



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 2882

Madrid, lunes 18 de octubre de 2010



TS CIVIL

2010/113270

TS Sala 1ª, Sentencia 7 junio 2010. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández

Dada su excepcionalidad

Imposibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo

El TS declara haber lugar al recurso de casación anulando la sentencia de apelación y confirmando la de primera instancia que, con desestimación íntegra de la demanda, absolvió a las mercantiles demandadas de la pretensión de la sociedad actora de cobrar un crédito, basándose en la absolución de la primera sociedad demandada en que ha sido declarada en suspensión de pagos y el crédito de la actora se halla reconocido en el convenio de suspensión, y la absolución de la segunda en que ha quedado acreditada la ausencia del fraude de ley alegado por la actora por lo que no procede aplicar la doctrina del levantamiento del velo. El TS comparte el criterio del juez de instancia y declara que ni la titularidad de una pluralidad de sociedades ni la identidad de intereses entre ellas es suficiente por sí sola para invocar la doctrina del levantamiento del velo la cual, por lo demás, debe ser objeto de aplicación excepcional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre reclamación de cantidad con base en la doctrina del levantamiento del velo. Se pretende la condena de una entidad social a pagar un crédito que el titular de éste ostenta contra otra entidad social suspensa en pagos, en cuyo procedimiento judicial se reconoció la suma adeudada y se aprobó un convenio con espera y subsidiaria liquidación, aduciendo como "causa petendi" la concurrencia de fraude por no existir independencia y autonomía entre las sociedades.

Por la entidad mercantil Máquinas-Herramientas Helmut Holke, S.A. se dedujo demanda contra las también mercantiles Comercial Española de Maquinaria y Recuperación S.A. -en acrónimo CEMARSA- y FERBOSSA, S.L. solicitando la condena de las demandadas al pago de la suma de doscientos cinco mil ciento trece euros con setenta y tres céntimos -205.113,73 euros-.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Grannollers el 18 de marzo de 2.005, en los autos de juicio ordinario número 136 de 2.004, desestima íntegramente la demanda. La "ratio decidendi" se sintetiza, en cuanto a la absolución de CEMARSA, en que el crédito se halla reconocido en el Convenio de la Suspensión de Pagos y que es en el ámbito de su ejecución o impugnación, en su caso, donde debe operar el derecho de la actora; y en cuanto a la absolución de FERBOSSA, porque de lo razonado en el fundamento de derecho segundo queda acreditada la ausencia del fraude de ley alegado por la actora y la imposibilidad de ejercitar la doctrina del levantamiento del velo, porque no se produce un fin fraudulento al amparo de una norma jurídica o de una situación de aparente legalidad, y tampoco se menciona por la demandante cual es el instrumento utilizado por Ferbossa para alcanzar dicho fraude, ni la norma defraudada.

La Sentencia dictada por las Sección 17ª de la Audiencia Provincial

de Barcelona el 14 de marzo de 2.006, en el Rollo de apelación número 587 de 2.005, estima en parte el recurso de Máquinas-Herramientas Helmut Holke, S.A., revoca la resolución del Juzgado y condena a FERBOSSA, S.L. a pagar a la actora la cantidad de 205.113,73 euros más los intereses legales desde la fecha de la demanda, absolviendo a CEMARSA de los pronunciamientos pedidos en la demanda, con imposición de costas a la demandada FERBOSSA, S.L.. La "ratio decidendi" se resume en que de las apreciaciones fácticas que examina «todo lleva a concluir que la constitución de Ferbossa fue motivada por la suspensión de pagos de CEMARSA y tuvo como finalidad eludir el principio de la responsabilidad patrimonial universal que consagra el art. 1.911 CC, siendo de aplicación la doctrina sobre el levantamiento del velo».

Por la entidad mercantil FERBOSSA, S.L. se formuló recurso de casación en el que alega aplicación indebida de los arts. 16 y 17 de la Ley de Suspensión de Pagos en relación con los arts. 1.175 y 1.255 del Código Civil y aplicación indebida de la doctrina del levantamiento del velo e infracción de los arts. 6 y 7 del Código Civil, por (a) inexistencia de un patrimonio global no diferenciado, (b) inexistencia de transferencia de activos, (c) funcionamiento real e independiente de las dos entidades demandadas, y (d) carácter subsidiario de la acción. El recurso fue admitido por auto de esta Sala de 9 de diciembre de 2.008.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida sienta una serie de apreciaciones fácticas que devienen incólumes para este Tribunal, pues las desarmonías varias con la realidad que le atribuyen algunos pasajes del recurso no son de posible revisión en el ámbito de la casación. Y con base en ellas sienta un juicio de valor que le lleva a la aplicación de la doctrina denominada del levantamiento del velo y a condenar a la entidad aquí recurrente como responsable de la deuda de otra sociedad con un tercero, cuya apreciación sí es revisable plenamente mediante el presente recurso extraordinario de casación porque se centra en la "questio iuris" de si unos determinados hechos -conjunto de indicios- permiten sentar -significación jurídica- que se ha

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Amparo otorgado por investigación judicial ineficaz y archivo de diligencias abiertas **3**

TS

CIVIL

Imposibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo **1**

Declaraciones en programa de "prensa rosa" no constitutivas de ataque al honor **2**

PENAL

Condena por delitos de asociación ilícita y robo con fuerza en las cosas **5**

ADMINISTRATIVO

Falta de información sobre revacunación de la meningitis C **7**

SOCIAL

Doble escala salarial en función de la fecha de ingreso **12**

RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

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

incidido en una conducta ilegal, o contraria a la buena fe o abusiva en el ejercicio de los derechos, con resultado de daño o perjuicio para un tercero.

Con carácter prioritario se debe resaltar que la doctrina señalada responde a la técnica jurídica de evitar que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como medio o instrumento defraudatorio o con un fin fraudulento (SS., entre otras, de 29 de octubre de 2.007 y 28 de mayo y 23 de octubre de 2.008). Para su aplicación se requiere que se acrediten plenamente las premisas fácticas idóneas al respecto -indicios-, que se pruebe la existencia del resultado lesivo y que haya un nexo de causalidad entre aquéllas y éste. Es preciso, por consiguiente, que se haya causado un daño o se produzca la burla de un derecho (SS., entre otras, 6 de abril de 2.005, 10 de febrero y 29 de junio de 2.006, 22 de febrero y 29 de noviembre de 2.007), como sucede cuando se trata de eludir responsabilidades personales (SS., 14 de abril de 2.004, 20 de junio de 2.005, 24 de mayo de 2.006, 22 de febrero y 29 de octubre de 2.007, 23 de octubre de 2.008), y, entre ellas, el pago de deudas (SS. 19 de mayo de 2.003, 27 de octubre de 2.004, 29 de octubre de 2.007, 23 de octubre de 2.008), caso este último al que se refiere la pretensión ejercitada en la demanda.

Examinadas las premisas fácticas que se sientan en la resolución recurrida se advierte, en una primera aproximación, que varias de ellas suelen ser datos de interés para la operatividad del efecto jurídico pretendido por la doctrina del abuso de la personalidad jurídica social. Pero tales datos no son suficientes, porque se requiere que en el supuesto concreto se demuestre que han producido un fraude. Y en el caso no sucede.

Los indicios jurídicos valorados que se resumen en que (a) Ferbossa se constituyó sólo dos días antes de que Cemarsa presentase suspensión de pagos; (b) de que ambas sociedades tienen el mismo objeto social (aunque el de Ferbossa sólo totalmente desde la ampliación dos años después de su constitución); (c) que coincidan el domicilio social, número de fax y teléfono, e incluso el de las sedes en que desarrollan la respectiva actividad industrial; (d) que ambas empresas pertenezcan a la familia (Cemarsa al padre; y Ferbossa a la madre que es titular del 98% del capital social, en tanto el padre y un hijo del matrimonio tienen un 1%

cada uno), no son suficientes para aplicar la doctrina de que se trata. Y ello es así porque no hay constancia del fraude, que no es una mera hipótesis sino que hay que probarlo, y no se ha acreditado que con la constitución de Ferbossa, o en su actividad posterior, se haya operado de algún modo, real o aparente, en el tráfico jurídico-económico generando daño o perjuicio para la entidad actora.

