



# 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 2877

Madrid, lunes 4 de octubre de 2010



## TS SOCIAL

2010/133557

TS Sala 4ª, Sentencia 28 abril 2010. Ponente: D. José Manuel López García de la Serrana

Imposibilidad de reincorporación

### Extinción de contrato temporal a su vencimiento a pesar de declaración de nulidad de despido

La Sala General del TS estima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada contra sentencia que declaró nulo el despido de la trabajadora embarazada ordenando su inmediata reincorporación.

Según la Sala, durante la tramitación del proceso por despido se produjo la extinción del contrato por vencimiento del plazo marcado para su duración, de forma que la posterior declaración de nulidad no impide la extinción del contrato temporal cuando venza su duración y, en consecuencia, ante la imposibilidad de la readmisión, procede la indemnización de daños y perjuicios, pero limitados a los salarios debidos entre la fecha del despido y la de la extinción. Formulan sendos votos particulares el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández y la Excmo. Sra. Magistrada Dª Rosa María Viroles Piñol.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión planteada por el recurso consiste en determinar cuales son las consecuencias de la declaración de nulidad de un despido, cuando se trata de supuestos en los que la empleada había sido contratada temporalmente y el contrato se había extinguido durante la tramitación del proceso por vencimiento del plazo marcado para su duración, antes de dictarse sentencia firme declarando la nulidad del despido. El núcleo de la contradicción radica en determinar si la declaración de nulidad de un despido, caso de contratados temporales, no impide la extinción del contrato temporal cuando venza el plazo de duración del mismo, extinción que debe declarar el órgano judicial que conoce del asunto cuando se ha cumplido ya el término resolutorio, lo que supondría limitar los efectos de la declara-

ción de nulidad al pago de los salarios de trámite devengados hasta el día en que el contrato se habría extinguido en condiciones normales y el importe de la indemnización correspondiente en los casos que proceda. Tal cuestión ha sido resuelta de forma contradictoria por las sentencias comparadas.

La recurrida ha rechazado limitar los efectos de la declaración de nulidad al pago de los salarios de trámite hasta el fin del contrato temporal, pues, según ella, tal solución convertiría los efectos de un despido nulo "en una mera indemnización derivada del cese de un contrato temporal", lo que desvirtuaría las consecuencias previstas en el artículo 55-6 del E.T. que obliga a la inmediata readmisión, con abono de los salarios dejados de percibir. Por el contrario, la sentencia de contraste dictada el 17 de febrero de 2000 en el

recurso de suplicación núm. 6852/99 por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha aplicado analógicamente el artículo 284 de la L.P.L., al estimar que la previa extinción del contrato por cumplirse el plazo pactado para su duración, supone que la readmisión no sea posible, lo que obliga a limitar los efectos de la declaración de nulidad al pago de los salarios que el interesado habría cobrado de extinguirse el contrato en el momento pactado.

Las resoluciones comparadas son contradictorias en los términos requeridos por el artículo 217 de la L.P.L., para la viabilidad del recurso que nos ocupa, porque han resuelto de forma diferente la misma cuestión en supuestos sustancialmente iguales. En efecto, en ambos casos se trataba de trabajadoras embarazadas que tenían un contrato temporal y que habían sido despedidas durante el periodo de prueba, despido que había sido declarado nulo por razón del estado de la trabajadora. Además, en ambos casos se suscitó la cuestión relativa a la necesidad de limitar los efectos de la declaración de nulidad, dado que el contrato se había extinguido durante la tramitación del recurso.

Conviene reseñar que en ambos supuestos las sentencias comparadas no se fundaron en la falta de validez de los contratos temporales contemplados: en el caso de la de contraste tal problema no se planteó, mientras que en el de la recurrida, según el relato de hechos probados que la misma revisa, se acaba aceptando que la empresa, durante el tiempo en que el contrato no se encontró suspendido, dio a la trabajadora la formación exigida.

La discrepancia entre una y otra no se da, consecuentemente, a la hora de calificar los contratos y su validez, ni a la de calificar la nulidad del despido, sino al momento de fijar los efectos de esa declaración cuando se trata de un contrato temporal cuyo plazo de duración ha vencido. Si ello es así, existe contradicción entre las sentencias comparadas, ya que no es relevante, el que los contratos suscritos en cada caso fuesen diferentes, para la formación en el de la sentencia recurrida y por circunstancias del mercado en el de la sentencia de contraste. Lo

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

Exclusión de responsabilidad de abogado en la defensa de cliente 6

Cobertura de seguro de accidentes con alcance del fallecimiento 8

#### PENAL

Tentativa inacabada del delito de asesinato 9

#### ADMINISTRATIVO

Nulidad de la condena en costas al no existir mala fe o temeridad en la conducta procesal de la parte 13

#### SOCIAL

Extinción de contrato temporal a su vencimiento a pesar de declaración de nulidad de despido 1

RS RESEÑA DE SENTENCIAS 16

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

determinante, a efectos de la contradicción, no es la causa que justifica o autoriza la contratación temporal, por cuánto, como no se controvierte la validez de los contratos, la cuestión se reduce a determinar que efectos produce la cláusula que establece su duración temporal, la que en los dos casos concreta el día que finalizan, disposición cuya aplicación rechaza la sentencia recurrida y que es aplicada por la sentencia de contraste en un supuesto sustancialmente idéntico: determinación de los efectos de la declaración de nulidad del despido de una trabajadora embarazada con contrato temporal de duración determinada.

2. Conviene analizar con más detalle la afirmación relativa a que el diferente tipo de contrato suscrito, la distinta causa que valida la contratación temporal en cada supuesto carece de interés, porque lo relevante es que en ambos casos se trata de contratos de duración determinada, esto es con plazo "certus an et certus quando". Cual se dijo antes, la validez de la contratación temporal no se controvertió en el caso de la sentencia de contraste y en el de la recurrida, aunque inicialmente se discutió, ya en la instancia se dio por válida la contratación y la sentencia de suplicación dio por bueno el contrato para la formación, fundó la nulidad del despido en que no se había probado la inexistencia de un móvil discriminatorio, al igual que la sentencia de contraste, y acabó resolviendo que los efectos de la declaración de nulidad no podían acabar reducidos al pago de una indemnización por fin de un contrato temporal, cuestión que la sentencia de contraste resuelve en sentido contrario. Por ello, la cuestión se reduce a examinar cómo juega el vencimiento del término resolutorio pactado.

El plazo de duración establecido es el mismo en ambos casos, un término determinado "certus an et certus quando", distinto del vencimiento indeterminado, "certus an et incertus quando", término resolutorio al que no afecta la distinta naturaleza del contrato suscrito en los supuestos comparados: en ambos el término siempre llega y se sabe, desde la firma del contrato, cuando va a llegar. El hecho de que el contrato formativo tenga por objeto dar formación teórica y práctica al trabajador y que la temporalidad de ese contrato tenga su justificación en ese objeto no desvirtúa la naturaleza temporal del mismo, como contrato por tiempo determinado. En efecto, conforme a los artículos 11-2, apar-

tados c) y d) y 49-1-c) del Estatuto de los Trabajadores y 19 del Real Decreto 488/1988, de 27 de marzo, los contratos para la formación finalizan cuando llega el día pactado y no se prorrogan, salvo que expresa o tácitamente lo acuerden las partes, produciéndose la prórroga tácita, automática, cuando llegado el vencimiento no se denuncian y continúa la prestación de servicios.

Y el término vence inexorablemente, salvo pacto en sentido contrario, aunque hayan permanecido suspendidos algún tiempo por las causas de los artículos 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores, entre las que se incluyen la incapacidad temporal, la maternidad y el riesgo durante el embarazo, sin que quepa su prórroga por tal motivo, cual se deriva de lo dispuesto en los artículos 48-1 y 45-1-b) del Estatuto de los Trabajadores y 19-2 del Real Decreto 488/1988, de 27 de marzo, preceptos que evidencian que nos encontramos ante un contrato temporal con vencimiento determinado, lo que hace inviable, cual alega la parte recurrida e informa el Ministerio Fiscal, la prórroga del contrato hasta el máximo de su duración para que se de la formación pactada, sin que, como reconocen, el contrato se convierta en indefinido.

Ello no es posible porque no ha existido prórroga expresa, ni tácita porque la empresa dio por extinguido el contrato antes de su finalización y la prestación de servicios no continuó. Por otro lado, no cabe estimar que el contrato no se extingue hasta que no se cumple su objeto, la formación, porque con ello se estaría cambiando su condición de contrato temporal a tiempo cierto por la de contrato temporal por tiempo indeterminado, hasta que se de la formación (se termine la obra) o hasta que se adquiriera la formación, lo que lo convertiría en contrato condicional con término incierto.

No es eso lo previsto por la norma que ha establecido un contrato temporal de duración determinada, cuyo fin no depende de que se facilite formación durante todo el tiempo pactado. La extinción del contrato no se condiciona por la norma a que se preste la formación convenida durante toda la vigencia del contrato. Cual muestran los artículos 11-2-k) del Estatuto de los Trabajadores y 22 del Real Decreto 488/1988, de 27 de marzo, el incumplimiento por el empresario de sus obligaciones en orden a la formación da lugar a la conversión del contrato en indefinido, pero no a la prórroga del mismo has-

ta el agotamiento del plazo máximo de su duración. Por todo ello, debemos concluir que nos encontramos ante dos contratos temporales de duración determinada cuya naturaleza no se ve alterada por la distinta causa que autoriza la contratación temporal en cada caso, lo que hace irrelevante, a efectos de la contradicción estudiada, el distinto motivo al que responden. Procede, por tanto, estimar que concurre el requisito de contradicción que viabiliza el recurso que nos ocupa, conforme al artículo 217 de la L.P.L., lo que obliga a entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar las doctrinas divergentes que sostienen las sentencias comparadas.

SEGUNDO.- 1. La cuestión planteada, consistente en determinar los efectos de la declaración de nulidad de un despido cuando se trata de un contrato de duración temporal y, más concretamente, si el contrato se extingue, cuando llega el término resolutorio, pese a la declaración de nulidad, ya ha sido resuelta por esta Sala en el sentido que lo hace la sentencia de contraste, esto es en el de entender que el contrato se extingue cuando llega su término y que la declaración de nulidad no produce ni su prórroga, ni su conversión en un contrato indefinido.

Así en nuestras sentencias de 14 de abril de 1989 y de 20 de diciembre de 1.990 (Rec. 458/90), ya señalamos: "la incidencia en un contrato temporal de la declaración de nulidad de un despido, producido durante la vigencia del contrato, no puede llegar a convertir a aquél en indefinido, ni siquiera a prolongar su duración más allá del momento en que, ajustadamente a su propia naturaleza y a las normas que regulan su extinción debiera darse por concluso, términos en los que hay que entender lo dispuesto en el artículo 55-3 del Estatuto de los Trabajadores".

Esta solución establecida para los supuestos de despidos nulos, en los que el contrato se extinguía por fin del término pactado para su duración fue seguida, también en el caso de despidos nulos en los que el contrato se extinguía durante la tramitación del proceso por otra causa (muerte del trabajador), por nuestra sentencia de 4 de febrero de 1991 (Rec. 809/90) en la que se dice: "no puede establecerse, a través de la condena, una obligación de readmitir o de indemnizar la no reanudación de la relación laboral cuando se ha acreditado que el contrato había quedado ya definitiva y automáticamente extinguido por el fallecimiento del traba-

jador. En este caso la condena ha de limitarse al abono de los salarios dejados de percibir hasta la fecha del fallecimiento".

Esta conclusión es correcta y debe reiterarse porque una cosa es la respuesta que se da a la decisión empresarial de extinguir unilateralmente el contrato, al decidir la disolución anticipada del vínculo contractual, y otra que la calificación de esa decisión nove el contrato y convierta un contrato temporal en indefinido o suponga la prórroga del mismo, novación que requiere el acuerdo expreso o tácito de ambas partes, conforme a los artículos 1203 y 1204 del Código Civil y a la jurisprudencia que los interpreta, o una disposición legal que sancione la nulidad del despido con esa modificación del contrato.

La falta de acuerdo o de disposición legal en sentido contrario obliga a entender que, cuando se trata de contratos temporales su extinción se produce al llegar el término resolutorio marcado para su duración y que las normas que regulan el despido sólo se aplican a las decisiones empresariales que pretenden la resolución anticipada del contrato, pero no impiden la extinción del contrato cuando se cumple el plazo establecido de común acuerdo, siempre que no se haya cuestionado la temporalidad del mismo.

Por ello, hay que entender que, cuando el empresario decide extinguir el contrato antes de que venza el plazo establecido para su ejecución, está anunciando, también, su decisión de rescindir el contrato cuando llegue el término resolutorio pactado, pues así se deriva de su actuación, razón por la que el trabajador deberá impugnar no sólo el cese anticipado, sino también la licitud de la cláusula que establece la temporalidad del contrato.

Consecuentemente, si no se cuestiona la validez del término resolutorio pactado o si se declara que el mismo es lícito, el contrato se extinguirá llegado su vencimiento, porque, cual se dijo antes, es diferente el tratamiento que debe darse a la decisión empresarial de extinguir anticipadamente el contrato, del que corresponde a la rescisión del mismo por las causas válidamente pactadas, extinción que se produce, cuando llega el día convenido, con independencia de las vicisitudes que se hayan producido, siempre que no se haya cuestionado y anulado la validez de la cláusula que limitó la duración del contrato.

2. La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos lleva a estimar que el contrato se extinguió el día convenido, durante la tramitación del proceso, lo que obliga a delimitar los efectos de la declaración de nulidad del despido, habida cuenta que la sentencia recurrida no cuestionó la validez del contrato y que confirmó la condena a readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que tenía antes de su despido, esto es en las establecidas en su contrato temporal. Para resolver esta cuestión conviene tener en cuenta que la obligación de dar empleo, la de readmitir, es una obligación de hacer que ha devenido en imposible por haber vencido el plazo durante el que se convino que esa obligación existiría. Con ello se quiere expresar que la imposibilidad de la readmisión no es caprichosa, sino que deriva de la extinción lícita de la obligación de dar trabajo, imposibilidad sobrevenida que puede calificarse de objetiva porque, desde el principio, es perceptible por todos y especialmente por quienes convinieron la duración temporal del contrato.

Este matiz es importante porque la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados debe limitarse, conforme al artículo 1.101 del Código Civil, a los derivados de culpa o negligencia del deudor, lo que impide apreciar la existencia de daños y perjuicios con posterioridad a la extinción del contrato, ya que esta fue lícita y fruto de lo convenido por las partes, conclusión que excluye la culpa del deudor e impide al acreedor alegar perjuicios posteriores, porque confiaba en el cumplimiento del contrato durante el plazo pactado, pero objetivamente no podía confiar en otros hipotéticos beneficios posteriores.

Ello sentado, como se trata de una obligación de hacer es de aplicar lo dispuesto en los artículos 1.184 y 1.136 del Código Civil, precepto este último aplicable a las obligaciones de hacer por mor de lo dispuesto en su último párrafo. Ello comporta que a partir de la extinción del contrato la empresa no venga obligada a dar ocupación a la parte actora, pues no le es exigible legalmente esa obligación. Sin embargo, viene obligada a indemnizar los perjuicios causados hasta ese día, ya que, la irregular extinción anticipada del contrato le es imputable a ella.

Consecuentemente, conforme a la regla tercera del citado artículo 1.136, al no ser posible dar la ocupación pactada durante el periodo de tiempo comprendido entre el día del despido nulo y aquél en el que finalizó el contrato, tal obligación debe sustituirse condenando a la empresa al pago de los salarios (precio de la cosa) que la trabajadora debía haber cobrado de haberse ejecutado el contrato hasta el día pactado. Con ello se repara el lucro cesante que la actora sufrió, pues, cual se dijo antes, a partir de la extinción del contrato no

existe pérdida imputable a la empresa y la reparación del lucro cesante debe cubrir el real o probable, pero no el que, aunque sea posible, no es objetivamente probable, sino hipotético e imaginario, como dicen las sentencias de la Sala Primera de este Tribunal de 15 de julio de 1998 y 29 de diciembre de 2001, entre otras. La íntegra satisfacción del perjuicio causado requeriría compensar por la formación no recibida entre el día del cese por decisión empresarial y de aquél en que finalizó el contrato. No dar la formación debida en ese periodo de tiempo es imputable a la empresa, pero el incumplimiento de ese deber no es causa que justifique la prórroga del contrato al efecto, como se razonó antes con base en el artículo 11-2-k) del Estatuto de los Trabajadores.

