



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

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

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2874

Madrid, lunes 27 de septiembre de 2010



## TS PENAL

2010/53532

TS Sala 2ª, Sentencia 22 marzo 2010. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

Al no haber sido llamada al proceso en dicho concepto

### Supresión de la condena de la mercantil como responsable civil subsidiaria

*Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito contra la Hacienda Pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que viene a suprimirse la condena de la mercantil como responsable civil subsidiaria, ya que es evidente que, por lo menos, en el terreno de los principios y garantías procesales insoslayables, la entidad declarada como responsable civil subsidiaria debió tener la oportunidad de mantener, si lo estimaba conveniente, su indebida condena por haber actuado el representante legal sin poderes de administración, a espaldas u ocultándose a la sociedad.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, condenó a Rosendo como autor criminalmente responsable de un delito contra la Hacienda Pública, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, y declaró la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad mercantil "Netimarlave, S.A." con fundamento en el art. 22 del Código penal de 1973, en cuantía de 126.000 euros, correspondiente al importe de la deuda tributaria dejada de ingresar correspondiente al impuesto de sociedades de aquella, durante el ejercicio fiscal de 1989, habiendo actuado Rosendo como autor mediato en nombre de la citada compañía mercantil, como administrador de la misma. Se interpone este recurso de casación por la representación procesal del aludido acusado en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO.- El primer motivo se ha formalizado por vulneración

constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, que se traduce en realidad en la invocación de la transgresión del principio de audiencia, en cuanto ha sido condenada la entidad mercantil "Netimarlave, S.A." con fundamento en el art. 22 del Código penal de 1973, sin que haya sido parte en el proceso penal. Las partes que han impugnado este reproche casacional, se han limitado a señalar que el acusado pudo poner de manifiesto esta queja casacional ante los jueces "a quibus", pero lo cierto es que el mecanismo es al revés: deben ser las acusaciones quienes provoquen la llamada al proceso de aquellos a quienes acusan y pretendan frente a ellos una condena, así como los jueces y tribunales comprobar la llamada al proceso de todos aquellos a quienes vayan a condenar. De este modo, la causa 2ª del art. 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, determina la existencia de quebrantamiento de forma siempre que "se haya omitido la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte

acusadora o la del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas". Aquí, no es que se haya omitido su citación, sino que ni siquiera aparece la entidad mercantil "Netimarlave, S.A." como una parte litigante en el encabezamiento de la sentencia recurrida, y tampoco figura como tal parte en los sucesivos traslados de actuaciones, ni en su toma de posición procesal en el cuarto de los antecedentes de orden procesal, como así figura en el caso de la defensa (personal) del acusado Rosendo. Se desconoce cualquier tipo de calificación de tal entidad mercantil. No es aplicable la doctrina resultante de la Sentencia de esta Sala Casacional núm. 336/2004, de fecha 15 de julio de 2004, pues en tal resolución lo único que se mantiene es la naturaleza subsidiaria y no directa de la responsabilidad civil dimanante de un delito fiscal cuya estructura afecta a la deuda tributaria de una persona jurídica, en virtud del mecanismo previsto en el art. 22 del Código penal de 1973, cuando la participación por autoría se ha construido de forma mediata, por los cauces legales del art. 15 bis de tal Código.

Pero en absoluto afirma esa Sentencia que puede prescindirse de la citación y consideración como parte de una persona jurídica condenada como tal en la parte dispositiva de tal resolución judicial, bajo el argumento de que participó en el proceso penal su administrador único, que lo era en concepto de acusado de la comisión de un delito fiscal. Tal mecanismo subsanatorio a base de acudir al expediente de la inexistencia de indefensión material, ha de ser utilizado de forma absolutamente excepcional, y cuando en el proceso se haya intentado, al menos, la convocatoria de tal sociedad como parte, y por las razones que sean no se haya logrado. Sin embargo, en el caso que resolvemos, ni esto se ha producido así, ni consiguientemente conocemos la postura de la sociedad, ni obviamente ostenta representación procesal en estos autos, ni ha sido parte formal en los mismos, ni podemos afirmar con rotundidad la inexistencia de intereses contrapuestos entre el acusado y la sociedad, ni podrían seguir en la ejecución de sentencia notificándose los proveídos corres-

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Denuncia de letrado por cliente ante el colegio de abogados 8

Incumplimiento de condición suspensiva que imposibilita la eficacia de la compraventa 9

#### PENAL

Supresión de la condena de la mercantil como responsable civil subsidiaria 1

Autoría por omisión en delito de asesinato de una menor 3

#### ADMINISTRATIVO

Eliminación del carácter provisional de la inscripción en el Registro de Aguas 10

Imposición de multa por carecer de los discos diagrama obligatorios en el vehículo 12

#### SOCIAL

Complemento de puesto de trabajo no absorbible ni compensable por incremento de salario base 13

Momento en que debe estar vigente la situación de cesión ilegal 14

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS

16

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

pondientes a quien no ha comparecido bajo esa representación, sino con la suya propia. Esta misma cuestión ya ha sido resuelta por la jurisprudencia de esta Sala Casacional. En efecto, al STS 546/2006, de 4 mayo, confiere legitimación al condenado para plantear este reproche casacional, aunque afecte a derechos ajenos, como llega a la misma conclusión que aquí se mantiene en cuanto a la afectación a las garantías esenciales del procedimiento. Desde el primer punto de vista, se lee en tal resolución judicial que no se puede olvidar que la parte responsable civil subsidiaria, desde el momento en que fue considerada como tal, debió ser llamada al proceso ya que los términos del artículo 850.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son terminantes al considerar un quebrantamiento de forma, con la subsiguiente nulidad, la falta de citación del responsable civil subsidiario. Este defecto alcanza todavía más relevancia si acudimos a la Ley Orgánica del Poder Judicial, y comprobamos que se trata del quebrantamiento de formalidades esenciales del juicio que, además, han producido indefensión (artículo 238.3º). En suma, esta clase de nulidad, que habitualmente habrá de alegarse por la vía de los recursos, no es óbice para que, tratándose de una garantía fundamental, se estime que habiéndose invocado por parte interesada aunque no personalmente afectada, se debe entrar en el análisis de la cuestión.

De otro lado, es evidente que, por lo menos, en el terreno de los principios y garantías procesales insoslayables, la entidad declarada como responsable civil subsidiaria, debió tener la oportunidad de mantener, si lo estimaban conveniente, su indebida condena por haber actuado el representante legal sin poderes de administración, a espaldas u ocultándose a la sociedad. Se han omitido todas las previsiones establecidas en los artículos 615 a 621 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no ha tenido conocimiento de la resolución dictada en su contra sin ser oída, por lo que la nulidad por falta de garantías constitucionales es indudable. En este mismo sentido, la STS 1489/2000, de 2 octubre, en la que se lee: "no sólo tal situación procesal incide claramente en uno de los casos que expresa el número 2º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que la omisión de citación hubiera sido subsanada porque el no citado hubiera comparecido en la causa dándose por citado, sino que también tal omisión está actualmente reforzada por determi-

nar una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de toda indefensión que sanciona la Constitución en el artículo 24, párrafo 1. De tal modo el Servicio Gallego de Salud ha sido condenado sin haber tenido posibilidad de estar en el proceso y de defenderse frente a la reclamación que contra él había formulado el Fiscal". No podemos, en suma, mantener aquí una condena a una sociedad a quien no se ha oído, por lo que este motivo será estimado, y habrá de suprimirse la condena de "Netimarlave, S.A." como responsable civil subsidiaria en la segunda sentencia que ha de dictarse al efecto.

**TERCERO.-** En el segundo motivo se alega vulneración del principio acusatorio, que más propiamente ha de traducirse por infracción constitucional de su derecho de defensa, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta censura casacional se relaciona con el Auto dictado por la Sala sentenciadora de instancia de fecha 30 de mayo de 2005, en donde se planteaba esta misma queja, en el sentido de que el Tribunal confirió un traslado coetáneo a las acusaciones y a las defensas para proponer las pruebas que tuvieran por conveniente a practicar en el acto del juicio oral. Si así hubiera operado el Tribunal sentenciador desde el comienzo de la causa, tendría razón el recurrente, pero lo que no puede olvidarse es que celebrado el juicio oral fue anulado por este Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 22 de abril de 2004, de manera que la Sala de instancia, para agilizar el enjuiciamiento, ofreció a las partes que concretaran si mantenían las pruebas ya propuestas en la fase intermedia, que no había sido anulada, o querían proponer otras, posibilidad, por cierto, siempre oportuna en el procedimiento abreviado por el cauce autorizado en el art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**CUARTO.-** En el tercer motivo, formalizado por el cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en realidad el recurrente no reprocha la aplicación indebida de un precepto sustantivo, sino que realiza una serie de alegaciones relativas a la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, la interdicción de indefensión y la presunción de inocencia, derechos todos ellos amparados por el art. 24 de la Constitución española, terminando por invocar que los informes pericia-

les contienen la salvaguarda de "a falta de otros datos", aspecto éste de una total corrección, puesto que todo informe pericial se ha de dictaminar con los datos proporcionados a los peritos; de otro lado, se dice igualmente que no han tenido en consideración los gastos en la consecución de los derechos que luego se cedieron, que ni el recurrente determina ni concreta mínimamente, ni consta tampoco que se haya efectuado una declaración de ingresos por el concepto citado en el impuesto de sociedades. Desde la perspectiva del "error iuris", la resultancia fáctica de la sentencia recurrida nos dice que, como consecuencia de la falta de declaración del impuesto de sociedades correspondiente al año 1989, Rosendo no tributó en la representación que ostentaba los sesenta millones de pesetas del traspaso encubierto, cuya cuota a tales efectos defraudada ascendía a 21.000.000 de pesetas. En consecuencia, y a la vista del desarrollo del motivo, al no respetarse los hechos probados, este motivo no puede prosperar.

**QUINTO.-** El cuarto motivo se formaliza por error facti, al amparo de lo dispuesto en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El motivo no puede ser estimado. El recurrente no cita un solo documento literosuficiente, y se limita a reproducir la argumentación anterior relativa a la deducción de los gastos generados en la base imponible del impuesto, invocando que tales gastos -que no se insinúan siquiera- "no eran deducibles porque para los traspasos así lo fija la ley", los peritos señalan, según relata el recurrente, que "eso no es un traspaso", lo que en suma es una cuestión jurídica que no puede esgrimirse en el curso de un reproche casacional como el desarrollado.

**SEXTO.-** Finalmente, en el motivo quinto reclama la atenuante de dilaciones indebidas. Hemos dicho en algunas ocasiones (por ejemplo, STS 91/2010, de 15 de febrero), que dos son los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante de creación jurisprudencial. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable", y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Carta Magna en su art. 24.2. En realidad, son concep-

tos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento rápido, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable", es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia. En punto a esta cuestión, la sentencia recurrida únicamente nos dice "que ni se han especificado periodos de paralización, ni ha habido denuncias previas, más al contrario bastaría un superficial repaso del rollo para advertir el escaso interés del acusado por ser enjuiciado con rapidez".

Pero convenimos con el recurrente en que cuando los hechos enjuiciados se remontan a 1989, cualquiera que sea la complejidad de esta causa, es lo cierto que se ha de conceder la postulada atenuante porque se ha infringido cualquier concepto de plazo razonable que podamos manejar al respecto, individualizando la pena procedente en la segunda sentencia que ha de dictarse a continuación de ésta.

**SÉPTIMO.-** Las costas procesales se declaran de oficio, al estimarse parcialmente el recurso de casación interpuesto (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar por estimación parcial, al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado Rosendo contra Sentencia núm. 742/2008, de 17 de diciembre de 2008 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso. En consecuencia casamos y anulamos en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

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

DIRECTOR: Evaristo Moliné

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

día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Gimenez García.- Julián Sánchez Melgar.- José Manuel Maza Martín.- Francisco Monterde Ferrer.- Enrique Bacigalupo Zapater.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de marzo de dos mil diez.

El Juzgado de instrucción núm. 11 de Málaga, incoó P.A. núm. 5384/1994 por delito fiscal contra Rosendo, alias Vicioso, natural de Almería y vecino de Madrid, nacido el día 15 de febrero de 1941, hijo de Eugenio y de Adela, con DNI núm.004, sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 17 de diciembre de 2008 dictó Sentencia la cual ha sido recurrida en casación por la representación legal de dicho acusado, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

## ANTECEDENTES

PRIMERO.- Antecedentes de hecho.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- Hechos probados.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo argumentado en nuestra anterior Sentencia Casacional, debe suprimirse la mención de la entidad "Netimarlave, S.A." como responsable civil subsidiaria, al no haber intervenido en concepto de tal en la causa, y condenar a Rosendo a la pena de seis meses y un día de prisión menor.

## FALLO

Que manteniendo la condena de Rosendo como autor criminalmente responsable de un delito contra la Hacienda Pública, se sustituye la pena privativa de libertad por la de seis meses y un día de prisión menor, y se deja sin efecto la responsabilidad civil subsidiaria de "Netimarlave, S.A." En lo restante, se mantienen en sus propios términos los pronunciamientos de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Bacigalupo Zapater.- Francisco Monterde Ferrer.- Joaquín Gimenez García.- José Manuel Maza Martín.- Julián Artemio Sánchez Melgar.

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

2010/61234

TS Sala 2ª, Sentencia 4 marzo 2010. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta

## Al omitir el deber de protección que le era exigible como madre Autoría por omisión en delito de asesinato de una menor

*No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de asesinato, maltrato habitual y lesiones. Formula voto particular el Magistrado Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro. Para la Sala no ofrece la menor duda que la recurrente tuvo conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante, es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado, ya que en la muerte de la pequeña, de un año de edad, en la forma que se describe en el hecho probado, intervienen, activamente, el padre, mediante golpes, y omisivamente, la madre, sin realizar su deber de protección legalmente exigible, que podía realizar, y su omisión no es puntual, sino duradera en el tiempo.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente es condenada, junto a su marido, que no recurre, por un delito de maltrato habitual, otro de lesiones del art. 147, otro de lesiones del art. 153 y un delito de asesinato. En síntesis, el relato fáctico refiere que "a principios de marzo de 2007, el otro condenado no recurrente, en presencia de la recurrente "que no realizó ningún acto de protección de su hija, a pesar de estar obligada a ello", golpea a la hija común de ambos de un año de edad, a consecuencia de la acción que realizó el marido, sufrió lesiones constitutivas de delito; otro día, también del mes de mayo, reitera la acción agresiva, bajo las mismas situación de omisión de la madre.

El día 15 de mayo ocurren los hechos de mayor gravedad. Relata el hecho que la familia se encontraba en un hotel de Madrid y el padre llamó a la menor que no acudió a la llamada por lo que el padre "propinó una patada en el estómago a su hija desplazándola hasta los pies de la cama, seguidamente el procesado, con ánimo de aumentar el sufrimiento de la menor, apoyo sus manos sobre la cama y saltó en repetidas ocasiones con todo su peso sobre la espalda de la menor que comenzó a sangrar por al boca, a continuación, el procesado, la agarró por los pies y la lanzó contra el sofá. La procesada, que no realizó ningún acto de protección de su hija, a pesar de estar obligada a ello, durante estos hechos decía al procesado que dejara a la niña que estaba mal, recogió a su hija de la bañera y la puso sobre la cama al tiempo que dijo al procesado "se está muriendo llama a un médico". Se relata que el acusado bajo a recepción y tras comprar tabaco interesó de la recepción que llamaran a urgencias quienes personados en el hotel la menor había fallecido. Los hechos dan comienzo a la 7 de la tarde y cuando llama a urgencias son las 8,30 de la tarde.