De la relación de hecho probados no se deduce la existencia de una confusión de patrimonios ni de personalidades. El patrimonio de Ferbossa se constituyó prácticamente en su totalidad con bienes propiedad de D^a Flora, que nada tenía que ver con CEMARSA, como asimismo era ajeno a ésta el socio de aquélla D. Ángel Daniel. Y no hay constancia alguna de que se produjera un trasvase patrimonial de CEMARSA a FERBOSSA, por lo que no cabe hablar de un patrimonio único (global) y no diferenciado (SS. 10 de marzo de 2.005 y 25 de septiembre de 2.009). No hay base fáctica para sostener que Ferbossa haya incidido en la actividad desarrollada por Cemarsa en el sentido de producir una disminución de la solvencia o expectativas económicas de ésta con repercusión en las posibilidades de cobro de su crédito (reconocido en la suspensión de pagos de Cemarsa) por parte de la entidad actora. Por otra parte tiene especial relevancia la situación jurídica del derecho de crédito de la demandante.

El mismo había nacido cuando todavía no se había constituido Ferbossa. Con posterioridad fue reconocido en la suspensión de pagos, y en este expediente judicial se aprobó un convenio, por cierto con el voto favorable de la actora, en el que se acordó la forma de pago y las consecuencias del incumplimiento. No hay la más mínima constancia de éste, ni de reacción acorde con lo convenido, o en su caso con la previsión legal específica (art. 17 LSP de 1.922), por parte de la entidad demandante. En esta situación, no se advierte de que modo Ferbossa S.L. ha obstaculizado la efectividad del crédito que Máquinas-Herramientas Helmut Holke, S.A. acredita respecto de Cemarsa; ni cuál es el daño o perjuicio que haya podido producir; ni, como señaló con cabal acierto el juzgador de primer grado, "cuál es el instrumento utilizado para alcanzar el fraude". Finalmente, es cierto que en la sentencia recurrida se declara probado (la versión en contrario del recurso resulta inane) que con la venta de una finca de Ferbossa se pagó

créditos que los Bancos tenían con Cemarsa, pero ello no supone confusión de patrimonios, ni menos todavía revela que se haya afectado al crédito de la actora, o que la posibilidad de cobro de éste resulte perjudicada.

Finalmente debe señalarse que ni la titularidad de una pluralidad de sociedades, ni la identidad de intereses entre ellas, es suficiente por sí sola para invocar la doctrina del levantamiento del velo, la cual, por lo demás debe ser objeto de aplicación excepcional (SS. 4 de octubre de 2.002, 11 de septiembre de 2.003, 29 de octubre de 2.007, 12 y 26 de mayo de 2.008), puesto que, como indica la Sentencia de 12 de mayo de 2.008, núm. 324, "la personalidad jurídica de las sociedades es un instrumento crucial en el tráfico jurídico, en un sistema que admite incluso la sociedad unipersonal, y han de ser excepcionales, y bien fundadas, en la existencia de perjuicio o fraude, las posibilidades de desconocerla o de prescindir de ella cuando, en principio, haya de ser tenida como centro de imputación o sujeto de derechos y obligaciones".

Por todo ello, se declara improcedente la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, y debe acogerse el recurso en los términos que se expresarán en el fundamento de derecho siguiente.

TERCERO.- Por lo expuesto, con desestimación del motivo primero (alegación segunda del recurso, la primera se refiere a antecedentes), dado que mal se pueden aplicar indebidamente unos preceptos que no se aplican en relación con la recurrente, y con estimación de los motivos restantes en su perspectiva jurídica, procede declarar haber lugar al recurso de casación con confirmación de la Sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia, salvo en relación con las costas procesales respecto de las que no hacemos especial imposición por existir al tiempo del planteamiento del pleito serias dudas de hecho y de derecho respecto de una conducta fraudulenta imputable a las entidades codemandadas, de conformidad con lo establecido en los arts. 394.1 y 398.1 LEC. En cuanto a las costas del recurso de casación no se hace especial imposición de conformidad con lo establecido en el art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC.

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

FALLO

Que estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de FERBOSSA, S.L. contra la Sentencia dictada por la Sección 17^a de la Audiencia Provincial de Barcelona el 14 de marzo de 2.006, en el Rollo número 587 de 2.005, la cual anulamos, y en funciones de instancia confirmamos la Sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia número 1 de Granollers el 18 de marzo de 2.005, en los autos de juicio ordinario número 136 de 2.004, salvo en relación con las costas respecto de las que no hacemos especial imposición, como tampoco se hace respecto de las causadas en los recursos de apelación y casación. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Rubricados. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesus Corbal Fernandez, 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.

2010/92232

TS Sala 1^a, Sentencia 18 junio 2010. Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Declaraciones en programa de "prensa rosa" no constitutivas de ataque al honor

El TS declara haber lugar al recurso de casación anulando la sentencia impugnada y desestimando en su lugar la demanda de protección del derecho al honor de la actora, al entender la Sala que, si bien las opiniones vertidas por la demandada en el programa televisivo son ofensivas para la actora, analizadas en el contexto

ELDERECHO
GRUPO
EDITORIAL

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

DIRECTOR: Evaristo Moliné

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

en el que se producen no pueden llegar a considerarse un atentado al honor ya que tienen lugar en un programa de "prensa rosa" con una finalidad de esparcimiento en el que las opiniones vertidas carecen de credibilidad y rigor. Formula voto particular el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora del procedimiento D^a María Victoria (conocida como Vicky) ejerció acción de protección del derecho al honor contra D^a Aída con base en las declaraciones que ésta realizó en relación a su persona en el programa televisivo conocido bajo la misiva de "Aquí hay tomate" el día 16 de marzo de 2006, declarando literalmente según consta en el escrito de demanda las siguientes alusiones "En la vida de Pepe hay mujerzuelas y señoras...La mayor mujerzuela, no es ni Sonia, ni Estíbaliz, ni Marlene, la mayor de todas ellas y que ha sido repudiada por Pepe, ha sido Vicky, esa mujer que se cree intocable, que llega a las fiestas, que incluso se cuele...Vamos a empezar por desmascarar, a esas ternuras fingidas, a esas hipocresías diarias, de esa dulce Vicky, que no contesta y se está muriendo por contestar...¿esas fotos?¿quien llamó al fotógrafo?..." La sentencia de Primera Instancia núm. 12 de Sevilla, estima que las expresiones proferidas constituyen una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la parte actora, estimando la demanda, resolución confirmada por la Audiencia Provincial de Sevilla en sentencia de fecha, 13 de abril de 2007, si bien condenó al pago de la totalidad de la indemnización solicitada, ascendente a 12.000 euros.

Interpone recurso de casación la parte demandada articulando su recurso en dos motivos admitidos:

1º) Infracción del artículo 20.1ª) de la Constitución Española en relación con el derecho a la libertad de expresión de la recurrente y la infracción del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de protección del derecho al honor, la intimidad y propia imagen.

2º) Infracción del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de Protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, en materia indemnizatoria.

SEGUNDO.- El honor, protegido como derecho fundamental (o de la personalidad, desde el punto de vista del Derecho civil) por el artículo 18.1 de la Constitución, carece de definición legal. El artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, más que definir el

honor, da un concepto negativo, al expresar lo que constituye una lesión o intromisión ilegítima. En la doctrina, se ha aceptado unánimemente la definición procedente de la italiana: dignidad personal reflejada en la consideración de las demás y en el sentimiento de la propia persona. La cual ha sido, a su vez, aceptada y seguida por esta Sala, que, reitera que el honor se integra por dos aspectos, el de la inmanencia representada por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de trascendencia, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad. Cuando se trata de un personaje de proyección pública, la protección del honor disminuye (la persona que acepta su carácter público acepta también los riesgos que ello conlleva), la protección de la intimidad se diluye (no totalmente, pero su círculo íntimo debe estar en parte al alcance del conocimiento público) y la protección de la imagen se excluye (en los casos que prevé la ley, cuando se halla en lugar público).