Este perjuicio, aunque se puede cuantificar, no tiene carácter material, no merece el calificativo de lucro cesante, ni el de daño emergente, porque hace referencia a un perjuicio inmaterial, como es la pérdida de la posibilidad de adquirir una mejor formación y experiencia profesionales. La reparación de este perjuicio no se puede acordar en este momento porque no se ha pedido al impugnar el presente recurso, ni se pidió al impugnar el recurso de suplicación resuelto por la sentencia recurrida, lo que impide a este Tribunal plantearse de oficio esa cuestión, ya que, en los recursos extraordinarios, como son los de suplicación y casación unificadora, el Tribunal debe limitar su conocimiento a las cuestiones planteadas por las partes. Lo dicho cobra especial importancia visto el suplico de la demanda, donde se reclamó una indemnización de 9.000 euros por daños morales, pretensión que desestimó la sentencia de la instancia, pronunciamiento que no fue impugnado.

En apoyo de la solución dada puede citarse, igualmente, lo dispuesto en el artículo 284 de la L.P.L., donde se contempla un supuesto de imposibilidad sobrevenida de una obligación de hacer (la readmisión) y se dispone que en esos casos se acordará la extinción del contrato y se reconocerán al trabajador las indemnizaciones que allí se señalan. Este no es aplicable al caso de autos porque contempla supuestos en los que la imposibilidad de la readmisión es imputable al empresario, lo que no acaece en el caso de autos, donde tal imposibilidad ha sobrevenido por causas previstas en el contrato y en la Ley, lo que hace que no sea imputable al patrono y que deban aplicarse los artículos 1.136 y 1.184 del Código Civil. Pero, sin embargo, el citado artículo 284 es indicativo de que la imposibilidad sobrevenida de cumplir una obligación (la readmisión) es causa que justifica la rescisión del contrato en las condiciones que establezca la norma aplicable.

3. La respuesta dada no puede verse alterada por la condición de la de-

mandante: mujer embarazada. En efecto, a la actora se le da el mismo tratamiento que a cualquier otro trabajador, pues la extinción del contrato temporal se produce llegado el término resolutorio, con independencia del sexo del empleado y de su posible estado de gestación. El artículo 55-5 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por la Ley 3/2007 dispone que será nulo el despido de la trabajadora embarazada durante el periodo de gestación salvo que, cual dice en su último párrafo, "se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados".

Esta disposición, acorde con lo dispuesto en el artículo 8-1 del Convenio 183 de la O.I.T., de 30 de

■

*"...debe concluirse que los contratos temporales cuyo término venza durante la tramitación del proceso por despido se extinguen al cumplirse la condición resolutoria, incluso en los despido nulos, lo que comporta que los efectos de la declaración de nulidad se limiten al pago de los salarios que el trabajador debió cobrar desde el día del despido hasta el del fin del contrato."*

■

mayo de 2000, y en el artículo 10 de la directiva 92/85, de 19 de octubre de la Comunidad Europea, válida la procedencia de la extinción contractual por motivos ajenos al embarazo, como es el vencimiento del plazo marcado para la extinción del contrato.

El derecho de la trabajadora a no ser discriminada por su situación ha sido tutelado al declarar la nulidad de su despido por la no superación del periodo de prueba, al no haberse acreditado por la empresa que el cese no tuviese relación alguna con el embarazo de la actora, cual se deriva del artículo 55-5 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre. Pero ello no puede im-

pedir la extinción del contrato por expiración del término pactado para su duración antes del inicio de la relación laboral, causa resolutoria legal que objetivamente determina la resolución del contrato por un motivo que no puede considerarse peyorativo.

Cierto que la falta de renovación del contrato hasta el periodo máximo de dos años que autoriza el artículo 11-2 del Estatuto de los Trabajadores puede tener en ocasiones un móvil contrario a los derechos de la mujer embarazada. Pero, como dijo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su sentencia de 4 de octubre de 2001, caso Jiménez Melgar, "la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido", salvo que la falta de renovación esté motivada por el embarazo.

En el presente caso no existen indicios de la existencia de ese móvil discriminatorio y procede, consecuentemente, aplicar la regla general de la extinción del contrato temporal, al no constar, como en el supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Constitucional 173/1994, de 7 de junio, que la demandada haya prorrogado los contratos de otras trabajadoras con similar contrato, ni que acordar esa prórroga sea su conducta habitual en contratos de ese tipo. La falta de esos indicios obliga a estimar que la extinción del contrato temporal por vencer el término estipulado previamente no tiene un móvil ilícito. Finalmente, recordar que la sentencia de instancia rechazó la pretensión de indemnización de daños y perjuicios reclamada con base en el trato peyorativo que la demandante había recibido de la demandada.

4. Por todo lo expuesto, debe concluirse que los contratos temporales cuyo término venza durante la tramitación del proceso por despido se extinguen al cumplirse la condición resolutoria, incluso en los despido nulos, lo que comporta que los efectos de la declaración de nulidad se limiten al pago de los salarios que el trabajador debió cobrar desde el día del despido hasta el del fin del contrato. Consecuentemente, procede estimar el recurso, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido indicado y que será concretado en el fallo.

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

#### FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D<sup>a</sup> Marta Rodríguez Medina, en nombre y representación de Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A., contra la sentencia dic-

tada el 4 de febrero de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación núm. 5563/2008, interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de junio de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela, en autos núm. 194/08, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Margarita contra Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. (DIA S.A.), sobre despido. Consecuentemente, casamos y anulamos la sentencia recurrida y estimando la pretensión subsidiaria del recurso interpuesto contra la sentencia de 20 de junio de 2007 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela declaramos que el contrato existente entre las partes se extinguió el 9 de marzo de 2008, fecha hasta la que se deben los salarios de tramitación devengados, decisión que limita los efectos de la condena que contiene la sentencia de instancia que revocamos en ese particular dejando subsistentes el resto de sus pronunciamientos. Sin costas. Se decreta la devolución de los depósitos constituidos para recurrir en suplicación y en casación. Dése a las consignaciones efectuadas para recurrir el destino legal. Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete.- Fernando Salinas Molina.- Gonzalo Moliner Tamborero.- Jesús Gullón Rodríguez.- Jesús Souto Prieto.- Jordi Agustí Julia.- José Luis Gilolmo López.- José Manuel López García De La Serrana.- Luis Fernando De Castro Fernández.- Manuel Ramón Alarcón Caracuel.- María Lourdes Arastey Sahún.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Rosa María Viroles Piñol.

#### VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández, en la sentencia dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 1113/2009. Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 1113/2009, por discrepar -con el mayor respeto- del criterio adoptado por la mayoría de la Sala y entender que el recurso debió haber sido desestimado por falta de contradicción. Muy someramente paso a argumentar las razones que -mantenidas en la deliberación- justifican a mi entender solución diversa a la adoptada por la Sala.

PRIMERO.- 1.- Tal como se expone en la sentencia de la que con la mayor consideración disiento, el objeto de debate consiste en las consecuencias que corresponden a la de-

claración de nulidad de un despido al que fue sometida una trabajadora embarazada, la cual había suscrito contrato para la formación por seis meses en 10/09/07, y al que la empresa puso fin el 25/01/08 alegando "no haber superado el periodo de prueba"; despido que la decisión recurrida (STSJ Galicia 04/02/09 -rcud 5563/08-) declara nulo y le atribuye la consecuencia de la inmediata readmisión de la despedida (hasta que se cumplieren los seis de formación pactados, habría de entenderse).

2.- En el recurso se invoca como contraste la STSJ Cataluña 17/02/00 (-rcud 6852/99-), en que la acción por despido fue ejercitada por trabajadora contratada con carácter eventual por doce meses y que también antes de su transcurso fue despedida en estado de embarazo y por idéntica causa -alegada- de no superar el periodo de prueba; y aunque esta referencial declara también la nulidad del despido, muy contrariamente a la recurrida condena al pago de la indemnización, por haber concluido a su fecha la vigencia pactada del contrato.

SEGUNDO.- 1.- Mi discrepancia surge ya precisamente con el presupuesto del que parte el criterio mayoritario, cuando atribuye igual naturaleza -temporal- a los contratos que son enjuiciados en la decisión recurrida (contrato para la formación) y en la de contraste (eventual por circunstancias de la producción), y que -por lo mismo- atribuye idénticos efectos (exclusivamente indemnizatorios) al despido nulo (por embarazo de la trabajadora) que se produce en el marco de ambas relaciones laborales, por haberse alcanzado ya -cuando la sentencia es dictada- la fecha de conclusión inicialmente prevista. Para la decisión mayoritaria se trata de dos contratos de duración determinada ("certus an et certus quando") y esta circunstancia es la que determina la identidad a efectos de contradicción, siendo indiferente -en lo que a la posible contradicción se refiere- la "causa que justifica o autoriza la contratación temporal".

2.- Es innegable que los contratos de trabajo formativos son contratos temporales, en tanto que su duración "no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de dos años" (art. 11.1.a) ET); pero esta nota -temporalidad atribuible a razones de carácter formativo- no consiente su asimilación a los contratos de duración determinada en sentido estricto, que son los previstos en el art. 15.1 ET; y más en concreto me parece rechazable su equiparación al contrato eventual, que responde a una necesidad estructural y claramente limitada en el tiempo (las "circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos" que refieren los arts. 15.1.b) ET y 3 RCT).

Y en buena técnica no parece adecuado encuadrar en la misma categoría jurídica ni atribuir unos

mismos efectos a contratos que tienen tan diversa causa (necesidad estructural en la decisión de referencia; finalidad formativa en la sentencia que se recurre), por el mero hecho de coincidencia en su modulación temporal. En el primero, la temporalidad es elemento sustancial (está limitado por la provisionalidad de la necesidad de contratación) y el objeto del contrato es el ordinario (la prestación de servicios a cambio de un salario); en tanto que en el segundo la temporalidad es componente accidental, puesto que el elemento esencial -su objeto- es proporcionar la formación profesional de los jóvenes y favorecer su inserción en el trabajo (art. 1 Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo; Exposición de Motivos de la Ley 63/1997. SSTS 11/02/93 -rcud 227/92-, 29/12/00 -rcud 4464/99- y 31/05/07 -rcud 401/06-, en la que se afirma que "la "ratio legis" del precepto es la formación y enseñanzas que ha de recibir el trabajador"), aunque lógicamente también comporte una contraprestación salarial atenuada (art. 11.1.e) ET).

TERCERO.- 1.- Lógicamente, mi discrepancia también alcanza a los efectos que de tal naturaleza -peculiar- se derivan. Y para ello parto de unas consideraciones elementales de doctrina constitucional:

a).- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE, por más que puedan igualmente hallarse vínculos de la misma con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos (STC 92/2008, de 21/julio, FJ 8).

b).- Por ello, en tales supuestos las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva son distintas y más estrictas, "reforzadas", de tal forma que para que pueda entenderse dispensada una tutela suficiente y eficaz es necesaria, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego (SSTC 11/2004, de 9/febrero, FJ 2; 63/2005, de 17/marzo, FJ 3), que exprese o trasluzca "una argumentación axiológica que sea respetuosa" con su contenido (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3) ((STC 92/2008, de 21 /julio, FJ 6).

c).- La adecuada reparación de cualquier atentado contra un derecho fundamental es la "restitutio in integrum", cual expresan el art. 55 LOTC ("restablecimiento... en la integridad de su derecho") y el art. 180.1 LPL ("reposición de la situación al momento anterior"), de manera que sólo cuando la misma es materialmente imposible habrá de acudir a la vía indemnizatoria (SSTC 57/2007, de 12/marzo; 28/2006, de 30/enero; 233/2005, de

26/septiembre; 167/2005, de 20 /junio...).

d).- Cuando en una relación jurídico-privada se ha producido la vulneración de un derecho fundamental (en el caso, discriminación por razón de sexo), si la sentencia no repara adecuadamente el daño, también el órgano jurisdiccional incurre en vulneración -de segundo grado- del mismo derecho; debiendo tenerse en cuenta que no son admisibles interpretaciones restrictivas o contrarias a la plena eficacia de los derechos constitucionales (SSTC 34/1983, de 6/mayo; 64/1983, de 21/julio; 65/1983, de 21/julio; 126/1984, de 26/diciembre; 4/1985, de 18 /enero...).

2.- Se argumenta en la sentencia mayoritaria -para excluir la plena reposición que la obligada readmisión comportaría- que si entendiésemos que el contrato formativo "no se extingue hasta que no se cumple su objeto, la formación... con ello se estaría cambiando su condición de contrato temporal a tiempo cierto, por la de contrato temporal a tiempo determinado...", lo que lo convertiría en contrato condicional con término incierto"; y que esta novación del contrato requiere el acuerdo expreso o tácito de ambas partes, conforme a los arts. 1203 y 1204 CC. No comparto tal planteamiento. Ciertamente que el contrato para la formación de la trabajadora era "de seis meses y se extenderá desde el 10/09/07 hasta el 9/03/08" (cláusula tercera), de manera que la sentencia -declaratoria de la nulidad del cese- que declara la obligada readmisión para concluir el periodo formativo, sobrepasa la fecha de conclusión pactada (que no de su duración).

Pero ello es consecuencia de la obligada reparación íntegra del derecho fundamental conculcado, frente a la que no cabe argüir una voluntad empresarial opuesta (citados arts. 1203 y 1204 CC), pues es reiterada doctrina constitucional -y ordinaria- que cuando la "conducta prohibida ha tenido como consecuencia el crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo...", sus efectos pueden ser equiparados... a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental (SSTC 166/1988; 29/2002, de 11/febrero, FJ 7; y 87/2004, de 10/mayo, FJ 2)... dada "la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo" (STC 90/1997, de 6/mayo, FJ 5), de manera que el ejercicio de las facultades del empleador no pueda servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (STC 66/2002, de 21/marzo, FJ 8)" (STC 87/2004, de 10 /mayo, FJ 2. SSTS 26/02/08 -rcud 723/07-; 17/06/08 -rcud 2862/07-; y

24/10/08 -rcud 2463/07 -). Y si ello es así en los supuestos de no contratación, en que la voluntad contraria al surgimiento del vínculo por parte del empresario no obsta para que se restaure el derecho lesionado, obligando el Juez -por la primacía del derecho fundamental vulnerado- a que se readmita al trabajador (creando vínculo contractual, pese a la inexistencia de voluntad empresarial de generarlo), con mayor motivo ha de alcanzarse la misma solución (sustitutiva de la voluntad empresarial) si de lo que se trata es tan sólo de cumplir los seis meses de formación pactados, aunque para ello se exceda de la fecha inicialmente prevista; sólo de esta forma se restablecería en su integridad el derecho.

3.- Tal solución no puede producirse -muy contrariamente- en un contrato eventual como el que es objeto de enjuiciamiento en la sentencia de contraste, pues la "restitutio" era ya imposible y razonablemente había de trocarse en indemnización, al haber finalizado la causa motivadora del contrato (las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos). Diferencia sustancial que justifica debiera haberse apreciado falta de contradicción, por ser diversa -también- la decisión a que en Derecho había de llegarse en uno y otro caso sobre el fondo del asunto.

En Madrid a 28 de abril de 2010.

Voto particular que formula la Magistrada Excm. Sra. D<sup>a</sup> Rosa María Viroles Piñol, en la sentencia dictada en el recurso 1113/2009, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agustí Julia, D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga, y D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel. De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 1113/2009. El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo de la misma, con carácter general, al considerar que debió desestimarse el recurso apreciando falta de contradicción, por los razonamientos que a continuación se expondrán.