La impugnación de la recurrente tiene un doble contenido. De una parte denuncia la vulneración de su derecho al juez predeterminado por la ley, arguyendo que los hechos debieron ser enjuiciados por el Tribunal de Jurado. De otra que los hechos probados están indebidamente subsumidos en la autoría del delito de asesinato, único al que se refiere la impugnación, y debieron ser subsumidos en la complicidad, con un único argumento: "la recurrente nunca tuvo el dominio funcional de la acción", reproduciendo, seguidamente, Sentencias de esta Sala, que han admitido la complicidad en los delitos cometidos en comisión por omisión.

El primer motivo denuncia, como hemos dicho, la vulneración de su derecho al juez predeterminado por ley con un único argumento que resulta de transcribir la STS 728/2009, de 26 de junio de 2009 que anuló un enjuiciamiento ante la Audiencia provincial, por las normas del procedimiento ordinario, al entender que la competencia para el enjuiciamiento de los hechos objeto de la acusación era el Tribunal de Jurado por su procedimiento específico.

La desestimación es procedente con reiteración de lo argumentado en la Sentencia de esta Sala que invoca la recurrente como único argumento de su pretensión anulatoria del juicio ante la Audiencia provincial por el procedimiento sumario ordinario, y que el recurrente, pese a transcribir íntegramente los fundamentos de derecho segundo y tercero, no repara en la excepcionalidad del pronunciamiento anulatorio. La Sentencia que invoca, con independencia del criterio que mantiene, señala que su deci-

sión es acorde a los pronunciamientos de esta Sala, mantenidos en el Acuerdo de Peno no jurisdiccional de 29 de enero de 2009, que han considerado como extemporánea, y por ende excluida del tratamiento casacional, la alegación relativa a la competencia del Jurado cuando ésta se planteaba por primera vez ante nosotros (vid. por todas la STS de 24 de octubre de 2008).

El Acuerdo del Pleno de esta Sala de 29 de enero de 2008 proclama que "Conforme al art. 240.2 apartado 2 de la LOPJ, en todos los recursos de casación promovidos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o los Tribunales Superiores de Justicia, en el procedimiento del Jurado, la Sala sólo examinará de oficio su propia competencia. Las alegaciones sobre la falta de competencia objetiva o la inadecuación de procedimiento, basadas en la vulneración del art. 5 de la LOTJ, habrán de hacerse valer por los medios establecidos, con carácter general, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la LO 5/1995, reguladora del Tribunal del Jurado".

En este supuesto, como se pone de relieve en los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada, las defensas de los acusados mostraron su conformidad con las pretensiones de la acusación pública sin discutir ni el órgano ni el procedimiento a seguir, lo que supone la conformidad con el procedimiento seguido ante el órgano jurisdiccional que todas las partes del enjuiciamiento admitieron como competente para el enjuiciamiento, por lo que la relación procesal aparecía como correctamente establecida en orden al órgano judicial y al procedimiento en el que enjuiciar los hechos.

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos de la impugnación denuncia el error de derecho del art. 849.1 de la Ley procesal penal en el que denuncia la indebida aplicación del art. 11 del Código penal y, concretamente, que la recurrente no debería responder como autora "sino a título de complicidad omisiva, pues nunca tuvo el dominio funcional de la acción".

El motivo plantea una cuestión que ha sido muy discutida en la doctrina y en la jurisprudencia. La admisibilidad de formas en participación en los delitos de comisión por omisión.

La recurrente no discute en ningún momento la posición de garante que ostentaba y el deber de actuar a consecuencia de esa posición y del conocimiento del hecho que le obliga a actuar por la puesta en peligro del bien jurídico cuya indemnidad debía asegurar. El hecho probado es claro, durante el desarrollo de los hechos que se relacionan por parte del padre, la madre que ahora recurre "no realizó ningún acto de protección de su hija, a pesar de estar obligada a

ello”, limitándose a decir al coprocesado que dejara a la niña que estaba mal y al final de los hechos, que “se está muriendo llama al médico”. Recordamos que, según se declara probado, los hechos se desarrollan entre las siete de la tarde y las ocho y media, es decir en un espacio temporal de hora y media durante los cuales los golpes, patadas, saltos sobre el cuerpo de la niña, son constantes, hasta producir la muerte de la pequeña.

La posición de garante de la recurrente, madre de la hija de apenas un año de edad que es objeto de agresiones por parte del padre, es clara y surge de la institucionalidad de la relación y del art. 154 del Código civil. Como dijimos en la STS de 30 de junio de 1988, “no ofrece la menor duda que la recurrente tuvo conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante, es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado. En tanto dicho deber proviene en parte del art. 154 del Código civil y en parte del deber general de protección que incumbe a los padres frente a los hijos, el dolo requiere que la procesada haya sabido del vínculo que le unía a los niños y de la situación de peligro en la que estos se encontraban”.

La subsunción de la conducta omisiva de la recurrente en la autoría no es errónea, como se mantiene en el recurso. Afirma la recurrente que no llegó a tener el dominio del hecho, realmente lo expresa como dominio funcional de la acción, en alusión a la coautoría, pero ese criterio del dominio del hecho no puede ser aplicado a la modalidad comisiva por omisión, pues por su propia naturaleza quien omite una conducta no dirige nada, no siendo posible considerar que quien omite, con su inacción contribuya a la realización del resultado. La jurisprudencia de esta Sala, vid. STS 24 de julio de 1992, ha considerado que la omisión no es una simple complicidad, sino de autoría en el delito, dado que el garante omitente tiene un comportamiento equivalente al del sujeto activo. Decíamos en aquella Sentencia, y ahora reproducimos, que en los delitos de resultado la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo es de apreciar cuando el omitente se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir el resultado. En otros términos tanto realiza la conducta típica, en este caso matar, quien realiza activamente una conducta dirigida a la producción del resultado como quien estando obligado a defender un bien jurídico, vida de un hijo menor, en este caso de 1 año de edad, frente a agresiones que le ponen seriamente en peligro, se deteniendo completamente de su protección y deja actuar al agresor, omisión de la actuación debida que se prolonga durante hora y media.

En el supuesto objeto de la presente casación, la muerte de la pequeña

de un año de edad en la forma que se describe en el hecho probado, interviene, activamente, el padre, mediante golpes, y omisivamente, la madre, sin realizar su deber de protección legalmente exigible, que podía realizar y su omisión no es puntual, sino duradera en el tiempo. La tipicidad del delito objeto de la subsunción no requiere una especial forma comisiva, sino que es un tipo penal abierto y puede realizarse la conducta de cualquier manera y forma, siempre que sea hábil para la realización del resultado. Admite comportamientos activos y omisivos, y con respecto al omisivo se requiere la posición de garante del sujeto que omite la acción debida y el incumplimiento de los deberes legales de protección del bien jurídico que se encuentra en la situación de peligro que conoce. Esa omisión es equivalente a la acción en la medida en que el incumplimiento de su deber de actuar en protección de la hija menor, ante la situación de peligro de muerte, supone la realización de tipo del homicidio calificado que se declara probado pues la omisión, repetimos en las circunstancias del hecho, por quien tiene un deber especial de actuar en defensa del bien jurídico en grave peligro, nacido de los deberes legales de asistencia y protección y de la propia naturaleza de la relación entre padres e hijos menores.

Es cierto que existe una distinta entidad entre acción y la omisión en el caso concreto, pero esa diferenciación de conductas tiene su traslación en la individualización de la pena, como el tribunal ha realizado.

Pero es que, aunque se admitiera que son admisibles formas de participación en la comisión omisiva del delito de resultado, dejando aparte los delitos que exigen en su tipicidad especiales elementos de autoría que, en su precisa concreción pueden impedir la calificación de autor a quien no reúne esos elementos de autoría esenciales, tales supuestos no serían de aplicación al presente supuesto pues el tiempo de inacción fue tan largo, la omisión fue tan temporalmente manifestada, que bien pudiera afirmarse que la recurrente pudiera haber realizado la conducta debida y durante ese tiempo mantener un dominio del hecho en la medida en que durante la hora y media de la acción del marido ella con su presencia, omisiva de la conducta debida, controlaba la secuencia de hechos acaecidos.

Es cierto que junto a este posicionamiento jurisprudencial, coexisten en nuestra doctrina, otras Sentencias que admiten la participación omisiva, pero gran parte de esa jurisprudencia viene sujeta a condenas en la instancia por complicidad, sin un recurso de la acusación, como en la STS 1061/2009, de 26 de octubre de 2009, en la que se afirma que “en la doctrina más moderna se considera que la delimitación de la autoría y de la participación resulta especialmen-

te dificultosa en el caso de los delitos de omisión; entendiéndose la mayoría que la participación activa en un delito de omisión es posible, tanto como inducción, como cooperación o complicidad”.

En las construcciones dogmáticas, la participación omisiva ha planteado un vivo debate. Así, un sector de la doctrina sostiene que, en estos casos, el omitente es siempre partícipe, pues el dominio del hecho sólo se transmite al omitente en caso de que el que actúa deje de dominar el curso del hecho. Un segundo sector doctrinal mantiene que es preciso distinguir en función de cuál sea la fuente de la posición de garante, pues si el omitente tiene una función de protección de un bien jurídico deberá ser considerado autor, mientras que si lo que le corresponde es una función de control del peligro procedente de un tercero, deberá ser considerado partícipe, pues en tales casos, también, un interviniente activo solamente podría ser considerado partícipe. Finalmente, desde una tercera posición se argumenta que el garante que no evita la producción del resultado es siempre autor, y que la autoría en los delitos de omisión no puede ser explicada a partir del dominio del hecho. Si bien esta última posición admite como excepciones los delitos especiales propios, los delitos de propia mano y los delitos como elementos subjetivos especiales, en los que el omitente partícipe no puede ser autor y, por consiguiente, debe ser considerado partícipe”.

Pues bien, como resumen de lo anteriormente expuesto, ningún error cabe declarar respecto a la consideración de autora del delito de asesinato en la medida en la que recurrente omitió el deber de protección que le era exigible respecto a la hija de un año de edad frente a los ataques realizados por el padre de la menor durante una hora y media, ataques de los que la recurrente fue testigo presencial omitiendo una conducta de protección exigible y que de haber actuado no se hubiera producido el resultado.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación de la acusada Ionela, contra la sentencia dictada el día 5 de junio de dos mil nueve por la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa seguida contra ella misma y otro, por delitos de asesinato, maltrato habitual y lesiones. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- An-

drés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Luciano Varela Castro.- Diego Ramos Gancedo.

#### VOTO PARTICULAR

Voto Particular que emite el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro a la sentencia núm. 358/09 recurso de casación núm. 11215/2009.

Emito este voto particular por disentir de la decisión de la mayoría en dos aspectos fundamentales. El primero por no haber declarado la nulidad del procedimiento al seguirse la causa en la instancia ante Tribunal carente de competencia objetiva ya que la causa debió ser juzgada por Tribunal del Jurado. El segundo por haber condenado a la recurrente por el delito de violencia en comisión por omisión y por el delito de homicidio como autora.

PRIMERO.- La mayoría estima que las cuestiones relativas a la competencia no pueden discutirse en casación. Tal tesis no se compadece de manera inequívoca con lo que decidimos en el criterio establecido en Sala General de fecha 29 de enero de 2008, que se transcribe: “Conforme al art. 240.2 apartado 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en todos los recursos de casación promovidos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o los Tribunales Superiores de Justicia, en el procedimiento del Jurado, la Sala sólo examinará de oficio su propia competencia. Las alegaciones sobre la falta de competencia objetiva o la inadecuación de procedimiento, basadas en la vulneración del art. 5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, habrán de hacerse valer por los medios establecidos, con carácter general, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la LO 5/1995, reguladora del Tribunal del Jurado.”

Como dije en el Voto Particular a las Sentencias núm. 622/2009 de 10 de junio -Rº de casación núm. 11072/2008 y núm. 513/2008 de 23 de julio -Rº 2275/2007, a las que me remito, procede declarar la nulidad de actuaciones de oficio, conforme al artículo 240.2 párrafo uno de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando con ocasión de conocer de un recurso, se estime que el tribunal que dictó la resolución recurrida incurrió en falta de competencia objetiva.

Tal potestad jurisdiccional de control de la distribución de competencia no es una mera facultad del Tribunal Supremo, -de cualquier Tribunal-, es un inexorable deber del que no cabe abdicar.

Entiendo, además, como dije en aquellos votos particulares, que, de considerarse que el conocimiento correspondía al Tribunal del Jurado, la competencia funcional para los sucesivos recursos queda condicionada.

Y por ello también el ámbito funcional de la competencia de este Tribunal Supremo al entender del recurso de casación que difiere según la recorrida sea la sentencia de una Audiencia Provincial o de un Tribunal Superior de Justicia.

Tales desvíos sobre la competencia atribuida no tiene que afectar necesariamente a la garantía constitucional de juez ordinario. Pero sí cuando la decisión carece de toda justificación siendo la competencia asumida de modo arbitrario, tal como se ha cuidado de advertir el Tribunal Constitucional, al concretar el ámbito de dicha garantía en relación a la cuestión de competencia

En el presente caso, además, la parte ha suscitado la cuestión de la competencia (motivo 1º del recurso de Ionela).

Y efectivamente debió estimarse que el objeto del proceso del que deriva este recurso era subsumible en la hipótesis del artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Pues bien el acuerdo plenario de la Sala constituida, sin carácter jurisdiccional, el día 20 de enero de 2010, ha sido el siguiente acuerdo que fue integrado con el adoptado por la misma Sala constituida con el mismo carácter el día 23 de febrero siguiente.

Cuando se imputen varios delitos y alguno de ellos sea de los enumerados en el art. 1.2 de la LOTJ:

1.- La regla general es el enjuiciamiento separado, siempre que no lo impida la continencia de la causa.

a) Se entenderá que pueden juzgarse separadamente distintos delitos si es posible que respecto de alguno o algunos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro o de otros pueda recaer sentencia de sentido diferente.

b) La analogía o relación entre varios hechos constitutivos de varios delitos, en ningún caso exige, por sí misma, el enjuiciamiento conjunto si uno o todos ellos son competencia del Tribunal del Jurado (artículo 1.2 LOTJ).

2. La aplicación del art. 5.2.a) no exige que entre los diversos imputados exista acuerdo. Se incluyen los casos de daño recíproco.

3. La aplicación del art. 5.2.c) requiere que la relación funcional a la que se refiere se aprecie por el órgano jurisdiccional en atención a la descripción externa u objetiva de los hechos contenidos en la imputación.

La competencia se extenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea de la competencia del Tribunal del Jurado, es decir, que ha de ser de la competencia del Jurado aquel cuya

comisión se facilita o cuya impunidad se procura.

Por el contrario, si el objetivo perseguido fuese cometer un delito que no es competencia del Tribunal del Jurado y que se comete para facilitar aquél o lograr su impunidad fuese alguno de los incluidos en el art. 1.2, en estos casos la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, salvo que, conforme al apartado 1 de este acuerdo, puedan enjuiciarse separadamente.

Cuando existieren dudas acerca de cuál es el objetivo principal perseguido por el autor de los hechos objeto de las actuaciones y uno de ellos, al menos, constituya delito de los atribuidos al Tribunal del Jurado (art. 1.2 LOTJ), la competencia se determinará de acuerdo con la que corresponda al delito más gravemente penado de entre los imputados.

