr. Pablo.

Pero lo cierto es que de la documental que obra en el expediente se deduce que ese tratamiento conservador existió, y consistió en el empleo de antiinflamatorios, rehabilitación e infiltraciones. Así se deduce del informe de la Dra. Edurne de fecha 18 de junio de 2.001 y del Dr. Victorio de 22.11.2001. E incluso del dictamen del perito de la actora, D. Pablo, en la ratificación de fecha

21 de noviembre de 2.006, a preguntas de este Tribunal, aunque indicase que dicha rehabilitación fue escasa. Y si no comenzó en un primer momento la rehabilitación fue por hallarse el brazo en cabestrillo durante un período de tiempo.

Por otro lado, el informe del Dr. Luis Francisco tampoco ha aclarado suficientemente qué diferencia existió entre el tratamiento previo a la operación realizado y la potenciación muscular al que alude en la ratificación judicial de fecha 13 de febrero de 2.007.- Realización de hasta cinco infiltraciones a la paciente, excediéndose de tres, que se considera, según el informe D. Pablo, como el máximo posible para ser considerada una adecuada práctica clínica. Esta alegación tampoco puede prosperar. Es cierto que antes de dicha intervención se practicaron cuatro infiltraciones a la paciente, lo cual tampoco se revela de por sí como una inadecuada práctica médica, vistos todos los informes evacuados en autos, no obstante el informe de parte aportado por el actor, único que obra en el sentido apuntado por el recurrente.- Realización de una rehabilitación forzada de la paciente, según revela el informe de D<sup>a</sup> Edurne de fecha 18 de junio y 2 de julio de 2.001.

Tampoco ello se revela de por sí como una inadecuada práctica médica, pues el forzamiento es el que va encaminado a la movilización, y no por ello se deduce que sea inadecuado. - Por último, la actora pone de relieve la necesidad de haber acudido a una técnica de cirugía artroscópica con preferencia a la cirugía abierta desarrollada. Para ello se invoca el informe D. Pablo, pero el citado informe se halla desvirtuado por los informes de los Dres. Alejo y D. Luis Francisco (especialmente preguntas 3<sup>a</sup> y 4<sup>a</sup> de la parte recurrente y primera del letrado de FREMAP en la ratificación judicial de fecha 13 de febrero de 2.007).

Falta de consentimiento informado por escrito, exigido por el art. 10.5 de la ley general de Sanidad 14/1986 de 25 de abril. Como sabemos la doctrina del Tribunal Supremo ha dado especial relevancia a esta exigencia, considerando ya su falta una mala praxis. Lo cierto es que únicamente consta en autos el consentimiento otorgado para la práctica de la anestesia, pero no respecto de la intervención habida en fecha 16 de noviembre de 2.000, sin constar por tanto, la advertencia de los riesgos que aquella conllevaba. Igualmente hemos de decir que del informe del Dr. Luis Francisco ratificado ante este Tribunal se deduce que las secuelas quirúrgicas fueron consecuencia de la operación de acromioplastia realizada con anterioridad (pregunta undécima).

Por consiguiente, aún admitiendo conforme a la doctrina del Tribunal Supremo antes mencionada que la

falta de consentimiento informado, por sí sola, y sin daño alguno al paciente, no origina obligación alguna de indemnizar, lo cierto es que en el presente caso, dicha intervención, aunque admitamos que su realización no supuso una mala praxis, -el fracaso del tratamiento anterior lo pone de relieve-, conllevó para el recurrente que perdiese una oportunidad de elegir otra técnica diferente, como la artroscópica, o incluso no ser operado, siendo así que la operación no puede decirse que resultase exitosa cuando se precisó de una quinta infiltración, de rehabilitación funcional realizada en Ávila y Majadahonda, y de una operación de cirugía artroscópica, habiendo tenido lugar diferentes secuelas, como las de hombro doloroso, limitación funcional y atrofia de los músculos, con pérdida de fuerza, siendo así que las demás secuelas indicadas por la actora, o constituyen una reiteración de las anteriormente expresadas o no está acreditada suficientemente la relación con la mentada intervención, sin que ello signifique que se trate de un resultado desproporcionado, dado que constituyen riesgos típicos de la intervención, tal como lo revela el informe de D. Alejo, sin que haya habido prueba suficiente de contrario”.

Y concluye la Sentencia en el fundamento quinto materializando la obligación de indemnizar que deriva de la pérdida de oportunidad señalada y fijando la cantidad en que aquella se establece afirmando el fundamento citado que:

“En consecuencia, ha de surgir un deber de indemnizar, por imperativo del art. 139 de la ley jurisdiccional, si bien esa responsabilidad ha de venir derivada de la pérdida de oportunidad a la que anteriormente hemos hecho referencia derivada de la falta de advertencia de los riesgos derivados de la operación realizada, en la medida en que el recurrente pudo haber optado por otras alternativas a la cirugía abierta practicada.

Por consiguiente, el deber de indemnizar ha de alcanzar a ese concepto, y no a los daños producidos, incluidos los días de hospitalización, por lo que a la vista de edad del paciente, 49 años, praxis judicial habitual, entidad del daño y situación de padecimiento anterior de la víctima y demás circunstancias concurrentes, se estima en la cifra de 9.000 euros. Dicha indemnización deberá ser satisfecha por la Mutua FREMAP, prestadora de la intervención quirúrgica, y a quien ha de atribuirse el daño causado en los términos expuestos en el anterior fundamento jurídico, sin que se aprecie responsabilidad del Ministerio de Trabajo, cuya función de tutela sobre las Mutuas alcanza a las materias reguladas en la ley de Seguridad Social, conforme a lo dispuesto en el art. 5.2.c 71.1 y 68 del Real Decreto legislativo 1/1994 de 20 de junio, que contiene el texto refundido de la Ley General

de Seguridad Social, por lo que no se extiende dicho deber de tutela respecto de la asistencia prestada por enfermedad común, como es el supuesto de autos, lo cual no es discutido por las partes.

Procede en consecuencia, la estimación del presente recurso contencioso-administrativo, anulándose la resolución impugnada, y en consecuencia, proceder al abono por parte de la MUTUA FREMAP de la cantidad de 9.000 euros a favor de Niculasa, y ello sin incluir los intereses legales, al entenderse que se trata de una cifra actualizada al presente momento procesal de dictarse sentencia”.

TERCERO.- Antes de seguir adelante con la resolución del recurso se ha de responder a la alegación que opone el Sr. Abogado del Estado en relación con la no admisión del recurso que funda en que ninguno de los conceptos reclamados por sí sólo y por separado supera el límite de los 150.000 euros que exige el art. 86.2. b) para admitir el recurso. Cuestión que por el contrario no plantea la codemandada en la instancia y también ahora recurrida. Esa alegación no puede prosperar.

La cuantía de la indemnización pretendida en la instancia se fijó en la suma de 160.000 euros que superaba la cuantía fijada por la Ley como frontera que impide la posterior interposición en su caso del recurso de casación. La Sentencia otorgó como indemnización la suma de 9.000 euros de modo que la diferencia entre lo pretendido y lo otorgado aún era suficiente para seguir teniendo derecho a recurrir en casación la demandante. Pero con independencia de lo anterior la cuantía en supuestos como el presente en el que se pretende la reparación integral del daño experimentado no puede fraccionarse tomando en consideración los distintos conceptos o partidas en que se divida la suma total reclamada puesto que es esa cantidad global la que constituye la cuantía del proceso.

CUARTO.- El recurso de casación contiene cuatro motivos de casación. Tres de ellos se acogen al apartado d) del núm. 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción y el formulado en último lugar lo hace invocando el apartado c) del mismo ordinal y artículo. Pues bien comenzando por el examen de este último motivo que supone imputar a la Sentencia el “quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte” el mismo considera vulnerado el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de valoración y cuantificación de los daños y perjuicios sufridos por la recurrente al haber actuado la Sala de forma ilógica, irracional y arbitra-

ria. El motivo se inicia afirmando que la Sentencia de la Audiencia Nacional resulta tan irracional y arbitraria, como contradictoria.

Y añade que: “La Sentencia combatida, también de forma irracional y arbitraria, no considera ni valora los daños perfectamente acreditados y referidos en la propia Sentencia.

A pesar de sufrir una situación clínica sumamente delicada, el Tribunal a quo no considera ni valora sus secuelas. Sencillamente se acoge a valorar, únicamente, el daño moral que le supone a la paciente el hecho de no haber sido informada de los riesgos, cuando lo lógico sería haber recogido las secuelas y lesiones a las que se refiere la Sentencia con motivo de la falta de diligencia de los Servicios Sanitarios.

Son muchos los errores y omisiones en los que incurre la sentencia para llegar a una situación tan injusta como resulta el hecho de conceder 9.000 euros a una paciente que queda con secuelas irreversibles y graves a consecuencia de una actuación médica indebida. Precisamente, las circunstancias que de forma parca y lacónica toma en consideración la Sentencia en el Fundamento de Derecho Quinto “días de hospitalización, edad de la paciente, 49 años (actualmente), praxis judicial habitual, entidad del daño” deberían servir de fundamento para incrementar la indemnización y no lo contrario que es lo que hace irracionalmente el Tribunal A Quo”.

¿Por qué 9.000 y no 90.000 Euros? Por ejemplo.

Si aplicando un baremo orientativo al que, por cierto, suele sujetarse el Tribunal “A Quo” en casos similares, como es el de la Ley 30/92, si dicho baremo lo aplicamos huyendo de cálculos matemáticos y tan sólo orientativos y si nos acogemos a los daños y perjuicios que reconoce la propia Sentencia, la indemnización resultante rondaría los 160.000 Euros. Entonces, ¿Cómo es posible que se aminore la indemnización hasta los 9.000 Euros por aplicación de esa supuesta pérdida de oportunidad?, ¿No resulta absolutamente arbitraria y desorbitada tal reducción del montante indemnizatorio?; ¿No resulta evidente que existen desajustes apreciables mediante la aplicación de una racionalidad media? Si nos hacemos estas preguntas es, sencillamente, porque la Sentencia de Instancia no lo explica.

Desde luego, la conclusión indemnizatoria a la que llega la Sentencia es realmente injusta e injustificada atendiendo a un caso en el que, como reconoce el Fundamento de Derecho Cuarto “No puede decirse que la operación resultase exitosa cuando se precisó de una quinta infiltración, de rehabilitación funcional realizada en Ávila y Majadahonda, y de una operación (reintervención) de



cirugía artroscópica, habiendo tenido lugar diferentes secuelas, como las del hombro doloroso, limitación funcional y atrofia en los músculos, con pérdida de fuerza (...)"

Tiene dicho la Sala, entre otras, en las Sentencia de 11 de marzo, 28 de abril, 16 de mayo, 15 de julio, 23 de septiembre, 10 y 23 de octubre y 7 de noviembre de 1995, 23 y 27 de julio, 30 de septiembre y 30 de diciembre de 1996, 20 de enero, 23 de junio, 22 de noviembre, 9 y 16 de diciembre de 1997, 20 y 24 de enero, 14 y 23 de marzo, 14 y 25 de abril, 6 de junio, 19 de septiembre, 31 de octubre, 10 y 21 de noviembre y 28 de diciembre de 1998, 23 y 30 de enero de 1999, "que no tiene acceso a la casación el error de hecho en que hubiera podido incurrir la Sala de instancia al apreciar las pruebas, salvo que se alegue y demuestre que hubiese procedido ilógica o arbitrariamente, o conculcase, al hacerlo, principios generales del derecho o las reglas de la prueba tasada".