SEGUNDO.- 1.- El presente recurso para la unificación de doctrina es formulado frente a la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 04/02/2009 (Suplicación núm. 5563/08), que confirma la pronunciada en 20/06/2007 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela (autos 194/08), que estimando la demanda formulada por D<sup>a</sup> Margarita, contra la empresa Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. (DIA, S.A.), declara nulo el despido producido, condenando a la empresa

a estar y pasar por esta declaración, y a que de forma inmediata proceda a la reincorporación de la trabajadora en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía antes del despido, con abono de los salarios de tramitación no percibidos y devengados desde el día de la fecha del despido, 25 de enero de 2008 hasta el día en que la readmisión tenga lugar, a razón de un haber diario en cuantía de 26,88 euros.

2.- Se formula recurso de casación para la unificación de doctrina por la empresa demandada DIA, S.A., afirmando que tal decisión es contradictoria con la STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2000 (Suplicación núm. 6852/99) y que en la misma se han infringido el art. 55-3, párrafo 2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 109 de la Ley de Procedimiento Laboral. El recurso considero que debió ser desestimado por no concurrir -entre las decisiones a contrastar- la exigible identidad que justifique su cualidad contradictoria; como acto continuo paso a justificar.

TERCERO.- 1.- El art. 217 LPL exige -para la viabilidad del Rcu- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, no por la diferente fundamentación jurídica de las resoluciones sometidas a comparación, de forma que es la existencia de fallos contradictorios ("se hubiere llegado a pronunciamiento distintos", sostiene el art. 217 LPL) y no la diversidad de ratio decidendi, el presupuesto del recurso extraordinario de casación para la unidad de la doctrina; de ahí que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales y cuya identidad ha de establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate se haya planteado en Suplicación (entre las más recientes, SSTS 07/06/07 -rcud 589/06-; 12/06/07 -rcud 1018/06-; 12/06/07 -rcud 2147/06-; 14/06/07 -rcud 999/06-; 14/06/07 -rcud 1800/06-; 19/06/07 -rcud 4562/05-; 19/06/07 -rcud 543/06-; 28/06/07 -rcud 1386/06-; 03/07/07 -rcud 4254/06-; 04/07/07 -rcud 2215/06-; 05/07/07 -rcud 1432/06-; 10/07/07 -rcud 5541/05 -...).

2.- Tal requisito en manera alguna se cumple en autos, siendo así que los presupuestos fácticos de una y otra sentencia son del todo dispares. Así:

a.- En la decisión recurrida, la trabajadora había celebrado con la demandada Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. (DIA), con-

trato de trabajo para la formación de 6 meses de duración (desde el 10/09/2007 a 9/3/2008) y con un periodo de prueba de 46 días de trabajo efectivo. La trabajadora estaba embarazada, lo que dio lugar a que en alguna ocasión, se encontrara indisputada durante el trabajo, y que el 20/10/2007 acudiera al servicio de urgencias siendo diagnosticada de amenaza de aborto, con tratamiento de reposo relativo, causando finalmente baja por incapacidad temporal desde el 22/10/2007 a 24/1/2008. La trabajadora se reincorporó al trabajo el día siguiente al alta, el día 25, y ese mismo día se le comunicó por escrito que, con efectos desde esa misma fecha, causaba baja en la empresa "por no haber superado el periodo de prueba". La sentencia de instancia de 20 de junio de 2008 (aunque por obvio error consta que es de 2007), declaró nulo el despido, condenando a la demandada a la readmisión inmediata de la trabajadora y al abono de los salarios de tramitación, desde la fecha del despido hasta el día en que dicha readmisión tenga lugar.

La sentencia de suplicación ahora recurrida, confirma la decisión de instancia en todos sus extremos, y en particular, en lo que a los efectos de la nulidad del despido se refiere, y que la demandante cuestionaba de forma subsidiaria, alegando que no cabía la readmisión después de finalizada la duración del contrato, y que los salarios de tramitación debían limitarse a los devengados desde el despido hasta la llegada del término pactado, es decir, hasta el día 9/3/2008, lo que la sentencia rechaza porque una solución así convertiría a un despido nulo "en una mera indemnización, derivada del cese de un contrato temporal", lo que desvirtúa las previsiones contenidas en el art. 55.6 ET.

b.- La sentencia de contraste, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 17 de febrero de 2000 (rec. 6852/1999), resuelve un supuesto de una trabajadora que había suscrito con la demandada Arnal y Parra Delivery, SL, contrato temporal de carácter eventual de 12 meses de duración (desde el 12/11/1998 a 11/11/1999), y sujeto a periodo de prueba de 6 meses. En diciembre de 1998, la trabajadora comunicó a la empresa que estaba embarazada, causando baja por IT desde el 2 al 11 de enero de 1999, con diagnóstico de "algias pélvicas en gestante de 20 semanas". Finalmente el 17/1/2009 la trabajadora recibió comunicación escrita de la empresa de la extinción del contrato "por no superación del periodo de prueba".

La sentencia de contraste estima el recurso de la trabajadora demandante y declara el despido nulo, si bien limita los efectos de dicha declaración al pago de la indemnización y de los salarios de tramitación, porque al tratarse de un contrato temporal cuya vigencia habría expirado el

11/11/1999, la readmisión resulta imposible, tratándose por ello de un supuesto análogo al previsto en el art. 284 de la LPL.

3.- Entre ambas resoluciones, no se producen las identidades exigidas en el art. 217 LPL, pues los hechos difieren en un punto esencial que impide tener por acreditada la contradicción. En efecto, y como señala el Ministerio Fiscal en su informe, en ambos casos las actoras demandan por despido nulo basado en sus embarazos, analizándose en las sentencias de suplicación las consecuencias de la declaración del despido nulo, y en cuanto a los hechos también coinciden en que son despedidas durante el periodo de prueba. Ahora bien, en el caso de la sentencia recurrida se suscribe un contrato para la formación, y en la de contraste, un contrato de duración determinada por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos.

Es cierto que ambos contratos son temporales, y que conforme al art. 49.1.c) ET se extinguen por expiración del tiempo convenido, pero cuando el trabajador es despedido durante la vigencia del contrato y el despido es declarado nulo, por vulneración de derechos fundamentales, las consecuencias son muy diferentes atendiendo a su distinta naturaleza: en el contrato para la formación, la empresa es obligada a readmitir al trabajador, dándole la formación a que se comprometió durante el tiempo que resta: mientras que en el contrato por circunstancias de mercado, si el tiempo concertado transcurrió antes de la sentencia, el trabajador no puede ser readmitido porque, al menos teóricamente, las necesidades de la empresa eran circunstanciales.

Por otro lado, al señalar la sentencia de instancia, confirmada por la de suplicación, que procedía la readmisión "en las mismas condiciones que tenía antes del despido" ello significa que es bajo la modalidad de contrato para la formación que conllevaría la impartición de la necesaria formación teórica y práctica hasta el vencimiento del plazo de duración, lo cual no significa que el contrato se transforme en indefinido. Si el contrato con la trabajadora fue suscrito el 10.09.2007 con una duración de seis meses y el último día que acudió al trabajo fue el 20.10.2007, le quedarían cuatro meses y 20 días de formación por completar (art. 19, RD. 488/1998 de 27 de marzo). Todas estas circunstancias evidencian la falta de contradicción, pues los supuestos comparados admiten soluciones distintas sin ser contradictorias.

CUARTO.- 1.- En atención a las precedentes consideraciones y de acuerdo con el razonado informe emitido por el Ministerio Fiscal, entiendo que el recurso formulado no cumple con la exigencia -contradicción- de que tratamos y que bien pu-

diera haber sido inadmitido conforme a las prevenciones del art. 223.2 LPL; motivo de inadmisión que se transforma en causa de desestimación en el presente momento procesal, con el oportuno pronunciamiento sobre costas (art. 233.1 LPL). La que suscribe, con los debidos respetos a la solución mayoritaria, considera que no existen razones jurídicas en el caso, para apartarse de la doctrina de la Sala relativa a la falta de contradicción.

2.- Si bien la discrepancia principal está, como queda dicho, en la falta de contradicción, que en el trámite procesal de sentencia conlleva la desestimación del recurso; a mayor abundamiento, no comparto tampoco el criterio mayoritario respecto al fondo del asunto, por cuanto no puede obviarse cuanto queda dicho al analizar la falta de contradicción y se reitera: Cierto es, como apunta el criterio mayoritario, que nos encontramos con un contrato temporal, que conforme al art. 49.1.c) ET se extingue por expiración del tiempo convenido; pero cuando, como sucede en el supuesto enjuiciado, la trabajadora es despedida durante la vigencia del contrato y el despido es declarado nulo, por vulneración de derechos fundamentales, las consecuencias son diferentes atendiendo a la naturaleza de este concreto contrato.

Debe partirse de la circunstancia de que la contratación en nuestro ordenamiento jurídico es causal, y que no todos los contratos temporales responden a la misma causa; por ello se rechaza el criterio mayoritario que parte de equiparar en las consecuencias del despido nulo a todo tipo de contrato temporal, cuando puede acontecer que, por consecuencia de la declaración de nulidad deba restaurarse la relación laboral, pudiendo acontecer que la causa de temporalidad se mantenga como acontece en el supuesto enjuiciado, y no exista imposibilidad para la readmisión.

La cuestión resulta más trascendente por cuanto se trata de una nulidad por vulneración de derechos fundamentales y una de las consecuencias de la sentencia estimatoria debía ser el restablecer la situación preexistente al momento de dicha vulneración, lo que, sin que concurra imposibilidad, en la solución dada por la sentencia mayoritaria no se efectúa.

Tratándose de contrato para la formación, la empresa estaba obligada a readmitir a la trabajadora, dándole la formación a que se comprometió durante el tiempo que resta; y no sucede lo mismo con el contrato suscrito por circunstancias de mercado (enjuiciado en la sentencia aportada de contraste), pues, si el tiempo concertado transcurrió antes de la sentencia, el trabajador no puede ser readmitido porque, al menos teóricamente, las necesidades de la empresa eran circunstanciales.

Por otro lado, al señalar la sentencia de instancia, confirmada por la de suplicación, que procedía la readmisión "en las mismas condiciones que tenía antes del despido" ello significa que es bajo la modalidad de contrato para la formación que conllevaría la impartición de la necesaria formación teórica y práctica hasta el vencimiento del plazo de duración, lo cual no significa que el contrato se transforme en indefinido, sino que ha de completarse hasta agotar su cumplimiento.

QUINTO.- Por todo lo razonado entiendo que la sentencia debió desestimar el recurso formulado por falta de contradicción; y alternativamente, respecto al fondo del asunto, debió desestimarse el recurso.

En Madrid a 28 de abril de 2010.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Manuel López García de la Serrana así como el voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández y por la Magistrada Excmo. Sra. D<sup>a</sup> Rosa María Viroles Piñol, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agustí Julia, D<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga, y D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

(f) El rechazo de la reapertura de la querrela criminal por estimar prescrita la acción. 3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

4. La sentencia de apelación confirmó la de primera instancia fundándose, en síntesis, en que:

(a) La no-admisión del recurso de reforma se fundó en una interpretación jurisprudencial recientemente instaurada y la vía penal no fue inútil, pues permitió la identificación del personal sanitario y la aportación de antecedentes de datos para el proceso civil.

(b) El informe que dejó de aportarse no tenía carácter esencial, pues se contaba con un extenso informe forense y con el dictamen del Instituto Anatómico-forense.

(c) El valor procesal de la grabación era exiguo y su utilización habría resultado contraproducente por tratarse de una cinta fraudulenta y no íntegra.

(d) La exculpación de los médicos en el trámite de conclusiones después de formular posiciones en prueba de concesión tendentes a su exculpación puede tener su justificación en la estrategia procesal encaminada a lograr la inculpación del personal de la clínica.

5. Contra esta resolución se interpuso recurso de casación por la parte demandante, el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2.º LEC, por razón de la cuantía.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo primero. El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

Motivo primero. "La sentencia impugnada vulnera por inaplicación los artículos 1544, 1258, 1001 y 1104 todos ellos del Código Civil en relación con los artículos 53, 54 y 102 del Estatuto de la Abogacía vigente al acaecimiento de los hechos". El motivo se funda, en síntesis, en que:

(a) La extemporánea interposición del recurso de reforma contra el auto de archivo de las diligencias lesionó el derecho del actor a obtener la tutela judicial efectiva, pero la sentencia no ha tenido en cuenta esta jurisprudencia según la cual esta privación ocasiona un daño moral y ha basado la desestimación de la pretensión del recurrente en desconocerse el resultado final del pleito civil.

(b) La exculpación de los médicos demandados en vía civil en trámite de conclusiones, con una prueba de confesión favorable a éstos, para retomar contradictoriamente en la segunda instancia el argumento de su responsabilidad impidió a la Sala declarar su responsabilidad.

(c) La extemporánea utilización en la solicitud de reapertura del proceso



2010/102570

TS Sala 1ª, Sentencia 27 mayo 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Por la falta de aportación de informe médico

## Exclusión de responsabilidad de abogado en la defensa de cliente

*El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que rechazó la demanda de responsabilidad civil interpuesta por el ahora recurrente reclamando una indemnización contra su abogado y su aseguradora imputando a aquél una actuación negligente en la actuación procesal encaminada a exigir las responsabilidades en que pudieron haber incurrido los médicos y la clínica donde fue atendido por la amputación de su pierna derecha al manifestarse una gangrena durante su estancia hospitalaria. La Sala confirma que no cabe atribuir al demandado una actuación negligente en la defensa de su cliente porque, entre otros motivos, el informe médico favorable que dejó de aportar no tenía carácter esencial pues se contaba con un extenso informe forense, y el valor procesal de la cinta que tampoco aportó y que contenía grabada una conversación con el cirujano era exiguo y su utilización habría resultado contraproducente por tratarse de una cinta fraudulenta y no íntegra.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes. 1. Una persona presentó demanda de responsabilidad civil reclamando una indemnización de 180 303 euros contra un abogado y su aseguradora imputando a aquél una actuación negligente en la actuación procesal encaminada a exigir las responsabilidades en que pudieron haber incurrido los médicos y la Clínica Nuestra Señora de Belén, donde fue atendido, por la amputación de su pierna derecha al manifestarse una gangrena gaseosa durante su estancia hospitalaria.

2. La negligencia imputada a letrado se fundaba, entre otros motivos, en:

(a) La presentación extemporánea del recurso de reforma contra el auto de archivo de las actuaciones penales.

(b) La no-aportación en el proceso civil posterior de determinado informe médico favorable.

(c) La exculpación de los doctores en el trámite de conclusiones.

(d) La no-aportación al proceso civil de una cinta magnetofónica que contenía una conversación con el cirujano.

(e) La no-admisión del recurso de casación por señalar como indeterminada la cuantía de la demanda.

penal de la cinta magnetofónica grabada de la conversación mantenida con el cirujano por el abogado junto con su cliente demuestra que debió aportarse en el proceso civil, en consonancia con la relevancia de su contenido.

**TERCERO.-** La responsabilidad profesional del abogado.

A) La responsabilidad civil profesional del abogado exige, en primer término, el incumplimiento de sus deberes profesionales. En el caso de la defensa judicial estos deberes se ciñen al respeto de la *lex artis* (reglas del oficio), esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado.

Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (STS de 14 de julio de 2005). La jurisprudencia ha establecido que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y del alcance de éste corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 de julio de 2005, RC núm. 971/1999, 21 de junio de 2007, RC núm. 4486/2000).

B) Es preciso, en segundo término, que haya existido un daño efectivo. Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la

probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido -siempre que no concurran elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial- una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC (STS 23 de julio de 2008, RC núm. 98/2002).

C) En tercer término, es menester que exista un nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y que éste sea imputable objetivamente, con arreglo a los principios que pueden extraerse del ordenamiento jurídico, al abogado. El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, RC núm. 2001/1999, 26 de febrero de 2007, RC núm. 715/2000, entre otras).