TERCERO.- El Tribunal Constitucional ha declarado en esta materia, así como la presente Sala en innumerables ocasiones, que la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1.a) de la Constitución Española no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una "sociedad democrática".

Quiere ello decir que de la protección constitucional que brinda el citado artículo están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, debiendo resaltarse la trascendencia que tiene a la hora de efectuar esta ponderación el examen de las "circunstancias concurrentes", entre éstas el "contexto" en el que se producen las manifestaciones enjuicables (Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 2007) En el caso de autos, es innegable que se vierten una serie de consideraciones en orden a la persona de la actora, que en sí mismas pueden resultar ofensivas, si bien analizadas en el contexto en el que se producen, nos encontramos con que se vierten en programa televisivo encuadrable en el género periodístico conocido como "prensa rosa o del corazón", con una finalidad del programa netamente de esparcimiento con contenidos que emiten opiniones frívolas o volubles y con un emisor de las declaraciones que a tenor de su trayectoria televisiva carece de credibilidad y verosimilitud por falta de rigor y contraste en sus afirmaciones, lo que unido a la brevedad del comentario de nula repercusión mediática, nos lleva a declarar que las expresiones proferidas si bien hirientes no llegan al concepto jurídico del ataque al honor para que pueda estimarse la existencia de intromisión ilegítima, quedando mas bien en evidencia y descrédito la parte demandada.

diencia Provincial de Sevilla, de fecha 13 de abril de 2007 que casamos y anulamos.

CUARTO.- Procede en consecuencia estimar el motivo primero del recurso de casación formulado por vulneración del contenido del artículo 20.1.a) de la Constitución Española, resultando innecesario entrar a conocer sobre el motivo articulado como segundo, y sin que proceda pronunciamiento sobre las costas del presente recurso.

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

FALLO

Primero.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por el Procurador de los Tribunales D. Jesús Escudero García en nombre y representación de D^a Aída, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Au-

diencia Provincial de Sevilla, de fecha 13 de abril de 2007 que casamos y anulamos.

Segundo.- En su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales D. Mauricio Gordillo Cañas en nombre y representación de D^a M^a Victoria y dirigida contra D^a Aída.

Tercero.- No se imponen las costas causadas en el presente recurso, ni las correspondientes a la primera instancia y al recurso de apelación, en atención a la materia y las serias dudas de derecho que el presente procedimiento ha suscitado.

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



2010/158753

TC Sala 2ª, Sentencia 19 julio 2010. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez

Amparo otorgado por investigación judicial ineficaz y archivo de diligencias abiertas

Decide el Alto Tribunal otorgar el amparo solicitado por el recurrente y declara la nulidad de los autos del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Aranjuez, y del auto de la sección 27ª de la AP de Madrid por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes. El Tribunal considera vulnerado el derecho, ya que frente a la denuncia de malos tratos formulada por el mandante de amparo no se produjo una investigación judicial eficaz, puesto que se decidió archivar las diligencias abiertas cuando podía no haberse esclarecido suficientemente la realidad de los hechos denunciados y existían aún medios razonablemente disponibles para despejar las posibles dudas al respecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la presente demanda de amparo el recurrente imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con su derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al haber acordado los órganos judiciales el sobreseimiento provisional y el archivo de unas diligencias penales incoadas por una denuncia de malos tratos sin razones bastantes y sin haber practicado antes todas las diligen-

cias de investigación disponibles para esclarecer los hechos denunciados.

SEGUNDO.- Este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con las decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de causas penales incoadas por denuncias de torturas o de tratos inhumanos o degradantes en las más recientes SSTC 224/2007, de 22 de octubre; 34/2008, de 25 de febrero (FFJJ 4 y 6), 52/2008, de 14 de abril (FJ 2), y 107/2008, de 22 de septiembre (FJ 2).

En esta jurisprudencia este Tribunal ha destacado, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este particular (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 2003, *Kmetty c. Hungría*, § 37, y de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, §156), que el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige una resolución motivada y fundada en Derecho y acorde con la prohibición absoluta de tales conductas, en que se “ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial”.

Y subrayado también que en estos casos “el derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Tales suficiencia y efectividad sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE”.

En esa misma jurisprudencia está igualmente dicho que, si bien esta exigencia reforzada no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles, “(p)or el contrario, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas”, ya que “respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial

en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral”.

Este Tribunal ha subrayado asimismo que para valorar si la decisión judicial de archivar las diligencias abiertas vulnera o no las exigencias del art. 24.1 CE, por existir aún sospechas razonables de tortura, susceptibles además de ser disipadas mediante el agotamiento de los oportunos medios de investigación disponibles, hay que atender a las circunstancias concretas de cada caso y hacerlo siempre teniendo presente la escasez de pruebas que de ordinario existen en este tipo de delitos. Precisamente este déficit probatorio “debe alentar, por un lado, la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otro, ante la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión, hacer aplicable el principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción”.

TERCERO.- De conformidad con la doctrina expuesta debemos comprobar pues, en primer término, si al tiempo de acordarse el archivo de la causa penal existían o no sospechas razonables acerca de la posible comisión de los hechos denunciados. Para determinar a continuación, si fuera preciso, si por entonces existían todavía medios de investigación disponibles para despejar convenientemente esas dudas.

Del relato fáctico que se ha dejado constancia en los antecedentes importa destacar ahora los siguientes hechos, que resultan de las propias actuaciones judiciales aportadas a este proceso constitucional. De un lado, que el requerimiento de desnudo integral recibido por el recurrente acabó degenerando en una situación cuando menos tensa que reclamó el empleo de la fuerza física por los funcionarios del centro penitenciario, el posterior traslado del recurrente al módulo de aislamiento y la incoación de un expediente disciplinario. Y por otro, que los dos informes médicos, concretamente los emitidos con fechas de 14 y 17 de junio de 2008, ofrecen versiones contradictorias, toda vez que, mientras que en el primero, emitido previamente al ingreso del recurrente en el módulo de aislamiento, el facultativo hace constar que no se aprecian lesiones, en el otro, emitido al día siguiente de abandonar el recurrente el módulo de aislamiento, sí consta expresamente anotada la existencia de múltiples hematomas y lesiones superficiales.

Con estos antecedentes, que hablan cuando menos, como se ha re-

cordado y subraya también por su parte el Fiscal, de un requerimiento de desnudo integral conflictivo, que acabó de hecho exigiendo el empleo de la fuerza, primero para proceder a quitarle la ropa al recurrente y, más tarde, para reducirlo y trasladarlo al módulo de aislamiento, no hay duda de que la denuncia por malos tratos que presentó más tarde ante el Juzgado no carecía prima facie de verosimilitud, como, sin embargo, afirmó el Juzgado y confirmó luego la Audiencia Provincial en el Auto de apelación impugnado, toda vez que los hechos denunciados, en cuanto que coinciden o cuadran parcialmente con esos mismos antecedentes, no pueden ser tachados sin más de inverosímiles.

Es cierto, como razonan de consuno el Juzgado de Instrucción, al decretar el archivo de la causa, y la Audiencia Provincial, más tarde, al confirmar esa decisión, que el primero de los informes médicos emitidos, justo antes de que el recurrente ingresara en el módulo de aislamiento y, por tanto, inmediatamente después de que se produjera el incidente en la sala de comunicaciones, no aprecia ninguna lesión o evidencias de malos tratos físicos. Como también lo es que el segundo parte médico fue emitido veinticuatro horas después de que el demandante de amparo abandonara el citado módulo de aislamiento y que el mismo no refiere el posible origen ni la fecha de las lesiones que advierte.

Todas estas razones, e incluso la cautela que ha de observarse ante denuncias de este tipo, que en ocasiones solo persiguen desacreditar las actuaciones de los funcionarios públicos, aunque puedan restar credibilidad a la denuncia, no son sin embargo concluyentes para justificar el archivo de la causa ni, en consecuencia, satisfacen tampoco el deber de motivación reforzada que, según hemos señalado anteriormente, es constitucionalmente exigible con arreglo al art. 24.1 CE en este tipo de casos.