Debemos añadir que la Sala de este Tribunal Supremo viene sosteniendo que nada impide a un Tribunal de casación llevar a cabo una integración del "factum" cuando la sentencia de instancia omite y no entra a considerar datos suficientemente demostrados de constatada notoria influencia en el fallo, pues lo contrario impondría tolerar la vulneración del principio tutela judicial eficaz proclamado en los artículos 24.1 y 120.3 CE. Y no es menos cierto que el art. 9.3 CE prohíbe a todos los poderes públicos actuar arbitrariamente. Y un Tribunal de justicia actúa de modo arbitrario cuando prescinde "sin razonarlo de ninguna manera de analizar aquella o aquellas pruebas que por sus características y por su directa relación con la cuestión debatida tendrían que haber sido analizadas de manera específica. Y esto es lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa".

El motivo debe rechazarse. La razón esencial por la que no puede prosperar es por que el mismo posee un planteamiento claramente erróneo. Se acoge al apartado c) del número 1 del art. 88 de la Ley y en apoyo de su pretensión que reconduce a la indebida valoración de la prueba por la Sala de instancia menciona los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, así como el 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ese elenco de preceptos nada tienen que ver con la valoración de la prueba que efectúe el Tribunal de instancia en la Sentencia sino con la congruencia y la motivación de la misma. Y sobre esto nada dice el motivo.

La Sentencia es perfectamente congruente con las pretensiones ejercitadas aunque no las satisfaga, e, igualmente, está suficientemente motivada. Si lo que se quería combatir, como se desprende de la argumentación del motivo, era la valoración de la prueba el motivo debió

acogerse al apartado d) del número 1 del art. 88 de la Ley de la Jurisdicción y al no hacerse así, en consecuencia el mismo debe decaer.

QUINTO.- El primero de los motivos con el amparo ya citado más arriba afirma, que la Sentencia infringió los artículos 139.1 y 141 de la Ley 30/1.992, en relación con el Real Decreto 429/1.993, artículo 106.2 de la Constitución, Ley 30/1.995 y art. 1.902 del Código Civil. Dice el motivo que: "Se dan todos los requisitos exigidos por el artículo 139.1 y 141 de la Ley 30/92, en relación con el Real Decreto 429/93, artículo 106.2 de la Constitución, Ley 30/95, para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y, sin embargo, ésta no ha sido condenada al pago de la indemnización de los daños y perjuicios realmente ocasionados a D<sup>a</sup> Nicolasa.

Y en este marco de la responsabilidad patrimonial existe una norma específica, el artículo 141.2 de Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que dispone que: "La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes del mercado". Norma que, junto con el resto de las citadas y demás concordantes, ha sido infringida por no darse una reparación íntegra del daño en atención a una irracional aplicación de la misma.

De la prueba practicada se desprende que, efectivamente, se ha ofrecido una asistencia médica deficiente por parte de los Servicios Sanitarios del INSS, directamente responsable de los daños que hoy sufre D<sup>a</sup> Nicolasa, que no tiene el deber jurídico de soportar, al venir dado por un funcionamiento anormal de la administración. La Sentencia recurrida olvida que en el presente caso sí se ha producido un daño físico que indemnizar, al margen del daño moral por la ausencia de información o de esa supuesta pérdida de oportunidad por no haberle posibilitado la opción de desistir de la cirugía o de elegir alguna de las alternativas.

El Tribunal de Instancia, después de reconocer la acreditación de una relación de causalidad entre la actuación sanitaria prestada y el daño indemnizable al acoger el criterio del Dr. Luis Francisco, afirmando que "Las secuelas quirúrgicas fueron consecuencia de la operación de acromioplastia realizada" y que "la falta de consentimiento informado (...) conllevó para el recurrente que perdiese la oportunidad de elegir otra técnica diferente, como la artroscópica, o incluso no ser operado "dice en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia que "Ha de surgir un

deber de indemnizar (...) si bien esa responsabilidad ha de venir derivada de la pérdida de oportunidad a la que anteriormente hemos hecho referencia derivada de la falta de advertencia de los riesgos derivados de la operación realizada, en la medida en que el recurrente pudo haber optado por otras alternativas a la cirugía abierta practicada", o no haberse operado. Descendiendo al caso que nos ocupa, mi representada ha dejado claro a lo largo del procedimiento que "Si hubiera conocido previamente los riesgos de esta intervención, jamás la habría consentido y jamás habría sido operada" (ver página 11 del escrito de Demanda).

■

*"...es preciso corregir en ese punto la doctrina de la Sentencia de instancia que decidió que en el proceder de la Administración se incurrió en una privación de oportunidad a la paciente. Sin embargo es claro que la falta de consentimiento informado si le produjo el daño sin duda susceptible de indemnización de haber ignorado que la intervención que en el año 2.000 se le practicó no garantizaba la resolución total del padecimiento que experimentaba..."*

■

Entonces, ¿De que pérdida de oportunidad está hablando la Sentencia?; ¿Por qué aminora de forma arbitraria y desorbitada la indemnización resultante en base a los daños y perjuicios que reconoce existir la propia Sentencia? Es más. La propia Sentencia reconoce que la operación consistente en cirugía abierta no era estrictamente necesaria al existir otras alternativas, incluida la conservadora.

La teoría de la pérdida de oportunidad debió nacer exclusivamente para dar solución a situaciones en las que el paciente pierde una mera expectativa que dista mucho de las ver-

daderas posibilidades terapéuticas aunque no se descarte, como sucede con determinadas enfermedades que, en principio, pudieran considerarse incurables salvo descritas excepciones, así por ejemplo, algunas especies de carcinomas muy evolucionados y agresivos, con metástasis que tengan alguna posibilidad terapéutica por pequeña que esa sea".

La sentencia no repara íntegramente el daño ocasionado al paciente a quien únicamente le reconoce un daño moral en función de una mal entendida y mal aplicada teoría de pérdida de la oportunidad, dejando a un lado el resto de daños y perjuicios físicos que sufre, que no indemniza, infringiendo la normativa citada que exige la reparación íntegra ponderando todas las circunstancias concurrentes en el caso incluyendo el conjunto de perjuicios de toda índole que se han causado. Si se quiere reparar íntegramente el daño no cabe alegar la teoría de la pérdida de oportunidad para aplicar una disminución o merma en la indemnización, más todavía teniendo en cuenta la gravedad de los daños que sufre el paciente y que traen causa en la omisión.

Además, cuando la relación de causalidad cobra tanta intensidad como en este caso, aun en el caso de que fuera aplicable la teoría de la pérdida de oportunidad, no debe servir para modificar la cantidad indemnizable.

Debe quedar suficientemente claro que no se trata de atacar la indemnización por el solo hecho de no adecuarse a nuestra petición sino de mostrar que las citadas infracciones han dado lugar a una indemnización inaceptable, esto unido a la irracionalidad que pasamos a exponer en el siguiente motivo.

En conclusión, la infracción de la lex artis a la que alude y reconoce la Sentencia ahora recurrida debió generar algo más que la compensación de un daño moral por no haberse presentado una pérdida de oportunidad puntual sino más bien un daño directamente relacionado con la omisión de la diligencia debida".

El segundo de los motivos reprocha a la Sentencia la no aplicación de los criterios jurisprudenciales y normativos en cuanto a los requisitos necesarios para que surja la Responsabilidad Patrimonial de la Administración y en cuanto a la valoración y cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados a raíz de la ausencia de información previa.

Según dice: "La jurisprudencia ha precisado que para apreciar la existencia de esta responsabilidad son precisos los siguientes requisitos:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño por su propia conducta.

Todos los requisitos se cumplen en el presente caso, pues el daño producido es individualizado y evaluable económicamente; el daño está absolutamente acreditado, descrito y valorado tanto en la Demanda como en el presente escrito”.

Existe una directa e inmediata relación causa (ausencia de información)- efecto (secuelas físicas consistentes en hombro doloroso, limitación funcional y atrofia en los músculos, con pérdida de fuerza que le impiden un normal desempeño de sus actividades cotidianas, incapacidad laboral, incapacidad temporal, necesidad de rehabilitación, de nuevas reintervenciones así como un incalculable daño moral), ya que se mantuvo absolutamente desinformada a la paciente y a su familia acerca de los riesgos que la intervención podría acarrear así como del resto de alternativas quirúrgicas y no quirúrgicas para tratar su problema.

Y decimos que la relación de causalidad cobra una elevada intensidad en este caso por cuanto la operación, si bien estaba indicada, según recoge la Sentencia (algo con lo que discrepamos pero que no es motivo del presente recurso), no era estrictamente necesaria pues existían otras alternativas técnicas a la técnica empleada e incluso la opción conservadora, es decir, no operar, en cuyo caso no estaríamos ante secuelas o daños postquirúrgicos que deben ser valorados e indemnizados adecuada e íntegramente.

El Tribunal de Instancia, reconoce la existencia de una adecuada relación de causalidad entre la actuación sanitaria prestada y el daño indemnizable al acoger el criterio del Dr. Luis Francisco, afirmando que “las secuelas quirúrgicas fueron consecuencia de la operación de acromioplastia realizada” y que “la falta de consentimiento informado (...) conllevó para el recurrente que perdiere la oportunidad de elegir otra técnica diferente, como la artroscópica, o incluso no ser operado. En cuanto al daño ocasionado, consideramos que la cuantía indemnizatoria que se solicita es muy ajustada, incluso por debajo del baremo que sugiere la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, precisamente porque pensamos, al igual que parte de la doctrina jurisprudencial, que las indemnizaciones deben inclinarse por una aplicación racio-

nal y no matemática, con la que estamos de acuerdo, el baremo debe servir, al menos, como criterio orientativo”. Y añade el motivo al referirse a la cuantificación del daño desglosando el importe a reclamar por las secuelas físicas, estéticas, incapacidad temporal, permanente parcial en grado máximo y el factor corrector por hallarse la recurrente en edad laboral añadiendo a todos esos motivos de reclamación el relativo al precio del dolor para obtener de ese modo la cantidad reclamada en la instancia.

El tercero de los motivos reitera la infracción del art. 106.2 de la Constitución, los artículos 26,28 y 32 de la Ley 26/1.984 de Consumidores y usuarios así como la vulneración del principio de reparación integral del daño de los artículos 139 y 141 de la Ley 30/1.992. Y así manifiesta que: “La conclusión del Tribunal de Instancia al decidir indemnizar tan sólo el daño moral o esa incomprensible “pérdida de oportunidad”, al margen del daño corporal irrogado, es simplista al no entender que los daños postquirúrgicos no se habrían materializado si la paciente hubiera sido informada adecuadamente acerca de los riesgos.

Es decir, si se hubiera cumplido con el deber de información, D<sup>a</sup> Nicolasa habría tenido la oportunidad de desistir de la operación sin asumir los riesgos de la misma, optar por alguna de las alternativas técnicas, quirúrgicas o conservadoras, o esperar el curso natural de los acontecimientos. Y ha quedado acreditado y jamás rebatido que jamás habría autorizado la operación si hubiera conocido los riesgos de la cirugía.

Hemos de tener en cuenta que no se trataba de una cirugía urgente y que su no realización no comprometería la vida ni la integridad física de mi representada.

La Sentencia no repara íntegramente el daño corporal ocasionado a la paciente a quien únicamente le reconoce un daño moral en función, únicamente, de la ausencia de información previa y falta de consentimiento informado y esa supuesta pérdida de oportunidad, dejando a un lado el resto de daños y perjuicios físicos que sufre, que no indemniza, infringiendo la normativa citada que exige la reparación íntegra ponderando todas las circunstancias concurrentes en el caso incluyendo el conjunto de perjuicios de toda índole que se han causado. Si se quiere reparar íntegramente el daño no cabe que tan sólo ha existido un daño moral por la ausencia de información, más todavía teniendo en cuenta la gravedad de los daños que sufre la paciente, que reconoce la propia Sentencia y que traen causa en la omisión informativa.