4. El art. 5.3, al mencionar un solo hecho que pueda constituir dos o más delitos, incluye los casos de unidad de acción que causaren varios resultados punibles.

5. Se excluye el caso de la prevaricación, que nunca será competencia del Tribunal del Jurado.

6. En consecuencia, cuando no se aprecie alguna de las finalidades previstas en el artículo 5.2.c) o el delito fin no sea de los enumerados en el artículo 1.2 (cuando hubiere dudas sobre cuál es el delito fin se atenderá al criterio de la gravedad); no concurrirán las circunstancias de los apartados a) o b) del artículo 5.2; no se trate de un caso de concurso ideal o de unidad de acción; o, en cualquier caso, siempre que uno de los delitos sea el de prevaricación, y no pueda procederse al enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa, la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial.

Cuando existieren dudas acerca de cuál es el objetivo principal perseguido por el autor de los hechos objeto de las actuaciones y uno de ellos, al menos, constituya delito de los atribuidos al Tribunal del Jurado (art. 1.2 LOTJ), la competencia se determinará de acuerdo con la que corresponda al delito más gravemente penado de entre los imputados."

Pues bien, por un lado, el delito de asesinato se comete a medio de una acción que, simultáneamente se integra en el comportamiento que constituye también el delito de violencia, por más que en éste se integren otras acciones. Pesa identidad de hecho en el acto homicida y de violencia, hace que el supuesto sea integrable en la hipótesis del apartado 3 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Por otro lado, resulta no discriminable como prioritaria la finalidad de violencia sobre la homicida o vice-

versa. Por ello, de conformidad con el texto del acuerdo citado de la Sala, en la versión de la reunión del día 23 de febrero, debería también atribuirse el conocimiento al Tribunal del Jurado.

Finalmente aún cabría estimar que la condena por el asesinato no arrea necesariamente la condena por el delito de violencia.

Por ello y para todos los hechos, o al menos para el constitutivo de asesinato, era competente el Tribunal del Jurado. Y no la Audiencia Provincial con exclusión del Jurado. Al excluirse éste, se privó de competencia funcional al Tribunal Superior de Justicia para el recurso de apelación y se configuró de diversa suerte la competencia funcional de la casación.

Quedó vulnerado el derecho al juez ordinario de los acusados. Y, en todo caso, el procedimiento incurso en causa de nulidad, cuya declaración propuse con este voto particular.

SEGUNDO.- Tampoco comparto la opinión de la mayoría en cuanto al título por el que viene penada la recurrente.

Estimo que no procedía considerarla autora, ni participe del delito de violencia (artículo 173.2 del Código Penal) dado que esa modalidad delictiva no admite la autoría ex artículo 11 del Código Penal.

Y, en cuanto al delito de asesinato, estimo que la recurrente era una partícipe a título de cómplice.

Lo que me lleva a analizar la cuestión sobre el tratamiento que debió darse a la pasividad de la recurrente.

La responsabilidad penal impuesta a la recurrente, por la muerte causada a su hija menor, se justifica en la sentencia recurrida por no haber hecho nada por evitar que el otro penado la causase, pese a que concurría en ella la condición de garante, en cuanto madre de la víctima, y a que presenció la actuación homicida, así como otras actuaciones de violencia del mismo sujeto autor de la muerte sobre la misma víctima en anteriores ocasiones.

El recurso pretende que la penada no sea considerada autora sino cómplice.

El artículo 11 del Código Penal de 1995 ha venido a establecer que la no evitación del resultado, cuando se trata de delitos que consisten precisamente en su producción, se considerará comisión por omisión si equivale a la causación según el sentido del texto de la Ley, si el autor ha infringido un especial deber jurídico.

Al respecto me parece oportuno realizar las siguientes consideraciones.

1.- Del mero no hacer no cabe derivar responsabilidad penal por el delito que consiste en la producción de un resultado. Si no se requiriera algo más, esta responsabilidad sería predicable de todos cuantos nada hicieron. Ese algo más tampoco puede circunscribirse a un deber formal de actuar impuesto jurídicamente a sujetos determinados. Éstos han de encontrarse en una determinada relación con el bien jurídico a que concierne el tipo penal: la posición de garante. Esta calidad le deriva una obligación de protección de un bien jurídico o de vigilancia y control de fuentes de riesgo que afectan a ese bien.

La responsabilidad penal requiere un elemento material: la equivalencia entre el no hacer del garante y la causación activa del resultado. Se trata, por un lado, de una equivalencia normativa. Es irrelevante que la omisión suponga infracción de norma preceptiva (de la acción esperada) y la comisión de norma prohibitiva (de la acción ejecutada). Ambas vulneran la norma de no lesionar el bien jurídico. Desde la perspectiva axiológica del merecimiento de pena, han de tenerse por equivalentes. El no hacer y el hacer del sujeto, que causa el resultado típico, deben tener el mismo y único fundamento material del injusto.

Pero, desde la perspectiva del principio de legalidad, a fin de evitar extensiones constitucionalmente inadmisibles, ha de estarse al sentido que en el texto de la ley tiene el comportamiento típico.

Esta es una exigencia previa. Nadie puede ser penado si un enunciado legal inequívoco no tiene preestablecido las consecuencias del comportamiento. La cognoscibilidad de esas consecuencias pasa por el respeto al sentido del texto de la ley. Solo cuando éste es respetado cabe subsiguientes valoraciones.

En el caso del homicidio, el no hacer equivaldrá al texto "matarse a otro", en el sentido que el legislador utiliza para tipificar el homicidio, cuando en el lenguaje pueda describirse de manera generalizada que quien se comporta omitiendo lo hace para que la muerte se produzca y se entienda, sin violencia en la expresión, que efectivamente "mata". Es entonces cuando podrá valorarse si del comportamiento omisivo cabe predicar su carácter injusto por la misma razón que se predica la producción activa del resultado lesivo para el bien jurídico de la vida, que ambos lesionan o ponen en peligro.

Pese a la diversidad ontológica entre el modo comisivo y el omisivo de matar, ambos comportamientos homicidas, desde la perspectiva normativa, se equiparan en su estructura y, según afirma algún sector de la doctrina, en su configuración material como modos de dominio (control) sobre el riesgo típico.



Así ocurre en el caso de la madre que abandona al recién nacido, sin posibilidad de que este reciba asistencia alguna, de cuya falta deriva la muerte del abandonado. Nadie duda en utilizar en su lenguaje la expresión de que esa madre "mata" a su víctima.

2.- Resulta necesario, una vez establecida esa premisa, establecer cuales sean los criterios de imputación que permiten esa equiparación, de manera que sea también salvaguardada la garantía constitucional de presunción de inocencia.

a) Sustituido como criterio de imputación el de causación empírica, por el la posición de garante respecto del bien protegido que ostenta el autor de la omisión, de naturaleza normativa, debe advertirse que esa posición no es suficiente por sí sola. Ni siquiera su exigencia se circunscribe a los delitos de comisión por omisión. Cabe infringir el deber inherente a tal posición sin rebasar el ámbito del delito de omisión pura (artículo 223 del Código Penal). Para atribuir ese deber a un sujeto, erigiéndolo en garante a los efectos de esta imputación, el artículo 11 del Código Penal acude a determinadas fuentes específicas posibles.

En el caso que juzgamos no resulta dudoso que la recurrente estuviera sometida a ese deber específico. La condición de madre de la víctima le atribuía a la recurrente una posición institucional, en terminología doctrinal, o por mandato de la ley, en el lenguaje del citado precepto, con evidentes obligaciones de protección de la hija, de apenas un año de edad.

b) Se requiere, además, que el cumplimiento del deber de garante se encuentre al alcance de la capacidad del obligado para actuar. Es decir para realizar acciones que le son exigibles. En el caso que juzgamos nada dice la sentencia que excluya esa capacidad respecto de acciones como la de poner fin a la convivencia -de ella y su hija- con el agresor, o procurar la intervención de alguna Autoridad.

c) La producción -su no evitación, según dice el artículo 11 del Código Penal - de un resultado, de lesión o de peligro para el bien jurídico. Este es un elemento que viene exigido por el tipo en la comisión por omisión (artículo 11 del Código Penal). En el caso que juzgamos se produjo la muerte de la hija por la acción del tercero, padre de ésta.

d) Ciertamente, quien omite no causa el resultado que, como hemos visto, ha de ocurrir. Es cuestionable la posibilidad de proclamar una hipótesis sobre la efectividad obstativa del resultado a predicar de la acción esperada, que permita afirmar que la omisión es la causa hipotética del resultado.

Pero debe constatar, al menos, para justificar la equivalencia con el

autor activo, que el comportamiento omisivo crea o aumenta el riesgo para el bien jurídico protegido por el tipo penal. Aunque ello ha de entenderse en un sentido diferente al ontológico requerido para la imputación objetiva en los delitos de acción y resultado. Desde esa perspectiva la omisión no tiene nunca tal efecto. Aquí se considera tal relación como una valoración normativa, de equivalencia funcional. Y ello en una valoración ex ante dado que el desvalor considerado es el de la acción y no el del resultado.

Ciertamente en la Jurisprudencia se ha venido recurriendo a la causalidad hipotética. En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad. (TS 26 de octubre de 2009 que reitera lo dicho en la STS de 2-7-2009). Se recoge ahí la posición dominante en la doctrina conforme a la cual ha de constatar que si el autor hubiera realizado la acción, hubiera sido causa de la no producción del resultado, con una probabilidad rayana en la certeza.

En el caso que juzgamos poca duda puede suscitar, desde una perspectiva objetiva, que el mero recurso al cese de la convivencia o a la intervención auxiliadora de terceros y, singularmente, de la Autoridad, judicial o gubernativa, habría incidido en la situación de peligro en que fue situada la víctima respecto a la eventual reiteración de agresiones. Y que, así se habría, cuando menos, contribuido a conjurar el riesgo de comportamientos del otro acusado, como el que puso fin a la vida de la hija de ambos.

e) Pero no basta con todo ello, sino que debe valorarse si la infracción del deber, tal como se atribuye al recurrente, da a su omisión el sentido que en el lenguaje de la ley tiene la expresión matar, en medida equivalente al sentido que se predica de quien mata de modo activo.

Resulta cuando menos dudoso que en la hipótesis de mera pasividad ante la actuación del mecanismo letal desencadenado por la exclusiva acción de un tercero se pueda llegar a la equiparación de aquél no hacer con la acción homicida de éste.

Y es ahí donde la garantía constitucional de presunción de inocencia reclama certeza, no de que el juicio lleva a conclusiones verdaderas, en cuanto correspondientes con la realidad, sino de calidad argumental como presupuesto de su aceptación, porque aleja todas las dudas, salvo las poco razonables.

Por otra parte, no se trata solo de que la infracción del deber justifique una sanción. Si no de que el autor merezca, por ello, la misma pena que

el autor por acción. Porque la no evitación, sin más, de un resultado no puede equivaler en desvalor que corresponde a su producción mediante una acción. Se ha podido decir en efecto, que el cumplimiento del deber de actuar es más gravoso que el de no actuar, por eso la infracción de aquél debe ser menos onerosa que la infracción de éste.

La ausencia de aquel desvalor implicaría una quiebra de principios del Derecho Penal democrático como los de legalidad y ofensividad. La exigencia del principio de legalidad impide que la sanción conforme a los tipos de la parte especial se produzca si el comportamiento (omisión) imputada no equivale al sentido de la acción descrita en el tipo, y el de ofensividad impide preciar equivalencia si no concurre en el comportamiento omisivo el mismo contenido del injusto contenido en el tipo activo cuya pena se impone al que omite.

El juicio de identidad que justifica la sanción penal del omitente, equiparada a la del autor que produce activamente el resultado, requiere que aquella identidad o equivalencia se produzca también entre la capacidad de control de la situación de riesgo por el que omite y la que tiene el que produce activamente el resultado sobre el proceso causal. Lo que solamente cabe afirmar que ocurra si todo lo que sucede en relación a la producción del resultado se puede valorar como obra de su voluntad.

Esa capacidad ha de venir referida bien a la protección de un bien jurídico bien al control de la fuente de peligro para ese bien. Bajo una de esas dos modalidades debe poder afirmarse que el que omite tenía el dominio material y directo de la causa fundamental del resultado.

Ello exige determinar el contenido de la acción esperada y omitida que hubiera evitado el resultado. Y que de la ella pueda predicarse razonablemente, ex ante, que es capaz de evitar el resultado o, solamente, de disminuir el riesgo de que se produzca.

f) Por lo que concierne al tipo subjetivo en la comisión por omisión hemos venido estableciendo -en nuestra Sentencia de 26 de octubre de 2009 que reitera lo dicho en la de 2-7-2009-, que el dolo de los delitos de omisión (sean delitos propios o impropios de omisión) tienen caracteres que si bien son equivalentes a los de la forma más grave de los delitos activos, difieren del dolo propio de éstos. La doctrina científica ha puesto de manifiesto que mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo, en los delitos de omisión, por el contrario, el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido. Precisamente por estas razones, en el delito de omisión la

característica básica del dolo es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente. A partir de estos presupuestos, el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias 25-4 y 30-6-88, en las que sostuvo que: "en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción". En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir, también, a las circunstancias que fundamentan la obligación de impedir la producción del resultado (STS 950/97, de 27-6). Por ello, quien conoce las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado en los delitos impropios de omisión) y su propia capacidad de acción para evitar el resultado, ha omitido dolosamente (STS de 24-10-90).

Esta Sala, en Sentencias 25.4 y 30.6.88, sostuvo que "en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción". En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan la obligación de impedir la producción del resultado (STS. 950/97 de 27.6).

En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto a la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera su deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción impuesta como necesaria para evitar el resultado, o cuando el obligado a realizar la acción no alcanza esta meta (impedir el resultado en los delitos impropios de omisión) por la forma descuidada o inadecuada en la que ejercita dicha acción por la que intenta dar cumplimiento al deber de garantía. Por ello en la STS. 12.11.90 se apunta que en la comisión por omisión imprudente se da una coincidencia entre el deber de garante y el deber de cuidado, aunque conceptualmente resulten diferenciables.

Con tales premisas absolvimos a la madre que conoció las lesiones cuando éstas se evidenciaron, y sin aviso previo de que las mismas pudieran producirse, por lo que no resulta para la misma el requerido co-

nocimiento de ninguna situación de peligro para la niña que determinara su deber de actuar en protección de la misma, poniéndola a salvo de las agresiones y lesiones; ni puede establecerse que omitió -en este caso- una actuación que le era debida.

Y en la Sentencia de este Tribunal núm. 716/2009 de 2 de julio en la medida que el conocimiento de la situación de riesgo estaba ausente pero debería haber sido obtenido de actuar diligentemente, se confirmó la condena a título de imprudencia afirmando que: pudiendo sancionarse penalmente, a título de comisión por omisión imprudente, a quien lesiona su deber de garante de adoptar determinadas medidas de seguridad o de controlar comportamientos ajenos peligrosos, siempre y cuando el resultado lesivo hubiera sido evitado a través del cumplimiento de ese deber con probabilidad rayana en la seguridad y que ello fuera previsible para el omitente.

Tal opción resulta discutible si se considera que el omitente es un partícipe. Más aceptable resulta de considerarse que el que omite comete otro delito diverso del cometido por el que delinquiró por comisión.