En primer término, porque la ausencia de signos o evidencias de agresiones físicas que refiere el primero de los citados informes médicos carece de la fuerza suficiente para despejar toda sospecha, dado que no cabe descartar de antemano ni de modo automático que los malos tratos denunciados, por sus propias características, pueden no dejar marcas o señales de su comisión o, incluso, que éstas se manifiesten pasado un tiempo desde que aquéllos se produjeron. Y en segundo lugar, porque el hecho de que el segundo informe médico, el emitido de 17 de junio de 2008, que sí constata ya la existencia de lesiones, no refiera ni proporcione por su parte ningún elemento de juicio sobre su posible origen y la fecha de su causación, no es tampoco ningún argumento que sirva de motivación suficiente a la decisión judicial de archivo. Antes al

contrario, refuerza la exigencia de apurar todas las diligencias de investigación útiles y razonablemente al alcance del órgano judicial para poder esclarecer con mayor seguridad los hechos denunciados, pues, como es elemental, si algo prueba el citado informe médico es la existencia de unas lesiones, bien que de origen y fecha desconocidas, y no en cambio, como sin embargo parecen indicar las resoluciones judiciales impugnadas, su carácter por completo extraño a los hechos denunciados y, por tanto, irrelevante.

CUARTO.- Una vez comprobado, por las razones dichas, que las resoluciones impugnadas no contienen la motivación reforzada que con arreglo al art. 24.1 CE es exigible para poder acordar fundadamente el archivo de la causa, debemos verificar ahora si en el presente caso los órganos judiciales agotaron todos los medios razonables y eficaces de investigación a su alcance para desmentir o confirmar la credibilidad de la denuncia del recurrente. Pues, como antes hemos señalado, en ocasiones puede resultar justificada la decisión de archivar una causa cuando no existen ya otros medios de investigación adecuados para esclarecer los hechos denunciados.

Tampoco desde esta perspectiva de análisis se puede afirmar que la tutela judicial prestada haya cumplido en este caso las exigencias del art. 24.1 CE. La falta de verosimilitud que los órganos judiciales afirman con fundamento en las razones que antes hemos examinado y, en particular, la aparente contradicción entre los dos informes médicos aportados a la causa penal bien pudo haber sido aclarada por el testimonio inmediato y directo de los facultativos intervinientes. Como también, de otra parte, en el contexto típico de escasez probatoria que es común a este tipo de casos, alguna utilidad podría haber tenido también la declaración de los agentes policiales que participaron en el cacheo y posterior traslado del recurrente al módulo de aislamiento.

En consecuencia, habida cuenta de que frente a la denuncia de malos tratos formulada por el recurrente no se produjo una investigación judicial eficaz, toda vez que se decidió archivar las diligencias abiertas cuando podía no haberse esclarecido suficientemente la realidad de los hechos denunciados y existían aún medios razonablemente disponibles para despejar las posibles dudas al respecto, procede otorgar el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE). El restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho exige, según razonamos en la STC 34/2008, de 25 de febrero (FJ 9) y ha solicitado por su parte el Fiscal, la anulación de los Autos impugnados y la retroacción

de actuaciones para que se dispense al recurrente la tutela judicial demandada.

FALLO

Otorgar el amparo solicitado por D. Santiago y, en consecuencia:

1º Reconocer que ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con su derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE).

2º Restablecerle en la integridad de su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Aranjuez de 22 de julio y 8 de octubre de 2008, dictados en las diligencias previas núm. 1133-2008, y del Auto de la

Sección vigésimo séptima de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de enero de 2010, dictado en el rollo de apelación núm. 901-2008, retro trayendo las actuaciones al momento anterior al dictado del primero de los Autos anulados para que el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Aranjuez proceda en términos respetuosos con los derechos fundamentales vulnerados.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a diecinueve de julio de dos mil diez.

Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente. Elisa Pérez Vera.- Eugenio Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.

que la contradicción ha de ser esencial, es decir que afecte a extremos determinantes del pronunciamiento judicial y no relativos, tan sólo, a meras circunstancias irrelevantes para la conclusión alcanzada con la Resolución. Y, también, que se genere una verdadera incongruencia, dada la relación entre el vicio procesal y el pronunciamiento que contiene la Sentencia recurrida.

Por ello, en el supuesto que nos ocupa, no puede apreciarse la concurrencia de un quebrantamiento de forma de esta naturaleza, en la forma en que vienen redactados los Hechos probados por el Tribunal de instancia, ya que los propios recurrentes aluden, en realidad, a la contradicción que, según ellos, existiría entre la narración de hechos y el resultado probatorio, pues, como literalmente afirman "... el Tribunal de Instancia en ningún caso ha tenido en cuenta la prueba practicada en el acto del juicio oral.", etc., lo que, evidentemente, no constituye el vicio procesal consistente en la interna contradicción de los términos en que se consigna el relato.

Resultando, por otro lado, incomprensible la mención que se hace en el encabezamiento de estos mismos motivos a una supuesta "predeterminación del Fallo", cuyo contenido no se explicita posteriormente.

Inadecuación, por tanto, que obliga a la desestimación de tales Terceros motivos de los Recursos examinados.

SEGUNDO.- Sostienen también los Recursos en sus motivos Primeros, con base en el artículo 5. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la existencia de una serie de vulneraciones de derechos fundamentales, como las siguientes:

1) La del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE), al haberse informado a los recurrentes, en el comienzo de las actuaciones cuando se acuerda su prisión preventiva, de la imputación de doce delitos de robo, diez consumados y dos en grado de tentativa, resultando finalmente condenados por un delito continuado integrado por dieciséis robos con fuerza.

Carece de fundamento en absoluto semejante alegación, puesto que no se alcanza a comprender qué "grave indefensión" se les produjo a quienes recurrentes, con la referida circunstancia que, aún siendo cierta, no lo es menos el hecho, reconocido en el Recurso mismo, de que ya en sus Conclusiones Provisionales el Ministerio Fiscal incluyó la totalidad de los hechos objeto de condena, en su integridad, desarrollándose por tanto el acto de enjuiciamiento, el debate y la actividad probatoria llevada a cabo, sobre todos esos hechos.

Y ello máxime cuando la existencia de un delito continuado, en el

que se agrupan todas las infracciones cometidas, reduce considerablemente la trascendencia que pudiera tener el diferente número de las mismas, doce o dieciséis, en orden a la única sanción impuesta.

2) La del derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas (art. 24. 2 CE).

Ni desde el punto de vista de las dilaciones injustificadas, a las que se refiere nuestra Constitución, ni desde el concepto del juicio celebrado en un tiempo razonable, al que aluden los Tratados internacionales suscritos por nuestra Nación, puede tener acogida el motivo.

Como "dilaciones" se cita el mes, aproximadamente, que tardó en presentar su escrito de Calificación el Fiscal y las diez semanas en la confección de la Sentencia recurrida, pero obviamente ni uno ni otro lapso de tiempo, aunque ambos excedieran el plazo legal para la realización de tales actos, teniendo en cuenta además que el de Sentencia transcurrió incluyendo el mes de agosto, pueden resultar de tal modo significativos para afirmar, ni más ni menos, que la vulneración de un derecho fundamental que está consagrado como garantía de que el sometido a juicio no sufra graves perjuicios derivados de retrasos causantes de una verdadera y grave lesión para su persona o derechos.

De igual modo que el plazo íntegro de tramitación de las actuaciones, catorce meses en total, para un procedimiento relativo a cuatro acusados y dieciséis hechos distintos, con sus diferentes pruebas testificales, periciales, etc., en modo alguno puede calificarse de "irrazonable" por exagerado.

3) A la presunción de inocencia (art. 24. 2 CE), puesto que, según los Recursos, no existe prueba suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia que ampara a los recurrentes, respecto de un extremo tan esencial como el de su participación en los hechos enjuiciados.