Debe quedar suficientemente claro que no se trata de atacar la indemnización por el solo hecho de no ade-

cuarse a nuestra petición sino de mostrar que las citadas infracciones han dado lugar a una indemnización inaceptable, esto unido a la irracionalidad que pasamos a exponer en el siguiente motivo.

En conclusión, la infracción de la *lex artis* a la que alude y reconoce la Sentencia ahora recurrida debió generar algo más que la compensación de un daño moral o pérdida de oportunidad por haberse presentado un daño directamente relacionado con la omisión de la diligencia debida”.

Se opone a los motivos por la recurrida Fremap que: “Ha sido probado que el diagnóstico de la patología fue correcto en todo momento. Igualmente, que los tratamientos “conservadores” intentados fracasaron sin que arrojaron un resultado satisfactorio para la paciente.

También se ha acreditado que la elección del método quirúrgico lejos de ser inadecuada o contraria a la *lex artis*, era idónea para la patología y el único tratamiento electivo, a salvo, claro está la opción del paciente por no hacer nada, esto es, por no intentar curarse.

Por otro lado, la situación final responde a la estabilización y agotamiento de las posibilidades terapéuticas tras la cirugía (último intento de curación) sin que esta haya arrojado un mejor resultado que el que se constata.

Pero ello no quiere decir que la cirugía haya ocasionado ninguna “secuela” estricto sensu, ni que sea “causa” de lesión alguna. Habrá fracasado, si por ello entendemos que no ha logrado la curación o sanación del enfermo, pero no puede decirse que se haya ocasionado ninguna lesión.

En estas circunstancias, lo único reprochado es que no existe el documento escrito en el que se deje constancia de la información dispensada al paciente y del consentimiento de éste para la intervención.

Y debemos referirnos y limitarnos a esa constancia fehaciente escrita, pues es obvio que el paciente consintió en la intervención y que a lo largo del largísimo proceso fue informada con reiteración.

La ausencia de tal documento, es sancionada por la sentencia dictada con la cifra que se señala como indemnización en consideración de todas las circunstancias expuestas, sin que la situación del paciente obedezca ni a tal omisión, ni a la mala praxis, ni a omisión de medios de ningún tipo, si no únicamente al insatisfactorio resultado de los intentos curativos y la evolución de su patología de base.

Esto es, el paciente está como está porque no ha sido posible curarle a pesar de utilizar todos los medios

disponibles y se condena a nuestra representada a indemnizar a la recurrente porque no obra en autos documento escrito en el que se le pidiera su consentimiento expreso para intentar curarle”.

También se opone al recurso el Instituto Nacional de la Seguridad Social que “niega cualquier imputación de posible responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria prestada a la recurrente dada la condición que ostenta de Entidad Gestora de la Seguridad Social que tiene encomendada la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social pero en ningún caso la gestión y administración de los servicios sanitarios competencia del Insalud también entidad gestora de la Seguridad Social cuyas competencias en esa materia han sido transferidas a las Comunidades Autónomas”.

Si hemos transcrito los tres motivos del recurso que quedan por afrontar y la oposición que plantea la Mutua recurrida y el INSS conjuntamente, es porque el planteamiento de la recurrente permite resolver los mismos simultáneamente, y de ese modo otorgar una solución en la que resolvamos de modo definitivo la cuestión planteada.

SEXTO.- Tal y como está planteada la cuestión a tenor de los motivos que hemos transcrito y de la oposición a los mismos, se trata de saber si en la resolución del problema sanitario que afectó a la demandante hoy recurrente existió responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en los términos en los que la misma se configura en el Derecho español y en concreto en la Ley 30/1.992, reformada por la Ley 4/1.999 y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Partimos de la posición que adoptó la Sala de instancia que negó la misma como tal, si bien estimó en parte el recurso manifestando que se había producido una falta de consentimiento informado a la paciente que generó un perjuicio a la enferma al privarla de la oportunidad de decidir acerca de lo que pudo considerar más conveniente. En definitiva haberle dado la oportunidad de aceptar la intervención quirúrgica que inicialmente se le practicó, u otra alternativa que resultase posible o, incluso, haber rechazado esa posibilidad, optando por continuar con los medios hasta entonces utilizados para la recuperación funcional del hombro lesionado. La Sentencia concluyó en lo que ahora nos interesa afirmando que no hubo responsabilidad porque no se vulneró la *lex artis*, a salvo la infracción que indemnizó de pérdida de la oportunidad al no cumplirse con la obligación que incumbía al médico responsable de informar convenientemente a la enferma.

Y lo hizo como expresamente expuso en el fundamento cuarto, llevando a cabo una interpretación con-



junta de todos los informes médicos practicados, que valoró conforme a las reglas de la sana crítica. Se trata por tanto de saber si esa conclusión fue o no acertada, partiendo como es lógico de los hechos declarados probados por la Sentencia y que se aceptan, puesto que nada relevante fuera de ellos descubre este Tribunal que en uso del art. 88.3 de la Ley de la Jurisdicción pueda tomarse en consideración “para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder”. Es doctrina harto conocida de esta Sala la que afirma que es imprescindible que exista un daño antijurídico que no deba ser soportado por quien lo padece para que de ese modo pueda prosperar la acción de responsabilidad patrimonial; y tratándose de la responsabilidad patrimonial derivada de la prestación sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizarlo en todo caso. Criterio jurisprudencial que obtuvo el respaldo del legislador al dar la redacción actual al art. 141.1 de la Ley 30/1.992.

Así resulta expresamente de la Sentencia de esta Sala de catorce de octubre de dos mil dos que expuso “que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto”.

Arrancando de lo expuesto es también doctrina consolidada la de que la carga de la prueba para acreditar el daño o perjuicio y la relación de causalidad entre éstos y la actuación de la Administración corresponde al perjudicado, si bien consciente el legislador de la dificultad que para éste puede suponer acreditar los hechos que ha de probar trata de amor-

tiar esa carga imponiendo a los Tribunales el deber de “tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio”.

La Sala de instancia tuvo en cuenta como anticipamos cuantos informes se aportaron tanto por la recurrente como por la codemandada y hoy recurrida, informes periciales ratificados a la presencia judicial, y uno de ellos breve pero expresivo, no aportado por las partes sino obrante en el expediente que suscribe el cirujano que llevó a cabo la segunda intervención de acromioplastia en el Hospital La Paz siguiendo la técnica artroscópica.

De todos ellos valorándolos conjuntamente se deduce que intentados los tratamientos conservadores con antiinflamatorios, infiltraciones locales con corticoides, rehabilitación y evitación de esfuerzos se optó por la cirugía abierta realizada satisfactoriamente aún cuando persistiesen problemas que no quedaron resueltos. Ello dio lugar a una posterior intervención, la efectuada en 16 de febrero de 2.004, más de tres años después de la primera, realizándose una artroscopia en la que se aprecia “una integridad estructural del compartimiento glenohumeral y adherencias múltiples en espacio subacromial que se liberan con ayuda del vaporizador de tejidos”.

Es clave en la conclusión que obtuvo la Sala el hecho que pone de relieve el informe de D. Alejo y que ratificó D. Luis Francisco en el sentido de que esas adherencias observadas en la artroscopia no eran indicadoras de una incorrecta *lex artis* en la práctica de la acromioplastia o cirugía abierta de hombro que se realizó en su momento, y cuya indicación correspondía decidir al cirujano que trataba al paciente, sino “fruto del proceso habitual de cicatrización de los tejidos intervenidos”. Al expresarnos en estos términos esta Sala no está realizando una valoración de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, sino, tomando como base la misma, examinando si concurre o no relación de causalidad entre la actuación de la Administración y los daños experimentados por la recurrente y si ésta está obligada en este caso a soportarlos, lo que constituye una apreciación jurídica que sí nos corresponde realizar como Tribunal de casación.

La conclusión que alcanzamos coincide con la de la Sentencia de instancia en tanto que la situación de la paciente en el momento en que se le dio el alta no era imputable a la Administración sanitaria que procedió a tratarla de conformidad con la *lex artis*.

SÉPTIMO.- Queda por resolver la referencia que contienen los motivos a la falta de información suministrada a la paciente para decidir su actitud ante la posibilidad de no aceptar

la intervención a la que se le sometió, suponiendo ese hecho privarle de la oportunidad de adoptar una decisión en uso de su autonomía, acerca de lo que considerara más conveniente. La Sala concluyó que no existió consentimiento informado y nadie cuestiona la ausencia de ese requisito esencial en la relación entre el paciente y el médico responsable del mismo.

Partiendo de esa realidad conviene ahora, aunque sea brevemente, recordar la constante y reiterada doctrina de la Sala sobre esta cuestión en el sentido de que la falta de consentimiento constituye una mala praxis ad hoc pero que no da lugar a responsabilidad patrimonial per se si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente, así resulta a título de ejemplo de la Sentencia de veintiséis de febrero de dos mil cuatro.

La Sentencia citada se hace eco de la anterior de la Sala de 26 de marzo de 2002 en la que expresamente se afirmó que “ante la falta de daño, que es el primer requisito de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento del servicio, no parece relevante la ausencia o no del consentimiento informado, o la forma en que éste se prestara”. Del mismo modo la Sentencia de 14 de octubre de 2002 insiste en que la falta de consentimiento informado constituye un incumplimiento de la *Lex Artis* ad hoc y lo considera como manifestación del funcionamiento anormal del servicio sanitario.

Y más recientemente en Sentencia de 10 de octubre de 2.007 expresamos tras reiterar la posición citada que “si la exigencia del consentimiento informado no quiere convertirse en una mera rutina formularia sino que responda a la realidad de ofrecer al paciente la posibilidad de plena información que le permita adoptar una decisión en orden a la prestación sanitaria a recibir, es necesario que el documento en que se presta el consentimiento por el paciente no constituya un simple documento de consentimiento informado genérico, sino que se adecue a las necesarias exigencias de concreción en cuanto a la específica operación quirúrgica a la que aquel paciente va a ser sometido”.

Y concluimos reiterando que “el defecto del consentimiento informado ha de considerarse como incumplimiento de la “*lex artis*” revelando una manifestación de funcionamiento anormal del servicio público, siempre que se haya ocasionado un resultado lesivo como el que se ocasionó a la actora como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado”. Expuesto lo que antecede es evidente que en este supuesto no existió consentimiento informado. Pero de esa falta de consentimiento informado no puede deducirse que existiera para la paciente una pérdida de oportunidad.

En la jurisprudencia de esta Sala la pérdida de oportunidad Sentencia de 7 de julio de 2.008, recurso de casación núm. 4.476/2.004. se define como “la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una “falta de servicio”.

Así se aplica en el supuesto contemplado en la Sentencia que hemos citado en relación con la no comprensión de una persona “en una cámara hiperbárica (que si bien) no garantiza al 100 por 100 el restablecimiento de los accidentados disbáricos, de modo que un 28,5 por 100 de los tratados en la seis primeras horas presentan lesiones permanentes, en cualquier caso, (en el supuesto de la Sentencia) se le hurtó al paciente la eventualidad de pertenecer al 71,5 por 100 de lesionados que, tratados en el plazo idóneo, se recuperan globalmente”. Como afirma la Sentencia de 21 de febrero de 2.008, recurso de casación núm. 5271/2.003, “en el caso de autos no se ha dejado de practicar actuación médica alguna ni se ha omitido tampoco ningún tratamiento posible, en eso consiste la pérdida de oportunidad”.