En el caso que juzgamos tampoco resulta dudoso que la recurrente conocía la situación de riesgo de reiteración de las acciones agresivas. Y con alta probabilidad la eventualidad de un resultado letal. Tampoco se cuestiona que, pese a ello, se mantuvo en una voluntaria pasividad.

3.- La omisión como participación cuando el resultado es producido por otra persona activamente.

En los supuestos en los que un sujeto comete el delito, -produciendo el resultado típico, que causa físicamente con su acción y le es imputable objetivamente-, cabe preguntarse si la omisión de otro sujeto puede alcanzar aquella equivalencia, aún cuando éste sea una persona que, respecto del bien jurídico protegido por el tipo penal que el otro comete, estuviera sometido a deberes de garantía de su indemnidad.

Se trata, ahora, de saber si quien así omite la acción esperada puede ser tenido por autor, o si solamente cabe, en tales casos, ser considerado como partícipe. Lo que exige un diagnóstico diferencial del comportamiento de omisión para dilucidar si constituye autoría de un hecho propio o participación en un hecho ajeno.

Como dejamos dicho más arriba, suscita dudas la equiparación de lo enunciados en que se dice que la madre "mata" a su hijo con el que describe que la madre "ve a otro matar" a su hijo sin realizar ninguna acción impeditiva. Porque en aquel caso la muerte se vincula a su comportamiento y en éste la muerte se puede considerar como un hecho "de otro".

a) En relación con el delito del artículo 173.2 del Código Penal es evidente la falta de homogeneidad en los criterios jurisprudenciales.

En nuestra Sentencia de 26 de octubre de 2009 resumíamos las posiciones de la doctrina sobre los problemas que plantea la participación omisiva en un delito de comisión. Así, un sector de la doctrina sostiene que, en estos casos, el omitente es siempre partícipe, pues el dominio del hecho sólo se transmite al omitente en caso de que el que actúa deje de dominar el curso del hecho. Un segundo sector doctrinal mantiene que es preciso distinguir en función de cuál sea la fuente de la posición de garante, pues si el omitente tiene una función de protección de un bien jurídico deberá ser considerado autor, mientras que si lo que le corresponde es una función de control del peligro procedente de un tercero, deberá ser considerado partícipe, pues en tales casos, también, un interviniente activo solamente podría ser considerado partícipe. Finalmente, desde una tercera posición se argumenta que el garante que no evita la producción del resultado es siempre autor, y que la autoría en los delitos de omisión no puede ser explicada a partir del dominio del hecho. Si bien esta última posición admite como excepciones los delitos especiales propios, los delitos de propia mano y los delitos como elementos subjetivos especiales, en los que el omitente partícipe no puede ser autor y, por consiguiente, debe ser considerado partícipe.

La dificultad de admitir la comisión por omisión de este tipo delictivo deriva de su naturaleza de tipo de mera actividad y, además, con especificación de medios comisivos. Lo que dificulta la equivalencia a tal previsión típica del comportamiento omisivo. Estimo que cae fuera del ámbito dibujado por el artículo 11 del Código Penal que se circunscribe a delitos que consistan en la producción de un resultado. De ahí que la eventual responsabilidad de la recurrente debió exigirse desde otros tipos penales (Omisión de socorro o del deber de impedir determinados delitos).

Con esa premisa calificamos de cómplice el comportamiento de la acusada que conocía los tratos vejatorios que el procesado sometía a la hija de la primera y que, a pesar de ello, no adoptó decisión alguna para evitarlos, siendo evidente que sobre ella, en cuanto madre de la menor, recaía la función de protección del bien jurídico de preservación de la integridad moral de la niña; o bien, como mínimo, a ella correspondía la función de control del peligro que sobre ese bien procediera de un tercero, como era el coprocesado, es claro que la imputación realizada por el Tribunal de instancia como partícipe, en calidad de cómplice, es adecuada a derecho.

Discrepamos así del criterio que habíamos mantenido en nuestra Sentencia 1161/2000 de 26 de junio en la que condenamos a la madre de un niño de 5 meses que, según el relato de hechos probados, "no consta participase activa o pasivamente" en las agresiones que reiteradamente le propinaba el padre ante sus pérdidas de paciencia por los lloros del menor. La condena a la madre por delito del artículo 173 se fundó en entenderla responsable como autora en comisión por omisión por su posición de garante que se convirtió en esencial o necesaria, no meramente favorecedora, para la consumación de las lesiones.

Y más aún de la decisión que adoptamos en la Sentencia 834/2000 de 19 de mayo en la que, si bien condenamos a la madre, no lo fue por el mismo tipo penal de violencia en comisión por omisión, sino por el de omisión propia del artículo 450 del Código Penal. Y ello que el supuesto de hecho era bien similar: conducta pasiva de la madre de un menor de 12 años de edad ante las reiteradas agresiones físicas cometidas por su compañero sentimental sobre el niño, que determinó la condena en la instancia del hombre por delito de maltrato habitual del art. 173 en concurso con una falta de lesiones. A la madre se le condenó conforme al tipo específico por no haber acudido a denunciar ante la autoridad tales hechos para impedir su producción.

b) En relación a los casos de delito de resultado, homicida o lesivo hemos admitido todas las posibilidades que van desde la autoría a la participación colaboradora.

En la ya citada Sentencia de este Tribunal de 26 de octubre de 2009 consideramos que la madre posibilitó que el compañero estuviera a solas con la hija menor aún sabiendo que el procesado cuando se encontraba a solas con su hija sometía a ésta a todo tipo de agresiones afirmando la posición de garante y el incumplimiento por la misma de los deberes de protección que le correspondían, con ese conocimiento, condenamos a la madre como autora en comisión por omisión de las lesiones causadas por la pareja a la menor.

A la misma calidad de autoría se remite, incluso en relación con delitos de agresión sexual, la Sentencia de este Tribunal núm. 21/2007 de 19 de enero.

En nuestra Sentencia núm. 982/2006 de 10 de octubre establecimos que, cuando se trata de omitentes sancionados en calidad de partícipes en un delito en el que hay un autor principal distinto, la equiparación puede existir con referencia a los cooperadores necesarios -así condenó la sentencia recurrida-, o meramente a título de cómplices, como pretenden en ese caso los recurrentes: en el caso presente es claro que nos encontramos ante unas conduc-

tas, las de los padres omitentes, sin las cuales no habría podido Gerardo abusar de los tres hijos como lo hizo. Con cualquier comportamiento de mínima prohibición u obstáculo que hubiera realizado cualquiera de los dos cónyuges, el autor principal no hubiera podido obrar como lo hizo. Tal y como se desarrollaron los hechos (hechos probados), una mera advertencia realizada a Gerardo por cualquiera de los padres habría impedido o evitado la continuación de la criminal conducta de este, y asimismo con el control de los hijos para que no fueran al domicilio de aquel; todo en la línea de los deberes que tenían que cumplir como titulares de la patria potestad de las víctimas conforme al citado art. 154.1 del Código. Estuvo en manos de los padres impedir los delitos de Gerardo y ello además con manifiesta facilidad. No solo omitieron la conducta debida, sino que, como ya se ha dicho, incluso a veces alguno de los progenitores llevó a sus hijos al domicilio de Gerardo. La conclusión es sencilla: fue bien aplicado al caso el art. 28 b) CP al ser su omisión equiparable a la paralela acción de cooperación necesaria activa.

En la Sentencia núm. 1480/1999 de 13 de octubre, reiteramos la admisibilidad de la participación omisiva en un delito de resultado siquiera reconociendo que es más discutible determinar si esa omisión del deber jurídico de actuar ha de ser subsumida en la autoría o en la participación, necesaria o no. Se admite que la inacción puede considerarse equivalente a la realización de un acto positivo de colaboración a la causación del resultado si se estima que una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado, términos que se valoran desde la perspectiva de la colaboración no necesaria, típica de la complicidad imputable al acusado.

Y esa valoración se efectúa en un caso en que la posición de garante proviene de una previa injerencia del que omite en la situación de la víctima. (Estos presupuestos concurren en la conducta del recurrente que habiendo realizado actos de intimidación en una persona, observa que por otro de los intervinientes se desarrolla una conducta dirigida a acabar con la vida del previamente intimidado y se abstiene de actuar en el sentido generado con la norma, posibilitando que esa iniciación contribuya, en el sentido antes expuesto, a la realización del resultado que pudo y debió tratar de evitar).

Es aquí donde parece más cuestionable la Jurisprudencia. Estimo que el juicio de equivalencia impuesto en el artículo 11 del Código Penal, desde la exigencia de valores como el principio de legalidad, requiere que, en los supuestos que venimos examinando -resultado de homicidio producido por el la actuación de otro autor responsable criminalmente- el

que observa un comportamiento omisivo, aún teniendo el deber de garantizar la protección de la vida de la víctima no es equiparable al autor en el sentido que el texto de la ley da a la palabra matar.

Tal comportamiento no debe rebasar la consideración de partícipe. Y además, en el caso que juzgamos, a título de mero cómplice.

La sentencia de instancia no describe un contexto suficientemente inequívoco en el que pueda afirmarse el cuadro de actuaciones posibles de la acusada, ni relata cual sea el grado de dependencia de ésta respecto del actuar de su compañero que sí se indica era notoriamente violento.

La omisión acción debida por la madre, antes indicada -procurar el cese de la convivencia o la denuncia a la Autoridad- ni puede afirmarse por ello equivalente a la de ejecutar el acto homicida, ni puede decirse que las acciones efectivamente a su alcance garantizarían de manera cierta la evitación de dicha acción homicida del otro autor.

Ciertamente es equivalente, desde una perspectiva normativa, a la acción de favorecimiento, pero no puede afirmarse que lo sea a la de poner una condición sine qua non para la producción de la muerte de la víctima.

Por otra parte, que el artículo 28 y el 29 requiera para el cooperador o el cómplice la realización de "actos" pudiera llevar a la conclusión de que no cabe tener tal cualidad si el comportamiento consiste en la no realización de acto alguno. Ello no ha sido obstáculo en ningún caso para la Jurisprudencia que admite la participación omisiva. Ni debe serlo porque, como algún autor propone, la voz "actos" se equipara en ese texto al de "comportamientos", género que incluye las especies "actos" y "omisiones".

#### 4.- Conclusión

Por todo lo anterior, emito este voto particular por entender que debió estimarse la pretensión de anulación de las actuaciones con debida reposición a la instrucción para seguir la tramitación conforme a las normas de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y, en todo caso, de no decretarse tal nulidad, debió estimarse el recurso en el sentido de condenar a la recurrente solamente como cómplice y solamente respecto del delito de asesinato.

Luciano Varela Castro

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



2010/102574

TS Sala 1ª, Sentencia 10 junio 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Inexistente ataque al derecho al honor

## Denuncia de letrado por cliente ante el colegio de abogados

*Acuerda el TS desestimar el recurso de casación dirigido contra la sentencia, que confirmando la de instancia, apreció inexistente la intromisión ilegítima en el derecho al honor del letrado demandante, a raíz de la denuncia de la entidad demandada al Colegio de Abogados de Madrid, en relación con una posible responsabilidad disciplinaria por infracción del código deontológico, exponiendo que el actor mantuvo un comportamiento desleal y fraudulento con la finalidad de obtener un lucro ilícito al haber urdido una estratagema dirigida a perjudicar a la entidad, simulando despidos ficticios y que desembocó en procedimiento ante la jurisdicción social.*

*Señal la Sala que no se produce un ataque ilegítimo al honor del recurrente sino la comunicación de una situación que ya fue objeto de enjuiciamiento. A este respecto añade que, nos encontramos nuevamente ante el problema de la subjetivización u objetivización del derecho al honor, sin que el criterio subjetivo de la persona que se siente ofendida prevalezca sobre una consideración objetiva.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se centra la cuestión sometida a objeto de enjuiciamiento en el presente recurso, la denuncia remitida por la entidad demandada "Madrileña del Frac S.L." al Colegio de Abogados de Madrid, al estimar que el hoy actor podía haber incurrido en responsabilidad disciplinaria por infracción del código deontológico, exponiendo que el actor mantuvo un comportamiento desleal y fraudulento con la finalidad de obtener un lucro ilícito al haber urdido una estratagema dirigida a perjudicar a la entidad simulando despidos ficticios y que desembocó en procedimiento ante la jurisdicción social.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid desestimó la pretensión ejercitada que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid sección 18ª, al no existir intromisión ilegítima en el derecho al honor, pues la misiva enviada responde y obedece a una defensa de intereses de quien se cree ofendido y elige la vía legítima de la denuncia de los hechos que estima delictivos o disciplinarios al objeto de poder ser sancionados; la narración de hechos y su valoración al entender de la denunciante contenidos en el escrito de denuncia no puede estimarse como intromisión ilegítima en el derecho al honor.

Interpone recurso de casación la parte demandante, con una incorrec-

ta técnica casacional, como si de un escrito de contestación se tratara, invocando la infracción del contenido del artículo 18 de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional, al contener el escrito objeto de enjuiciamiento epítetos injuriosos que exceden de la necesidad de denuncia. El recurso debe ser desestimado.

SEGUNDO.- La resolución recurrida no ha infringido en su aplicación el precepto citado. Tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional desde Sentencia de 17 de julio de 1986, vienen distinguiendo entre la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, no siempre es fácil de separar, pues suele ocurrir que los hechos objeto de enjuiciamiento consisten en una amalgama de ambos.

El artículo 20.1 de la Constitución Española ni protege la divulgación de hechos que son simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni tampoco da amparo a las insidias o insultos. Por esta razón, procede examinar en primer lugar la veracidad de aquélla y, a

continuación, la ausencia de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para la crítica que se formula.

TERCERO.- La aplicación de lo antedicho al caso de autos, nos lleva a declarar que:

1º.- En el escrito en cuestión se procede por parte de la parte demandada a exponer un conjunto de actuaciones profesionales derivadas de una relación laboral entre las partes y que desembocó en procedimiento ante la jurisdicción social. Responde por tanto a una comunicación lícita ante el colegio de Abogados por si los hechos fueran susceptibles de retribución en vía disciplinaria. No se produce un ataque ilegítimo al honor del demandante sino la comunicación de una situación que ya fue objeto de enjuiciamiento. El Tribunal Constitucional viene declarando desde la sentencia 171/1990 de 12 de noviembre que, no puede apreciarse la existencia de extralimitación cuando las informaciones o comunicados emitidos van acompañados de la formulación de conjeturas o elucubraciones explicativas, siempre que las mismas no sean en sí mismas vejatorias o insultantes a partir de unos determinados hechos veraces.

2º.- El hecho es el colofón de una relación laboral y un proceso ante el juzgado de lo social, y tal y como ha declarado el Ministerio Fiscal "la narración de hechos y su valoración por la parte demandada no puede considerarse una intromisión ilegítima en el derecho al honor, menos aún cuando no tiene trascendencia pública sino limitada a los miembros de la junta de gobierno del Colegio Profesional, el cual procedió a su archivo sin pronunciarse sobre los hechos imputados al entender que los mismos se refieren a la actuación del denunciado como particular y no en su condición de Letrado".

CUARTO.- Como conclusión, se actúa en consecuencia dentro del marco del derecho a la libertad de expresión del artículo 20.1.d) de la Constitución Española, al existir una situación de conflicto que legitima su intervención, en defensa de unos intereses que se estimaban conculcados. Nos encontramos nuevamente ante el problema de la subjetivización u objetivización del derecho al honor, no permitiéndose que el criterio subjetivo de la persona que se siente ofendida prevalezca sobre una consideración objetiva, es decir, la inevitable subjetivización debe quedar mitigada por las circunstancias objetivas de la persona, su situación de tiempo y lugar.