Baste, para dar respuesta a tal alegación, recordar cómo la función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24. 2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber:

a) Que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración.

b) Que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos.

c) Que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de ins-



2010/102603

TS Sala 2ª, Sentencia 28 mayo 2010. Ponente: D. José Manuel Maza Martín

Expolio de locales hosteleros

Condena por delitos de asociación ilícita y robo con fuerza en las cosas

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia que les condenó por delito de asociación ilícita y delito continuado de robo con fuerza en las cosas. El Tribunal Supremo verifica que la sala de instancia sí que dispuso de elementos probatorios suficientes para tener por acreditadas las autorías de los recurrentes en los robos objeto de enjuiciamiento, con base en el análisis de declaraciones testificales, tales como las de los policías actuantes, que realizaron los seguimientos, vigilancias, etc., a las que estuvieron sometidos los recurrentes por las sospechas que habían despertado desde poco después de su llegada irregular a España, o las de dueños y empleados de los establecimientos de hostelería expoliados, algunos de los cuales identificaron a los acusados como clientes que habían visitado esos locales en horas previas a los robos realizados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) Recursos de Santiago y Jon:

PRIMERO.- Los recurrentes, condenados por la Sentencia de instancia como autores de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y otro de asociación ilícita, a las penas respectivas y para cada uno de ellos de dos años y siete meses de prisión, por el primero, y dos años de prisión y multa, por el segundo, apoyan sus Recursos, cuya semejanza justifica nuestra respuesta unitaria, en tres diferentes motivos, de los que los ordinales Terceros, que por su carácter formal deben ser analizados en primer lugar, citan del artículo 851. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y hacen alusión al defecto

consistente en la contradicción en que incurrirían los hechos declarados como probados por la Audiencia.

Pero sucede que, según reiteradísima doctrina de esta misma Sala (SsTS de 4 y 15 de junio de 2001, por ejemplo), para la procedencia del motivo resulta preciso que la contradicción sea interna al propio relato, es decir constatada por la contraposición de expresiones en él contenidas que, neutralizando entre sí su respectivo significado, provoquen un vacío en la descripción de lo acontecido que impida la correcta comprensión e integración normativa de esa misma narración fáctica.

Como requisitos también necesarios se cita, en primer lugar, el de

tancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal "a quo", no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.

Por lo tanto y aplicando la referida doctrina al caso que nos ocupa, hemos de afirmar que la Sala de instancia sí que dispuso de elementos probatorios suficientes para tener por acreditadas las autorías de los recurrentes en los robos objeto de enjuiciamiento, pues, contra las alegaciones de la parte, a lo largo de los extensos veintitrés folios del Fundamento Jurídico Cuarto de su Resolución, la Audiencia justifica, exhaustivamente y con toda razonabilidad, el por qué alcanza su convicción respecto del extremo combatido, con base en el análisis de declaraciones testificales, tales como las de los policías actuantes, que realizaron los seguimientos, vigilancias, etc., a las que estuvieron sometidos los recurrentes por las sospechas que habían despertado desde poco después de su llegada irregular a España, o las de dueños y empleados de los establecimientos de hostelería expoliados, algunos de los cuales identificaron a los acusados como clientes que habían visitado esos locales en horas previas a los robos realizados en la noche cuando se encontraban ya cerrados, o la ocupación de parte de los efectos sustraídos, los mismos o similares, en los propios domicilios de los acusados.

Frente a ello, los Recursos se extienden en alegaciones que pretenden combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Sentencia recurrida, con lo que, en definitiva, se alejan del contenido que le es propio a un Recurso de Casación como éste.

Sendos motivos, por consiguiente, deben desestimarse.

TERCERO.- Los numerados como motivos Segundos de sendos Recursos, finalmente, se refieren al supuesto error de hecho en la valoración de la prueba disponible llevada a cabo por la Audiencia y evidenciado por el contenido de documentos obrantes en las actuaciones (art. 849. 2 LECr).

El supuesto 2º del artículo 849 de la Ley procesal penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra

en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

La infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperidad.

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "litosuficiente", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior. En este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e informes periciales, por muy "documentada" que se encuentre en ellos no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales.

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles para el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de junio y 24 de septiembre de 2001).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de estas premisas, los motivos en el presente supuesto claramente aparecen de nuevo como infundados, toda vez que las alegaciones concretas de los recurrentes en este punto se refieren a extremos tales como el apoyo que encuentra la recurrida en un atestado policial "carente de rigor", el que los recurrentes no hubieran sido detenidos "in fraganti" a pesar de las sospechas policiales contra ellos o que algunos de los testigos, empleados de los locales forzados, no llegaran a reconocerlos.

Y obviamente, a la vista de tales argumentos y de la naturaleza de un motivo como el presente, según ha quedado explicitada ampliamente en las líneas que preceden, resulta de todo punto clara la inadecuación de aquellos y de éste, habida cuenta la inexistencia de un documento de "contraste" cuyo contenido, indubitable, contradiga incuestionablemente afirmaciones recogidas en el relato de hechos probados.

Por todo lo cual, también estos últimos motivos se desestiman y, con ellos, ambos Recursos en su integridad.

B) Recurso de Juan Francisco:

CUARTO.- El segundo Recurso, interpuesto por quien también fue condenado por la Audiencia, como autor de sendos delitos de robo continuado y asociación ilícita, a las mismas penas de los anteriores recurrentes, incluye igualmente tres diferentes motivos, de los que el Primero y el Segundo, por vías distintas (arts. 849. 1 y 852 LECr y 5. 4 LOPJ, en relación con el 24. 2 CE), se refieren, con alegaciones fuertemente vinculadas entre sí, a una misma cuestión, a saber, la inexistencia de prueba bastante y de motivación suficiente de la misma para sustentar la conclusión condenatoria alcanzada por el Tribunal "a quo" respecto del recurrente.

A este respecto, y puesto que, en definitiva, nos hallamos nuevamente frente a un motivo basado en la supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia, hay que volver recordar cómo la Audiencia sí que dispuso de prueba válida suficiente, que valora razonablemente en su Resolución, de acuerdo con lo ya dicho para los otros recurrentes y que resulta igualmente aplicable en este caso, en el apartado 3) del Fundamento Jurídico Segundo de esta misma Resolución.

Con lo que ambos motivos se desestiman.

QUINTO.- Por su parte y para concluir, el motivo Tercero de este Recurso se refiere a infracciones de Ley (art. 849. 1 LECr) cometidas por los Jueces "a quibus", por indebida aplicación de preceptos sustantivos, en concreto, los artículos 74, 237, 238. 1 y 2, 515. 1 y 517. 2, todos

ellos del Código Penal, que describen los delitos de robo continuado y asociación ilícita, objeto de condena.

El cauce casacional aquí utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, supone tan sólo la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que ha de partir, en todo caso, de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

Y así, en tanto que ha de afirmarse que resulta evidente e innecesaria de mayor explicación la correcta aplicación del tipo del robo con fuerza en los dieciséis supuestos relatados, con este carácter, en la Resolución de instancia, puesto que ésta integra en cada uno de ellos todos los elementos de esa figura delictiva, por lo que se refiere a la asociación ilícita sí que se hace necesaria alguna mayor precisión, ya que la propia Audiencia reconoce, y en ello se apoya esencialmente el Recurso, la carencia de constancia acerca de la estructura concreta del grupo que integraban los cuatro acusados y, en especial, el papel que cada uno tenía asignado en la planificación de los hechos delictivos conjuntamente cometidos.

A pesar de ello, la Sentencia recurrida aplica los preceptos de referencia y castiga a todos como autores de este delito y hay que concluir que actúa con toda corrección.

En efecto, según doctrina explícita de esta Sala al respecto, los requisitos para la existencia de una asociación de estas características serían:

"a) Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.

b) La existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista.

c) La consistencia o permanencia de la misma en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio.

d) El fin de la asociación, cuando se trata del caso del artículo 515. 1, inciso 1º, CP, ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar" (STS de 10 de abril de 2003).