Y de igual forma en la Sentencia de 13 de julio de 2.005, recurso de casación núm. 435/2.004 afirmamos que “sin que conste la relevancia causa-efecto de un diagnóstico precoz porque, como afirma la sentencia recurrida, para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios lo que no ocurre en el caso enjuiciado”.

Finalmente se considera que existe pérdida de oportunidad en la Sentencia de 4 de noviembre de 2.008, recurso de casación núm. 4936/2.004 en la se expresa que “que el hecho desdichado de que un niño nazca con síndrome de Down no es, por sí solo, imputable a la Administración sanitaria que atendió a la madre durante la gestación y el parto. Ahora bien, el hecho de que no se practicara -habiéndose debido hacerlo, según reconoció la propia Administración sanitaria- la prueba de detección precoz de la patología puede dar lugar a responsabilidad patrimonial por el daño

moral consistente en no haber conocido la patología en un momento lo suficientemente temprano como para decidir poner fin legalmente al embarazo; es decir, cabe indemnizar la pérdida de oportunidad”.

Evidentemente no estamos en este supuesto en un caso de pérdida de oportunidad porque como ya más arriba se expuso la Administración puso todos los medios precisos para resolver el padecimiento de la enferma sin que el resultado fuera satisfactorio hasta el punto de eliminar la dolencia. Y sin que se pueda aceptar como se pretende que la primera intervención no estuviera indicada que lo estaba. En consecuencia es preciso corregir en ese punto la doctrina de la Sentencia de instancia que decidió que en el proceder de la Administración se incurrió en una privación de oportunidad a la paciente.

Sin embargo es claro que la falta de consentimiento informado si le produjo el daño sin duda susceptible de indemnización de haber ignorado que la intervención que en el año 2.000 se le practicó no garantizaba la resolución total del padecimiento que experimentaba y, por tanto, le privó de tomar la decisión que en uso de su autonomía y dignidad personal considerase más oportuna.

Ese daño es que el indemnizó la Sentencia y lo hizo manifestando que “el deber de indemnizar ha de alcanzar a ese concepto, y no a los daños producidos, incluidos los días de hospitalización, por lo que a la vista de edad del paciente, 49 años, praxis judicial habitual, entidad del daño y situación de padecimiento anterior de la víctima y demás circunstancias concurrentes, se estima en la cifra de 9.000 euros”.

Es decir tuvo en cuenta las circunstancias del paciente y considerando su situación personal dispuso que la indemnización alcanzase esa suma. Como tiene declarado esta Sala, así Sentencia de 9 de febrero de 2.005, recurso de casación núm. 3.955/2.000 la fijación del “quantum” de la indemnización, (...) en principio y como apreciación de hecho, corresponde exclusivamente al Tribunal de instancia, no pudiendo ser revisada salvo en los casos de que la cuantía sea arbitraria o se haya omitido algún concepto indemnizable”. En este supuesto la recurrente afirma que la misma es arbitraria pero no manifiesta por qué, si bien asegura que podría ser esa o cualquier otra.

Es claro que no podemos aceptar esa postura. Podemos comprender que al recurrente le parezca insuficiente, pero la Sala motivó la cifra que fijó tomando en consideración las circunstancias que entendió convenientes y en consecuencia no puede tildarse su proceder de arbitrario.

En consecuencia el recurso por cuanto antecede debe ser rechazado.

**OCTAVO.-** Al desestimarse el recurso procede de conformidad con lo establecido en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción hacer expresa condena en costas a la recurrente si bien la Sala haciendo uso de la facultad que le otorga el número 3 del precepto citado señala como cifra máxima que en concepto de honorarios de Abogado podrá hacer constar en la tasación de costas la suma de tres mil euros (3.000 euros) y que abonarán en cuantía de dos mil euros a Mutua Fremap y quinientos euros tanto a la Administración del Estado como al Instituto Nacional de la Seguridad Social en nombre de su Majestad el Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución

#### FALLO

No ha lugar al recurso de casación núm. 263/2.008, interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Nicolasa frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de diez de octubre de dos mil

siete, pronunciada en el recurso 460 de 2.004 que estimó en parte el mismo y condenó a la Mutua FREMAP al pago de la cantidad de 9.000 euros que debería satisfacer a la recurrente, que confirmamos, y todo ello con expresa condena en costas a la recurrente de conformidad con lo dispuesto en el fundamento de Derecho octavo de esta Sentencia.

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

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.

suplicación y se siguió incidente de no readmisión, dictándose, el 15.12.2005, auto que declaraba extinguida la relación laboral, fijando una indemnización 5.162,41 y unos salarios de tramitación de 33.516,04 euros. Despachada la ejecución y tras las incidencias que se describen en los antecedentes segundo, tercero y cuarto, entre ellas, la consignación y el pago del principal, se procedió a la tasación de costas, que fue impugnada por la empresa y resuelta por auto de 1 de diciembre de 2006, que fija unos intereses de 5.873 euros. Este auto fue recurrido en reposición y luego suplicación. La sentencia impugnada estima parcialmente este último recurso y fija los intereses por mora procesal en 1504,20 euros.

El criterio aplicado por la sentencia recurrida consiste en entender que:

1º) La indemnización sólo devenga intereses de mora procesal desde que se dictó el auto que declaró extinguida la relación laboral.

2º) En cuanto a los salarios de tramitación, los que se fijan en el auto del incidente -que corresponden al periodo comprendido entre la sentencia y el propio auto- devengan intereses desde la fecha de esta última resolución, mientras que los que van desde el despido hasta la notificación de la sentencia que declara el despido improcedente se devengan desde esta resolución. La demandante solicitó aclaración, alegando que la sentencia que declaró improcedente el despido reconocía un salario diario de 48,74 euros y una indemnización de 1096,65 euros, por lo que procedía un nuevo cálculo de intereses. Por auto de 23 de enero de 2008 se rechazó la aclaración, razonando por un lado, que la solicitante se basa en “una alteración de los antecedentes de hecho que constan en la sentencia y, por otro, porque no se ve que el error sea manifiesto puesto que en el escrito no se nos dice cuál sea la cantidad correcta, sino que sólo se pide que se efectúe un nuevo cálculo, ni, por tanto, de ese salario e indemnización de que pretende que se parta, resulte una cantidad distinta a la que se ha fijado en la sentencia”.

Contra este pronunciamiento se interpone el presente recurso por la trabajadora, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social de Cataluña el 19.3.2002. En esta sentencia se decide sobre una liquidación de intereses de un proceso de despido en el que se dictó sentencia declarando la improcedencia del despido, sin que conste que se hubiera tramitado incidente de no readmisión. La empresa recurrió la liquidación, alegando que sólo devengan intereses los salarios correspondientes al periodo que va desde el despido hasta la notificación de la sentencia. La sentencia de contraste estima parcialmente el recurso y señala que los salarios de tramitación devengados desde la fecha del



TS Sala 4ª, Sentencia 21 julio 2009. Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete

## Intereses aplicables a los salarios de tramitación por despido improcedente

*Recorre en casación para la unificación de doctrina la trabajadora despedida contra sentencia que, dictada en incidente de ejecución de sentencia de despido, fijó los intereses por mora procesal. Según la recurrente, no se han tenido en cuenta los intereses devengados por los salarios de tramitación que transcurren desde la sentencia de instancia hasta la fecha de notificación del auto que extingue la relación laboral, afirmación inexacta según la Sala, que entiende que la sentencia recurrida sí los ha tenido en cuenta, lo que ocurre es que esos salarios, devengan intereses “desde el auto”, y esto es precisamente lo que dice el art. 576,1 LEC: el devengo del interés de la cantidad líquida fijada como condena por una resolución judicial se produce desde que fue dictada en primera instancia. Añade el Alto Tribunal, que la resolución que condenó al abono de los salarios de tramitación del periodo comprendido entre la sentencia de instancia y el auto resolutorio del incidente, no fue la sentencia que declaró la improcedencia del despido, sino el auto dictado en el incidente de ejecución. La sentencia de instancia condenó al abono de otros salarios, los comprendidos en el periodo que va desde la fecha del despido hasta la fecha en que se dictó esa sentencia. En definitiva, concluye, se trata de dos resoluciones distintas que contienen dos condenas de cantidad líquida también diferentes y con respecto a las dos condenas ha decidido la sentencia recurrida, respetando estrictamente lo que dispone el mencionado artículo, es decir, estableciendo el devengo de intereses desde la fecha de cada una de las resoluciones que realizó la correspondiente condena. Formula voto particular el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recoge en sus antecedentes la resolución recurrida que

el 15.9.2003 se dictó sentencia por la que se declaró improcedente el despido de la actora. Esta sentencia adquirió firmeza al ser confirmada en

despido hasta la notificación de la sentencia devengan intereses desde la fecha de la notificación de ésta, mientras que los salarios posteriores devengan intereses mensualmente en tanto perviva la relación laboral desde que surja para cada mensualidad la obligación de pago, sin necesidad de que se totalice su cuantía en una posterior resolución judicial, citando a este respecto el auto de 10 de enero de 2001, que realizó esa determinación en el caso decidido por la sentencia de contraste.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal y la parte recurrida cuestionan la existencia de la contradicción alegada. Dice la parte recurrida que en el supuesto de la sentencia de contraste no se enjuicia el tema del interés aplicable a los salarios de tramitación devengados desde la notificación de la sentencia hasta el auto del incidente de no readmisión, porque en esta resolución no se contempla incidente alguno de readmisión, sino un caso de salarios devengados durante la tramitación del recurso de suplicación, es decir, durante la ejecución provisional, que se rige no por el artículo 279.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, sino por el artículo 295 de esa ley. Por su parte, el Ministerio Fiscal considera que existe una diferencia sustancial, pues mientras que la sentencia recurrida contempla la ejecución de una sentencia que declara la improcedencia del despido "sin que se produjera la readmisión de la trabajadora", por lo que las cantidades controvertidas se fijan en el auto de extinción de la relación laboral, en la sentencia de contraste hay readmisión y se discute sobre los intereses de los salarios de tramitación devengados entre fecha de la sentencia y el momento de la readmisión.

En realidad, el supuesto de la sentencia de contraste no resulta claro en sus antecedentes. El examen de la sentencia de contraste no permite concluir que en la misma se siguiese el trámite del incidente de no readmisión regulado en los artículos 276 a 279 de la Ley de Procedimiento Laboral y que se dictase el auto previsto en este último precepto, fijando la indemnización y los salarios de tramitación.

Lo que se produce, según el párrafo primero del fundamento jurídico segundo de la sentencia, es un supuesto en el que "elegida la readmisión" y "una vez que el trabajador se reinstala en su puesto de trabajo" hay que calcular y abonar "los salarios devengados desde la fecha de la sentencia que por primera vez declara la improcedencia y aquella otra en que tenga lugar la readmisión". Luego, añade la sentencia de contraste que, de conformidad con lo establece el artículo 295.1º de la Ley de Procedimiento Laboral, "la empresa al recurrir en suplicación está obligada a satisfacer al trabajador los salarios devengados durante la tramitación del recurso" y más adelante se refie-

re al devengo de intereses mientras pervive la relación laboral, lo que lleva a concluir que en la sentencia de contraste o bien se resuelve, como dice la parte recurrida, un problema de ejecución provisional (aplicación de intereses a los salarios devengados en la tramitación del recurso de suplicación, artículo 296 de la Ley de Procedimiento Laboral) o más problemáticamente un problema de retraso en la readmisión con respecto a los salarios que proceden desde la fecha de la sentencia a la fecha en la que dicha readmisión se produce (artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral) -supuesto en el que no habría propiamente ejecución del artículo 277 y siguientes de la mencionada ley-, pero no un problema relativo al incidente de no readmisión. Ahora bien, las diferencias no pueden considerarse relevantes, en especial si se tiene en cuenta que, de no ser el auto de 10.1.2001, que menciona la sentencia de contraste, un auto dictado en incidente de no readmisión, la contradicción operaría igualmente, en la medida en que se establecen intereses procesales para un periodo en el que la obligación no ha sido declarada judicialmente. La sentencia recurrida niega que este efecto en el cálculo de intereses pueda establecerse al amparo del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que la sentencia de contraste los reconoce en virtud de la norma equivalente del 921.4 de LEC/1881.