Por todo ello, el recurso de casación se rechaza y se confirma la sentencia recurrida, como dice el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con imposición de costas a la parte recurrente, aplicando el artículo 398 en su remisión al 394 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



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

#### FALLO

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Juan Antonio Fernández Múgica, en nombre y representación de D. Arcadio contra la sentencia dictada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 27 de abril de 2007.

Segundo.- Condenamos a la parte actora D. Arcadio al pago de las costas causadas en el presente recurso.

Tercero.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

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

2010/102575

TS Sala 1ª, Sentencia 2 junio 2010. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Sin posibilidad de ser reavivado por hechos posteriores

### Incumplimiento de condición suspensiva que imposibilita la eficacia de la compraventa

*El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, confirma la de primera instancia que desestimó la demanda del comprador de las fincas que pretende la eficacia del contrato de compraventa con condición suspensiva relativa a que el vendedor demandado obtuviera sentencia favorable en otro juicio seguido sobre la adquisición de dichas fincas, siendo declarada en el mismo la nulidad de la escritura pública de compraventa otorgada a favor del demandado. La Sala afirma que el efecto de la condición suspensiva es el de hacer depender la*

*eficacia de lo convenido del acaecimiento de un hecho futuro e incierto, en este caso que el demandado como vendedor obtuviera dicha sentencia favorable, lo que supone que una vez recaída sentencia contraria a los intereses del demandado quedó incumplida la condición para siempre y quedó sin efecto lo convenido, que no puede ser en forma alguna reavivado en sus efectos obligacionales por hechos posteriores al del incumplimiento de la obligación que libremente establecieron las partes, como el de la adjudicación posterior en pública subasta a favor del demandado de la finca de la que había de segregarse una de las compradas.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor D. Juan y el demandado D. Francisco celebraron en Barcelona, con fecha 30 de octubre de 1980, sendos contratos que ellos mismos calificaron de compraventa, referidos el primero a la llamada "nave grande" y el segundo a la llamada "nave pequeña" que habían de segregarse de una finca mayor, la registral núm. NUM000 del Registro de la Propiedad de San Feliú de Llobregat, la cual había adquirido el vendedor -D. Francisco - mediante escritura otorgada en fecha 23 de mayo de 1980 por el titular de la Magistratura de Trabajo núm. 10 de Barcelona en rebeldía de la entidad Manufactura General del Cartonaje S.A. en procedimiento de ejecución seguido contra esta última.

En ambos contratos se hizo constar (exponiendo VII) que «en libro diario del Registro de la Propiedad figura anotada, la anotación preventiva de juicio de mayor cuantía interpuesta por los acreedores de la entidad "Manufactura General del Cartonaje S.A." sobre nulidad de la escritura de compra venta otorgada por la Magistratura de Trabajo número diez de Barcelona a favor de D. Francisco, registrado con el núm. 1.327/80 P. Juzgado núm. 11 de los de Barcelona»; así como (exponiendo IX) que «D. Juan, una vez se encuentre resuelto el juicio declarativo referido en el antecedente VII, tiene el propósito de adquirir en compra, la nave descrita en el antecedente V, por lo que ambas partes contratantes formalizan el presente documento de compra venta con la condición suspensiva de que se resuelva favorablemente el pleito referido a favor de D. Francisco...».

Dicho pleito, juicio de menor cuantía seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona, autos 1327/80 P, finalizó con sentencia dictada por esta Sala de fecha 9 de marzo de 1985 que confirmó la pronunciada por la Audiencia Territorial de Barcelona, de fecha 30 de diciembre de 1982, que declaraba la nulidad de la escritura pública de

compraventa otorgada a favor de D. Francisco, en fecha 23 de mayo de 1980, con las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento.

No obstante, subsanadas que fueron las deficiencias que dieron lugar a la referida nulidad mediante la realización de las actuaciones procesales procedentes, se otorgó en fecha 13 de octubre de 1988 nueva escritura de venta de la finca núm. NUM000 a favor del adjudicatario en subasta, y vendedor en los referidos contratos de 30 de octubre de 1980, D. Francisco.

Al considerar el comprador D. Juan que, de este modo, quedaba cumplida la condición suspensiva fijada en los contratos de fecha 30 de octubre de 1980, interpuso demanda de fecha 31 de julio de 2003 por la que interesó que se dictara sentencia declarando haber quedado cumplida la condición suspensiva y condenando al demandado D. Francisco al cumplimiento de los referidos contratos en los términos convenidos.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Barcelona, al que correspondió por reparto el conocimiento del asunto, dictó sentencia de fecha 2 de marzo de 2005 por la que desestimó la demanda con imposición de costas a la parte demandante. Ésta recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) dictó nueva sentencia de fecha 22 de diciembre de 2005 por la que estimó en parte el recurso de apelación y revocó la sentencia de primera instancia, declarando cumplida la condición suspensiva contenida en los contratos de 30 de octubre de 1980 respecto de las naves objeto del litigio, condenado al demandado D. Francisco a cumplir con lo pactado, sin especial declaración sobre costas causadas en ambas instancias.

Contra dicha sentencia ha recurrido en casación la parte demandada.

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso denuncia la vulneración de lo dispuesto en el artículo 1451 del Código Civil; infracción que, además de no haberse producido, carecería de efectos en cuanto a su denuncia ya que, a los efectos obligacionales que ahora se discuten, no cabe apreciar diferencia sustancial práctica entre la promesa de vender y comprar a que dicha norma se refiere y la compraventa sometida a condición suspensiva, por lo que el motivo ha de ser rechazado.

TERCERO.- Por el contrario, el segundo de los motivos, que denuncia la vulneración de lo establecido en los artículos 1113 y 1114 del Código Civil, debe ser estimado en cuanto la Audiencia no ha aplicado correctamente lo dispuesto por dichos artículos a la situación litigiosa.

El primero establece que « será exigible desde luego toda obligación

cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren. También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución »; y el segundo que « en las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición ».

Pues bien, el efecto de la condición suspensiva es el de hacer depender la eficacia de lo convenido del acaecimiento de un hecho futuro e incierto -en este caso que el demandado D. Francisco, como vendedor, obtuviera sentencia favorable en el juicio seguido con el núm. 1327/80 P ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona - lo que supone que una vez recaída sentencia contraria a los intereses del demandado quedó incumplida la condición para siempre y sin efecto lo convenido, que no puede ser en forma alguna reavivado en sus efectos obligacionales por hechos posteriores al del incumplimiento de la obligación que libremente establecieron las partes, pretendiendo ahora mediante una demanda interpuesta en el año 2004 dar eficacia a un contrato celebrado en el año 1980 con los precios entonces vigentes para el bien de que se trata.

Afirma la sentencia de 22 marzo 2010, que la condición suspensiva, como establece la ley (arts. 1113 y 1114 CC) y reitera la jurisprudencia (SS. 6 de mayo de 1991, 20 de abril de 1999, 15 de junio de 2004, 9 de diciembre de 2008, entre otras), subordina la exigibilidad de la obligación condicionada al suceso futuro e incierto en que consista la condición, de modo que no se produce la plenitud de efectos jurídicos hasta que se cumpla la misma.

Por ello, incumplida la condición, no llegó a alcanzar efecto el pacto de venta efectuado entre las partes.

CUARTO.- Estimado el anterior motivo, procede casar en su totalidad la sentencia recurrida, sin que por ello resulte necesario razonar sobre los restantes motivos que integran el recurso, debiéndose resolver sobre el fondo para desestimar la demanda confirmando al efecto la sentencia dictada en primera instancia, sin especial declaración sobre costas del presente recurso (artículo 398.2 LEC) y con imposición al actor D. Juan de las costas causadas en primera y en segunda instancia (arts. 394.1 y 398.1 LEC).

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 re-

curso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Francisco contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de fecha 22 de diciembre de 2005 en Rollo de Apelación núm. 461/05, dimanante de autos de juicio ordinario número 504/04 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de dicha ciudad en virtud de demanda interpuesta por D. Juan contra el hoy recurrente, la que anulamos y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia, con imposición al referido actor de las costas causadas en ambas instancias y sin especial pronunciamiento sobre las del presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Jesus Corbal Fernandez.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Firmado y Rubricado. Publicación.

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Salas Carceller, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/92289

TS Sala 3ª, Sección 5, Sentencia 21 mayo 2010. Ponente: D. Pilar Teso Gamella

Fórmulas de control de los caudales de aguas

### Eliminación del carácter provisional de la inscripción en el Registro de Aguas

*El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el TSJ de Andalucía, que estimó en parte el recurso interpuesto contra la resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, que además de aprobar la transferencia de aprovechamiento a favor del recurrente, ordenaba practicar una nueva inscripción con carácter provisional en el Registro de Aguas, y que se procediese a la anotación en el antiguo Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas y además, en el asiento correspondiente a su número de inscripción figurará "revisado", con indicación de la fecha en que se produjese la resolución de transferencia propuesta. La Sala mantiene la decisión adoptada en la sentencia impugnada de eliminar el carácter provisional de la inscripción, manteniendo las demás condiciones establecidas en la resolución de la Confederación Hidrográfica, y que se refieren a las fórmulas de control de los caudales de aguas utilizados, a la inspección y vigilancia por el organismo de cuenca, y a no variar las características del aprovechamiento.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, estimó en parte el recurso interpuesto contra la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, de 31 de diciembre de 2002, que además de aprobar la transferencia de aprovechamiento a favor del recurrente (apartado a), ordena practicar una nueva inscripción con carácter provisional en el Registro de Aguas, según las características que indica tal resolución (apartado b) y que se proceda a la anotación en el antiguo Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas y en el asiento correspondiente a su número de inscripción figurará "revisado" con in-

dicación de la fecha en que se produjese la resolución de transferencia propuesta (apartado c).

La parte recurrente estaba de acuerdo con la resolución impugnada en la instancia respecto de la aprobación de la transferencia prevista en el apartado A), pero no respecto de las demás previsiones, apartados B) y C), contenidas en dicha resolución del Presidente del organismo de cuenca.

Merece la pena, antes de continuar, transcribir las razones que expone la sentencia recurrida, en el fundamento tercero, para estimar en parte el recurso. Son las siguientes Ha de estar de acuerdo con la demanda cuando entienda inaplicable al supuesto el art. 65 de la vigente Ley, que se refie-

re a la revisión de las concesiones, dado que el título adquisitivo del aprovechamiento fue el del instituto de la prescripción. Y asimismo la invocación que hace la demanda de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la misma que textualmente dice: "Quienes, conforme a la normativa anterior a la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, fueran titulares de aprovechamiento de aguas públicas en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada, así como de autorizaciones de ocupación o utilización del dominio público estatal, seguirán disfrutando de sus derechos, de acuerdo con el contenido de sus títulos administrativo y lo que la propia Ley 29/1985 establece, durante un plazo máximo de setenta y cinco años a partir de la entrada en vigor de la misma, de no fijarse en su título otro menor. (...) 2. Los aprovechamiento de aguas definidas como públicas según la normativa anterior a la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, quedarán legalizados mediante inscripción en el Registro de Aguas, siempre que sus titulares hayan acreditado el derecho a la utilización del recurso de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera 2 de esa ley. (...) El derecho a la utilización del recurso se prologará por un plazo de setenta y cinco años contados desde la entrada en vigor de dicha Ley, sin perjuicio de que la Administración ajuste el caudal del aprovechamiento a las necesidades reales". Sobra, en efecto, por ello el carácter de provisional de la inscripción, razón por la que, limitada la impugnación a este mero aspecto, debe prosperar en los términos que interesa la demanda, si bien serán aplicables las condiciones que como 1ª, 2ª y 3ª establece la resolución, en cuanto establece los mecanismos de control y vigilancia del Organismo, que resultan indiscutibles.

SEGUNDO.- Los motivos en torno a los que se construye el presente recurso de casación son cuatro. Invocados, los dos primeros, por el cauce procesal que proporciona el artículo 88.1.c) de la LJCA, y los demás al amparo del apartado d) del indicado precepto legal.

En el primero, se denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia por infracción de los artículos 33.1 y 67.1 de la LJCA, 209 y 218 de la LEC, 248.3 de la LOPJ y 24 y 120.3 de la CE. Y en el segundo, se aducen las mismas normas vulneradas para denunciar también la incongruencia, pero esta vez, interna.

En el tercero se reprocha a la sentencia la infracción, por inaplicación, de la disposición transitoria primera del TR de la Ley de Aguas de 2001. Y, en fin, en el cuarto de la transitoria sexta del mismo texto legal, en relación con el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992.

Por su parte el Abogado del Estado antes de oponerse a los motivos

de casación invocados alega una causa de inadmisión del recurso por razón de la cuantía.

TERCERO.- Resulta obligado examinar de modo preferente la causa de inadmisión del recurso por razón de la cuantía, opuesta por el Abogado del Estado.

El artículo 86.2.b) de la Ley de esta Jurisdicción efectivamente exceptúa del recurso de casación las sentencias recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 150.000 euros, habiendo dicho esta Sala, singularmente su Sección Primera, con una profusión y abundancia que nos exime de cita expresa, que es irrelevante, a los efectos de la inadmisión del expresado recurso de casación, que se haya tenido por preparado por la Sala de instancia o que se ofreciera al notificarse la resolución recurrida, siempre que la cuantía litigiosa no supere el límite legalmente establecido.

Pues bien, en el caso examinado la cuantía del recurso contencioso-administrativo ha de venir determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo, según dispone el artículo 41.1 de la vigente Ley Jurisdiccional. Por tanto, el valor de la pretensión, atendido el contenido del acto administrativo en la parte que disenta el recurrente y de la pretensión ejercitada en la instancia, ha de comprender no sólo el valor de las instalaciones sino también el de las consecuencias jurídicas que procedan en orden al aprovechamiento de las aguas. Si esto es así, el valor del aprovechamiento que se discute y de las condiciones a que se sujeta, a falta de dato económico alguno —ni el Abogado del Estado proporciona soporte económico alguno para su cuantificación ni en las actuaciones constan elementos de juicio al respecto— nos impide determinar el valor, ni siquiera de modo notorio, y, en consecuencia, no podemos afirmar que no se alcance la "summa gravaminis" que establece el artículo 86.2.b) de la Ley de esta Jurisdicción. En resumen, ha de desestimarse dicha causa de inadmisión.

CUARTO.- Los dos motivos invocados por el cauce procesal del artículo 88.1.c) de nuestra Ley Jurisdiccional, alegando sendos quebrantamientos de forma por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente de incongruencia omisiva y de incongruencia interna, respectivamente, han de ser desestimados, por las razones que a continuación se expresan.

Los dos vicios de incongruencia denunciados se encuadran, como califica la propia recurrente, en la incongruencia omisiva e incongruencia interna, que son los que seguidamente recogemos en primer y último lugar según la tradicional distinción entre los diversos tipos de incon-

gruencia. Así es, dentro de la incongruencia diferenciamos entre la citada incongruencia omisiva o por defecto, incongruencia positiva o por exceso, e incongruencia mixta o por desviación. Es incongruente la sentencia cuando no se pronuncia, *citra petita partium* (menos de lo pedido por las partes), sobre alguna de las pretensiones y cuestiones esgrimidas en la demanda —estamos ante una “incongruencia omisiva o por defecto” también denominada incongruencia *ex silentio*—. Igualmente se puede incurrir en incongruencia cuando se resuelve sobre pretensiones que no se han ejercitado las partes como sucede en la incongruencia *ultra petita partium* (más allá de las peticiones de las partes) —es la denominada “incongruencia positiva o por exceso”—. Es también incongruente la sentencia cuando resuelve *extra petita partium* (fuera de las peticiones de las partes) sobre cuestiones diferentes a las planteadas es el caso de la “incongruencia mixta o por desviación”. Y, en fin, se incurre asimismo en incongruencia, esta vez interna, cuando la decisión que se expresa en el fallo no encuentra su lógica explicación en los fundamentos que le preceden, poniendo de manifiesto una falta de coherencia.