No precisándose, por tanto, más que "una cierta consistencia, lejos

de lo meramente esporádico, y por supuesto dentro de una cierta organización jerárquica. Lo que sí resulta obvio es que la asociación supone que la pluralidad de personas que la constituyen han de ser independientes y autónomas respecto de cada uno de los individuos que la constituyen, todos ellos concertados a un fin determinado que inicialmente no tiene por qué ser ilícito. Ahora bien, ha de quedar claro que esa finalidad, que cuando es ilícita supone la conculcación del Código, ha de ser la querida y pretendida por la propia asociación, no por el propósito individual de alguno de sus miembros, finalidad que no sólo ha de estar claramente establecida sino que además supone que la organización asociativa venga estructurada para la consecución de los fines por ella previstos" (STS de 28 de octubre de 1997).

Y en el presente caso tales exigencias, sin duda, concurren y así se afirma expresamente en el relato fáctico de la recurrida, por mucho que no se haya podido precisar concretamente la tarea o ubicación jerárquica de cada uno de sus integrantes. Razón esta última por la que tampoco se han establecido diferencias en orden a su punición.

Los cuatro acusados, según se nos dice, ya ingresaron irregularmente en nuestro país con el objetivo exclusivo de dedicarse conjuntamente al expolio de locales hosteleros, se proveen de las herramientas para ello adquiriéndolas también de forma conjunta, como observaron los policías que les vigilaban, consiguen hacerse con un vehículo en el que se trasladan a los establecimientos en los que, de nuevo, de manera unánime cometen los robos y disponen de dos viviendas para el almacenaje de los objetos sustraídos.

De tal modo que queda plenamente confirmada la existencia de la "asociación" en el sentido en el que semejante término es interpretado por nuestra Jurisprudencia en relación con el precepto aplicado por la Audiencia.

Razones, pues, por las que este último motivo, y el Recurso en su conjunto, deben ser desestimados.

C) Costas:

SEXTO.- A la vista del contenido desestimatorio de la presente Resolución, procede la declaración de condena en costas a los recurrentes, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En consecuencia, vistos los preceptos legales mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los Recursos de Casación interpuestos por las Representaciones de Santiago, Jon y Juan Francisco, contra la Sentencia dictada, el día 1 de octubre, por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, por la que se condenaba a los recurrentes como autores de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y otro de asociación ilícita.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Alberto Jorge Barreiro.- Joaquín Delgado García.

Se imponen a los recurrentes las costas procesales ocasionadas en esta instancia, por mitad.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

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

ponsabilidad patrimonial deducida ante la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, con fecha 4 de febrero de 2004. El examen de este recurso impone la consideración de los siguientes antecedentes fácticos:

1.- D^a Encarna actúa en nombre y representación de su hija D^a Natividad, nacida el 1 de abril de 1987. En la fecha en que acaecen los hechos de que traen causa estas actuaciones, residen en la ciudad de Albacete, territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

2.- D^a Natividad fue vacunada contra la meningitis C, el 7 de junio de 1997, con diez años de edad, con vacuna antimeningocócica A+C de polisacáridos (Mencevax A+C), vacuna que fue objeto de la campaña vacunal desarrollada entre el 20 de octubre y el 20 de diciembre de 1997, por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, dirigida a individuos de entre 18 meses y 19 años de edad, incluyéndola en el calendario vacunal.

3.- En el año 2000, la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha lleva a cabo una nueva campaña de vacunación contra la Meningitis C, dirigida a niños nacidos desde el 1 de enero de 1995 y, por tanto, a menores de seis años, con una nueva vacuna (la vacuna conjugada) más eficaz que la vacuna de polisacáridos suministrada en 1997 y que proporciona una mayor memoria inmunológica.

4.- El 7 de abril de 2003, con motivo de una excursión organizada por el Colegio Compañía de María, de Albacete, Natividad, se traslada a París. Al día siguiente es ingresada en el Hospital Bichat-Claude Bernard donde se le diagnostica una Meningitis C púrpura fulminante, con shock severo y fallo multiorgánico. Durante su ingreso, precisó cuidados intensivos y sufrió hemorragia cerebral y necrosis de ambos pies por lesiones purpúricas y por coagulación intravascular diseminada, iniciándose una gangrena en los pies necróticos, por lo que, previo traslado al Hospital Robert Debré el 4 de mayo de 2003, tuvo que ser amputada de ambos pies en la unión del tercio medio con el distal de ambas tibias. Controlada la infección, fue trasladada, el 2 de junio de 2003, al Hospital Saint Maurice de París, donde permaneció hasta el 27 de junio de 2003, en que fue trasladada al Hospital Central de la Defensa en Madrid, permaneciendo ingresada hasta el 13 de septiembre de 2003.

5.- El 17 de noviembre de 2003 (y hasta el 20 de febrero de 2004), la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha inicia una nueva campaña de vacunación para proceder a la inmunización contra la Meningitis C con la vacuna conjugada de todos los me-

TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/133541

TS Sala 3^a, Sección: 6, Sentencia 25 junio 2010. Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez

Responsabilidad patrimonial de la Administración Falta de información sobre revacunación de la meningitis C

Acuerda el TS haber lugar al recurso de casación contra STSJ de Castilla La-Mancha, y estima parcialmente el contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Sanidad de la comunidad autónoma. Indica la recurrente, que su hija fue vacunada contra la meningitis C, según campaña de vacunación desarrollada entre el 20 de octubre y 20 de diciembre de 1997. En el año 2000, la Consejería de Sanidad lleva a cabo una nueva campaña de vacunación contra la meningitis, dirigida a niños nacidos desde el 1 de enero de 1995 y, por tanto, a menores de seis años, con una nueva vacuna -la vacuna conjugada- más eficaz que la anterior, suministrada en 1997 y que proporciona una mayor memoria inmunológica. En el 2003, la afectada, es ingresada en el hospital, donde se le diagnostica meningitis C púrpura fulminante, provocando la amputación de ambos pies, así como sordera de un oído, entre otras secuelas. La actora pide responsabilidad, por entender que ello ha sido provocado por la falta de información vertida por parte de la Administración, así como por la no revacunación de su hija cuando se lanzó la segunda campaña citada. La Sala indica que, contra lo que aduce la recurrente, hubo suficiente información sobre la campaña, y que fue la actora quien decidió vacunar a la menor con la fórmula disponible en ese momento y cuando su suministro no estaba aún incluido en el calendario de vacunación, y carecía por tanto de la mayor efectividad. En cuanto a la revacunación no efectuada señala que, de haber dispuesto de la información ocultada por la Administración, le habrían suministrado la vacuna conjugada sin esperar a que les fuera suministrada gratuitamente, porque así lo hicieron en 1997. Añade el Tribunal que, nadie se revacuna de una enfermedad como la meningitis C, si no tiene noticia de la insuficiencia de la vacuna anterior y es aquí, en la falta de información que provoca la pérdida de la oportunidad de proteger a los menores excluidos de la campaña, donde radica la dejación de funciones de la Administración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales, D. Carlos Gómez-Villaboa y Mandri, en nombre y representación de D^a Encarna, se interpone recurso de casación contra Sentencia dictada el 22 de octubre de

2.007 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo núm. 40/2005, interpuesto por aquella, en representación de su hija D^a Natividad, contra desestimación presunta de reclamación de res-

nores de 19 años que no la hubieran recibido.

6.- Con fecha 4 de febrero de 2004, D^a Encarna, en nombre y representación de su hija D^a Natividad, formula reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria ante la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en solicitud de indemnización de los daños y perjuicios sufridos por Natividad denunciando que la enfermedad de su hija era la consecuencia directa de no haberse revacunado con la nueva vacuna conjugada como consecuencia de la falta de información y de actividad preventiva por parte del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

7.- El 12 de enero de 2005, D^a Encarna, en nombre y representación de su hija, D^a Natividad, interpone recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria formulada ante la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, fundando su pretensión indemnizatoria en una dejación de funciones en el campo epidemiológico por parte de la Consejería de Salud de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, al no realizar la adecuada campaña informativa sobre la persistencia de la meningitis C en su demarcación en 1998, 1999 y 2000, y sobre la falta de efectividad de la vacuna MENCEVAX A+C que se suministró en la campaña de 1997, a pesar de la comunicación de diversos contagios de meningitis C en niños vacunados con la vacuna de polisacáridos, así como sobre la existencia de una nueva vacuna mucho más eficaz, inmunógena y de mayor duración, limitando la información y la vacunación con la vacuna conjugada a los menores de seis años, privando a los niños y adolescentes de entre 6 y 19 años de la oportunidad de actuar de la forma más conveniente frente a una enfermedad tan letal lo que, en el caso de la hija de la reclamante ha tenido consecuencias fatales. Como aduce la Administración demandada en su escrito de contestación a la demanda "dos son los elementos esenciales sobre los que la parte actora construye su demanda y que constituyen la base esencial de su reclamación de Responsabilidad patrimonial.