En este punto la contradicción debe admitirse, pero sólo en este punto y es preciso aclararlo, porque el escrito de interposición del recurso plantea varias denuncias de infracción: del artículo 921.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los intereses procesales; del principio de seguridad jurídica, por limitar el devengo de intereses, por negar la aclaración ignorando en el cálculo de intereses las cantidades fijadas en el auto de aclaración del juzgado de lo social de instancia y por realizar directamente la liquidación; del artículo 24 Constitución Española por no aclarar el fallo de la sentencia; del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no tener en cuenta los intereses devengados por los salarios de tramitación desde la notificación de la sentencia de instancia y, por último, sin determinar el precepto infringido, por incongruencia omisiva, por no explicar cómo se ha obtenido la cantidad que fija como intereses por mora procesal.

Es obvio que en la sentencia de contraste no se examina ningún problema relativo al alcance de la aclaración de sentencias, la vulneración de la tutela judicial efectiva por el motivo indicado, ni sobre la incongruencia. Por tanto, se acepta la contradicción sólo en relación con las denuncias de infracción que se refieren al cálculo de intereses procesales en relación con los artículos 921.4 LEC/1881 y 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con la invoca-

ción del principio de seguridad jurídica en este punto. Podría pensarse que hay contradicción también en relación con la denuncia relativa a que la sentencia recurrida ha decidido directamente sobre el interés aplicable, mientras que la sentencia de contraste remite la liquidación al juzgado. Pero no hay constancia de que los datos que constaban a la Sala de suplicación fueran los mismos en ambos casos, por lo que en esta materia no puede aceptarse la existencia de contradicción entre las sentencias que se comparan.

La denuncia es además meramente retórica y carece de fundamentación, pues la parte recurrente se limita a indicar que la sentencia recurrida vulnera el principio de seguridad jurídica, -aparte de otros dos motivos a los que ya se ha hecho mención

■

*"...los salarios de tramitación correspondientes al periodo que va de la fecha de la sentencia de instancia a la fecha del auto dictado en el incidente de readmisión deben devengar los intereses procesales del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no desde el auto, sino desde la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido."*

■

(cómputo de intereses por importes inferiores a los reconocidos al no acceder a la aclaración y exclusión de los intereses devengados entre la fecha de la sentencia de instancia y la del auto)- porque dicha sentencia "debería haber ordenado al Juzgado que practicara la liquidación correspondiente y no realizar dicha liquidación careciendo de la totalidad de los datos para el cómputo de los mismos".

No determina la parte recurrente ni cuál es, a su juicio, el alcance normativo del principio de seguridad jurídica, ni por qué razón el realizar la liquidación en la sentencia, como prevé el artículo 99 de la Ley de Procedimiento Laboral, ha podido infringir dicho principio, que, según la doctrina constitucional, debe ser entendido como la garantía de la certeza sobre el ordenamiento jurídico y

de "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho" (STC 84/2008 y las que en ella se citan).

TERCERO.- El Ministerio Fiscal señala también en su informe que el escrito de interposición del recurso incurre en una defectuosa exposición de la contradicción, como exige el artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral. Es cierto que hay errores en esa exposición, como el centrarse en la comparación de los fundamentos de Derecho de las sentencias, en lugar de analizar los fundamentos de las pretensiones, y recurrir a la reproducción literal de pasajes de las sentencias en vez de abordar un análisis comparativo a partir de la constatación de los elementos de identidad y de la divergencia de los pronunciamientos. Pero lo cierto es que, pese a esas deficiencias, el escrito da razón suficiente de los términos en que considera que se produce la contradicción y ello permite entender cumplida, aunque de forma mínima, esa exigencia en la medida que el alcance de la contradicción alegada ha podido ser establecido por la parte recurrida y por la Sala.

CUARTO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina es un recurso extraordinario que debe estar fundado en un motivo por infracción de ley, lo que exige no sólo determinar de forma clara el precepto que se estima infringido, sino establecer también, con la necesaria precisión en el desarrollo del correspondiente motivo, los fundamentos que muestren la existencia de la infracción que se denuncia, como exige el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, constituyendo el incumplimiento de esta exigencia causa de inadmisión, como ha señalado reiteradamente esta Sala, entre otras en sus sentencias de 19 de junio de 2007, 13 de julio de 2007, 19 de diciembre de 2008 y en las resoluciones que en ellas se citan.

Esta exigencia sólo se cumple de forma limitada en el presente recurso. En el fundamento segundo ya se ha indicado que la parte recurrente formula hasta cinco denuncias de infracción en relación con las cuales sólo cabe apreciar la contradicción en el punto que se refiere a la aplicación de los intereses procesales, con las denuncias de vulneración de los artículos 921.4 LEC/1881 y 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como del principio de seguridad jurídica en este punto. Respecto a la denuncia del artículo 921.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basta indicar para rechazarla que este precepto fue derogado por la disposición derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con la disposición final 21ª de la misma ley, como el propio recurrente viene a reconocer al citar también como infringido el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es el

precepto que ha sustituido la anterior regulación de la LEC/1881 en esta materia.

En relación con la denuncia de infracción del principio de seguridad jurídica por no conceder la sentencia recurrida “los intereses devengados desde la notificación de sentencia hasta la fecha del auto que declara extinguida la relación laboral”, es suficiente reiterar aquí lo dicho sobre la alegación de la infracción del mismo principio por haber liquidado la sentencia recurrida directamente los intereses: hay que rechazar la denuncia porque carece de fundamentación.

La denuncia de la infracción del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil también es defectuosa, pero lo expuesto en la misma en el contexto general del recurso permite entender su sentido y éste no es otro que el sostener que los salarios de tramitación correspondientes al periodo que va de la fecha de la sentencia de instancia a la fecha del auto dictado en el incidente de readmisión deben devengar los intereses procesales del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no desde el auto, sino desde la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido. La recurrente dice que la infracción denunciada se produce “por no tener en cuenta los intereses devengados por los salarios de tramitación que transcurren desde la sentencia de instancia hasta la fecha de notificación del auto que extingue la relación laboral”.

La afirmación es inexacta: la sentencia recurrida sí ha tenido en cuenta los salarios de tramitación devengados desde la sentencia de instancia al auto. Lo que ocurre es que establece que esos salarios, que son los que se fijan en el auto del incidente de readmisión por imperativo del artículo 279.2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, devengan intereses “desde el auto”, y esto es precisamente lo que dice el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el devengo del interés de la cantidad líquida fijada como condena por una resolución judicial se produce desde que fue dictada en primera instancia. La resolución que condenó al abono de los salarios de tramitación del periodo comprendido entre la sentencia de instancia y el auto resolutorio del incidente, no fue la sentencia que declaró la improcedencia del despido, sino el auto dictado en el incidente de ejecución.

La sentencia de instancia condenó al abono de otros salarios: los comprendidos en el periodo que va desde la fecha del despido hasta la fecha en que se dictó esa sentencia (art. 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley de Procedimiento Laboral). Se trata de dos resoluciones distintas que contienen dos condenas de cantidad líquida también diferentes y con respecto a las dos condenas ha decidido la sentencia re-

currida, respetando estrictamente lo que dispone el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, estableciendo el devengo de intereses desde la fecha de cada una de las resoluciones que realizó la correspondiente condena, pues la sentencia recurrida también señaló que el devengo de los intereses de los salarios fijados por la sentencia que declaró la improcedencia del despido se produciría “desde esa resolución”.

Esta es además la función de los denominados intereses procesales -o de mora procesal- que, con el recargo de dos puntos sobre el interés legal del dinero, penalizan el incumplimiento de una resolución judicial y que, por tanto, no pueden aplicarse a un periodo anterior a la condena.

En el razonamiento de la parte hay una confusión entre intereses procesales -o de mora procesal- del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los intereses moratorios sustantivos del artículo 1108 del Código Civil o del artículo 29.3 de la Estatuto de los Trabajadores, que se producen no por el incumplimiento de una resolución judicial de condena, sino por el incumplimiento de una obligación no declarada judicialmente. Pero estos intereses, de ser aplicables a los salarios de tramitación y en lo que afecta a periodos no comprendidos en los intereses procesales -el periodo entre el despido y la sentencia que declara la improcedencia y el periodo entre esa sentencia y el auto del incidente de no readmisión-, tendrían que haberse solicitado en las correspondientes demandas del proceso declarativo y de ejecución y tendrían que haberse pronunciado sobre ellos la sentencia de instancia y el auto del incidente. No cabe, por tanto, entrar en esta cuestión que queda al margen de la denuncia formulada.

Es preciso introducir, sin embargo, una aclaración. En la sentencia de instancia que declaró el despido improcedente se condena al abono de los salarios de tramitación no sólo desde la fecha del despido hasta la de la sentencia, sino también desde aquella fecha hasta la readmisión, si se optare por ésta. Esta circunstancia, a la que no alude la recurrente en la fundamentación de la denuncia, plantea un problema adicional. En efecto, podría sostenerse que estamos aquí ante una condena a los efectos del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el periodo indicado -de la sentencia al auto-. Pero no es así.

En primer lugar, porque esta condena no es la que establece el artículo 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores. En segundo lugar, porque no se trata de una condena líquida, sino de una condena hipotética y de futuro que se limita a anticipar, sin cuantificarlo ni establecer los factores de determinación, el efecto que prevé el artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral: sólo si se opta por la

readmisión y el demandante no desarrolla un trabajo en otra empresa o si el retraso en la readmisión no es imputable al trabajador, se convertirá esa condena hipotética en actual y líquida, pero tendrá que declararse judicialmente -en el auto del incidente de no readmisión o en otra resolución- para que puedan aplicarse los intereses procesales.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, sin que haya lugar a la imposición de costas por tener reconocida la parte recurrente el beneficio de justicia gratuita.

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

### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Araceli, representada y defendida por el Letrado Sr. Espada Guerrero, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 28 de diciembre de 2007, en el recurso de suplicación núm. 638/07, interpuesto frente al auto dictado el 1 de diciembre de 2006 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Badajoz, en los autos núm. 425/03, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Clínica Diana, S.A., sobre incidente de ejecución. Sin imposición de costas.

Devuélvase las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, 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.- Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Gonzalo Moliner Tamborero.- Jesús Gullón Rodríguez.- Jesús Souto Prieto.- Jordi Agustí Julia.- José Luis Gilolmo López.- José Manuel López García de la Serrana.- Luis Fernando de Castro Fernández.- María Lourdes Arastey Sahun.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Rosa María Viroles Piñol.