Pues bien, la lectura de la sentencia impugnada revela que no se incurre en los quebrantamientos denunciados, porque en el fundamento segundo sintetiza lo alegado en la instancia por la recurrente, y en el fundamento tercero razona sobre lo que constituye el eje medular de la impugnación, proporcionando, por tanto, el sustento fundado de la conclusión que expresará en el fallo, y que se concreta en una estimación parcial del recurso contencioso administrativo.

Y esto es así, porque cuando se refiere la sentencia a la revisión y a la provisionalidad de la transferencia acordada lo que hace es resumir lo alegado en la demanda, también de forma concisa y escueta. Y el fundamento de la decisión toma en consideración los hechos alegados, que resume en el fundamento segundo, y las razones jurídicas que se esgrimieron como es el régimen transitorio del TR de la Ley de Aguas de 2001 y lo dispuesto en el artículo 65 del mismo sobre revisión de las concesiones.

En definitiva, ni la sentencia ha omitido pronunciarse, como precisa la incongruencia omisiva, sobre ninguna pretensión ni sobre ningún motivo de impugnación. Recordemos que la garantía de la congruencia no alcanza a lo que son meros razonamientos. Del mismo modo que tampoco, como requeriría la incongruencia interna, la sentencia adolece de falta de coherencia interna pues lo decidido en el fallo, como ya hemos señalado y ahora insistimos, es explicado en los fundamentos que le preceden. Dicho de otra forma, la parte dispositiva de la sentencia no

resulta sorprendente ni inexplicada, en relación con los fundamentos que le anteceden, ni resulta tampoco incompatible con los mismos.

QUINTO.- Los motivos tercero y cuarto reprochan a la sentencia la infracción, por inaplicación, de la disposición transitoria primera del TR de la Ley de Aguas de 2001 y de la transitoria sexta del mismo texto legal, en relación con el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992.

Se sostiene, en síntesis, que comoquiera que es titular de un aprovechamiento no por concesión sino por prescripción (lo que ya le reconoce la sentencia), ha de estarse, por aplicación de la transitoria primera del TR de la Ley de Aguas de 2001, al contenido de su título administrativo que es la Orden de la dirección general de Obras Hidráulicas de 12 de febrero de 1974, y, por tanto, no pueden imponerse los medios de control que establecen las condiciones 1ª, 2ª y 3ª del apartado B) de la resolución recurrida, ni la inscripción del apartado C). Reforzando lo anterior en que la transitoria sexta de la misma Ley de 2001 señala que para la revisión ha de estarse al plazo y modo que reglamentariamente se determine y no había tenido lugar dicho desarrollo reglamentario.

Recordemos que de los tres apartados de la resolución administrativa recurrida (A, B y C), la recurrente limitó su recurso contencioso administrativo a los apartados B) y C), porque el apartado A) aprobaba la transferencia del aprovechamiento a su favor como había solicitado. La sentencia es estimatoria parcial de la pretensión de la recurrente. Estima el recurso en lo relativo al carácter provisional de la inscripción porque considera no tiene sustento en la Ley, pero desestima el recurso respecto de la tres condiciones establecidas en el apartado B), y el apartado C), que se refieren a las fórmulas de control de los caudales de aguas utilizados, a la inspección y vigilancia por el organismo de cuenca, y a no variar, en fin, las características del aprovechamiento.

SEXTO.- Los términos en los que se plantean estos dos motivos determinan su fracaso. En primer lugar, porque no podemos considerar consistente ni fundada la infracción del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, que se atribuye a la sentencia en la medida que no estimó la invocada en la instancia respecto del acto impugnado. Recordemos que nuestro ordenamiento jurídico depara esta severa consecuencia de la nulidad plena de los actos administrativos, como el supuesto más grave de invalidez, prevista en el artículo 62.1 citado, cuando se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (apartado e/).

Lo cierto es que la parte recurrente se remite como fundamento de esta nulidad plena a la cuestión de fondo

sobre la aplicación de la transitoria sexta y primera del TR de la Ley de Aguas, pero sin señalar en que ha consistido tal ausencia completa de desarrollo reglamentario de una transitoria, la sexta, a cuyo amparo no consta sustanciado el procedimiento seguido tampoco puede prestar fundamento a dicha causa de nulidad. Repárese que en el expediente administrativo constan los trámites observados, con audiencia y participación de la parte recurrente, que terminó en la resolución impugnada en la instancia.

Y, en segundo lugar, porque al socaire de lo previsto en la disposición transitoria primera del TR de la Ley de Aguas de 2001 no puede postularse que la Administración hidráulica en general, y los organismos de cuenca en particular, no puedan realizar las funciones de control, vigilancia e inspección que les atribuye la citada ley para tener información precisa sobre los caudales. Se trata, en definitiva, de comprobar que los mismos se ajustan a los específicamente reconocidos.

La solución contraria, que se postula en casación, supondría despojar a la Administración hidráulica de sus funciones de investigación, inspección, vigilancia y control sobre el exacto cumplimiento de las características concretas del aprovechamiento transmitido. La inscripción de su título en los libros del Registro de Aprovechamientos de Aguas Privadas, por la invocada Orden de la Dirección General de Obras Hidráulicas de 12 de febrero de 1974, que se acompañó con el escrito de demanda, no comporta su evasión del régimen de control que establece la Ley y que se concreta en las condiciones establecidas en el acto impugnado en la instancia.

SÉPTIMO.- Interesa añadir y concretar respecto de la invocación, como único régimen jurídico de aplicación al aprovechamiento transferido, del previsto en la Orden de la Dirección General de Obras Hidráulicas de 12 de febrero de 1974, que el mismo se ha de limitar a la cuantificación de los caudales, el destino previsto y las demás características materiales propias del aprovechamiento. Ahora bien, tal reconocimiento no puede alcanzar a todas aquellas medidas de control, legalmente establecidas, tendentes precisamente a comprobar que características del aprovechamiento son respetadas.

Concretamente, respecto de la instalación de un sistema de medición viene avalado por lo dispuesto en el artículo 55.4 del TR de la Ley de Aguas de 2001 que en todas sus modificaciones (mediante Ley 53/2001 de 30 de diciembre, Ley 62/2003, de 30 de diciembre y Ley 11/2005, de 22 de junio), como ya establecía el artículo 53.4 la Ley de Aguas de 1985, impone la obligación legal de

“instalar y mantener los correspondientes sistemas de medición que garanticen información precisa sobre los caudales de agua en efecto utilizados y, en su caso, retornados”. Esta obligación no es aplicable únicamente a los titulares de una concesión, como señala la parte recurrente, sino que se extiende —recordemos que el aprovechamiento se adquirió por prescripción— a los “titulares de las concesiones administrativas de aguas y todos aquellos que por cualquier otro título tengan derecho a su uso privativo” (artículo 55.4 del citado TR de 2001).

OCTAVO.- Ahora bien, debemos concluir haciendo una advertencia final, como también ya hicimos en nuestra sentencia 18 de marzo de 2010 (recurso de casación núm. 1342/2006).

Esta obligación, predicable de todos los que por cualquier título tengan derecho a uso privativo de las aguas, de instalar un sistema de medición, ha de ser interpretada en la forma siguiente. Aunque dicha exigencia esté incluida como “condición específica” de la resolución administrativa que acuerda aprobar la transferencia del aprovechamiento es una mera obligación del titular, y no una condición a cuyo cumplimiento se supedita la efectividad de dicha transferencia. De manera que la transferencia se produce en todo caso y el incumplimiento de la obligación, en su caso, no puede dar lugar a suspender, impedir o cancelar tal traspaso del aprovechamiento acordado, sino que ha de cumplirse, y exigirse, por los medios de ejecución de que dispone la Administración al efecto.

Por cuanto antecede, procede declarar que no ha lugar al recurso de casación.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA procede imponer las costas procesales ocasionadas en el presente recurso contencioso administrativo a la parte recurrente.

Al amparo de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la citada Ley, se determina que el importe de los honorarios del Abogado del Estado no podrá rebasar la cantidad de 1.500 euros.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

#### FALLO

Que desestimando los motivos invocados, declaramos que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jenaro, contra la Sentencia de 2 de diciembre de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en re-

curso contencioso-administrativo núm. 2496/2003. Se imponen las costas a la parte recurrente con el límite establecido en el último fundamento.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

2010/92279

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección 3, Sentencia 21 mayo 2010. Ponente: D. M<sup>a</sup> Isabel Perelló Domech

Recurso de casación en interés de la ley

## Imposición de multa por carecer de los discos diagrama obligatorios en el vehículo

*El TS desestima el recurso de casación en interés de la ley interpuesto por la Comunidad Autónoma de Cantabria contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Santander, que anuló una resolución del Consejero de Industria por la que se impuso al entonces recurrente, una sanción de multa por carecer de los discos diagrama que existe obligación de llevar en el vehículo. La Sala considera que sin necesidad de entrar a analizar el fondo del recurso, esto es, en si la interpretación de las normas que regulan el plazo de caducidad realizada por el Juzgado, cabe concluir en el mismo sentido que el Ministerio Fiscal que pone de manifiesto que en el presente recurso de casación en interés de la ley no se justifica convenientemente el grave daño para el interés general, ni la posible reiteración en casos similares.*

### FUNDAMENTOS D EDERECHO

PRIMERO.- El Letrado de la Comunidad Autónoma de Cantabria interpone recurso de casación en interés de la ley frente a la Sentencia de fecha 8 de enero de 2009 dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo número uno de Santander. Esta sentencia resuelve un recurso contencioso administrativo en el que se impugnaba una resolución del Consejero de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico del Gobierno de Cantabria desestimatorio del

recurso de alzada interpuesto contra la resolución dictada por el Director General de Transportes y Comunicaciones del Gobierno de Cantabria que impuso al entonces recurrente, una sanción de multa de 2.001 Euros por “ carecer de los discos diagrama que existe obligación de llevar en el vehículo. El recurso es estimado, ya que el Juzgado aprecia la alegación de caducidad esgrimida en la demanda al considerar que fecha inicial para el cómputo de la caducidad era el día en que se extendió la denuncia por el agente de tráfico y su entrega al conductor. En consecuencia, se anula la sanción impuesta”.

SEGUNDO.- Mediante el presente recurso de casación en interés de la ley, el Letrado de la Comunidad Autónoma de Cantabria interesa que esta Sala declare que la doctrina acogida en la Sentencia impugnada es gravemente errónea, alegando que la Sala de instancia aprecia incorrectamente el dies a quo para el cómputo de la caducidad del procedimiento administrativo en el que se dicta la resolución sancionadora, que considera contraria al criterio mantenido por la jurisprudencia de esta sala, citando a tales efectos, tres Sentencias de 15 de noviembre de 200, de 23 de mayo de 2001 y de 4 de junio de 2004, cuyos fundamentos jurídicos transcribe parcialmente.

Aduce dicho Letrado que formula denuncia el día 9 de febrero de 2006, se procede a la incoación del expediente sancionador el día 15 de mayo de 2006, notificándose la resolución sancionadora el día 27 de marzo de 2007. No cabe pues apreciar la caducidad alegada dado que en este caso, la fecha que se ha de tener en cuenta es la de la incoación del expediente sancionador, debido a que la denuncia no fue notificada. Según la jurisprudencia invocada únicamente supone iniciación del expediente sancionador cuando ha sido correctamente extendida en la forma prevista en el artículo 205 del Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres y notificada en el acto a los denunciados, y en otro caso, esa iniciativa debe entenderse deferida al momento en que se dicta el acuerdo correspondiente.

Considera dicha representación que es indiferente la referencia que realiza la Sentencia recurrida al artículo 19 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, y a que el conductor del vehículo en el momento de la denuncia, tiene la consideración de representante de la empresa, dado que esta consideración del conductor como representante de la empresa no modifica el dato referido a que la denuncia no fue debidamente notificada debido a que no se le extendió copia. Si la denuncia hubiera sido entregada al conductor en su condición de transportista o representante de la empresa, se hubiera iniciado el expediente sancionador, sin embargo, en este caso, el dato fundamental es que no

fue entregada copia de la denuncia, por lo que el procedimiento no se puede considerar iniciado.

El Abogado del Estado recurrido y el Ministerio Fiscal, se oponen al recurso de casación en interés de la ley, por distintas razones. En primer término aduce el representante de la Administración del Estado que la caducidad del procedimiento sancionador se produce por el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa (artículo 44 de la Ley 30/1992). Es por ello que, si este plazo queda legalmente fijado en un año, y también legalmente se dice que se cuenta desde la fecha de iniciación del procedimiento, resulta contrario a lo expresamente previsto en la propia Ley considerar que el plazo de caducidad del procedimiento pueda producirse desde la denuncia, cualquiera que sea la forma en que ésta se ha producido. Añade, no obstante, que las modificaciones legales operadas en la Ley y el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres suponen la correlativa modificación de la doctrina legal en relación con el inicio del plazo de caducidad del procedimiento sancionador en esta materia, que debe ser adecuada al nuevo marco normativo, más acorde con la doctrina general. Y concluye que no puede fijarse una doctrina legal que hace total abstracción de las modificaciones legales apuntadas.

La parte recurrida sostiene que no procede la doctrina legal que se pretende de contrario, ya que en primer lugar no existe infracción en la aplicación de la normativa vigente por parte de la sentencia recurrida que aplica correctamente lo dispuesto en el artículo 205 del Reglamento Orgánico de Transportes Terrestres y la doctrina legal de esta Sala, en segundo lugar porque independientemente de que la notificación se efectúe por escrito o verbalmente, no concurriría indefensión alguna ya que el efecto es el mismo, esto es, el conductor podrá dar traslado de la denuncia al titular del vehículo en cuanto responsable de la infracción de los hechos denunciados, y en tercer lugar por cuanto los Agentes, una vez detenido el vehículo para efectuar la inspección en carretera, tienen la obligación de integrar copia del boletín de denuncia.

El Ministerio Fiscal, por su parte, argumenta que no procede la estimación del recurso de referencia por cuanto en el escrito del recurso no se ha justificado convenientemente que la mencionada interpretación sobre el cómputo de la caducidad realizada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo sea gravemente dañosa para el interés general, tal como se exige para que pueda prosperar el recurso de casación en interés de la ley.

TERCERO.- Antes de entrar en el análisis de las cuestiones suscitadas,

conviene previamente recordar cual es la naturaleza y alcance del recurso de casación en interés de Ley. Conviene traer a colación los razonamientos de la reciente sentencia de 11 de mayo de 2010, dictada en el recurso de casación en Interés de Ley número 50/2008 en la que exponemos que la jurisprudencia de esta Sala, de la que es exponente la sentencia de 5 de noviembre de 2009 dictada en el recurso número 14/2008, ha recordado que esta modalidad casacional regulada en el artículo 100 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, está concebida en defensa de la recta interpretación del Ordenamiento jurídico y constituye, como su precedente inmediato de apelación extraordinario en interés de Ley, un remedio extraordinario y último de que disponen las Administraciones Públicas y, en general, las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, para evitar que sentencias que se estimen erróneas y que puedan comprometer y dañar gravemente el interés general, más allá del caso resuelto definitivamente por las mismas con fuerza de cosa juzgada material, perpetúen o multipliquen sus negativos efectos en el futuro, ante la posibilidad de reiteración o repetición de su desviada doctrina.