El primero de ellos trata de imputar a la Administración Autonómica una actuación de dejación de funciones en el campo epidemiológico al no realizar la adecuada campaña informativa sobre la falta de efectividad de la vacuna que se le suministró en 1997 (Mencevax A+C), mientras que el segundo subordina la no revacunación de la menor con la vacuna conjugada contra el meningococo C al contagio de la enfermedad, de suerte que de no haber sido así y ha-

ber estado revacunada, la posibilidad de que hubiera padecido una meningitis fulminante hubiera sido prácticamente inexistente, es decir, trata de establecer por dos vías distintas los pilares de su reclamación (falta de información por un lado y por otro dejación de funciones) a efectos de establecer un nexo de causalidad lo más sólido posible, conectando de esta manera con la teoría de la pérdida de oportunidad de modo que de haberse llevado a cabo por la Administración una actividad preventiva correcta en el momento oportuno, hubiera podido evitarse a su entender el contagio de Meningitis C de D^a Natividad." La Sala de instancia desestima el recurso, con la siguiente argumentación: (F.J.3^o) (...)

En este sentido este Tribunal entiende que no se dan, en el presente supuesto las circunstancias objetivas que permitan entender que existe un hecho o condición que pueda ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o "conditio sine que non", esto es como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se produzca como consecuencia o efecto del primero, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso (...) y ello por las razones que a continuación se exponen:

a) La parte actora pretende basamentar su imputación de responsabilidad a la Administración pública sanitaria de Castilla-La Mancha, en dos circunstancias esenciales: La primera la de entender que esta última respecto del resultado lesivo de la hija de parte recurrente, por contagio meningítico en su residencia de Albacete, en los días precedentes al día 8 de abril de 2003, quedándole como secuela Meningitis C y sepsis meningocócica, púrpura fulminante por meningitis C, amputación de ambos pies, hemorragia cerebral, sordera profunda del oído izquierdo (p-100deb), intensa del derecho; dermatitis atópica, síndrome de estrés post-traumático e invalidez del 86%, habría realizado una dejación de funciones en el ámbito epidemiológico al no realizar la adecuada campaña informativa sobre la efectividad de la vacuna que se suministró en 1997 (MENCEVAX A+C); y en segunda, a la falta de revacunación de la menor con la vacuna conjugada contra el meningococo C al contagio de la enfermedad, de suerte que de no haber sido así y haber estado revacunada, la posibilidad de que hubiera padecido una meningitis fulminante hubiera sido prácticamente inexistente. De este modo, el centro de imputación al Sescam, se apoya teóricamente en la pérdida de oportunidad de tal suerte que de haberse llevado a cabo por la administración una actividad preventiva correcta en el momento oportuno, hubiera podido evitarse a su entender

el contagio de meningitis C de la hija de la parte demandante, D^a Natividad.

B) Tales hechos, mas allá de su conexión con el resultado lesivo, cruel y aciago de la persona infectada, moralmente impactante y siempre rechazable, por la naturaleza, alcance y gravedad de la imputación, está necesitado de una prueba científico-técnica precisa, determinada, conclusiva que por su distinción y delimitación, defina y singularice, superando las meras hipótesis o presupuestos abstractos de la realidad, dicha responsabilidad (...).

C) Pues bien, dicho resultado probatorio, a juicio de la Sala no se ha logrado; al materializarse en los autos una prueba documental y pericial, insuficiente, parcial o fragmentaria, contradictoria, e incapaz por su resultado acreditativo y valorativo para llegar a tal tesis de imputación que pretende; y hubiera necesitado una prueba pericial o técnica que por su objetividad e imparcialidad judicial, complementaria hubiera permitido racionalizar, explicando con precisión y definitud superando las lagunas nihilizadoras o relativizadoras de la responsabilidad, los puntos de engarce sobre los que la parte recurrente pretende fundamentar la relación de causalidad de la Administración pública, según las circunstancias expuestas supra (art. 217 y 348, ambos de la L.E.Civil.

D) Y ello es así, por lo que a continuación se expone:

1^o) Frente a la afirmación de la parte recurrente, y en la que pretende acreditar la primera circunstancia de imputación, en la falta de suministro de información alguna a la población sobre la campaña de vacunación llevada a cabo por esta Comunidad entre el 20 de octubre de 1997 y el 20 de diciembre de 1997, resulta que ya en vía administrativa queda corroborado del informe de la Dirección General de Salud Pública y Participación (folios 69 a 83 del expediente) que tal campaña se efectuó. Dicho informe, dado por los Jefes de Servicio de Epidemiología y promoción de la Salud, en su contenido, resultado y prueba no ha sido cuestionado en su integridad (campaña) ni en sus conclusiones por prueba objetiva e imparcial que nos permita llegar a la conclusión cierta o precisa de lo contrario (art. 348 L.E.Civil), sin que pueda bastar a tal fin la prueba pericial de parte, fragmentaria o con lagunas, cuando no con contradicciones, como a posteriori se verá. Por otra parte, de aquella prueba documental, resulta se dio adecuada difusión a través de distintos medios (radiofónicos; teléfono de información...) con referencia a las limitaciones de la vacuna y duración de la inmunidad (folios 78 a 83 del expediente), y ello sobre la base de los acuerdos del Pleno del Consejo Interterritorial de Salud, resultando que la protección de la vacuna en

edades superiores a dos años, aumentaría entre cinco y diez años (folio 82 del expediente), y de hecho la hija de la parte demandante resultó vacunada, si bien concurriendo un hecho singular, que lo hace en 07 de junio de 1997, por decisión de la propia familia, con la vacuna disponible en ese momento y cuando su suministro no estaba aún incluido en el calendario vacunal, es decir hacia finales de 1997, por ser este momento cuando, según la información que obra en el expediente administrativo (folio 81 del expediente) se consigue la máxima protección de las personas vacunadas, por ser este periodo de invierno y comienzo de la primavera, el de mayor incidencia de la enfermedad. Luego en principio estaría contraindicado vacunar fuera de dicho periodo como de hecho ocurrió en el presente caso (que lo fue el 07 de junio de 1997). Por lo tanto, de lo que se puede ver de lo actuado por nuestra Administración Pública sanitaria, ninguna razón objetiva y precisa se dio en 1997 con relación a la campaña y proceso vacunal para cuestionar dejación de función pública alguna.

2^o) Con relación a la concurrencia de la segunda circunstancia, por concurrir una posible retraso de la Administración a la hora de revacunar con la vacuna conjugada al grupo de adolescentes menores de 19 de años s, aquí la prueba tampoco es acabada y precisa; objetiva, imparcial y completa. Inicialmente el informe de la Administración Pública (folios 69 y ss del expediente) y el del perito de parte son antipódicos y es difícil establecer un criterio de prevalencia. Lo que sí es cierto que por la naturaleza y alcance del hecho imputado (retraso en la revacunación en el año 2003) el mismo está exigiendo de la existencia de una prueba acabada y concluyente al efecto; y consecuentemente y técnicamente lo más objetiva e imparcial posible. Y el, a juicio de este Tribunal, no se ha conseguido.