### VOTO PARTICULAR

Voto Particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina a la sentencia de sala general de fecha 21-julio-2009 (recurso 1767/2008), al que se adhieren, formulándolo conjuntamente, los/as Excmos./as Srs./Sras. Magistrados/as D. Jordi Agustí Julia, D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga y D<sup>a</sup> Rosa María Viroles Piñol.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgá-

nica del Poder Judicial, formulamos voto particular a la sentencia dictada en Sala General en fecha 21-julio-2009 (recurso 1767/2008), para sostener la posición que mantuvimos en la deliberación, favorable a la estimación del recurso de la trabajadora despedida y a revocar la sentencia de suplicación impugnada. En esta sentencia se deniega el derecho al percibo de los intereses procesales ex art. 576 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) sobre las cantidades adeudadas por la empresa en concepto de salarios de tramitación correspondientes al periodo comprendido entre la fecha de la sentencia condenatoria de instancia y la del posterior auto extinguiendo la relación laboral ante la falta de readmisión, por entender la sentencia impugnada que hasta esta última fecha no existía cantidad líquida objeto de condena y que solamente a partir del referido auto, en el que liquidaba la cantidad adeudada, surgía, en su caso, la obligación de abono de intereses ex art. 576 LEC.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones:

1.- Con carácter previo, y como circunstancias concretas del litigio objeto de análisis, cabe destacar las siguientes:

a) La sentencia de instancia (15-9-2003) (posteriormente aclarada por auto 25-9-2003) declara la improcedencia del despido de la trabajadora efectuado por la empleadora (13-5-2003), condenando a esta última “a que, a su opción readmita a la trabajadora despedida en las mismas condiciones vigentes con anterioridad al despido o le indemnice en la suma de 850,95 euros, y abono de los salarios de tramitación desde el día 14-5-2003 a la readmisión, si optare por ésta, y a la esta resolución, si optare por indemnizar, a razón del salario declarado probado y con compensación de las rentas obtenidas a partir del 1-8-2003 en la cuantía establecida en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia”, en posterior auto de aclaración la indemnización se fija en 1.096,65 euros y el salario diario en 48,74 euros.

b) La empresa no ejercita la opción en tiempo y forma por la indemnización, y judicialmente (en especial auto resolutorio recurso reposición en incidente no readmisión de fecha 15-12-2005) se interpreta que optó por la readmisión (art. 56.3 ET: “en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera”).

c) La empresa recurre la sentencia de instancia, primero en suplicación siendo su recurso desestimado íntegramente (STSJ/Extremadura 4-12-2003 -rollo 722/2003) y luego en casación unificadora, siendo inadmitido su recurso por falta de una relación precisa y circunstanciada de la contradicción y por falta de

contradicción (Auto 24-2-2005 recurso 130/2004).

d) Mientras tanto, ni durante el periodo de ejecución provisional o de tramitación de los sucesivos recursos ni en ejecución definitiva hasta con posterioridad al auto en el que se extingue la relación laboral (15-12-2005), a la trabajadora no se le abonan cantidades en concepto de salarios de tramitación, ni tampoco ésta los pide hasta la firmeza de la sentencia; y

e) Por último, como se ha indicado, la sentencia ahora recurrida (STSJ/Extremadura 28-12-2007) derivada de un incidente en ejecución definitiva de sentencia, revocando el auto de instancia, no da lugar al devengo de intereses ex art. 576 LEC/2000 sobre los referidos salarios de tramitación, afirmándose que, aunque la empresa estaba obligada a abonar dichos salarios, lo cierto es que no hay condena líquida al abono de los mismos hasta el auto, añadiéndose que esto no se altera porque la sentencia que declaró la improcedencia del despido condenara también al abono de los salarios hasta que se produzca la readmisión y que tal condena no es líquida sino una "condena hipotética de futuro", por entender que la cantidad derivada de tales salarios no era líquida hasta dicho momento.

2.- La cuestión debatida queda exclusivamente reducida a fijar el momento en que se inicia el posible abono de los indiscutidos intereses procesales ex art. 576 LEC/2000 (antes art. 921 LEC) (interés legal del dinero más dos puntos) en caso de opción tácita del empleador por la readmisión en un despido improcedente y en concreto sobre los salarios de tramitación devengados desde la fecha de la notificación de la sentencia de instancia estimatoria de la demanda hasta el día que, en ejecución definitiva de sentencia (tras desestimarse los recursos de suplicación y de casación unificadora formulados por la empresa) y ante el incumplimiento empresarial de la readmisión en su forma, se dicta auto en el denominado incidente de no readmisión, fijando la nueva indemnización y determinado los salarios de tramitación no abonados.

3.- Entendemos que la doctrina correcta era la contenida en la sentencia de contraste (STSJ/Cataluña 19-marzo-2002 -rollo 8927/2001), por lo que el recurso de casación unificadora interpuesto por la trabajadora debería haber sido estimado. En la sentencia referencial parte de la "liquidez" de los ahora discutidos salarios, afirmado, en esencia, que "los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia, devengarán intereses desde la fecha de notificación; y en cuanto a los salarios posteriores, devengarán intereses mensualmente en tanto en cuanto perviva la relación laboral, de modo

que si dichos salarios de tramitación hubieran sido abonados por el empresario condenado en la mensualidad de su vencimiento, habiendo utilizado o no los servicios del trabajador, los mismos no devengarían interés alguno, pero si por el contrario, no fueran abonados en el momento de su respectivo vencimiento, devengan los intereses previstos en el art. 921.4 de la LEC, desde que surja para cada mensualidad la obligación de pago, sin necesidad de esperar a que se totalice su cuantía en posterior resolución judicial".

4.- Como regla, para determinar el contenido y alcance de la ejecución provisional y/o definitiva de las sentencias de despido, debe partirse de que en el fallo de las sentencias declarativas de la improcedencia del despido figura, como en esencia (dejando aparte los supuestos en que la opción corresponda al trabajador), la condena empresarial a que, a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaria del Juzgado de lo Social, proceda:

a) A la readmisión de la parte trabajadora demandante en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar (o en otra interpretación, hasta que se notifique a la empresa la sentencia).

b) O bien a abonarle una indemnización por importe ascendente a una concreta cantidad en ella fijada, así como, igualmente, a una indemnización, a razón del salario declarado probado, igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique a la empresa la sentencia, quedando extinguida la relación laboral en el momento en que el empresario opte por la no readmisión, y entendiéndose, caso de no ejercitar la opción del empresario en el plazo indicado, que procede la readmisión (arg. ex arts. 56 y 57 ET y 110 LPL).

5.- La opción contenida en el fallo se tiene que ejercitar, en su caso, expresa o tácitamente, por el empresario condenado en instancia (dejando aparte los supuestos en que la opción corresponda al trabajador) (art. 56 ET). Ejercitada la opción en uno u otro sentido, el "título ejecutivo", "provisional" si la sentencia es impugnada o "definitivo" si la sentencia deviene firme, queda integrado por el contenido del fallo completado por el sentido de la opción ejercitada.

No se trata, por tanto, como afirma la sentencia aprobada ahora mayoritariamente "de una condena hipotética y de futuro que se limita a anticipar, sin cuantificarlo ni establecer los factores de determinación, el efecto que prevé el art. 276 LPL ". En concreto, se tendrá que ejecutar

(provisional o definitivamente) o bien una obligación dineraria (si se ha optado por la no readmisión, lo que se deben son cantidades concretas objeto de condena en concepto de indemnización más salarios de tramitación) o bien una obligación de hacer (consistente en readmitir si se optó por la readmisión) más una obligación dineraria (abono de los salarios de tramitación).

6.- Las cantidades objeto de condena (provisional o definitiva) que figuren en una sentencia de despido improcedente en concepto de indemnización o de salarios de tramitación cabe considerarlas siempre como líquidas. Las relativas a indemnización por deber figurar concretamente fijada su cuantía en la sentencia (para el supuesto de opción por la extinción contractual indemnizada). Las relativas a salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la readmisión o hasta la notificación de la sentencia, según el sentido de la opción, puesto que su liquidación depende de una simple operación aritmética (salario día por número de días transcurridos), siendo reiterada jurisprudencia la que afirma que la liquidez existe cuando la fijación del "quantum" dependa exclusivamente de unas operaciones matemáticas.

Si durante ese período incluido en los salarios de tramitación se alega que el trabajador ha prestado servicios para una tercera empresa o que estaba en situación de suspensión de contrato por IT en unos días concretos o que concurre alguna otra circunstancia nueva que podría impedir el devengo de tales salarios en un período concreto, la cuestión debe resolverse en el correspondiente incidente, pero cabe entender que no priva de liquidez a la condena o a la obligación legal de abonar salarios de tramitación hasta la readmisión.

En el caso enjuiciado no concurrían estas últimas circunstancias ni se alegan por ninguna de las partes. Por lo que rechazamos, la conclusión contenida en la sentencia aprobada mayoritariamente en el sentido de que "sólo si se opta por la readmisión y el demandante no desarrolla un trabajo en otra empresa o si el retraso en la readmisión no es imputable al trabajador, se convertirá esa condena hipotética en actual y líquida, pero tendrá que declararse judicialmente -en el auto del incidente de no readmisión o en otra resolución- para que puedan aplicarse los intereses procesales".

7.- Partiendo del supuesto de una sentencia de despido improcedente en que la opción haya sido por la readmisión y la sentencia sea recurrida (supuesto coincidente con el ahora enjuiciado). En este caso, en cuanto a la obligación de abono de salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga efecto, - bien se contenga en todo o en parte, acertadamente o no, en la sentencia que constituya el título eje-

cutivo o bien derive de la obligación legal ex art. 295 LPL -, de pretenderse la ejecución provisional de esta obligación dineraria el trabajador respecto de los salarios devengados antes de la sentencia podría pedir los denominados anticipos reintegrables ex arts. 287 a 291 LPL (ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de cantidades) o bien de no efectuarlo, en todo o en parte, así como sobre los salarios de tramitación posteriores a la sentencia de no abonarse puntualmente se devengarían sobre tales cantidades, que cabe considerar como líquidas, los estrictos intereses procesales contemplados en el art. 576 LEC, desde la propia fecha en que fue dictada en primera instancia la sentencia al pago de dicha cantidad líquida y a partir del mes en que debieron abonarse los salarios de tramitación posteriores a la sentencia (no desde el hipotético auto que ya en ejecución definitiva declarara extinguida la relación laboral por readmisión irregular ex art. 279.2.b LPL) y sin necesidad de que se pidan por el trabajador ejecutante.

8.- Es una obligación legal que surge desde el momento en que es dictada la sentencia de instancia que condena al pago de una cantidad líquida al deberse ejecutar provisionalmente por haber sido recurrida y recordemos que dispone el citado art. 576 LEC (intereses de la mora procesal), que:

"1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

2. En los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto.

3. Lo establecido en los anteriores apartados será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida, salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas".

9.- Siguiendo en el mismo supuesto de sentencia de despido improcedente en que la opción haya sido por la readmisión y la sentencia haya sido recurrida, en cuanto ahora afecta a la ejecución provisional de la obligación de readmisión (ejecución de una obligación de hacer), han de aplicarse las reglas generales a la ejecución de este tipo de obligaciones que comporta la obligación de readmitir en sus propios términos durante la tramitación del recurso y el abono al trabajador de los correspondientes salarios. Dispone especí-



ficamente en este mismo sentido la LPL (arts. 111.1.a y 112.1.a en relación con art. 295) que de haberse optado por la readmisión el empresario “vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios”, pero sería una obligación puramente dineraria si el empresario en tal trámite de ejecución provisional “prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna”, es decir, abonar los salarios sin recibir la contraprestación del trabajo por parte del ejecutante.

La obligación a abono de cantidades en uno u otro caso surge de las normas legales procesales sobre la forma de ejecución provisional de sentencias de despido (obligación legal y con nuevo título), -sin perjuicio, de los casos, en los que como en el de la sentencia de instancia ahora firme que se ejecute se contuviera expresamente la condena a abono de salarios de tramitación hasta la readmisión-, por lo que tratándose además de cantidades líquidas, los intereses procedentes caso de demora en el abono de las cantidades objeto de condena durante la ejecución provisional, sin necesidad de pedirlos el trabajador, entendemos que deben ser igualmente los intereses procesales regulados en el citado art. 576 LEC.