La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (STS de 30 de noviembre de 2005).

No es necesario que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia cau-

sal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción.

**CUARTO.-** Inexistencia de responsabilidad profesional del abogado. En el caso examinado no se advierte que la sentencia recurrida incurra en las infracciones legales que se le imputan, en virtud de los siguientes argumentos, que se disponen siguiendo la sistemática del motivo del recurso, cuya fundamentación se ha sistematizado en el FJ segundo:

A) La extemporánea interposición del recurso de reforma obedece, según la sentencia recurrida, en una argumentación que no ha sido desmentida por la parte recurrente, a la existencia de una nueva interpretación por parte de la Sala a quien el recurso se dirigía, por lo cual debe entenderse que la no-admisión no resulta inaceptable en el seno de las incidencias propias de un debate procesal.

Por otra parte, la sentencia afirma que la vía penal no fue inútil, pues, aunque no terminó con condena alguna, permitió formar antecedentes útiles para el ejercicio de la acción civil. De su argumentación se deduce, además, que, a la vista del desarrollo del proceso civil, la vía penal tenía muy escasas posibilidades de éxito. La parte recurrente mantiene que la simple frustración del recurso de reforma, independientemente de sus consecuencias, comporta la existencia de un daño moral, pero esta afirmación no se compadece con la doctrina anteriormente recogida.

En suma, los criterios de falta de imputabilidad objetiva del daño a la conducta del abogado y de falta de oportunidades procesales de obtener éxito en el ejercicio de la acción impiden la estimación del motivo en este punto.

B) La forma de plantear la confesión judicial de los médicos y su exculpación en el trámite de conclusiones en el proceso civil obedece, según recoge la sentencia recurrida, a una posible orientación técnica de la defensa encaminada, a la vista de los antecedentes jurisprudenciales, a lograr la condena del establecimiento sanitario por falta de los debidos cuidados del paciente y justificada por la dificultad para obtener la condena de los médicos, dadas las características de la enfermedad sufrida. Según la parte recurrente esta orientación seguida por el abogado que

asumió su defensa impidió que pudiera declararse la responsabilidad de los médicos y trata de demostrar esta afirmación poniendo de manifiesto que en la apelación se alegó la responsabilidad de éstos. Sin embargo, debe aceptarse la explicación de la sentencia recurrida en el sentido de que, una vez desestimada la demanda en primera instancia, resultaba razonable agotar todas las posibilidades en la segunda alegando también la responsabilidad de los médicos, aunque fueran escasas las posibilidades de lograr su condena.

En suma, la falta de imputabilidad objetiva del resultado producido al abogado, demostrado en este caso por el hecho de que dicho resultado es aceptable en el marco de las incidencias propias del debate procesal, determina la desestimación del motivo de casación en este punto.

C) La cinta magnetofónica en la que se recoge una conversación con el cirujano no comportaba, en su versión íntegra, según la sentencia recurrida, el reconocimiento de la negligencia de los médicos demandados, como la parte recurrente pretende. Por otra parte, dadas las condiciones de dudosa compatibilidad con el respeto al derecho a la intimidad personal en que se había obtenido, podía resultar aconsejable su no-presentación. La parte recurrente considera contradictoria con la no-presentación en el proceso civil el hecho de haberla utilizado para intentar reabrir posteriormente el proceso penal; pero, como pone de relieve la sentencia recurrida, el fracaso de la acción civil pudo justificar la conducta procesal del abogado en un intento por agotar todos los medios. En suma, la no-presentación de la cinta magnetofónica en el proceso civil resulta aceptable en el marco de la orientación de la defensa y de las incidencias del debate procesal y esta circunstancia determina la desestimación del motivo de casación en este punto.

D) No es necesario argumentar sobre otros aspectos en los que se fundó la demanda relacionados con la no-admisión del recurso de casación por razón de la cuantía y con la prescripción de la acción penal, por no haber sido mantenidas en la fundamentación del recurso de casación.

**QUINTO.-** Desestimación del recurso. La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, en relación con el 398 LEC.

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

#### FALLO

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representa-

ción procesal de D. Benigno contra la sentencia de 10 de octubre de 2006 dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Murcia en el rollo de apelación núm. 442/2005, cuyo fallo dice: "Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Benigno contra la sentencia de 5 de septiembre de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Murcia en el juicio ordinario núm. 339/05, confirmamos dicha resolución en todos sus pronunciamientos, salvo el atinente a costas, de las que no se hace expresa imposición".

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Encarnación Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Rubricado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.

2010/113283

TS Sala 1ª, Sentencia 18 junio 2010. Ponente: D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

## Pese a no recuperarse el cadáver Cobertura de seguro de accidentes con alcance del fallecimiento

*El TS declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia de apelación que, al igual que la de primera instancia, estimó la demanda condenando a la aseguradora demandada a pagar a la actora la suma convenida por el fallecimiento de su esposo, al considerar acreditado por medio de presunción dicho fallecimiento por causa de accidente por haber caído al mar desde su embarcación, dado que, si bien el cadáver no llegó a recuperarse, el órgano judicial competente había declarado dicho fallecimiento. Declara el TS que no hay razón para no extender los efectos de la declaración de fa-*

*llecimiento del desaparecido al ámbito del seguro por lo que confirma la estimación de la demanda.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La viuda de D. Carlos María pretendió en la demanda la condena de American Life Insurance Company, SA al pago de la suma convenida para el caso de muerte de su cónyuge por una causa violenta y externa. Alegó que el fallecimiento se había producido por un accidente, convenido como siniestro en un contrato de seguro de grupo perfeccionado entre la demandada y la sociedad para la que el difunto había trabajado en vida. El accidente consistió, según la demandante, en la caída al mar del asegurado, desde su embarcación, por una causa desconocida.

El cadáver de D. Carlos María no llegó a recuperarse, pero su fallecimiento fue declarado por el órgano judicial competente, en el procedimiento adecuado, por la causa segunda del artículo 194 del Código Civil.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la demanda de Dª Alejandra, al considerar ambos Tribunales, pese a la oposición de la aseguradora demandada - apelante en la segunda instancia -, que el fallecimiento en accidente del asegurado había quedado probado por medio de presunción.

La sentencia de segunda instancia ha sido recurrida por la demandada por razones procesales y sustantivas.

SEGUNDO. La demandada American Life Insurance Company, SA alegó al contestar la demanda que no se había demostrado que D. Carlos María hubiera fallecido ni caído al mar y, mucho menos, cual fue la causa del supuesto fallecimiento. Por ello negó que se dieran las circunstancias precisas para entender acaecido el accidente pactado con la tomadora del seguro como siniestro.

El Juzgado de Primera Instancia no acogió - como se dijo - esos argumentos defensivos, sino que declaró que el fallecimiento había sucedido "mientras D. Carlos María navegaba sólo en la embarcación de su propiedad... ", por lo que, ante " la falta de pruebas sobre su relación causal con alguna patología física o psíquica... ", concluyó considerando " que fue la inmersión en el agua la causa de la muerte y que tuvo lugar de improviso, de forma momentánea y ajena a su voluntad o intención ".

La Audiencia Provincial, al conocer del recurso de apelación que había interpuesto la aseguradora demandada, entendió que el fallecimiento del asegurado en accidente había quedado demostrado no solamente por " la presunción conte-

nida en los artículos 34, 195 y 196 del Código Civil, que posibilitan la declaración de fallecimiento del ausente " , sino también " por la prueba practicada en el procedimiento y los propios actos de la aseguradora " - que había cumplido la prestación que debía por la muerte del mismo asegurado, pactada como otro siniestro en el seguro de grupo-.

En los motivos de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, la demandada reproduce los argumentos de que se había valido en las dos instancias para oponerse a la estimación de la demanda. Afirma en ellos, en síntesis, que la declaración de fallecimiento sólo establece una presunción de muerte, en la que no es posible fundar otra presunción distinta: la consistente en que aquella había sido causada por un accidente, a los efectos del seguro de esta clase.

Añade la recurrente que el hecho de haber pagado la suma pactada por el fallecimiento de D. Carlos María, en cumplimiento del seguro por causa de muerte, carecía de la significación de acto propio en el funcionamiento del seguro de accidente, que es al que se refiere la demanda.

TERCERO. El recurso extraordinario por infracción procesal se compone de dos motivos. En el primero la recurrente afirma producida la infracción del artículo 385, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil - relativo a las presunciones legales -. En el segundo, la del artículo 386, apartado 1, de la misma Ley - referido a las presunciones judiciales -.

Ambos motivos se desestiman.

En primer término, porque sólo en sentido impropio cabe afirmar que la declaración de fallecimiento, por más que se base en la probabilidad de la muerte del desaparecido, constituye una presunción legal - motivo primero - y, por ello, que deba operar la máxima " praesumptio de praesumptiones non admititur " , como la recurrente sostiene - motivo segundo -, negando justificación lógica a la presunción judicial de que el asegurado murió en un accidente.

En segundo término, porque no es exacto que el Tribunal de apelación haya afirmado la realidad del accidente por virtud del nexo lógico que pueda existir entre él y la probabilidad de la muerte del asegurado, por cuanto lo que en la sentencia recurrida se presume es el fallecimiento en accidente de D. Carlos María a partir de la demostración cumplida de su desaparición en una situación de gran peligro para la vida.

Y en tercer y fundamental lugar, porque el hecho de que las presunciones se regulen en la Ley de Enjuiciamiento Civil más como un sistema de valoración que como un medio de prueba no significa - antes bien, lo contrario - que queden al

margen de la jurisprudencia que rechaza la posibilidad de revisar en este recurso extraordinario tal operación apreciativa, a no ser que se utilice por el recurrente la vía abierta por el artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se denuncie la infracción del artículo 24 de la Constitución Española - sentencias de 11 de noviembre, 2 de diciembre de 2.009, 27 de enero y 17 de junio de 2.010 -.

CUARTO. El recurso de casación de American Life Insurance Company, SA se compone de cuatro motivos. De ellos, dos no debían haber sido admitidos - el segundo y el tercero -, ya que se basan en la infracción de las normas procesales que regulan las presunciones - artículo 385, apartado 1, y 386, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil - y, además, se plantean en ellos cuestiones que ya han sido tratadas al decidir sobre el recurso extraordinario por infracción procesal.

En los otros dos motivos la recurrente señala como infringidos los artículos 34, 193, 195 y 196 del Código Civil, en relación con los artículos 83 y 88 de la Ley 50/1.980, de 8 de octubre, del contrato de seguro - motivo primero - y el artículo 100 de la Ley últimamente citada. - motivo cuarto -.

Alega en ellos de nuevo que la declaración de fallecimiento no otorga certeza y no pasa de ser objeto de una mera presunción; que no se había demostrado el accidente identificado en el contrato de seguro como siniestro, salvo en el plano de las meras suposiciones o hipótesis; y, finalmente, que el hecho de haber pagado la suma convenida en el seguro para caso de muerte no resultaba contradictorio con su oposición a hacerlo por causa de accidente.

Siendo cierta esta última negación, todos los motivos del recurso han de ser desestimados.

El segundo y el tercero, porque, como se ha dicho, no son más que una repetición, en sede inadecuada, de los dos motivos del recurso procesal.

El primero, porque - además de que la referencia a la regla de interdicción de toda contradicción con los actos propios no tiene en la sentencia recurrida otro valor que el de un argumento de refuerzo - el hecho de que la declaración de fallecimiento establezca la probabilidad de la muerte del desaparecido, sin excluir la posibilidad de que el mismo siga vivo, no impide que nuestro ordenamiento vincule a la misma importantes consecuencias jurídicas - en los órdenes familiar y patrimonial: artículos 85 y 196 del Código Civil -, que no hay razón, en defecto de pacto, para no extender también al ámbito del seguro.

Y el segundo, porque lo que en él hace la recurrente es cuestionar la valoración de la prueba efectuada en las instancias. Lo que no cabe en este recurso.

QUINTO. Las costas de los dos recursos que desestimamos quedan a cargo de la recurrente, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### FALLO

Declaramos no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D<sup>a</sup> Alejandra, contra la Sentencia dictada, con fecha veintisiete de abril de dos mil seis, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de San Sebastián, con im-

posición a la recurrente de las costas correspondientes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la 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.- Jesus Corbal Fernandez.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Ramon Ferrandiz Gabriel, 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.

se acercó al exterior de la casa. El acusado al sentir la presencia de este vecino, cesó en su intento, aprovechando esta situación Aurora para salir de la casa. A consecuencia de esta agresión, Aurora sufrió un traumatismo craneo-encefálico, con herida inciso contusa en región biparietal, hematomas en ambas manos, contusión costal y crisis de ansiedad, precisando para su curación de puntos de sutura (siete), tratamiento con analgésicos, anti-inflamatorios y reposo. Sanó.

SEGUNDO.- El acusado recurre en casación la mentada sentencia mediante varios motivos por infracción de ley del art. 849.1º LECr (razón por la que hemos transcrito la declaración de Hechos Probados) y otro por vulneración del principio "in dubio pro reo" como expresión del derecho del acusado a la presunción de inocencia.

El motivo no cuestiona ni disiente de la existencia de abundante y vigorosa prueba de cargo acreditativa de la realidad de los hechos y de su participación en los mismos, que es el ámbito en el que se despliega este derecho constitucional. La reclamación casacional se limita a expresar que existen "verdaderas dudas.... relativas a la existencia de un dolo directo o siquiera eventual" en la actuación del acusado al agredir a la víctima, que requiere el tipo delictivo de homicidio o de asesinato. La conclusión del recurrente es que "ante tales dudas ha de absolverse al inculpado del delito de asesinato intentado y bien calificar los hechos como constitutivos del delito de lesiones del art. 148.C.P, o bien incardinarlos en el de homicidio en grado de tentativa....".

Sin perjuicio de que estas últimas cuestiones las analizaremos al examinar otros motivos de casación, baste por ahora con decir que la vulneración del "in dubio pro reo" que se denuncia, es absolutamente infundada.

Como ha señalado reiteradamente esta Sala no puede apreciarse infracción del principio "in dubio pro reo" por falta de aplicación, cuando la Sala sentenciadora no expresa duda alguna en la valoración de la prueba practicada, declarando probada de manera clara y terminante la participación de los acusados en el delito enjuiciado. Para que la duda pueda y deba resolverse en beneficio del reo es requisito indispensable que exista, lo que no sucede en el presente caso, donde la duda sólo se alberga en el recurrente, pero de ningún modo en el Tribunal sentenciador, que en la fundamentación jurídica de la sentencia, muestra la inequívoca convicción y la certeza judicial de que el acusado llevó a cabo la acción contra la víctima con dolo homicida de primer grado, esto es, con propósito directo de causar la muerte de aquélla.

El motivo se desestima.

TERCERO.- El primero de los motivos por error de derecho protesta por haberse aplicado a los hechos los art. 138 y 139 C.P. cuando -se afirma- deberían haber sido subsumidos en el tipo de lesiones agravadas del art. 148.

Ajustando su discurso impugnativo a la doctrina reiterada de esta Sala, argumenta el recurrente que dada la semejanza que desde una perspectiva externa y puramente objetiva, existe entre un delito de lesiones y un delito de asesinato en grado de tentativa o de homicidio frustrado o en la nueva terminología de intentado, pues la única diferencia viene determinada y radica en el ánimo del sujeto que en el primero tiene tan solo la intención de lesionar y en el otro una voluntad de matar directa o de dolo eventual. Es por ello, el elemento subjetivo, personal e interno del individuo, lo que viene a diferenciar que unos hechos puedan calificarse como de lesiones por concurrir en ellos el elemento de lesionar o como asesinato, por existir el ánimo de matar o de homicidio en el caso del dolo eventual.

Añade que ante tal planteamiento, y moviéndonos en el campo de la censura por la aplicación de una figura penal en lugar de la que se propugna es necesario analizar la declaración de hechos probados y determinar, a través de los datos objetivos que allí constan, cuál era el dolo concurrente en las actuaciones del imputado, y que tal elemento al ser interno, salvo que, como dice la propia sentencia recurrida, el propio acusado lo reconozca, debe inferirse por el Juzgador por una pluralidad de datos que hagan aflorar ese componente subjetivo.