En la citada Sentencia decíamos que se trata “ de un recurso excepcional y subsidiario respecto del recurso de casación ordinario y de casación para la unificación de doctrina, cuya única finalidad, según viene repitiendo constantemente esta Sala, es la corrección de la doctrina errónea contenida en la sentencia recurrida mediante la formación de una «doctrina legal» que para el futuro evite que se incida en el error jurídico corregido, razón por la cual. No se trata, por tanto, de un instrumento puesto en manos de de las Administraciones Públicas para que puedan reaccionar frente a cualquier tipo de resolución adversa, sino de un remedio excepcional para evitar la perpetuación de criterios interpretativos que no solo sean erróneos, sino también gravemente dañosos para los intereses generales.”

También hemos declarado de forma constante que uno de los requisitos de tipo sustantivo del recurso es que la doctrina contenida en la sentencia recurrida, sea al mismo tiempo errónea y gravemente perjudicial para el interés general, a lo que ha de sumarse la exigencia formal, conectada con su función preventiva o nomofiláctica, de que en el escrito del recurso se haga explícita y concreta fijación de la doctrina legal que, para el caso de estimación del recurso, habrá de sustituir a la que haya sido declarada errónea por parte de este Tribunal Supremo. Así indicamos en la citada sentencia, que la nota de gravedad, que ha de acompañar al carácter dañoso de la sentencia recurrida, será de apreciar cuando la solución adoptada por ella sea capaz de

causar un perjuicio a los intereses generales que merezca ser calificado de gran entidad, bien por su elevado alcance económico, bien por la importancia cualitativa del concreto interés que resulte afectado.

En esta línea cabe citar la Sentencia de 20 de enero de 2009 recaída en el recurso número 78/2006, en la que manteníamos que el recurso de casación en interés de la ley no es simplemente un instrumento para corregir interpretaciones erróneas de preceptos legales en aquellos supuestos que no pueden llegar a este Tribunal Supremo a través del recurso de casación o, en su caso, del recurso de casación para la unificación de doctrina. Es algo más: un instrumento para evitar que, en asuntos que normalmente no pueden llegar al Tribunal Supremo, la interpretación equivocada de las leyes no resulte "gravemente dañosa para el interés general". De aquí se sigue que sólo cuando la interpretación que se reputa incorrecta es, además, gravemente atentatoria contra el interés general procede estimar el recurso de casación en interés de la ley. Esta vía procesal, -decíamos-, no tiene por finalidad enmendar interpretaciones de la ley que, por desacertadas que puedan parecer, tienen escasa importancia. El recurso en interés de la ley no se ocupa de mínimos.

CUARTO.- Pues bien, sin entrar a analizar el fondo del recurso, esto es, en si la interpretación de las normas que regulan el plazo de caducidad antes mencionada realizada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santander, cabe concluir en el mismo sentido que el Ministerio Fiscal que pone de manifiesto que en el presente recurso de casación en interés de la ley no se justifica convenientemente el grave daño para el interés general, ni la posible reiteración en casos similares.

Ciertamente, con independencia del criterio seguido por el órgano judicial en la determinación del día inicial a efectos de caducidad del expediente sancionador, cabe resaltar que nos hallamos ante un supuesto en el que, en realidad, la impugnación gira en torno a un dato fáctico, en el que incide el escrito del recurso, consistente en la entrega o no de la correspondiente copia de la denuncia, a los efectos de tener por correctamente notificada la resolución sancionadora. Se cuestiona una interpretación aislada y particular de unas normas reglamentarias sancionadoras que han sido posteriormente notificadas, que parten de unos determinados y singulares datos fácticos y no se justifica convenientemente que exista una generalización del criterio seguido por la sentencia impugnada que afecte gravemente al interés general. Las alegaciones vertidas en el recurso del Letrado de la Comunidad Autónoma no resultan suficientes para la viabilidad del presente recurso, pues como hemos expuesto, ello exigiría como requisito la acreditación

del aludido grave daño que en modo alguno puede entenderse producido a consecuencia de hipotéticos pronunciamientos con similar doctrina, al ceñirse al peculiar supuesto tratado en la sentencia objeto de este recurso anterior a las reformas operadas en el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres llevadas a cabo por Real Decreto 1225/2006, como apunta el Abogado del Estado. Se interpreta, en fin, una concreta situación fáctica que se intenta desvirtuar con el debate de si existió o no entrega de la copia de la denuncia al conductor del vehículo, extremo en el que se insiste en la demanda, que es, claro está, ajeno al debate casacional, en el que no cabe un nuevo examen de la singular controversia de fondo, ni remediar apreciaciones sobre puntos de hecho tomados en consideración para resolver la específica cuestión planteada.

Razones por las que concluimos que no se ha justificado la probabilidad de reiteración de múltiples pronunciamientos similares ni el consiguiente daño al interés general que en el presente caso no resulta acreditado.

Por todo ello, el presente recurso de casación en interés de la Ley no puede prosperar.

QUINTO.- Con arreglo al artículo 139.2 LJCA, la desestimación total del presente recurso en interés de la Ley comporta la imposición de las costas a la recurrente.

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

#### FALLO

Primero.- NO HA LUGAR al recurso de casación en interés de la ley interpuesto por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA, contra la sentencia de fecha 8 de enero de 2009 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número uno de Santander, en el procedimiento abreviado 176/08.

Segundo.- Con imposición de las costas a la recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Pedro José Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- José Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- María Isabel Perello Domenech.- Firmado.- Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup> María Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.

## TS SOCIAL

2010/84378

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 14 abril 2010. Ponente: D. Antonio Martín Valverde

No son homogéneos

### Complemento de puesto de trabajo no absorbible ni compensable por incremento de salario base

*Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la mercantil demandada contra sentencia que acogió la demanda de conflicto colectivo sobre complemento salarial.*

*Considera la Sala que la sentencia recurrida ha aplicado correctamente la doctrina jurisprudencial sobre compensación y absorción de mejoras salariales, siendo el suplemento litigioso un complemento salarial vinculado a puestos de trabajo determinados, que se venía abonando en cuantía distinta debido a que la naturaleza inicial de la retribución tenía un marcado carácter profesional por realización del trabajo, por lo que este concepto salarial no guarda la debida homogeneidad o analogía con el incremento del salario base en el que la empresa lo había absorbido parcialmente, ni las reglas específicas de compensación y absorción establecidas en el convenio colectivo de la industria siderometalúrgica aplicable ordenan la compensación del suplemento mediante absorción.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre absorción y compensación de salarios; se trata en concreto de la aplicación o inaplicación de la disposición legal en la materia, que es el artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET) al concepto salarial denominado "suplemento" que perciben en la empresa recurrente los oficiales de primera y el encargado de taller.

La operación de compensación de mejoras salariales efectuada por la empresa que ha dado origen a la demanda de los trabajadores ha consistido en la absorción parcial de dicho suplemento, a partir de junio de 2007, por el incremento del salario base a que tienen derecho los mencionados trabajadores en aplicación del convenio colectivo de la industria del metal de Barcelona, vigente para los mismos debe su publicación en los citados mes y año.

El suplemento controvertido se abonaba, desde el año 1996, a título de "equiparación de los salarios de los actores con los percibidos en las empresas del grupo" (hecho probado 5<sup>o</sup>); su importe varía de un trabajador a otro "en función del precio/hora trabajado", habiéndose incrementado cada año, hasta 2007, "en la misma

cuantía que el resto de los conceptos salariales" (hecho probado 3<sup>o</sup>).

La sentencia recurrida ha negado la compensación salarial practicada por la empresa, mientras que la sentencia de contraste ha llegado a la conclusión contraria en un litigio en que se propone la misma cuestión respecto de trabajadores de la misma categoría profesional de otra empresa integrada en el mismo grupo empresarial Núñez y Navarro S.A., y en aplicación del mismo convenio colectivo de trabajo. La contradicción no es dudosa.

SEGUNDO.- La solución con arreglo a derecho de la cuestión controvertida es la adoptada por la sentencia recurrida, por lo que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, el recurso debe ser desestimado.

Sobre el precepto legal que prevé la compensación y absorción de mejoras salariales (art. 26.5 ET: "Operará la compensación y absorción de salarios cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia") esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha efectuado varias precisiones interpretativas, que, a los efectos de la decisión del presente caso, se pueden resumir en



los siguientes puntos: 1) la compensación y absorción debe operar sobre retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad (STS 10-6-1994, rec. 2274/1993, que cita STS 15-10-1992); 2) esta interpretación restrictiva tiene su fundamento en que la finalidad de la norma es evitar la superposición de mejoras salariales originadas en diversas fuentes reguladoras (STS 28-2-2005, rec. 2486/2004), superposición que no se produce cuando los conceptos salariales son heterogéneos; 3) las posibilidades de compensación y absorción deben valorarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso, atendiendo siempre a "los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas" las remuneraciones salariales implicadas (STS 29-9-2008, rec. 2255/2007); 4) la absorción y compensación no rige en principio entre conceptos salariales por unidad de tiempo y devengos en función del esfuerzo laboral, ni entre complementos personales que no se vinculan a resultado alguno o a particulares condiciones de trabajo y aquéllos que se ligan al puesto de trabajo (STS 21-1-2008, rec. 4192/2006); y 5) en concreto, para supuestos litigiosos próximos al ahora planteado, no cabe la compensación y absorción en el salario base de un complemento personal percibido con ocasión de la fusión de determinadas cajas rurales (STS 25-5-2005, rec. 89/2004), o la compensación y absorción en el sueldo de convenio de un complemento de cantidad y calidad del trabajo que no se satisface a todos los empleados (STS 10-6-1994, citada).

La sentencia recurrida ha aplicado correctamente la expuesta doctrina jurisprudencial sobre compensación y absorción de mejoras salariales. El denominado "suplemento" es un complemento salarial vinculado a puestos de trabajo determinados, que se venía abonando en cuantía distinta debido a que "la naturaleza inicial de la retribución tenía un marcado carácter profesional por realización del trabajo". Es claro, por tanto, que este concepto salarial no guarda la debida homogeneidad o analogía con el incremento del salario base en el que la empresa lo había absorbido parcialmente. Y, por otra parte, las reglas específicas de compensación y absorción establecidas en el convenio colectivo de la industria siderometalúrgica de Barcelona, tampoco ordenan la compensación del suplemento en cuestión mediante absorción en el incremento del salario base de los trabajadores afectados.

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

#### FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la sociedad VILADAL, S.L., contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justi-

cia de Cataluña, de fecha 20 de mayo de 2009, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 25 de julio de 2008 por el Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona, en autos seguidos a instancia de D. Roberto, contra dicha recurrente, sobre CONFLICTO COLECTIVO. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir al que la Sala dará el destino legal. Condenamos a la parte recurrente al abono de los honorarios de Letrado de la parte recurrida.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

2010/113436

TS Sala 4ª, Sentencia 7 mayo 2010. Ponente: D. Jesús Gullón Rodríguez.

En la presentación de la demanda y no en el juicio oral

### Momento en que debe estar vigente la situación de cesión ilegal

*Recurren en casación para la unificación de doctrina los trabajadores codemandantes contra sentencia que rechazó su reclamación sobre cesión ilegal. Señala la Sala que el momento determinante para analizar la posible existencia de cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la misma, no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta, y en ese momento, los recurrentes todavía no habían dejado de depender de la empresa cedente originaria para pasar a depender de una segunda que se hizo cargo de la actividad mediante nueva contrata y para la que ya dependían en el momento de celebración del juicio.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La única cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si resulta jurídicamente viable, si existe acción para los trabajadores encaminada a la declaración de ce-

sión ilegal cuando en el momento del juicio oral han pasado a depender aquéllos desde la empresa cedente originaria a otra que se ha hecho cargo de la actividad y de los trabajadores mediante nueva contrata.

La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 20 de julio de 2009, revocando la decisión de instancia negó que hubiese cesión ilegal entre la empresa que originariamente era titular de las relaciones de trabajo de los actores y la empresa principal o cesionaria porque en el momento de celebrarse el juicio oral la relación laboral con la primera se había extinguido y habían pasado a formar parte de la plantilla de una segunda empresa, que se hizo cargo de los trabajadores para llevar a cabo la misma actividad.

La situación de hecho que dio origen al referido debate jurídico, partiendo del relato histórico de instancia, ampliamente reconstruido por la sentencia de suplicación, cabe resumirlo de la siguiente forma:

a) Desde distintas fechas que se recogen en el primero de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, los trabajadores demandantes prestaban servicios como especialistas para la empresa "Elaborados y Montajes, S.A." (Eymosa) en el almacén de la empresa Navantia, S.A. en El Ferrol, donde llevaban a cabo tareas de almacenaje y distribución, lo que comportaba la recepción, distribución, reparto, carga y descarga de mercancías que llegaban a las dependencias de Navantia en la citada localidad.

b) Como entendiesen que en sus relaciones de trabajo se estaba produciendo una cesión ilegal desde Eymosa a Navantia, los referidos trabajadores plantearon primero una papeleta de conciliación y luego demandas acumuladas de reconocimiento de tal situación, al amparo de lo previsto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

c) La fecha de la presentación de la conciliación ante el Organismo competente fue en unos casos la de 25 de noviembre de 2005 y 3 de diciembre de 2005 en otros (según hechos probados de la sentencia, realmente fue el 2 de diciembre -folio 8-). Las demandas se plantearon ante los Juzgados de lo Social de Ferrol el 20 de enero de 2006. Turnadas al Juzgado número 2, en ellas se pedía el reconocimiento de la existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la declaración del derecho de los actores, partiendo de esa situación, a obtener la condición de fijos en la empresa Navantia.

d) Durante el mes de mayo de 2006 se hizo cargo de la actividad de almacén en Navantia (El Ferrol), que hasta entonces había llevado a cabo Eymosa, una nueva empresa, Unigel, S.L., comunicando ésta el 5 de mayo

de 2006 a todos los trabajadores, 29 en total, incluidos los 14 demandantes, y a Eymosa que se subrogaba en las relaciones de trabajo para la prestación de servicios en Navantia, lo que se materializó el día 7 de mayo con la firma de conformidad con tal subrogación por los trabajadores en los documentos individuales expedidos al efecto, dejando entonces desde esa fecha de prestar servicios para Eymosa.

e) Como consecuencia de la interposición de las demandas se celebró el juicio oral el 29 de mayo de 2006 y el Juzgado de lo Social número 2 de los de Ferrol dictó una primera sentencia el 20 de junio de ese mismo año, que fue anulada por la Sala de Galicia en sentencia de 23 de mayo de 2008, al no haber sido llamada al proceso la empresa Unigel, S.L.

f) El Juzgado dictó nueva sentencia estimatoria de las demandas el 21 de noviembre de 2008, que fue revocada, como antes se dijo, por la sentencia hoy recurrida en casación para la unificación de doctrina.