10.- El que se trata de una obligación legal (y, que por tanto, los intereses debidos, en su caso, serían los procesales), el que se trata de cantidades líquidas (no hace falta esperar a posteriores autos para liquidarlos) y el que existe obligación a su abono puntual cuando se van devengando, entendemos, lo corrobora la norma específica que en la ejecución provisional de sentencias de despido establece expresamente que

“Si la sentencia favorable al trabajador fuere revocada en todo o en parte, éste no vendrá obligado al reintegro de los salarios percibidos durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen los devengados durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de la firmeza de la sentencia” (art. 298 LPL).

Legalmente, la obligación de abono de salarios de tramitación de haberse optado en el despido improcedente por la readmisión surgiría durante la tramitación del recurso (ejecución provisional) de los arts. 111.1.a y 112.1.a en relación con art. 295 LPL y una vez firme la sentencia y hasta la readmisión o extinción de la relación laboral (ejecución definitiva) del art. 279.2.c) LPL (pues en el auto de extinción se “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 im-

procedencia hasta la de la mencionada solución”)

11.- En suma, la condena a los salarios de tramitación después de la sentencia, no nace propiamente de ésta, como regla, sino que es una obligación legal y se trataría de un título nuevo. Ahora bien, en el presente caso, surgirán además de la sentencia que constituye el título ejecutivo, y que no puede ser modificado en ejecución ni siquiera por vía de recurso sin vulneración de los principios de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva sin indefensión (arts. 9.3 y 24 CE).

En la sentencia que se ejecuta se contiene expresamente la condena empresarial, en el supuesto de optar por la readmisión al abono de salarios de tramitación hasta que esta obligación de hacer se lleve a efecto, por lo que no compartimos la afirmación básica de la sentencia aprobada mayoritariamente conforme a la cual “La resolución que condenó al abono de los salarios de tramitación del periodo comprendido entre la sentencia de instancia y el auto resolutorio del incidente, no fue la sentencia que declaró la improcedencia del despido, sino el auto dictado en el incidente de ejecución” ni el que ahora se cuestione si la condena a tal abono de salarios de tramitación contenida en el referido título ejecutivo se ajustaba o no al art. 56.1.b ET (“En la sentencia de instancia que declaró el despido improcedente se condena al abono de los salarios de tramitación no sólo desde la fecha del despido hasta la de la sentencia, sino también desde aquella fecha hasta la readmisión, si se optare por ésta. Esta circunstancia... plantea un problema adicional. En efecto, podría sostenerse que estamos aquí ante una condena a los efectos del art. 576 LEC para el periodo indicado -de la sentencia al auto-. Pero no es así. En primer lugar, porque esta condena no es la que establece el art. 56.1 b) ET...”).

12.- La sentencia aprobada mayoritariamente fomenta el incumplimiento empresarial de la obligación de pago de salarios de tramitación durante la ejecución provisional y/o definitiva al no sancionar con el abono de los intereses procesales al empresario moroso, vulnerando la finalidad general de los mismos (cumplimiento puntual de las obligaciones dinerarias) y la de las específicas reglas de ejecución provisional laborales (citados arts. 111.1.a y 112.1.a en relación 295 y 298 LPL), salvo que mensualmente se instara en ejecución el abono de tales salarios para su pretendida liquidación (en posible interpretación de la no compartida sentencia).

13.- Igualmente la sentencia cuestionada estaría en contradicción con las reglas de exigibilidad y liquidez que con respecto a la análoga obligación de abono puntual de las prestaciones periódicas de la seguridad so-

cial impone la norma procesal a las entidades gestoras durante la tramitación de los recursos, con la sanción incluso de poner fin a su trámite (argumento ex arts. 192.4 y 292.LPL); sin que, entendamos, quepa ponerse en duda la exigibilidad y la liquidez de tales obligaciones por el mero hecho de que pudiera plantearse en algún caso un posible incidente para que, por circunstancias sobrevenidas (p.ej., trabajo incompatible del declarado incapaz) se pretendiera su no abono en un determinado período temporal.

Recordemos que en el art. 192.4 LPL se dispone que “Si en la sentencia se condenara a la Entidad gestora, ésta quedará exenta del ingreso prevenido en el número 2, pero deberá presentar ante el Juzgado, al anunciar su recurso, certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación de pago periódico y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso. De no cumplirse efectivamente este abono se pondrá fin al trámite del recurso” y que en el art. 292 LPL se preceptúa que:

“1. Las sentencias recurridas, condenatorias al pago de prestaciones de pago periódico de Seguridad Social, serán ejecutivas, quedando el condenado obligado a abonar la prestación, hasta el límite de su responsabilidad, durante la tramitación del recurso”.

“2. Si la sentencia favorable al beneficiario fuere revocada, en todo o en parte, no estará obligado al reintegro de las cantidades percibidas durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen las prestaciones devengadas durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de firmeza de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 192.3 de esta Ley”.

14.- No compartimos, por tanto, la afirmación contenida en la sentencia aprobada mayoritariamente en el sentido de que “la función de los denominados intereses procesales -o de mora procesal- que, con el recargo de dos puntos sobre el interés legal del dinero, penalizan el incumplimiento de una resolución judicial y que, por tanto, no pueden aplicarse a un periodo anterior a la condena”, pues, además de entender que la condena u obligación de abono de tales salarios nace con anterioridad al auto de extinción y es líquida, en el presente caso, la demora que “castigan” los intereses procesales unida a la finalidad desmotivada de los recursos está justificada, pues la empresa recurre en suplicación y luego en casación unificadora, sin ver reconocidos ninguno de sus planteamientos.

15.- Aunque se trata de un mero “obiter dicta” y se reconoce en la sentencia aprobada mayoritariamente que “esta cuestión queda al margen de la denuncia formulada”, re-

chazamos, por la confusión que pudiera generar las disquisiciones que se efectúan en orden a que “En el razonamiento de la parte hay una confusión entre intereses procesales -o de mora procesal - del art. 576 LEC y los intereses moratorios sustantivos del art. 1108 del Código Civil o del art. 29.3 ET, que se producen no por el incumplimiento de una resolución judicial de condena, sino por el incumplimiento de una obligación no declarada judicialmente.

Pero estos intereses, de ser aplicables a los salarios de tramitación y en lo que afecta a periodos no comprendidos en los intereses procesales -el periodo entre el despido y la sentencia que declara la improcedencia y el periodo entre esa sentencia y el auto del incidente de no readmisión-, tendrían que haberse solicitado en las correspondientes demandas del proceso declarativo y de ejecución y tendrían que haberse pronunciado sobre ellos la sentencia de instancia y el auto del incidente”, pues parecería que está interpretando que los posibles intereses sobre los salarios de tramitación correspondientes al “periodo entre el despido y la sentencia que declara la improcedencia y el periodo entre esa sentencia y el auto del incidente de no readmisión” serían intereses sustantivos y no procesales y, además, que deberían solicitarse expresamente por el trabajador despedido e incluso que en la sentencia de despido se debería resolver sobre unos intereses futuros e hipotéticos no devengados (los derivados de la posible demora futura en el pago).

16.- Por una parte, cabría entender que la cantidad fijada en la sentencia de despido improcedente en concepto de salarios de tramitación correspondientes al “periodo entre el despido y la sentencia que declara la improcedencia” no generarían intereses sustantivos por tratarse de una cantidad indemnizatoria tasada legalmente (“una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir...”) fijada por primera vez en la sentencia a cargo del empresario o, en su caso, del Estado (arg. ex arts. 56.1.b y 57 ET) y exigible solo a partir de la sentencia que declarara improcedente el despido, pero no con anterioridad. Con posterioridad a la fecha de la sentencia, cuando procediera, devengaría en su caso intereses no sustantivos sino intereses procesales ex art. 576 LEC y no deben ser pedidos expresamente por el trabajador despedido ni resolverse sobre ellos en la sentencia.

17.- Tampoco compartimos los argumentos que a modo de “obiter dicta” se efectúan en la sentencia aprobada mayoritariamente con respecto a los salarios de tramitación correspondientes al “periodo entre esa sentencia y el auto del incidente de no readmisión” y la modalidad de intereses aplicables. Centrándonos en los posibles intereses sobre los salarios de tramitación objeto de condena o

derivados de obligación legal devengados tras la sentencia de instancia condenatoria y no abonados oportunamente, en el caso de que procedan, entendemos que las demoras originadas en ejecución provisional o definitiva en el abono de cantidades devengadas durante las mismas de generar derecho a intereses estos deben ser los intereses procesales ex art. 576 LEC y no los sustantivos.

18.- La demora en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias puede comportar una obligación de abonar los daños y perjuicios causados, pero debe distinguirse la situación previa y la situación posterior a la posible existencia de una condena judicial al abono de cantidades líquidas.

Así: a) Con anterioridad a tal condena los intereses por mora serán los que podríamos denominar sustantivos, regulados en las distintas normas jurídicas reguladoras de los distintos tipos de obligaciones dinerarias o por pacto entre las partes.

b) Después de la existencia de una condena judicial, una vez puesta en marcha la potestad jurisdiccional de ejecución o de hacer ejecutar lo juzgado, los intereses por la demora en el cumplimiento de obligaciones dinerarias deben ser los intereses procesales ex art. 576 LEC.

19.- Destaca la doctrina procesal civil que la Ley no establece, como parece obvio, una duplicidad de intereses, o dicho de otra manera, el actual art. 576 LEC no permite una duplicidad de intereses; simplemente aumenta en dos puntos los intereses debidos desde que el deudor incurrió en mora en el período que va desde la sentencia definitiva (o provisional) que declara la obligación hasta el momento de total cumplimiento, en su caso; para el tiempo anterior a esa declaración los intereses serán los legales o, en su caso, los pactados o los impuestos por regulación especial.

20.- Es decir, que el principio general consistente en que el deudor de obligaciones pecuniarias líquidas que incurra en mora está obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados, lo cuales, como regla, consistirán en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal, -reflejado con diversos matices, fundamentalmente, en el ámbito civil en el art. 1108 CC, en el laboral en el art. 29.3 ET o en la esfera del derecho público, entre otros, en el art. 45 de la Ley General Presupuestaria-, tiene, sin que ello implique duplicidad, su continuación temporal, a partir del momento en que exista una declaración judicial de la obligación de pago de la cantidad líquida adeudada, en la norma de contenido sustancial que establecía el art. 921 LEC/1881, ahora reproducida esencialmente en el art. 576 LEC, bajo el epígrafe de "intereses

de la mora procesal", en el que, como regla, se impone la obligación legal de pagar intereses mayores desde entonces.

21.- Los intereses procesales ex art. 576 LEC tienen, en consecuencia y primordialmente, un fundamento indemnizatorio tendiendo a resarcir al deudor por los daños y perjuicios derivados de la demora en el cumplimiento de la obligación del acreedor al pago de cantidades líquidas cuando ya exista una condena judicial a su abono.

En los supuestos en que la obligación legal de pago de intereses pueda iniciarse, total o parcialmente, desde la fecha de la sentencia de instancia, coexiste aquél fundamento con una pretendida finalidad desmotivadora de la interposición de recursos. Más tal concurrencia de finalidades sólo se producirá si con tal actuación procesal impugnatoria se impide efectivamente que el que tenga a su favor una resolución favorable recurrida pueda obtener la entrega, en todo o en parte, con cargo al condenado, de la cantidad reconocida a su favor.