Sostiene el recurrente que la jurisprudencia constante de la Sala de lo Penal del Tribunal al que nos dirigimos, viene declarando que tales criterios de inferencia que pueden orientar al juzgador en la búsqueda de la intención del agresor, y que presenta distinto valor en cada caso, como es la relación entre víctima y agresor, origen inmediato, naturaleza del arma empleada, la zona del cuerpo al que se dirigen los golpes, el número de ellos, la conducta posterior del agresor y sobre todo la mayor o menor gravedad de las lesiones sufridas por tal víctima, Tribunal Supremo sentencia de 2 de abril de 1.998. Concluye la alegación afirmando que en el presente caso, de la observación y valoración de los hechos probados, se desprende inequívocamente, que ello, no se puede inferir la existencia en el agresor de la intención de matar, sino que, por el contrario, la única intención fue sólo la de lesionar.

A esta conclusión llega en base a que: a) el acusado sólo propinó a la víctima un único golpe con la barra de hierro, y b) las lesiones producidas por efecto de ese golpe consistían en herida inciso contusa en cuero



2010/102597

TS Sala 2ª, Sentencia 22 abril 2010. Ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Al resultar las lesiones inhábiles para producir la muerte

## Tentativa inacabada del delito de asesinato

*Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito intentado de asesinato. Formulan voto particular los Magistrados Excmos. Sres. D. Diego Ramos Gancedo y D. Julián Sánchez Melgar.*

*El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que viene a reducir en dos grados la pena legalmente establecida para el delito de asesinato consumado, pues la distinción doctrinal entre la tentativa inacabada y acabada tiene su relevancia y reflejo en la regla del art. 62 CP 95, al aludir en ella al grado de ejecución alcanzado, y deben, pues, distinguirse a tales efectos dos niveles de desarrollo, uno en el que el autor no ha dado término a su plan, y otro en el que ha realizado todo cuanto se requería según su proyecto delictivo para la consumación.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acusado fue condenado en la instancia como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de asesinato en grado de tentativa del art. 139 C.P. a la pena de once años de prisión, prohibición de aproximación a la víctima y de comunicación con ésta y responsabilidades civiles que se especifican en el fallo de la sentencia.

Los hechos de que traen causa estos pronunciamientos condenatorios consisten en que el acusado, Rodrigo mantuvo durante varios años una relación de pareja, sin convivencia, con Aurora. El día 9 de enero de

2008, unos meses después de la ruptura de la pareja, el acusado, de forma que no consta con certeza, se introdujo en la vivienda de Aurora, en la carretera del Boquerón, en la Laguna. Allí la esperó y cuando ésta llegó a su domicilio y abrió la puerta, antes de que pudiera encender la luz, de forma totalmente sorpresiva e inesperada para la víctima, le asestó un golpe en la cabeza con una barra de hierro. Seguidamente siguió golpeándola con este objeto por distintas partes del cuerpo, la tiró al suelo y se colocó sobre ella, presionando con sus manos alrededor del cuello. Aurora se resistió a la agresión consiguiendo zafarse de Rodrigo, cuando un vecino, al oír los gritos de ella,

cabelludo cuyo traumatismo necesitó siete puntos de sutura; c) no aparecieron vestigios en el cuello de la víctima compatibles con un intento de estrangulamiento.

Es doctrina tradicional y pacífica que para determinar el ánimo que guía al autor al ejecutar una agresión física determinada, han de valorarse diferentes elementos: que la sentencia impugnada reseña a) relaciones existentes entre el autor y la víctima; b) personalidades respectivas del agresor y del agredido; c) actitudes e incidencias observadas y acaecidas en los momentos precedentes al hecho, con especial significación de la existencia de amenazas; d) manifestaciones de los intervinientes durante la contienda y del autor tras la perpetración del hecho criminal; e) condiciones de espacio, tiempo y lugar; f) características del arma e idoneidad para lesionar o matar; g) lugar o zona del cuerpo a la que se dirige la acción ofensiva con apreciación de su vulnerabilidad y de carácter más o menos vital; h) insistencia o reiteración en los actos agresivos; i) conducta posterior del autor.

El proceso y valoración de los elementos concurrentes en el caso examinado son irrefutables desde un análisis mínimamente racional de los mismos. El Tribunal destaca que las relaciones previas entre agresor y agredido cambiaron su signo, variando desde la convivencia amorosa hasta la ruptura traumática para el varón, pues la cesación de la vida en común fue mal asumida por el procesado, que con frecuencia acosaba a la víctima e incluso protagonizaba intentos de suicidio, aunque con ingestas de pequeñas dosis de veneno que excluían el resultado letal.

También refiere el Tribunal que a las personas del entorno del autor no les sorprendió el suceso juzgado, pese a su intrínseca violencia, por su previsible ocurrencia, lo que delata la predisposición del acusado por la solución extrema. Añaden los jueces a quibus que el acusado perpetró el hecho tras haber aparcado el vehículo en lugar alejado de la vivienda de la víctima, fuera de la vista de ésta o de cualquier persona que pudiera prevenirla, de forma sorpresiva e inopinada, cuando la víctima todavía no había encendido la luz de la habitación, propinó el primer golpe con una pesada barra de hierro, dirigiendo el ataque directamente al cráneo de la mujer, provocándole una herida inciso contusa que precisó siete puntos de sutura. Dicen los jueces que con esta acción el autor podía haber fracturado los huesos del cráneo de la víctima y haberle provocado la muerte. Pero no se detuvo ahí la agresión, pues al primer golpe siguieron otros que causaron lesiones costales y en extremidades superiores. Existió más tarde un segundo ataque de etiología letal, pues el procesado, sin solución de continuidad, intentó asfixiar a la mujer, apretando su cuello. En este punto, refiere el

Tribunal que la víctima se resistió y que fruto de esa resistencia y de la aparición de un vecino en el exterior de la vivienda, que acudió ante los gritos de auxilio de la misma, el acusado cejó en su intento homicida huyendo del escenario del crimen. En última instancia, los jueces de la instancia valoraron para deducir el ánimo homicida las declaraciones de la víctima que en todo momento sintió peligrar su vida, por lo que profirió angustiada las voces de auxilio.

Una última consideración merece el examen de este motivo, complementaria de lo hasta aquí consignado. Excluidos los reproches del recurrente de la inexistencia de un solo golpe con la barra de hierro y la inexistencia del intento de asfixia, al estar en absoluta contradicción con el hecho probado, debemos hacer alguna precisión a la alegación que se hace respecto a la levedad de las lesiones resultantes del golpe propinado en la cabeza de la víctima que tanto destaca el recurrente.

El concreto y material resultado lesivo producido por la agresión, aunque fuera leve o inexistente, no perjudica ni excluye el dolo homicida cuando éste se encuentra avalado por el resto de las circunstancias concurrentes. No sólo porque el autor en general no domina cuál pueda ser ese específico resultado, sino que aún existiendo una inequívoca voluntad de matar, la acción ejecutada a tal fin puede no obtener el resultado previsto y querido por el agente al sobrevenir circunstancias imprevistas que impidan o atenúen el resultado de la agresión.

Como con todo acierto resume el Fiscal, quien impulsado por un sentimiento de rencor o de odio por una ruptura de la relación sentimental no asumida, asesta un golpe con una barra de hierro en el cráneo de un ser humano indefenso y no precavido muestra nítidamente su propósito de matar. Y quien, después de persistir en el ataque con aquel instrumento peligroso, pretende asfixiar a esa misma persona apretando su cuello para provocar la suspensión definitiva de la función respiratoria o el paso de oxígeno al cerebro vuelve a realizar actos objetivos de signo homicida. Y pasando del tipo objetivo al subjetivo, quien ejecuta ambos comportamientos homicidas sin solución de continuidad conoce y quiere provocar el óbito de quien los sufre. Nadie podría considerar irracional la inferencia del ánimo homicida desde tales parámetros, máxime si se advierte que el autor persistía en su ataque del que tuvo que separarse por los gritos de auxilio de la víctima y la inesperada aparición de terceros que malograron la consumación del ideado plan del autor.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- El siguiente motivo, formulado también por "error juris" al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., se

encuentra estrechamente relacionado con el anterior, alegándose ahora la aplicación indebida de los arts. 138 y 139 C.P. por haberse estimado "la existencia de dolo homicida directo y no de dolo eventual, conceptuando los hechos como constitutivos de homicidio en grado de tentativa" (sic).

Del desarrollo del motivo se desprende que lo que el recurrente sostiene es que para calificar el hecho como asesinato se requiere imperativamente que el autor actúe con dolo directo o de primer grado, de manera que si solamente concurre el dolo eventual el hecho deberá ser calificado como homicidio, consumado o intentado, que es lo que acaeció en el caso enjuiciado.

El recurrente yerra gravemente en su alegación.

Tanto en el delito de homicidio como en el de asesinato, el elemento subjetivo del dolo se satisface con el dolo directo o intención determinante y concreta de matar, como con el dolo eventual, que se da cuando el agente, dada la mecánica comisiva, es consciente de la probabilidad de que su acción produzca la muerte del agredido y, a pesar de ello, la lleva a cabo aceptando la eventualidad del resultado.

En el caso presente, la sentencia, razonada y razonablemente, declara la concurrencia del dolo directo en una argumentación jurídicamente correcta, fundamentada y plenamente convincente, lejos de toda sospecha de arbitrariedad o mero voluntarismo. Esto ya sería suficiente para desestimar el motivo.

Lo que también sucedería si considerásemos que el acusado ejecutó los actos de agresión a la víctima con solo dolo eventual, como sostiene el recurrente. Lo que califica el homicidio como asesinato (consumados o intentados) es que la acción se ejecuta concurriendo alguna de las circunstancias de naturaleza fáctica del art. 139. En nuestro caso se trata de que el acusado obró con alevosía, que el recurrente no discute.

La jurisprudencia de esta Sala sobre esta cuestión es unívoca, pacífica y reiterada al declarar la compatibilidad entre el dolo eventual y el asesinato con alevosía, porque ésta se desenvuelve en el modo en que se produce la agresión y al margen de que el ataque sea impulsado por una u otra modalidad de dolo.

Así, y como ejemplo de este criterio, evocamos entre otras muchas, la STS de 21 de junio de 1999 cuando, al examinar un supuesto de hecho similar al actual, señalaba que la pretendida incompatibilidad entre el dolo eventual de muerte y el dolo directo de actuar alevosamente que esgrime el recurrente no se convierte en obstáculo calificador insalvable como aquél pretende, pues es perfectamente diferenciable en un compor-

tamiento como el enjuiciado, una directa y decidida intención y voluntad de dar cumplimiento a finalidades aseguradoras para la ejecución y para el propio actuante así como sobre la indefensión de la víctima (parcela ésta del comportamiento alevoso que aparece diáfano en el actuar del agente que espera o busca deliberadamente una situación de relajamiento más propicia para la sorpresa) de una actitud intencional que no completa el agotamiento de la determinación de dañar respecto a la causación del daño o lesión en sí misma si no en cuanto a la aceptación de su resultado-, supuesto del dolo eventual en el que, no obstante representarse aquél como probable, sin embargo es consentido o aceptado. Referencia -la del resultado- que, válida e imprescindible para determinar la graduación del dolo, no debe extenderse dicha circunstancia como pretende quien recurre aludiendo a una corriente doctrinal y jurisprudencial de la que son exponentes sentencias como las de 16-3-88, 13-4-93, 11-7-94 y 29-11-95, sino que debe desconectarse de la Alevosía, según se afirma en la resolución combatida de acuerdo con Sentencias de esta Sala de 16-3-81, 20-11-93 y 21-1-97, pues la definición legal de la Alevosía, tanto en el Código derogado como en el actual, a lo que hace referencia es a asegurar la ejecución y, en el caso de autos, el procesado lanza el golpe con la navaja de forma tan imprevista y sorpresiva que asegura su ejecución, y ello, con independencia de que tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara ese efecto como consecuencia de su acción, y no se haya producido el resultado de la muerte por la rápida intervención facultativa a que fue sometida la víctima (en los mismos términos, la STS de 04 de junio de 2001 y la no menos expresiva de 31 de octubre de 2002. Pueden verse también las SS. T.S de 25 de marzo, 19 de abril y 24 de mayo de 2004, de 04 de octubre de 2007 y 10 de junio de 2009, citadas por el Fiscal al impugnar el motivo)

La censura casacional se desestima.

QUINTO.- Por el cauce del art. 849.1º L.E.Cr., se denuncia infracción de ley por incorrecta aplicación de los arts. 16 y 62 C.P. "al considerarse que la tentativa de homicidio debe considerarse inacabada y que debió apreciarse el desistimiento".

Comenzando por esta segunda cuestión, habrá que señalar que, de acuerdo con el art. 16.2 C.P., el autor de la tentativa no incurrirá en responsabilidad penal por el delito intentado cuando no continúe los actos de ejecución a la que ya había dado comienzo, o cuando habiendo realizado todos los actos que objetivamente hubieran producido el resultado, es el mismo autor quien impide la producción de éste con una conducta activa. En ambos casos, ambas

modalidades de desistimiento deben ser voluntarias. En el primer caso estaríamos ante el desistimiento propiamente dicho (o desistimiento pasivo) y en el segundo se trataría del llamado desistimiento activo.

En el caso presente nos encontramos con dos acciones agresivas perfectamente diferenciadas aunque tengan lugar sin solución de continuidad. En la primera, consistente en asestar un golpe en el cráneo de la víctima con una barra de hierro pesada y adecuada e idónea según informes periciales médico forenses para haber producido la muerte por traumatismo craneoencefálico, el autor ha culminado la mecánica comisiva tendente a producir la muerte de la víctima, aunque el resultado pretendido no se haya producido por causas ajenas a la voluntad del agente (error en el golpe por torpeza, estado de ansiedad, nervios...).

No hay desistimiento ni pasivo ni activo, máxime cuando de seguido y ya la chica en el suelo, el acusado da comienzo a la acción de estrangulamiento, acción que, ahora sí, se interrumpe, pero no por la espontánea y libre voluntad del autor, sino por la repentina presencia de un testigo que observa la escena y que impulsa al sujeto activo a escapar del lugar, cesando por causa de esa imprevista circunstancia y no por su propia voluntad en su empeño.

El motivo se desestima.

SEXTO.- El cuarto motivo del recurso, también formulado por error de derecho del art. 849.1º L.E.Cr., reclama por la incorrecta aplicación del art. 62 C.P., "al considerarse que se debía haber rebajado en dos grados la pena prevista para el delito de homicidio".

Expone el recurrente en defensa de su pretensión que la jurisprudencia viene admitiendo generalmente, que debe bajarse la pena en un grado en caso de tentativa acabada o gran desarrollo de la ejecución y dos grados en los supuestos de tentativa inacabada, como es el presente caso, y cuando la actividad realizada por el inculpado no revela gran energía criminal, utilizando expresiones que si bien no se encuentran en las disposiciones legales que regulan la materia, han adquirido carta de naturaleza en el vocabulario de la doctrina jurisprudencial de esta Sala.

Pues bien, el art. 62 C.P. otorga a los Jueces y Tribunales una discrecionalidad reglada para imponer la pena en casos de tentativa, estableciendo dos criterios diferentes a tales efectos: el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado.

En el caso objeto de examen el problema se centra en la primera secuencia de la actuación del acusado al descargar con "animus necandi" la barra de hierro en el cráneo de la víctima.