SEGUNDO.- Los razonamientos que llevaron a la Sala de Galicia a revocar la sentencia de instancia se refieren a la realidad de que en el momento del juicio oral, el 29 de mayo de 2006, los demandantes ya no prestaban servicios para la empresa Eymosa, pues habían cesado en ella el día 7 de ese mismo mes, y lo venían haciendo desde entonces para otra empresa, que debió ser llamada al proceso. "Es evidente, por tanto",... se dice literalmente en el fundamento de derecho cuarto, 2 de la sentencia recurrida, "... que la relación laboral de los demandantes con la empresa presuntamente cedente (Eymosa), se extinguió antes de la celebración del primer juicio... y de la primera sentencia de instancia... Consecuentemente, dada la eficacia constitutiva de la sentencia no era ya posible declarar la existencia de cesión ilegal entre Eymosa y Navantia, y atribuir la condición de fijos de plantilla en la empresa cesionaria a los actores. Y ello porque la situación a enjuiciar ya había cesado, habiendo prestado los demandantes voluntariamente su conformidad al cambio de empresario y extinguido su relación laboral con Eymosa, con la particularidad, además, de que la empresa Unigel S.L. ha actuado correctamente resultando absuelta de la demanda". En consecuencia, la Sala de Galicia revoca por tal motivo la decisión de instancia, desestima las demandas y absuelve a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra, sin entrar a decidir sobre los motivos de los recursos de Navantia y Unigel relativos a la cuestión de fondo, la existencia o no de una situación de cesión ilegal de mano de obra.

TERCERO.- Recurren ahora en casación para la unificación de doctrina los trabajadores, denunciando

la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de noviembre de 2007.

En ella, tal y como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, se contempla y resuelve una situación que guarda en relación con la de la recurrida la necesaria identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para la viabilidad del recurso.

Se trataba en tal sentencia de un trabajador analista de sistemas que prestaba servicios para la empresa "Cibernos Consulting S.A." desde octubre de 1994. En 27 de diciembre de 1999 esa empresa se unió con otra en forma de unión temporal de empresas para concurrir a un concurso convocado por el Instituto Social de la Marina para la adjudicación de servicios de asistencia técnica para el desarrollo del plan de acción del área informática, de los Servicios Centrales del Organismo. Desde entonces y como consecuencia de la adjudicación del contrato administrativo a la referida UTE, el trabajador vino prestando sus servicios para el ISM en sus Servicios Centrales, donde disponía de un despacho con su mobiliario, teléfono y ordenador, recibiendo instrucciones directas del ISM para la realización del trabajo y del que dependía también a efectos de vacaciones, permisos y demás ausencias. Esa actividad la continuó desempeñando en el ISM incluso después de que entrase en abril de 2002 una nueva empresa, INDRA, a continuar con la ejecución de aquél plan de acción de asistencia técnica para el ISM.

El 5 de mayo de 2006 presentó el referido trabajador papeleta de conciliación para la declaración de una cesión ilegal de trabajadores contra las dos empresas "Cibernos Consulting" e "INDRA", ante lo que "Cibernos Consulting" le remitió orden el 9 de mayo de incorporación a la central de dicha empresa. El 17 de mayo interpuso frente al ISM reclamación previa, y el 14 de julio siguiente demanda frente al referido Organismo y las dos empresas.

La sentencia de contraste desde estos hechos analiza la misma cuestión que la sentencia recurrida, pues no solo en el momento del juicio oral, sino en el del planteamiento de la demanda, había cesado la pretendida situación de cesión ilegal, y llega a la conclusión de que "ello no constituye óbice para que el trabajador pueda ejercitar su acción de cesión ilegal, si nos atenemos al proceso histórico que se ha producido, ya que con anterioridad a la presentación de la demanda, en fecha 5 de mayo de 2006, se había presentado la papeleta de conciliación, por lo que no cabe sostener que al tiempo de entablarse la reclamación judicial, se hubiera

extinguido la cesión". Por la misma razón, pero a contrario, rechaza la pretensión dirigida contra el ISM porque la reclamación previa se planteó en fecha posterior al cese de la situación de cesión ilícita.

De esta forma, mientras que la sentencia recurrida afirma que si en el momento de juicio oral no persisten las condiciones de cesión ilegal no cabe el ejercicio de la acción, la de contraste se decanta por entender que desde la interposición de la papeleta de conciliación se producen los elementos de conocimiento para el Tribunal y para la existencia de la acción que determinan la necesidad de dar una respuesta judicial sobre la controversia así planteada. La contraposición de tales decisiones que se contienen en las sentencias analizadas determina la necesidad de que esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo proceda a unificar la doctrina señalando aquella que resulte ajustada a derecho (artículo 226 LPL), pues aunque es cierto que en la sentencia de contraste se fija el día en el que han de constatar los hechos de los que deriva el posible ejercicio de la acción en el de la presentación de la papeleta de conciliación, esa contradicción se produce entonces a fortiori, pues en la sentencia recurrida tanto cuando se interpuso la papeleta de conciliación como la demanda permanecía viva la situación de la que se trataba de extraer la declaración de existencia de la cesión ilegal, y sin embargo se optó por la solución de entender que no existía esa acción si en el momento del juicio oral ya no existía la relación de trabajo con la empresa cedente.

CUARTO.- En esa confrontación de criterios que se desprende de las sentencias analizadas debe decirse que ambas sentencias comparten el punto de partida, que es la conocida doctrina de esta Sala en la que se afirma que "el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal". (STS de 8 de julio de 2003 -rcud. 2885/02-, y otras posteriores, como las de 12 de febrero de 2008 -rcud. 61/07- o 14 de septiembre de 2009 -rcud. 4232/08- entre otras).

En el presente caso, aplicando esa doctrina hemos de dar un paso más y matizar la anterior doctrina para afirmar que el momento en que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la

pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues en ese momento, tal y como disponen los artículos 410, 411 y 413.1 LEC, cuando se producen los efectos de la litispendencia.

Tal y como tiene establecido la jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo (STS 1ª 2 de diciembre de 2009, rec. 2117/2005) debe tenerse en cuenta el principio perpetuatio jurisdictionis, artículo 411 LEC, los presupuestos de actuación de los tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda siendo ineficaces las modificaciones que se produzcan con posterioridad tanto respecto de los hechos como de la norma jurídica. Del mismo modo, los efectos de la litispendencia, a los que ha de anudarse la perpetuación de la jurisdicción, se producen, con arreglo al artículo 410 LEC desde la interposición de la demanda si luego es admitida -SSTS de 8 de junio de 2006, 20 de abril de 2007, 30 de mayo de 2007, 21 de mayo de 2008.

Entonces, si es el momento en que procesalmente se ejercita de forma hábil la pretensión a través de la demanda en el que se produce la litispendencia -art. 411 LEC - de ello se desprende que no se ha producido la pérdida sobrevenida de objeto a que se refiere el artículo 22 de la misma norma cuando hay alteraciones posteriores, como ocurrió en el caso presente, puesto que, según se dice en el número 1 de aquél precepto, no cabe "que se tengan en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas". Lo que equivale a que, fijados los términos de la litis en el momento de la demanda, ha de analizarse si en ese momento concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal, de la que habrá de desprenderse también la pretensión de fijeza que se postula por los demandantes, en este caso a ser fijos en la empresa cesionaria, como consecuencia de esa situación de cesión ilegal, cuya realidad corresponde analizar desde el momento en que se pide, teniendo en cuenta también que el artículo 43.2 ET dice que se entiende que concurre esa cesión ilegal cuando se produzca alguna de las circunstancias previstas en el precepto, de lo que no cabe desprender que esa situación descrita en presente de indicativo, que ha de referirse al momento en que se ejercita la acción, haya de tener una proyección de futuro suficiente como para alcanzar el acto de juicio oral o el momento en que se dicta la sentencia.

QUINTO.- Tal y como se dijo en el primero de los fundamentos de derecho de esta sentencia, las deman-

das acumuladas de los actores fueron presentadas el 20 de enero de 2006, en un momento en que la relación de trabajo aparente -según tales demandas- se estaba produciendo para Eymosa, pero realmente se daba, mediante fenómeno ilícito de interposición para Navantia. La sentencia recurrida debió entonces partir de la existencia de acción en los demandantes para que, con independencia de los acontecimientos o vicisitudes posteriores ocurridos, como fue la entrada en el panorama laboral de los actores de otra empresa, Unigel, S.L. (empresa para la que siguieron llevando a cabo la misma actividad anterior y también en las mismas dependencias de Navantia), se analizase si realmente se habían dado las circunstancias legales para que se calificara la situación de prestamismo laboral pues, como se ha dicho, la posible existencia de la cesión ilegal que se postula viene determinada por unos hechos que podían ser analizados y eventualmente constatados en el momento de las demandas, anterior a la fecha de juicio oral y también de la subrogación en las relaciones de trabajo por parte de Unigel, S.L., que se produjo el 7 de mayo de 2006.

SEXTO.- En consecuencia, de conformidad con lo razonado anteriormente y de lo argumentado en su informe por el Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, lo que determina la necesidad de casar y anular la sentencia recurrida para que la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, partiendo de la existencia de acción, se pronuncie sobre el resto de los motivos planteados en los recursos de suplicación planteados en su día por Navantia S.A., y en lo que no se refiere a la falta de acción en el de Unigel, S.L., pues el recurso de suplicación que ésta empresa planteó frente a la sentencia de instancia parece referirse, de forma tal vez no demasiado clara, en su único motivo exclusivamente a la cuestión ya resuelta sobre la falta de acción en los demandantes, aunque el recurso de suplicación que ésta empresa planteó también se refiere a la vulneración de los artículos 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores.

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

#### FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la Procuradora Dª Sofía Perea Gil como legal representante de D. Jorge, D. Octavio, D. Sergio, D. Luis Alberto, D. Alejandro, D. Candido, D. Epifanio, D. Héctor, D. Luciano, D. Ramón, D. Victoriano, Dª Raquel Y D. Juan Ramón frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 20 de julio de 2009. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, con



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2874

Madrid, 27 de septiembre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

devolución de las actuaciones a la Sala de procedencia y partiendo de la existencia de la acción ejercitada por los trabajadores demandantes se pronuncie sobre el resto de los motivos planteados en suplicación por las empresas recurrentes.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Le-

gislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Gonzalo Moliner Tamborero.- Jesús Gullón Rodríguez.- Jesús Souto Prieto.- María Lourdes Arastey Sahun.- Mariano Sampredo Corral. Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y

publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesús Gullón Rodríguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

## RESEÑA

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



2010/19157

TS Sala 1ª, Sentencia 9 marzo 2010.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Inaplicación del factor de corrección en indemnización por accidente de circulación

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que acogió el rec. de apelación absolviendo al consorcio de compensación de seguros demandado y desestimó el de la parte demandante no accediendo al factor de corrección pretendido por la realización de las obras necesarias para el acceso del demandante minusválido que fue declarado incapaz por las lesiones sufridas en accidente de circulación, considerando que la planta superior en la que se realizaron no constituye vivienda ya que estaba destinada a almacén y por ello no procede su indemnización. La AP confirma la sentencia del juzgado sobre las cuantías vigentes el día del siniestro y lo aplicado en cuanto a los intereses moratorios.

2010/102566

TS Sala 1ª, Sentencia 10 junio 2010.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

### Prevalencia del derecho a la información al no existir expresiones injuriosas

El TS declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió a la demandada al considerar que la información publicada en los artículos periódicos objeto de enjuiciamiento no vulnera el derecho al honor de la actora al entender que prevalece el derecho

a la libertad de información sobre el del honor por tratarse de información en esencia veraz, en asunto de interés o relevancia pública, sin que en los citados artículos se aprecien expresiones injuriosas.



2010/71283

TS Sala 2ª, Sentencia 23 marzo 2010.  
Ponente: D. Joaquín Giménez García

### Delito contra la salud pública consumado: intervención de agentes encubiertos

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delito contra la salud pública. El Alto Tribunal rechaza la tesis del recurrente que sustenta que en todos los casos en que se utilizase la técnica de investigación de la entrega vigilada el delito estaría en tentativa, porque la actividad de los agentes encubiertos fue la de permitir descubrir la totalidad o mayor parte de los implicados en la red clandestina, lo que se considera prioritario frente a la simple ocupación de la droga, y porque en delitos de esta naturaleza es patente su naturaleza compleja y la permanencia de su actividad anti-jurídica, que se desarrolla en diversos escenarios e incluso en distintos países, como es el caso de autos.

2010/71285

TS Sala 2ª, Sentencia 15 marzo 2010.  
Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

### Compatibilidad de la alevosía con la discusión previa y la violencia verbal

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el acusado contra senten-

cia que le condenó por un delito de asesinato. El TS considera que es correcta la calificación realizada como delito de asesinato y no de homicidio, pues en este caso ambos conductores bajaron de sus vehículos discutiendo por un irrelevante incidente de tráfico; y es obvio que ni la levedad del motivo ni la confrontación verbal consiguiendo hacer esperar un ataque como el sufrido sorprendentemente, que representa un salto cualitativo inesperado respecto a la discusión anterior y es compatible con la alevosía fundada en el carácter súbito e imprevisible de la puñalada mortal.



2010/92270

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 17 mayo 2010.  
Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

### Periodo de liquidación del impuesto sobre la electricidad correspondiente con el trimestre natural

El TS declara inadmisibles los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos contra la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, que confirmó la declaración denegatoria del derecho a recibir energía eléctrica con aplicación de la exención prevista en el art. 64.5º, 1 Ley 38/1992 de Impuestos Especiales. La Sala declara la inadmisión del recurso, pues el periodo de liquidación en el impuesto sobre la electricidad se corresponde con el trimestre natural, -salvo que se trate de sujetos pasivos cuyo periodo de liquidación en el ámbito del IVA sería, atendiendo a su volumen de operaciones u otras circunstancias previstas en la normativa de dicho impuesto, mensual, en cuyo caso será también mensual el periodo de liquidación de este impuesto-, y puede comprobarse que ninguna de las cuotas, individualmente consideradas, alcanza

el umbral cuantitativo legalmente fijado para acceder al recurso.



2010/113429

TS Sala 4ª, Sentencia 12 mayo 2010.  
Ponente: Dª Rosa María Virolés Piñol

### Denegado incremento salarial por duplicidad

Desestima el TS el rec. de casación formulado por el sindicato accionante contra sentencia que rechazó su demanda de conflicto colectivo frente al Gobierno Vasco sobre incremento retributivo. Señala la Sala que el sindicato recurrente persigue una duplicidad de incrementos salariales, alegando la infracción del art. 37 Estatuto del Empleado Público, al presentarlo como norma que sustituye o limita la negociación colectiva, pues el acuerdo dictado a su amparo impide que la aplicación del incremento retributivo, atribuido a la negociación colectiva, tenga efectividad.

2010/113430

TS Sala 4ª, Sentencia 13 mayo 2010.  
Ponente: D. Mariano Sampredo Corral

### Condición de fijo discontinuo de trabajadores de la campaña de prevención y extinción de incendios

Desestima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por la demandada Comunidad de Madrid contra sentencia que declaró el derecho de los demandantes a la condición de trabajadores fijos-discontinuos desde la primera campaña de prevención y extinción de incendios. Explica la Sala que la contratación adecuada en el supuesto enjuiciado era la de contrato por tiempo indefinido de carácter discontinuo, al haberse constatado la necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, reiterándose la necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados, ya que la necesidad de prevención y extinción de incendios forestales responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa, y las campañas se vienen reiterando anual y cíclicamente en años sucesivos, para las que se contrata, entre otros, a los trabajadores demandantes.