Destaca la jurisprudencia social que "no cabe duda de que estos intereses agravados tienen su razón de ser no solo en la necesidad de indemnizar a quien ya le fue reconocido el derecho a percibir una cantidad líquida por una sentencia judicial, sino en la necesidad de disuadir a las partes de interponer recursos dilatorios como viene reconocido en reiterada doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo -por todas ver STS (1ª) de 18-2-2005 (rec.- 3722/98)- y por esta Sala -por todas SSTS de 7-2-1994 (rec.- 1398/93) y 11-2-1997 (rec.- 3099/96)-; coincidiendo en ello con una de las finalidades perseguidas por la exigencia de consignación para recurrir que con carácter general se recoge en el art. 228 de la LPL, conforme viene reconociéndose a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de enero (reiterada por otras posteriores) cuando entendió que tal exigencia, además de constituir una medida cautelar que garantiza la ejecución, tiene por objeto reducir los recursos dilatorios; habiendo ya dicho sobre este particular nuestra STS 7-2-1994 (rec.- 1398/93) con cita de otra sentencia anterior en el mismo sentido que "la obligación de consignar el importe de la condena que establecen las normas procesales laborales tiene función garantizadora que no excluye la aplicación del art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil • (ahora el art. 576 LEC 2000)" (STS/IV 11-marzo-2009 -recurso 886/2008).

22.- A diferencia de lo que cabe entender acontece con respecto a los intereses ex arts. 1108 y 1109 CC o 29.3 ET, -que han de ser pedidos oportunamente el proceso declarativo y han de ser fijados en la sentencia condenatoria-, en el art. 576 LEC se establece una obligación legal de

abono de intereses, por lo que de dicha naturaleza deriva la innecesariedad tanto de que el presunto acreedor deba solicitarlos expresamente ni en el proceso declarativo ni en el de ejecución como la de que exista una condena declarativa expresa a su abono.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 227/85 de 10 -diciembre) y, con reiteración, los restantes Tribunales de las diversas jurisdicciones (entre las primeras, STS/I 22-abril- 1982, SSTS/Social 9-julio-1984, 2-diciembre-1988 y 5-marzo-1990, así como en la dictada en unificación de doctrina de fecha 10-abril-1992).

23.- Destaca la jurisprudencia que la cuantía de los intereses devengados desde la fecha de la resolución judicial que condena al pago de una cantidad líquida, habrán de ser fijados en contemplación de lo previsto

"...los denominados  
intereses procesales -o  
de mora procesal- (...),  
con el recargo de dos  
puntos sobre el interés  
legal del dinero,  
penalizan el  
incumplimiento de una  
resolución judicial y  
(...), por tanto, no  
pueden aplicarse a un  
periodo anterior a la  
condena."

en el art. 921 LEC, porque resulta imperativa la aplicación del art. 1109 CC, ya que cualquiera que fuese la naturaleza de la acción deducida en juicio, la ejecutoria de éste constituye un nuevo título, con efectos propios y determinantes de una acción personal para su cumplimiento, distinto del que fuera invocado en el proceso y que sirviera de base a la decisión que se ejecuta (en ámbito laboral, entre otras, SSTS/Social 28-diciembre-1982, 4-febrero y 14-abril-1986, 5-julio-1985).

24.- Por último, la Sala Civil de este Tribunal Supremo también rechaza la posibilidad de conceder intereses sustantivos una vez dictada la sentencia de instancia condenatoria y durante la tramitación del recurso. Así, entre otras, la STS/I 16-diciembre-2004 (recurso 3328/1998), aun tratándose de un supuesto de deuda de valor, con posible intereses sustantivos más altos en la fecha anterior a dictarse la sentencia de instan-

cia, señala que "no resulta dudoso que el art. 1.108 CC... se refiere a la indemnización de daños y perjuicios por mora en las deudas de suma, de modo que los intereses (convenidos, y a falta de convenio el legal), cuando no haya pacto en contrario, operan como índice de corrección legal de la depreciación monetaria en el sistema nominalista. Como señala la doctrina, la falta de pago de una cantidad de dinero -deuda de cantidad-, siempre produce un daño mínimo que no hace falta ni probar, dado el carácter naturalmente productivo del dinero.

En las deudas de valor, entre las que se encuentran las resarcitorias, en las que el dinero es la medida de valor de otras cosas o servicios respecto de las cuales funciona como equivalente o sustitutivo, la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible, como indica la doctrina científica, al poder adquisitivo del importe que va a recibir.

Para lograr tal equilibrio, en orden a salvar el principio de indemnidad, en la práctica, y por la jurisprudencia, se siguen diversos criterios, y uno de ellos es el de establecer el incremento del IPC..., aunque desde la fecha en que ocurrió el evento (S. 25 mayo 1998), pero nada obsta en que se pueda señalar el de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios), no porque sea de aplicación el art. 1.108 CC, sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica -equivalente o sustitutivo del daño causado-, sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto", concluyendo, en lo que ahora más directamente nos afecta, que

"Y ello máxime si se tiene en cuenta que -en el caso-, la operatividad se limita al periodo del pleito en primera instancia pues claramente se establecen desde la interpelación judicial; produciéndose a partir de la sentencia de primera instancia la absorción por los procesales (SS., 23 abril 1982, 5 abril 1994, y 16 mayo 2002, entre otras), que ya se aplican respecto de una deuda de suma".

Madrid 21 de julio de 2009

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete y el voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina al que se adhieren los Excmos. Sres/as Magistrados/as D. Jordi Agustí Julia, Dª María Luisa Segoviano Astaburuaga y Dª Rosa María Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.



## RESEÑA

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



TS  
CIVIL

2009/158035

TS Sala 1ª, Sentencia 8 julio 2009.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

### Inexistencia de responsabilidad médica por secuelas derivadas de intervención quirúrgica

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que rechazó la reclamación del actor, frente a la mutualidad de accidentes demandada, del importe de las secuelas derivadas de la intervención quirúrgica en la rodilla, además de daños morales, al quedar acreditado que el tratamiento aplicado fue correcto habiéndose puesto a disposición del actor los conocimientos y las técnicas adecuadas para su curación.

2009/158038

TS Sala 1ª, Sentencia 6 julio 2009.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

### Inexistencia de vulneración del derecho al honor

El TS declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia de la AP que, al igual que la de primera instancia, rechazó la pretensión del actor que alega que los demandados han vulnerado su derecho al honor. Confirma la Sala que no supone un ataque a su dignidad el hecho de divulgar el abandono del despacho de abogados por parte del actor, uno de los tres socios fundadores del bufete, a través del artículo periodístico en el que se recogen declaraciones de los demás socios y de las cartas a múltiples despachos y empresas con las que tenían relación, declarando la Sala que en éste, como en tantos otros casos en que se rompe la unidad de un bufete de abogados, es inevitable que unos y otros se dirijan a clientes y otros despachos comunicando la ruptura y dando su versión de los hechos.



TS  
PENAL

2009/165920

TS Sala 2ª, Sentencia 16 julio 2009.  
Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

### Responsabilidad civil subsidiaria de aseguradora en falsedad y apropiación indebida

Desestimando el recurso de casación interpuesto por el condenado como autor de un delito de falsedad en documento mercantil y de una falta de apropiación indebida, con la atenuante de reparación del daño, y estimando parcialmente el recurso de la acusación particular la Sala dicta segunda sentencia y señala que el acusado deberá indemnizar en una cantidad a la parte perjudicada que se determinará en ejecución de sentencia y que puesto que la apropiación tuvo lugar en el curso del desempeño de sus funciones para una aseguradora, procede asimismo declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la misma.

2009/134701

TS Sala 2ª, Sentencia 19 mayo 2009.  
Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

### Requisitos del delito de uso de documentos falsos

Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge el formulado por el otro imputado contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito de falsedad en documento privado y falso testimonio. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del delito de falsedad, ya que es doctrina reiterada que la llamada "falsedad de uso" para ser apreciada exige, además de la utilización con conciencia de la falsedad, que la persona que lo utilice no haya tenido ninguna intervención en la falsificación, es decir, no sea autor, en cualquiera de sus formas, ni cómplice ya que el uso del documento por su autor material o por los partícipes se sitúa en la fase de agotamiento del delito de falsedad, y queda absorbido en el tipo principal.



TS  
CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO

2009/112195

TS Sala 3ª, Sección 6ª, Sentencia 25 mayo 2009.  
Ponente: D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

### Valoración del suelo rústico expropiado por la universidad como suelo urbanizable

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la Universidad de Alicante contra la sentencia del TSJ Comunidad Valenciana, sobre justiprecio de finca expropiada. La Universidad de Alicante discute la sentencia de instancia relativa al justiprecio del proyecto de expropiación para la ejecución de la segunda fase del campus de dicha Universidad. La Sala de instancia, corrigiendo el criterio seguido por el Jurado de Expropiación, valoró la parcela como si de suelo urbanizable se tratase, pese a su clasificación de rústico. En este punto siguió los criterios de dictamen pericial rendido por un arquitecto en la fase probatoria del proceso, asumiendo el método de valoración y los parámetros utilizados por dicho profesional técnico. El motivo de casación invocado por la actora se encuentra deficientemente formulado y se recuerda la imposibilidad de recurrir en casación la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia.

2009/92454

TS Sala 3ª, Sección 4ª, Sentencia 11 mayo 2009.  
Ponente: Dª Celsa Pico Lorenzo

### Indebida aplicación de los ingresos obtenidos de la venta de patrimonio municipal del suelo

Se desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ Comunidad Valenciana, estimatoria del recurso deducido en la instancia, sobre modificación de créditos por suplemento de crédito. Se recuerda la imposibilidad de revisar en casación la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia. Las conclusiones de la Sala de instancia, a la vista de las certificaciones, no se

presentan como ilógicas, arbitrarias y contrarias al razonar humano, sino todo lo contrario, son plenamente ajustadas en su lógico inferir a lo consignado en la propia documental pública analizada. Se parte de la existencia de unos bienes adscritos al patrimonio municipal del suelo que han sido objeto de venta, por lo que los ingresos obtenidos tras su enajenación han de destinarse a la conservación y ampliación del meritado patrimonio separado y no a otro fin como hacer frente a gastos derivados de la atención al servicio municipal de basuras.



TS  
SOCIAL

2009/217622

TS Sala 4ª, Sentencia 13 julio 2009.  
Ponente: D. Mariano Sampedro Corral

### Derecho a prestación por IT

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la trabajadora agrícola accionante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre subsidio de IT por tratarse de la misma enfermedad de la prestación agotada sin causarse un nuevo periodo mínimo de cotización. Señala la Sala que la denegación de efectos económicos a la situación de baja médica no es una facultad discrecional del INSS, sino que debe basarse en un elemento objetivo que permita justificar la denegación de tales efectos, siendo la justificación sobre el estado actual del trabajador que ha obtenido esa baja médica sobre lo que debe pronunciarse la entidad gestora para fundar su decisión.

2009/166002

TS Sala 4ª, Sentencia 15 junio 2009.  
Ponente: D. Fernando Salinas Molina

### Admisión de recurso de suplicación en autos sobre cuantía de pensión de jubilación

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador del mar accionante contra sentencia que declaró la inadmisión del recurso de suplicación formulado a su instancia en autos sobre cuantía de pensión de jubilación.

Explica la Sala que la concreta pretensión cuantitativa efectuada por el beneficiario en su demanda, una vez aplicada la prorrata temporis de donde resulta la pensión efectiva a cargo de la seguridad social española, resulta ser la diferencia anual entre la pensión reconocida y la reclamada, con lo que se supera ampliamente el límite cuantitativo de acceso al recurso.