Al resolver un supuesto de extraordinarias similitudes con el presente, la STS de 2 de noviembre de 2.007 reseñaba los elementos fácticos concurrentes como premisa para su resolución: a) la situación de los sujetos, al tiempo de la agresión, era de gran facilidad para la realización de los actos de ejecución (víctima de espaldas al agresor y en un escalón inferior, disponiendo el acusado de un martillo).

b) alcanza el agresor a la víctima con el martillo en la cabeza con tan escasa contundencia, que no causa otra lesión que las descritas en los hechos probados, que, en la cabeza no rebasan la de dos simples contusiones leves.

c) tras esos dos golpes en la cabeza de la víctima, de tan leves efectos, los siguientes golpes ya no le alcanzan en tal lugar de su cuerpo, debido a la reacción defensiva de la víctima que recibe los golpes siguientes en dedo de mano izquierda, cara posterior de hombro izquierdo, antebrazo derecho, y pierna derecha.

d) la lesión causada a la víctima en la cabeza carecía de manera evidente de potencialidad para causar la muerte que el autor se había propuesto. Más aún las otras causadas al iniciarse la defensa por la víctima.

e) por lo que a otros criterios se refiere, es de destacar que mientras la localización de los golpes y la naturaleza del arma revelan la alta peligrosidad del ataque, la escasa contundencia y la imposibilidad de su continuación aminoran de manera substancial el riesgo de que acaeciera el resultado propuesto.

f) es claro pues que la obtención de éste habría exigido una más decidida actuación que aprovechase la situación de superioridad en el autor y de indefensión en la víctima, por lo que bien puede decirse que el acusado no realizó los actos que dependían de él para causar la muerte propuesta.

De ello podemos concluir añadía que, objetivamente ex ante, los actos realizados no eran mínimamente suficientes para causar la muerte, sino que requerían otros actos que, inicialmente, pudo realizar el autor, pero no realizó.

Y como corolario de estas consideraciones, establecía que en el caso sometido a la revisión casacional concluimos que el plan concebido por el autor sólo inició su ejecución, y que las lesiones eran inhábiles para producir la muerte, por lo que la tentativa no fue acabada, sino someramente comenzada. Por ello, el peligro efectivamente generado para el bien jurídico de la vida de la víctima fue relativamente escaso.

Este pronunciamiento se sustenta en argumentos tan sólidos como los que allí se expresan:

De la misma manera que la diferencia entre la consumación o la tentativa (en sentido amplio) puede venir determinada por el azar (cualquier causa que no sea dependiente de la voluntad del autor), la frontera entre la tentativa inacabada o la acabada puede ser tributaria de hechos azarosos.

"Pero el criterio de imposición de la pena no puede adoptarse ex post, sino tomando en consideración, únicamente aquello que depende del autor.

"Así podría acudirse al mismo artículo 16.2 del Código Penal para detectar dos situaciones diferenciadas. La una es aquella en la que el sujeto podría, con posibilidad valorada objetivamente y ex ante, obtener la impunidad, simplemente no realizando más actos de ejecución a su alcance y, con ello, abortar la realización del resultado. En la otra, ya no hay más actos de ejecución que realizar y la impunidad exige un comportamiento activo, que impida el acaecimiento del resultado.

"Esta concepción de la regulación legal viene considerándose por la Jurisprudencia.

"Como se dijo en la sentencia 798/2006 de 14 de julio: ".....En general, esta Sala se ha hecho eco de la distinción doctrinal entre tentativa acabada y tentativa inacabada. La primera equivaldría a la antigua frustración en la que los actos de ejecución están completados, y la inacabada, aquella en la que no ha existido una ejecución completa. Por ello, la tentativa acabada, exponente de una mayor temibilidad en el sujeto supondría la imposición de la pena inferior en un sólo grado, y la incompleta en dos grados. En tal sentido, ATS 1574/2000 de 9 de junio, STS 558/2002, 1296/2002 de 12 de julio, 1326/2003 de 13 de octubre y 409/2004 de 24 de marzo..."

"Sean o nos categorías conceptualmente diferenciables, cuando se realiza la valoración necesaria a los efectos de determinación de la pena, lo que resulta trascendente, es que aquella se realice ex ante. Así en nuestra sentencia 1060/2003 de 21 de julio (en que se dilucidaba la idoneidad) se dijo: "...El peligro inherente a la acción, o capacidad para producir el resultado entendida como aptitud para ocasionarlo valorada ex ante por un observador objetivo, es lo que debe ser considerado y no el estado de peligro real en que se sitúe al bien jurídico..."

"Lo que resulta menos relevante es el número de actos que integran el comportamiento del autor, porque lo esencial es la potencialidad objetiva en relación con el resultado al que el autor ordenaba su comportamiento. Este puede constituirse por un solo acto y, sin embargo, constituir la modalidad mercedora de más grave pena (rebaja en un solo grado), como

dijimos e nuestras sentencias 166/2004 de 16 de febrero: "... cuando uno de los actos realizados hubiera podido producir el resultado. Ello es claro en el presente caso, dado el carácter mortal, no cuestionado por el recurrente, de las lesiones producidas dolosamente por el acusado a la víctima..." y en la 81/2006 de 27 de enero: "... Repetidamente hemos sostenido en nuestros precedentes que la tentativa será acabada según el grado de ejecución realmente alcanzado, es decir, que cuando uno de los actos realizados hubiera podido producir el resultado..." cabe ya hablar de tentativa acabada.

"En esta resolución apuntábamos algunos criterios posibles para esa valoración objetiva ex ante: "... tipo de arma empleada, la contundencia de los golpes, la localización de los mismos (en la cráneo y en la mandíbula, según en el «factum», entre otras localizaciones), la situación de indefensión de la víctima, que cae al suelo por efecto del primer acometimiento, y en esa posición, sigue siendo atacada por su oponente, al punto que «creía que lo había matado»..."

"En general estimamos tentativa acabada cuando el sujeto "realizó todos los actos necesarios para ocasionar el resultado mortal" (1421/2004 de 2 de diciembre) o "... el peligro en que se situó la vida de... fue extremo y que quienes lo desencadenaron llevaron a cabo toda la actividad adecuada para perfeccionar el homicidio», tendríamos que añadir desde la perspectiva del dolo eventual, es decir, la creación del riesgo fue suficiente para producir el resultado previsto en el tipo de homicidio..." (19/2005 de 24 de enero) "... se hayan practicado todos los actos de ejecución que hubieran debido producir como resultado el delito..." (140/2005 de 3 de febrero) o "...el resultado propio del delito de homicidio se hubiera producido como consecuencia de la acción conjunta de los acusados sin necesidad de una ulterior actuación, lo que determina que la tentativa haya de reputarse acabada..." (370/2006 de 30 de marzo) sin que sea necesario afectar a la integridad física de la víctima procurada pues "...el desarrollo delictivo, debe considerarse completo, en tanto que el autor hizo todo lo que objetivamente estaba de su mano para producir el resultado, no impactando con el objetivo por causas ajenas a su designio criminal, de modo que, como también se ha dicho, con fortuna, la falta de puntería del agente no puede permitir afirmar que el hecho no haya quedado en grado de frustración, o en la terminología legal actual, en grado de desarrollo de tentativa acabada..." 78/2005 de 28 de enero) Criterio que, sin embargo, cuenta con alguna resolución discrepante, como, en referencia a la regulación del Código Penal anterior a 1995, el sentado en la sentencia 722/1996 de 18 de octubre en que se dijo: "...en el plano objetivo no todos

los actos de ejecución que « que debieran producir como resultado el delito » se han realizado: faltaba como elemento esencial que alguno de los disparos dirigidos a evitar el acercamiento de los perseguidores, hubiese alcanzado efectivamente a persona alguna.

Sólo dicho alcance « debe producir como resultado el delito », por lo que si no lo produce nos encontraríamos en el campo de aplicación del delito frustrado (hoy tentativa acabada); ahora bien, sin alcance, la acción objetivamente considerada no sólo no debe sino que no puede producir el resultado típico, por lo que el criterio del Tribunal sentenciador al calificarla de tentativa debe ser confirmado, con desestimación del recurso.... “

“Esta muestra deja en evidencia la ausencia de un criterio que, cual regla de las ciencias matemáticas, permita dilucidar con alcance general inequívoco cuando se está ante una tentativa acabada o ante una inacabada. Aún más, esta exposición de nuestras decisiones deja en evidencia también que la discriminación, a efectos de medida de la pena, ni siquiera pasa solamente por esa elemental dicotomía. Las situaciones posibles, presentan matices que reclaman respuestas más plurales que las reportadas por esa alternativa, entre tales exclusivas hipótesis.

“Así lo advertimos en nuestra sentencia 370/2006 de 30 de marzo, en la que, aunque puede cuestionarse hasta que punto la medida del peligro no está vinculada al grado de ejecución, decíamos que “... no solo del grado de ejecución alcanzado sino también del peligro inherente al intento, lo que permite valoraciones ajustadas a las características del caso que pueden dar lugar a soluciones distintas, que el Tribunal debería razonar en cualquier caso.... “

“Porque, como también indicamos en la sentencia TS 600/2005 de 10 de mayo: “...siendo el «iter criminis» un proceso sólo completo en la consumación y más o menos realizado en la tentativa, a ese mayor o menor nivel de avance en la realización delictual corresponderá respectivamente la rebaja en uno o dos grados que prevé el art. 62 CP De ahí que la distinción doctrinal entre la tentativa inacabada y acabada tiene su relevancia y reflejo en la regla del artículo 62, al aludir en ella al grado de ejecución alcanzado. Deben, pues, distinguirse a tales efectos dos niveles de desarrollo: uno en el que el autor no ha dado término a su plan, y otro en el que ha realizado todo cuanto se requería según su proyecto delictivo para la consumación, que podrían equipararse a la tentativa y frustración... “

Por las mismas razones, en el caso presente debe llegarse a la misma conclusión, estimándose el motivo y dictándose otra sentencia por esta

misma Sala en la que se rebaje la pena en dos grados, fijándose la misma en 6 años de prisión.

SÉPTIMO.- El motivo que hemos analizado concluye con una protesta absolutamente heterogénea en la que, sin mención de ningún precepto penal, se queja el recurrente de la, a su juicio, excesiva cuantía de las indemnizaciones que, por responsabilidades civiles, establece la sentencia impugnada, que asciende a 21.409 euros más intereses legales del art. 576 L.E.Cr.

La motivación de este pronunciamiento por parte del Tribunal a quo es suficiente para rechazar el reproche casacional al exponer que las cantidades reclamadas por las partes en función de las lesiones padecidas, deben admitirse sin mayores explicaciones, al corresponder a cuantías próximas a las baremadas para indemnizar por hechos relacionados con la circulación de vehículos de motor.

En lo que respecta a la indemnización por los daños morales que ha podido producir una agresión como la descrita, debe aceptarse la suma pretendida por la acusación particular, poniéndose de manifiesto la existencia del grave trastorno producido a la víctima, el temor por esta situación, hasta el punto de manifestar que no ha vuelto a emplear su vivienda (lugar donde fue agredida) desde el momento de los hechos.

#### FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley, con estimación de su motivo cuarto y desestimación del resto, interpuesto por la representación del acusado Rodrigo; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Quinta, de fecha 3 de junio de 2.009, en causa seguida contra el mismo por delito de asesinato en grado de tentativa. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y Alfonso Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Julian Sanchez Melgar José Manuel Maza Martín Luciano Varela Castro Diego Ramos Gancedo

#### SEGUNDA SENTENCIA

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

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de La La-

guna, en el sumario núm. 2 de 2.008, y seguida ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Quinta, por delito de asesinato en grado de tentativa contra el acusado Rodrigo, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, en prisión preventiva por esta causa, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 3 de junio de 2.009, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

#### I. ANTECEDENTES

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los consignados en la primera sentencia de esta Sala y, en lo que no se opongan a éstos, los que figuran en la sentencia recurrida.

#### III. FALLO

Condenamos a Rodrigo como autor de un delito de asesinato, en tentativa, sin circunstancias modificativas, a la pena de seis años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo de la condena.

Mantiéndose el resto de los pronunciamientos del fallo recaído en la sentencia de instancia no afectados por la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Julian Sanchez Melgar José Manuel Maza Martín Luciano Varela Castro Diego Ramos Gancedo

#### VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Diego Ramos Gancedo AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Julian Sanchez Melgar A LA SENTENCIA RECAIDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN núm. 11.237/09.

Mi respetuosa discrepancia se centra en la, a mi parecer, equivocada aplicación del art. 62 C.P. por la que la decisión mayoritaria de la Sala resuelve reducir en dos grados la pena legalmente establecida para el delito de asesinato consumado.

Considero que una recta interpretación de los criterios para la determinación de la pena en supuestos de tentativa, a saber, el peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado, deberían haber llevado a

una rebaja de un solo grado al tratarse de un supuesto de hecho en el que el riesgo para la vida de la víctima fue más que relevante y, además, los actos de ejecución del proyecto homicida del acusado deben ser calificados de tentativa acabada.

No tengo ningún reparo en admitir que el fundamento de mi discrepancia viene alimentado en buena medida por los razonamientos que se expresan en el voto particular emitido por un Ilustre Magistrado de esta Sala del Tribunal Supremo para discurrir del criterio mayoritario en la sentencia dictada en un recurso de casación especial y manifiestamente similar al presente respecto de la misma problemática penológica, y a la que se hace expresa referencia en la resolución de la que discrepo.

Centrando la atención en la primera secuencia de los hechos, cuando el acusado, oculto en el interior de la vivienda de la víctima y acechando su llegada, descarga un golpe en la cabeza de la mujer con una pesada barra de hierro, considero que por simple que sea la mecánica comisiva del homicidio pretendido, al ejecutar esa acción se puede considerar que el agente ha realizado todo lo necesario para conseguir el resultado pretendido, pues objetivamente -como subraya el art. 16 C.P.- descargar un golpe en la cabeza de la víctima con un objeto contundente con eficacia letal, idóneo para ocasionar la muerte, no necesita de otras acciones para alcanzar el fin proyectado.

La cuestión surge respecto al criterio del “peligro inherente al intento”, que, ciertamente, en el caso de autos, fue mínimo a tenor de la levedad de las lesiones ocasionadas en ese ataque que sólo necesitaron unos puntos de sutura, debiendo advertirse que uno y otro elementos de la dicción legal están unidos por la copulativa “y”, y no por la disyuntiva “o”, de suerte que la decisión penológica debe valorar uno y otro criterios.

La acción con la que se quería conseguir el resultado pretendido (la muerte de la agredida) creo que debe ser calificada de tentativa acabada porque, repito, el autor hizo lo suficiente y necesario para que objetivamente se produjera el resultado, porque el hecho ejecutado por el sujeto activo para la realización de su propósito criminal comporta por sí mismo la realización íntegra de una acción que, racionalmente considerada, hubiera debido producir el resultado o la realización del tipo según el plan del autor.

Lo decisivo es determinar si la acción realizada debería haber producido la consumación, debiéndose distinguir entre la peligrosidad de esa acción y el peligro concreto que hubiera resultado de aquélla.

Participo con la mayoría en el criterio de que los hechos deben ser examinados desde una perspectiva

“ex ante”. De este modo no es difícil afirmar que el plan de matar golpeando la cabeza de la víctima con una barra de hierro, debería, objetivamente, producir el resultado. Si no se produjo la muerte, no fue porque la acción y el medio empleado no fueran objetivamente (como manifestaron los médicos-forenses) y desde un análisis “ex ante”, la que debió producir, sino por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, como la falta de pericia, la inhabilidad del sujeto o su torpeza al ejecutar su acción.

Cabe invocar aquí la STS de 27 de enero de 2.006, que estima la tentativa acabada cuando el sujeto “realizó todos los actos necesarios para ocasionar el resultado mortal” (STS núm. 1421/2004 de 2 de diciembre) o cuando “... el peligro en que se situó la vida... fue extremo y quienes lo desencadenaron llevaron a cabo toda la actividad adecuada para perfeccionar el homicidio, a lo que tendrían que añadirse, desde la perspectiva del dolo eventual, aquellas situaciones en las que la creación del riesgo fuese suficiente para producir el resultado previsto en el tipo de homicidio...” (STS núm. 19/2005 de 24 de enero).

No menos relevante resulta la STS de 02 de diciembre de 2009 cuando proclama que “existe tentativa cuando se advierte la falta de algún elemento del tipo objetivo, pues el subjetivo no difiere de la consumación (debe incluirse el dolo eventual), y podemos hablar de acabada o inacabada según el resultado pueda producirse sin mayores actuaciones por parte del autor (acabada) o cuando éste no ha ejecutado todos los actos que según su plan debía realizar para producir el resultado y objetivamente desaparece el peligro de que se produzca”.

Siendo ello así, objetivamente la tentativa será acabada cuando el plan del autor para la producción del resultado es idóneo o racional, es decir, no depende sólo de su propia idea o imaginación, sino que es constatable objetivamente la relación de causalidad (véase STS núm. 657/2007, de 21 de junio).

En otro sentido, la indicada sentencia enfatiza que “la tentativa será acabada, cuando los actos realizados, los instrumentos utilizados y la mecánica comisiva hubieran podido producir objetivamente el resultado perseguido según el plan del autor”.

Más tarde, añade la STS de 2 de diciembre de 2.009, que no debe olvidarse que el art. 16 del C. Penal de 1.995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión “objetivamente” (“practicando todos o parte de los actos que objetivamente debería producir el resultado”). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, “objetivamente” considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Es decir, que para una persona media, situada en el lugar del actor y con los conocimientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común.

En realidad, el fundamento de la decisión mayoritaria para rebajar en dos grados la pena, no es, en mi opinión, que se trate de un supuesto de tentativa inacabada, sino en lo que esa mayoría estima un mínimo riesgo efectivo para la vida de la víctima resultante de la acción homicida.

La norma habla del “peligro inherente al intento”, no del peligro generado por el concreto resultado producido. Quiere decirse que también sobre esta cuestión, el análisis debe centrarse en un examen “ex ante” -lo que la propia sentencia señala- y no “ex post”, que es lo que en realidad se considera por la mayoría.

De suerte que a mi parecer, el peligro que corrió la vida de la mujer cuando el acusado “intentó” matarla asestándole un golpe en el cráneo con una barra de hierro, fue grave y real, con independencia de que la resultancia última de la acción fuera menor o incluso leve para la integridad física de la víctima.

A este respecto comparto la tesis que se expone en la STS núm. 600/2005, según la cual el acusado no puede resultar injustificadamente beneficiado por su propia torpeza o por su error en la ejecución de una voluntad criminal reconocida como indudable y manifestada en acciones que el propio autor estimaba como suficientes para lograr la consumación, pues tenían el propósito de matar y actuó con los medios adecuados para ello, aunque sin la precisión necesaria para lograr el resultado perseguido, resultado que sólo dejó de producirse porque el ser humano no domina las leyes de la causalidad y desconoce los efectos últimos de sus actos.

Basta preguntarse si el autor ejecutó los actos objetivamente necesarios para consumir el delito y si la respuesta es positiva existirá tentativa acabada, aunque el resultado no se hubiera producido por causas ajenas y no controladas por la voluntad del autor.

Por todo lo cual estimo que el motivo debería haber sido desestimado.

Diego Ramos Gancedo Julian Sanchez Melgar

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

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/78851

TS Sala 3ª, Sección: 7, Sentencia 26 abril 2010. Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

### Nulidad de la condena en costas al no existir mala fe o temeridad en la conducta procesal de la parte

*El TS estima el recurso de casación interpuesto, en el sentido de anular la imposición de costas por temeridad y mala fe, y mantiene la exclusión de los recurrentes del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Profesores de Música de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Afirma que la mala fe o la temeridad a la que se refiere el art. 139 LJCA es la que se da en la conducta procesal de la parte, y nada de lo que reflejan la sentencia y las actuaciones permite atribuir una u otra a los recurrentes, pues han obrado respetando las reglas por las que se rige el proceso y han hecho valer pretensiones que no podían calificarse “a priori” de claramente infundadas, con argumentos que, si bien no se comparten, tampoco merecen la consideración de absurdos o irracionales. Y la circunstancia de que fueran desestimadas sus pretensiones no convierte en temerario el proceder de los actores.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dª Dolores y D. Blas, aspirantes al ingreso en el Cuerpo de Profesores de Música, en la especialidad de trompeta, fueron excluidos del proceso selectivo convocado por Orden 25/2004, de 2 de abril, del Consejero de Educación, Cultura y Deporte de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Esa exclusión la decidió el tribunal calificador nombrado para las especialidades de flauta travesera y trompeta porque apreció en los ahora recurrentes un comportamiento contrario a la buena fe y fraudulento en perjuicio de la igualdad que debe presidir el proceso selectivo. A esta conclusión llegó en la segunda parte de la primera prueba realizada en la mañana del 10 de julio de 2004, consistente en el análisis que oralmente debían realizar de una obra elegida por el tribunal calificador y facilitada a los aspirantes para que la estudiaran durante un máximo de dos horas y luego expusieran sus apreciaciones, sirviéndose de las notas que hubieran preparado, y respondieran a las preguntas de los miembros del tribunal durante un máximo de cuarenta y cinco minutos. La obra elegida fue el Concierto para trompeta y orquesta de Evaristo.

Pues bien, al escuchar la intervención de la Sra. Dolores y comprobar que coincidía con el análisis de referencia de que disponía el tribunal calificador, interrumpiendo la exposición, se le preguntó por la razón de esa circunstancia a lo que la interesa-

da respondió que conocía la obra por haberla utilizado en los cursos de preparación de las oposiciones que había seguido. Y al oír esa explicación, otro aspirante, el Sr. Blas, espontáneamente dijo que también él la había usado al prepararse para las pruebas selectivas. El caso es que la Sra. Dolores continuó y terminó su ejercicio y que después lo hicieron los restantes participantes en las pruebas entre ellos el Sr. Blas sin que, salvo en la de éste, en sus intervenciones se diera la coincidencia advertida. Al término de la prueba el tribunal calificador decidió excluir a los Sres. Dolores y Blas.

Las razones que le llevaron a tal decisión, plasmadas en el informe que emitió al respecto, las recoge la sentencia. Son las siguientes:

a) Los análisis realizados por los dos opositores no sólo coinciden entre sí, lo que podría explicarse por haber preparado conjuntamente la prueba, sino que coinciden textualmente con el que el tribunal está utilizando como referente para valoración del ejercicio y, como dicho análisis no está publicado, al tribunal no le cabe la menor duda acerca de la filtración de la prueba a estos dos opositores.

b) El repertorio de trompeta susceptible de ser incluido en la prueba de análisis es demasiado extenso para que pueda darse un conocimiento tal de la partitura propuesta que permita su realización al detalle en el tiempo otorgado, dos horas, salvo

que el opositor haya memorizado ex profeso el ejercicio a realizar.

c) A continuación de la exposición efectuada por los recurrentes, el tribunal les formula una serie de preguntas armónicas sobre la partitura a las que contestan incorrectamente, a pesar de que dichas cuestiones se refieren a algunos de los conceptos más básicos de la estructura formal de la obra.

d) Se observan coincidencias en los análisis formales realizados por los Sres. Dolores y Blas y entre éstos y la partitura utilizada como referencia por el tribunal que van más allá de las tres grandes secciones de la obra (introducción, exposición y re-exposición): descienden a las subsecciones e, incluso, a la utilización de términos idénticos en los tres análisis y, teniendo en cuenta que en el desarrollo de un análisis formal de cualquier partitura existe un margen amplio de apreciación subjetiva, el grado de coincidencia entre los tres es tal que debe ser considerado por encima de lo normal.

e) No se considera técnicamente posible realizar un análisis formal (y menos aún si éste va acompañado del análisis estético y didáctico de la obra) en el tiempo dado por la convocatoria (dos horas) con el grado de concreción alcanzado por los dos opositores excluidos, ya que el concierto para trompeta y orquesta de Evaristo es una partitura orquestal de setenta páginas, que requeriría un tiempo mucho más largo para desentrañar su contenido.

Los Sres. Dolores y Blas recurrieron en alzada el acuerdo del tribunal calificador y la Administración de La Rioja confirmó su legalidad. Tuvo presente para ello la quiebra del principio constitucional de igualdad que supone el conocimiento previo por unos concursantes del contenido y propuesta de solución de una de las pruebas. Asimismo, recordó que la base 13.5 de la convocatoria preveía implícitamente la potestad del tribunal calificador de excluir del procedimiento selectivo a quien lleve a cabo cualquier actuación fraudulenta o contraria a los principios de igualdad y buena fe en el desarrollo de los ejercicios de que consta la fase de oposición. Y que correspondía al tribunal calificador decidir esa exclusión en este caso porque solamente mediante un juicio eminentemente técnico era posible apreciar la presunta existencia de una filtración o del indebido conocimiento previo de la prueba de análisis de una partitura musical desde el punto de vista formal, estético y didáctico.

La sentencia rechazó las alegaciones de los recurrentes que descansaban en el análisis de las notas que elaboraron para preparar su intervención oral ya que fue en la apreciación de esta última en la que se basó el tribunal calificador para resolver en el sentido que impugnan los Sres.

Dolores y Blas. Además, señaló que, fundamentándose la actuación administrativa recurrida en una prueba indirecta, la de presunciones, es decir en las conclusiones a que llegó el tribunal calificador en uso de su capacitación técnica a la vista de la exposición de los dos recurrentes, era preciso comprobar si esa presunción se obtuvo lógicamente y razonablemente. A tal efecto, la sentencia recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prueba indiciaria y, a partir de ella, pasa a examinar si, en este caso, la presunción del tribunal calificador fue verdaderamente tal y no una simple conjetura o una mera sospecha o el efecto de meras apariencias, atendiendo, especialmente a "la corrección y razonabilidad de la inferencia, del nexo causal, ya que, de no ser así, tal prueba de cargo no existiría, permaneciendo incólume la presunción de inocencia o lo que es lo mismo, la inexistencia de actuación fraudulenta o contraria a la igualdad y buena fe por parte de los opositores recurrentes".

Pues bien, tras examinar la argumentación del tribunal calificador, corrobora sus conclusiones por considerar razonable establecerlas desde las premisas de partida. Por eso, desestima el recurso y, además, condena en costas a los actores al tenerlos por temerarios y resuelve remitir testimonio de la sentencia al Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Los recurrentes han dirigido cuatro motivos de casación contra esta sentencia.

El primero -fundamentado en el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción- fue inadmitido por auto de la Sección Primera de esta Sala de 9 de octubre de 2008 porque pretendía combatir la denegación de pruebas que propusieron los actores y sucede que no impugnaron en súplica la decisión de la Sala de instancia de no aceptarlas. Por tanto, debemos prescindir de él.

El segundo motivo -bajo la invocación del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción- mantiene que la sentencia infringió los artículos 299, 348 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 1253 del Código Civil por haber incurrido en error de Derecho en la apreciación de la prueba legal o tasada. Alega al respecto que la sentencia tuvo por irrelevante cuanto afirmaron, apoyándose en los dictámenes de los expertos que intervinieron en el expediente disciplinario seguido contra uno de los miembros del tribunal calificador, D. Ángel Jesús, expediente que concluyó sin tener por acreditado que filtrase el ejercicio y sin imponer sanción alguna y del que los actores pretendieron que se remitiera copia testimoniada a la Sala de Logroño sin que ésta aceptara requerirla por entenderlo innecesario. Pues bien, dice el motivo que la sentencia obtiene una conclusión arbitraria de los hechos por juzgar

irrelevantes los informes en cuestión cuando sucede que reflejaban las claras diferencias existentes entre los ejercicios que expusieron y el análisis del que dispuso como referencia el tribunal calificador y demuestran lo contrario de lo que la sentencia tiene por probado. Por eso, entienden que ésta se aparta de las reglas de la sana crítica.

Además, sostienen que no identifica la prueba a partir de la cual da por ciertos los hechos decisivos. Sugieren los recurrentes que ha debido apoyarse en el informe emitido por el tribunal calificador que la sentencia reproduce. Sin embargo, mantienen que los informes obviados, elaborados por especialistas, revelan la falta de fundamentación técnica y el alto grado de subjetivismo, conjetura y suposiciones de aquél. Y concluyen que si "en la sustanciación del procedimiento ante la Sala existen tres informes de expertos que coinciden en las siguientes apreciaciones: Que los ejercicios ni resultan ser perfectos, ni son similares fuera de lo razonable entre ellos ni aparecen coincidencias fuera de lo razonable entre ellos y la plantilla que sirve de evaluación al tribunal. Y si la dificultad del análisis de la obra es excesivamente estándar. Y si el estado de estrés y nervios lógicos en un examen influye en el hecho de que un opositor conteste incorrectamente a las preguntas armónicas. Simplemente nos quedamos con un hecho base o indicio considerado por la Sala en su sentencia vaciado de contenido, no acreditado, irrazonable por lo ya expuesto y carente de toda coherencia".

El tercer motivo -también bajo el artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción- afirma que la sentencia vulnera los artículos 23.2, 14 y 103.3 de la Constitución. Esta infracción la relaciona con la aplicación que de las bases se hizo por la Administración. En particular, discute que la base 13.5 invocada para justificar la corrección del proceder del tribunal calificador le autorizara a excluirlos. Así, dice que la base 6.2.4 solamente le habilitaba para proponer esa exclusión al Subdirector General de Planificación, Personal y Centros Docentes y que una potestad no puede preverse de manera implícita. En consecuencia, entiende que la sentencia al dar por bueno el proceder administrativo, "pretende dar apariencia de legalidad a una actuación discriminatoria del tribunal respecto de los recurrentes que fueron fulminantemente expulsados mediante una resolución dictada por el mismo tribunal sin la actuación preceptiva ante la autoridad educativa competente y sin audiencia previa a los perjudicados. Trato totalmente distinto al que hubiera recibido cualquier aspirante si el tribunal hubiera tenido una sospecha, por ejemplo de no cumplir los requisitos para participar en la convocatoria".

Por último, el cuarto motivo -mencionando el artículo 88.1 a) de la Ley de la Jurisdicción- se dirige con-

tra la condena en costas y la deducción de testimonio de la sentencia para su remisión al Ministerio Fiscal. Dicen los recurrentes que esos pronunciamientos conculcan el artículo 139 de la Ley reguladora, implican un claro abuso jurisdiccional y una quiebra del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

TERCERO.- A este recurso de casación se han opuesto D. Jerónimo y la Comunidad Autónoma de La Rioja.

El Sr. Jerónimo pone de manifiesto, sobre el segundo motivo, que los informes a los que se refieren los actores se elaboraron por los expertos, no a la vista de las intervenciones que la Sra. Dolores y el Sr. Blas realizaron ante el tribunal calificador, sino a partir de las notas que éstos elaboraron durante el tiempo concedido para preparar la exposición oral. En tanto solamente asistieron a dicha exposición y a la contestación de las preguntas los miembros del tribunal calificador, es el parecer de éstos el relevante y no el de los expertos. Por otro lado, precisa que la sentencia se apoya en los hechos que recoge en su fundamento segundo, los cuales se desprenden del expediente y del informe del tribunal calificador y señala que la conclusión a la que llega es lógica y coherente con los presupuestos de los que parte.

En cuanto al tercer motivo dice que debe ser desestimado, por una parte, porque solamente ahora los recurrentes invocan la infracción de las bases de la convocatoria y, por la otra, porque los recurrentes mezclan dos supuestos distintos: el del aspirante que carece de los requisitos exigidos y el de quienes actúan contra la buena fe o de manera fraudulenta y sólo para la exclusión del primero está prevista la intervención de la autoridad educativa.

En fin, pide que inadmitamos el último motivo porque lo considera defectuosamente interpuesto petición que hace para el supuesto de que no deba tenerse por inadmitido ya por el auto de la Sección Primera de 9 de octubre de 2008, pues se limita a admitir los motivos fundados en el artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción. Subsidiariamente, propugna su desestimación porque la Sala de Logroño se ha limitado a aplicar el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción y la deducción de testimonio, aunque pueda considerarse un exceso, no constituye un motivo de casación.

La Comunidad Autónoma de La Rioja, al oponerse al segundo de los motivos, resalta la coherencia de la sentencia y precisa que deja claras las razones por las que entendió que no eran relevantes los informes de los expertos. Igualmente, afirma que sólo podía valerse de los argumentos del tribunal calificador ya que fueron las exposiciones orales de los recurrentes las que se revelaron coincidentes con el patrón del que disponí-

an sus miembros para valorar los ejercicios de los aspirantes. Y, también, que identifica la prueba a partir de la cual extrae la conclusión de que supieron de antemano cuál iba a ser la obra a analizar: el informe de los miembros del tribunal calificador que obra en el expediente. Además, subraya que del resultado del procedimiento disciplinario que se incoó a uno de ellos no se deduce lo que defienden los recurrentes: que no hubo filtración. Lo único que cabe extraer de él es que no se demostró que el expedientado diese a conocer a los Sres. Dolores y Blas cuál sería la obra objeto del ejercicio pero eso no significa que no se probara que obraron con ventaja: el hecho de que no supieran contestar a las preguntas del tribunal después de una exposición oral tan perfecta evidencia, dice el escrito de oposición, la trampa que hicieron. Todo ello sin contar con que pretenden que se haga ahora una nueva valoración de la prueba.

Del tercer motivo dice que no es aplicable a este caso la base 6.2.4 porque considera un supuesto diferente al que se dio -el del aspirante que no cumple los requisitos- y sobre el último argumenta que la sentencia aplica correctamente el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción y no quiebra el derecho constitucional a la presunción de inocencia ya que no se pronuncia sobre la culpabilidad de los recurrentes. En todo caso, advierte, está mal fundamentado ya que ahora parece fundarse en el artículo 88.1 a) y no hay exceso alguno en el ejercicio de la jurisdicción.

CUARTO.- Según hemos dicho, la inadmisión del primer motivo de casación nos releva de la obligación de resolverlo. Por tanto, procederemos a examinar los restantes.

No advertimos que en la apreciación de la prueba la Sala de instancia se apartara de las reglas que rigen su valoración. Por el contrario, consideramos que el juicio que ha realizado es coherente con los hechos que se acreditaron en el proceso. Juicio cuyas premisas la sentencia establece con suficiente claridad de manera que no puede tacharse de arbitraria o ilógica su conclusión. Todo lo cual se afirma teniendo en cuenta, también, su decisión de no admitir como prueba los informes emitidos en el curso del expediente disciplinario. En efecto, según se ha visto, fue al escuchar las exposiciones orales que hicieron la Sra. Dolores y el Sr. Blas cuando los miembros del tribunal calificador advirtieron su coincidencia con el análisis del que disponían para valorar las intervenciones de los aspirantes y concluyeron que solamente era posible tal circunstancia porque conocían con anterioridad la obra a analizar y el esquema o patrón del que disponía el tribunal para valorar los ejercicios, pues la coincidencia con él era máxima y no había sido publicado. Conclusión formada, asimismo, a la vista de las contestaciones que dieron -también oralmen-

te- a las preguntas armónicas que les hicieron. Por otro lado, la sentencia deja claro que se apoya en los hechos que refleja el expediente y en los juicios del tribunal calificador para corroborar que los actores actuaron de forma indebida.

No debe extrañar que la Sala de Logroño se sirviera de ellos. Sucede que, efectivamente, fueron sus miembros los que escucharon esas intervenciones, también fueron ellos quienes formularon las preguntas y recibieron las respuestas. Y todos son expertos, con capacidad para valorar técnicamente el significado de lo que presenciaron. A partir de ahí, se sigue lógicamente la consecuencia de presumir que los recurrentes habían tenido conocimiento previo de la partitura elegida y del estudio de la misma que se utilizaría para valorar el ejercicio. Y como las respuestas dadas al tribunal tras las correspondientes exposiciones no guardaban relación con el nivel de éstas, se sigue con igual lógica que ese conocimiento previo no iba acompañado de la debida comprensión de la misma, que es lo que hubiera sucedido de haber sido objeto esa obra de un estudio detenido.

Cuanto alegan los recurrentes sobre el resultado del expediente disciplinario abierto a uno de los miembros del tribunal -el que seleccionó la obra objeto de la prueba- no conduce a los resultados que ellos pretenden. En efecto, una cosa es que no se demostrara que había filtrado el ejercicio ni advirtiera en él descuido o negligencia e, incluso, que pudiera de manifiesto que el concierto de Evaristo había sido analizado en un curso organizado en el año 2001 por el Ayuntamiento de Monserrat (Valencia) al que asistieron los recurrentes y el miembro del tribunal al que se atribuyó la filtración. Y otra bien diferente es afirmar que carecen de todo significado los hechos que venimos considerando. Es en el argumento que los recurrentes construyen a partir del resultado del procedimiento disciplinario donde falta la lógica que reclaman a la sentencia.

En fin, los juicios que los tres expertos formularon a partir del estudio de las notas preparadas por la Sra. Dolores y por el Sr. Blas no sirven para desvirtuar el de la Sala de Logroño por la razón ya dicha de que fue en las exposiciones y en las respuestas orales a las preguntas del tribunal donde se detectó la coincidencia y la falta de coherencia entre las primeras y las segundas.

Todas estas consideraciones nos llevan a rechazar el segundo motivo de casación.

QUINTO.- Otro tanto debemos hacer con el tercero porque, efectivamente, más allá de que la demanda no trajera a colación la incorrecta aplicación de las bases, razón suficiente para desestimar el motivo por plantear una cuestión nueva, no pa-

rece dudoso que las que regían este proceso selectivo admitían la posibilidad de la exclusión de aspirantes, para lo que contemplaban dos supuestos: que se comprobara en el curso del mismo que alguno de ellos carecía de los requisitos necesarios (bases 6.2.4 y 9.5), hipótesis en que se abría un trámite específico a resolver por el Subdirector General de Personal, Planificación y Centros Docentes; o que alguno hubiere actuado con fraude o de manera contraria a los principios de igualdad y buena fe en el desarrollo de los ejercicios. A unos y a otros se refiere la base 13.5 como excluidos y además prohíbe incluirlos en las listas para nombramiento de interinos.

No parece que estemos ante una atribución implícita de la potestad de excluir aspirantes en supuestos como el que se dio en este caso. Al contrario, está expresamente dicho que quienes actuaran en el desarrollo de los ejercicios con fraude o al margen de la buena fe, serían excluidos y, en tanto, esa base 13.5 diferencia entre esta causa y la de las bases 6.2.4 y 9.5, confirma que solamente en los casos en estas últimas previstos debe decidir el Subdirector General, mientras que, por lo sucedido en el curso de los ejercicios, es el tribunal ante el que se desarrollan el que ha de resolver.

Además, en tanto se discute solamente de la competencia vertical o jerárquica, en la medida en que la decisión del tribunal calificador fue confirmada en alzada, precisamente, por el mismo Subdirector llamado a resolver la exclusión en el supuesto de falta de requisitos, hemos de decir que esa circunstancia priva de relevancia, conforme a la jurisprudencia de la Sala y en la hipótesis -aquí no concurrente- de que le correspondiera a dicha autoridad administrativa acordar también la exclusión por fraude o mala fe, a la eventual incompetencia del tribunal calificador.

SEXTO.- El cuarto motivo suscita, en efecto, la duda del cauce por el que se formula, ya que el escrito de interposición hace referencia al artículo 88.1 a) de la Ley de la Jurisdicción. Eso explica que se nos haya pedido que lo declaremos inadmisibles para el caso de que no hubiera sido inadmitido ya por el auto de la Sección Primera de 9 de octubre de 2008 que, en su parte dispositiva, admite solamente los motivos formulados al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora.

Ahora bien, la lectura del desarrollo que los recurrentes hacen revela, sin lugar a dudas, que están planteando una nueva infracción al ordenamiento jurídico y así lo confirma el escrito de preparación, de manera que debemos considerarlo admisible sin que la mención al apartado a) del artículo 88.1 de la Ley reguladora deba llevar a una conclusión diferente pues lo que, en realidad, aduce es que la Sala de Logroño ha aplicado incorrectamente su artículo 139 y

desconocido la presunción de inocencia que asiste a los recurrentes.

Planteado de este modo, debemos estimarlo pues aunque no se haya infringido esta última, si apreciamos la vulneración de ese artículo de la Ley de la Jurisdicción. La mala fe o la temeridad a la que se refiere ese precepto es la que se da en la conducta procesal de la parte y nada de lo que reflejan la sentencia y las actuaciones permite atribuir una u otra a los recurrentes. En efecto, han obrado respetando las reglas por las que se rige el proceso y han hecho valer pretensiones que no podían calificarse a priori de claramente infundadas, con argumentos que, si bien no pueden ser compartidos, tampoco merecen la consideración de absurdos o irracionales. Y la circunstancia de que fueran desestimadas sus pretensiones no convierte en temerario el proceder de los actores.

SÉPTIMO.- La estimación de este cuarto motivo comporta la anulación de la sentencia y nos obliga, conforme al artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción, a resolver el pleito en los términos en que estuviere planteada la controversia.

Las consideraciones que hemos expuesto en los fundamentos anteriores conducen a la desestimación del recurso contencioso-administrativo sin que, por las razones que acabamos de exponer, conforme a lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, proceda hacer imposición de costas en la instancia ni en este recurso de casación.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

#### FALLO

1º Que ha lugar al recurso de casación núm. 4679/2006, interpuesto por Dª Dolores y D. Blas contra la sentencia núm. 240, dictada el 21 de junio de 2006 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja y recaída en el recurso 446/2004, que anulamos

2º Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo 446/2004

3º Que no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

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. José Díaz Delgado.- Juan José González Rivas.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.- Ramón Trillo Torres.

(...)



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2877

Madrid, 4 de octubre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

## RESEÑA

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



TS  
CIVIL

2010/113278

TS Sala 1ª, Sentencia 7 junio 2010.  
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

### Condena solidaria a reparar defectos constitutivos de ruina y mala ejecución en la construcción

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que, con estimación parcial de la demanda, condenó solidariamente a los demandados a que lleven a cabo las obras necesarias para la subsanación de los defectos de construcción en la forma expresada en la presente resolución, por tratarse de defectos unos constitutivos de ruina y otros de mala ejecución de carácter general y no sobre aspectos puntuales de la construcción, considerando la sentencia que no quedó probada la oposición u obstrucción de la comunidad demandante a que la constructora llevara a cabo las reparaciones precisas para eliminar los defectos denunciados.

2010/113290

TS Sala 1ª, Sentencia 25 mayo 2010.  
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

### Exclusión de la condición de bienes de dominio público al no sujetarse a la ley de costas

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada y, en su lugar, confirma la de primera instancia que declaró que los bienes litigiosos no constituyen bienes de dominio público en virtud de los sucesivos deslindes realizados conforme a la legislación vigente en cada momento, hallándose totalmente desafectados del dominio público estatal por decisión expresa de la propia administración, la cual ha reconocido sobre predios colindantes y en el resto de los deslindes realizados en la zona que constituyen titularidades privadas plenas los terrenos que no reúnen las características de lo preceptuado en la nueva ley de costas, declarando igualmente que los actores son los únicos

propietarios de dichos bienes y ordenando la rehabilitación de la inscripción registral a su favor y a costa de la administración demandada, así como la nulidad del título esgrimido por el Estado y de sus inscripciones registrales.



TS  
PENAL

2010/83935

TS Sala 2ª, Sentencia 17 mayo 2010.  
Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano

### Archivo de denuncia contra senador y alcalde por presunto delito de falsedad en documento público

El Tribunal Supremo decreta el archivo de la denuncia presentada contra persona aforada por no ser los hechos constitutivos de delito de falsedad en documento público. El Alto Tribunal considera que por parte del aforado, alcalde de la localidad y senador, no se pretendió hacer constar que el vallado se había efectivamente colocado, sino justificar el gasto, el cual se había efectuado, adquiriéndose el material necesario y pagándose a su proveedor y operario, sin poder colocar el vallado en el borde del camino por varias razones que denuncian los operarios encargados de su ejecución y que se constatan en el dictamen pericial.

2010/84203

TS Sala 2ª, Sentencia 21 abril 2010.  
Ponente: D. Joaquín Giménez García

### Participación a título de autor en delito contra la salud pública por venta de droga

Se desestima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por delito contra la salud pública. Para la Sala es patente que no puede ser cuestionada la calificación de autora de la recurrente, pues el hecho de que su hermano tuviera una mayor relevancia o protagonismo en este negocio ilícito no la priva de su condición de autora del acto de venta concretamente enjuiciado, siendo indiferente que haya sido

algún acto esporádico o aislado pero en ningún caso único, lo que por otra parte tampoco hubiera sido relevante a los efectos de la autoría, aunque pudiera haber tenido importancia a los efectos de la individualización judicial de la pena, que, en definitiva, y por lo que se refiere al caso de autos, sí se ha tenido en cuenta el mayor nivel de culpabilidad del acusado.



TS  
CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO

2010/84295

TS Sala 3ª, Sección 3ª, Sentencia 25 mayo 2010.  
Ponente: Dª Mª Isabel Perelló Domenech

### Nulidad del acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se declaraba de utilidad pública la Central Térmica de Morata de Tajuña

El TS estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Morata de Tajuña contra el acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se declaraba de utilidad pública la Central Térmica de Ciclo Combinado de Morata de Tajuña, en la provincia de Madrid, por contravenir las exigencias derivadas de los arts 140 y 143 RD 1955/2000. La Sala considera que el procedimiento expropiatorio en el sector eléctrico se reconduce a dos requisitos esenciales en los que se contienen todos los elementos necesarios para un procedimiento de expropiación forzosa, la justificación de la necesidad o conveniencia de la instalación eléctrica y la determinación de los bienes y derechos cuya expropiación o afectación resulta imprescindible, y ambos requisitos deben concurrir para la declaración de utilidad pública, y no cabe declarar la utilidad pública de una instalación eléctrica sin aprobar simultáneamente el proyecto ejecutivo, pues no cabe admitir abrir la vía expropiatoria y la ocupación urgente de bienes y derechos sin contar previamente con la relación concreta e individualizada definitiva de los bienes y derechos afectados, y dicha relación sólo se contiene en el proyecto ejecutivo, pues sólo en el se encuentra

finalmente determinada la exacta y definitiva ubicación de la instalación.

2010/84261

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 12 mayo 2010.  
Ponente: D. Oscar González González

### Inexistencia de contradicción en referencia a la iniciación de las actuaciones de la Inspección sin la existencia de orden escrita y motivada del Inspector Jefe

El TS no ha lugar al recurso de casación para la unificación de la doctrina planteado contra la sentencia que declaró ajustada a derecho la resolución del TEAR de Aragón que desestimó las reclamaciones deducidas frente a liquidación y sanción por el IRPF, ejercicio 1995. Respecto del supuesto de contradicción que expone la recurrente en su escrito con referencia a la iniciación de las actuaciones de la Inspección sin la existencia de orden escrita y motivada del Inspector Jefe, la Sala considera que basta la comparación entre los supuestos de hechos de ambas sentencias para llegar a la conclusión de que no se dan las identidades exigidas por el art. 96 LJCA, existiendo un dato diferencial que es decisivo, y que no es otro que en el supuesto objeto de la sentencia recurrida medió denuncia de un particular, circunstancia que no se produjo en el caso de la sentencia de contraste, dato por otra parte de extraordinaria importancia, desde el momento en que la denuncia puede determinar, conforme al art. 103, 2 LGT, la iniciación de las actuaciones procedentes.



TS  
SOCIAL

2010/122412

TS Sala 4ª, Sentencia 20 abril 2010.  
Ponente: Dª Mª Lourdes Arastey Sahún

### Prescripción de acción para reclamar antigüedad

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el trabajador demandante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre plus de antigüedad. Explica la Sala que lo devengado mensualmente por complemento de antigüedad prescribía al año a contar a partir del mes en que no se abonó la antigüedad reclamada, por lo que la interposición del conflicto colectivo sólo pudo interrumpir la prescripción de la acción para reclamar la antigüedad que se debió percibir a partir de entonces, pero no la correspondiente a mensualidades anteriores, que ya estaban definitivamente prescritas.