Es mas, en la fase de aclaraciones del informe de parte, se incurre en omisiones y contradicciones, no explicadas que relativizan sustancialmente su virtualidad jurídica; y más en la conclusión valorativa de los contenidos estadísticos a los que se pretende llegar. Así, en ningún caso queda confirmado y contrastado técnicamente de que en dicho periodo hubiera un incremento continuado y relevante de la tasa de incidencia de la meningitis C que hiciera necesaria una intervención preventiva antes del año 2003; pues el incremento que hubo en Castilla-La Mancha de casos de meningitis en el año 1997, con respecto al año 1996 fue de seis casos confirmados. Es mas, en el año 1997, el mayor incremento de casos, incluso por encima de la tasa nacional se produjo en las Comunidades Autónomas del norte de España, iniciándose las campañas en dicha zona en 1996 y continuando en el año 1997, así como en el resto de España

(Galicia; Cantabria; La Rioja) lo que confirma el perito en la respuesta a la aclaración cuarta y el informe, folio 69 del expediente. Por otra parte y por lo que afecta a la nueva vacuna conjugada la misma no existe hasta noviembre de 1999. En la temporada 2000-2001, no hubo casos de enfermedad en mayores de 06 años en Castilla-La Mancha (sin que el perito en su aclaración pueda precisar la respuesta a la aclaración sexta).

En cuanto a la tasa de incidencia de la enfermedad en Castilla-La Mancha en el año 2001, que se cifra en el 1,56, el perito no sabe concretar o matizar cual sería el porcentaje correspondiente a los grupos de personas entre 10-14 años y cual a los grupos entre 15-19 años (véase la respuesta a la aclaración séptima), luego no quedaría justificado porqué la campaña conjugada debió iniciarse como mínimo en el año 2002; y mas por lo que nos respecta al caso, no hubo casos de meningitis en mayores de seis años. Nótese que el perito no puede precisar la respuesta a la aclaración séptima y en relación con la octava, reconoce que hubo un ligero incremento con relación a la tasa, y sin embargo la reviste de una transcendencia epidemiológica que conceptualmente no queda definida, ni justificada, ni complementada aprobatoriamente, en relación con la valoración conjunta de la prueba. Por otra parte, reconoce el perito que la vacunación, y ya con relación al caso, con anterioridad al inicio de una campaña, o sea, antes de que su suministro se incluya en el calendario vacunal (que se religa al supuesto que nos traía a autos) el efecto inmunizador de la vacuna disminuye con respecto a las vacunas suministradas durante la citada campaña, distinguiendo pese a ello a efectos dialécticos, entre comunidad y persona, lo que en principio tampoco se explica lógicamente y en toda su transcendencia real (respuesta a la aclaración décima); ni los factores que pueden determinar la apertura de una campaña vacunal y su incidencia efectiva en la decisión pública al respecto (respuesta a la aclaración duodécima) absolutizando, por el contrario en la respuesta la imputación del riesgo, lo cual ni se justifica ni se comprende en su real dimensión, con relación al caso. Luego por todo lo argumentado, este Tribunal entiende que no hay base fáctico-jurídica ni probatoria que la avale, para establecer el vínculo necesario entre el resultado lesivo que justifica la reclamación patrimonial y la disfunción sanitaria que se pretende imputar a la Administración (art. 139 de la LPAC de 1992). Por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la legalidad del acto administrativo definitivamente impugnado (arts. 67, 678 y 70, todos ellos de la Ley Reguladora). Sin costas (arts. 68.2 y 139 ambos de la Ley Jurisdiccional).

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de los motivos deducidos

frente a esta sentencia, conviene observar que la misma incurre en un error al afirmar en su Fundamento Jurídico Primero que "Es objeto de impugnación judicial el acto presunto del servicio de salud de Castilla-la Mancha (en adelante Sescam) por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por D^a Encarna, deducida ante la consejería de Sanidad el día 04 de febrero de 2004, y ello porque de las actuaciones resulta, sin lugar a dudas, que el objeto de la impugnación es la desestimación presunta por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de la reclamación formulada por D^a Encarna, el día 4 de febrero de 2004, precisión que resulta relevante a efectos de la verificación tanto de la competencia de la Sala de instancia, como de la recurribilidad de la citada sentencia en casación.

TERCERO.- El motivo primero del recurso se deduce, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y, en concreto, de los artículos 24 de la Constitución, 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 33 de la Ley Jurisdiccional y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la recurrente que la sentencia recurrida incurre en lo que la jurisprudencia constitucional denomina incongruencia por error, apreciable en aquellos supuestos "en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que, equivocadamente, se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo a aquella sin respuesta". Aduce la recurrente que, en la demanda (páginas 5 y 6), se alegó que los servicios de epidemiología de Castilla-La Mancha conocían desde el 2 de noviembre de 2000 la existencia de una nueva vacuna contra la meningitis C (la vacuna conjugada), que no ha habido ninguna campaña para esta nueva vacuna dirigida a los adolescentes, ni en lo concerniente a la vacunación ni en lo relativo a la información de su existencia (páginas 9 y 18) y que, de este conocimiento no seguido de actuación preventiva dirigida a los adolescentes, la demanda deriva su pretensión de una indemnización a cargo de la Administración de Castilla-La Mancha.

La sentencia recurrida desestima la demanda por falta de prueba suficiente de la relación causal entre la enfermedad de Natividad y el funcionamiento de los servicios sanitarios de Castilla-La Mancha, pero lo fundamenta en que la campaña informativa que se hizo en el año 1997 fue correcta y en que no está justificado que hubiese que vacunar a los adolescentes menores de diecinueve años antes del año 2003 y ello -ob-

serva la recurrente- a pesar de que "nadie ha alegado que la causa de la enfermedad de Natividad fuese una insuficiencia de la campaña de 1997, sino una insuficiencia de la campaña de 2000, por no haberse dirigido a los adolescentes sino solamente a los menores de seis años edad", no habiéndose alegado tampoco "que fuera antijurídico no hacer la campaña de vacunación de los adolescente antes de lo que se hizo en 2003", sino "que el no hacer la campaña para los adolescentes en 2000 fue la causa objetiva no culpable de que Natividad no fuese vacunada contra la enfermedad que la ha destrozado". Por ello entiende la recurrente que la sentencia incurre en lo que la jurisprudencia llama "incongruencia por error" o "por alteración de los términos del debate".

CUARTO.- Conviene recordar que, según consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la STC 30/2007, de 12 de febrero, que se reitera en las sentencias 53/2009, de 23 de febrero y 83/2009, de 25 de marzo, para que se pueda declarar que un órgano judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución, por incurrir en incongruencia procesal, es necesario la concurrencia de los siguientes presupuestos: "En particular, respecto de la congruencia de las resoluciones judiciales, y a salvo las singularidades del ámbito penal, desde la STC 20/1982, de 5 de mayo, venimos recordando que la misma se mide por el ajuste o adecuación entre lo resuelto y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la Sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida. Siendo ello así, la incongruencia procesal puede revestir tres modalidades. Existe, en primer lugar, la llamada incongruencia omisiva o ex silentio que tendrá lugar "cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamiento contenidos en la resolución" (SSTC 202/1998, de 14 de octubre, FJ 5; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; y 85/2006, de 27 de marzo, FJ 5). La denominada incongruencia extra petitum se produce, en segundo lugar, cuando el pronunciamiento judicial recae "sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción" (SSTC 311/1994, de 21 de noviembre, FJ 2;

124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; y 116/2006, de 24 de abril, FJ 8).

La incongruencia por error acontece, en tercer lugar, cuando se dan al unísono las dos anteriores clases de incongruencia, tratándose, por tanto, de supuestos "en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta" (SSTC 369/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3; y 152/2006, de 22 de mayo, FJ 5). Y en la sentencia del Tribunal Constitucional 51/2007, de 12 de marzo, se refiere: "La motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 213/2003, de 1 de diciembre, FJ 4)". En el mismo sentido, es doctrina de esta Sala, expresada entre otras muchas, en las sentencias de esta Sala de 10 de marzo de 2003 (RC 7083/1997) y de 30 de septiembre de 2009 (RC 1435/2008) que "el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente todas la pretensiones deducidas".

La proyección de esta doctrina al caso litigioso examinado, promueve la declaración de que la Sala de instancia ha incurrido en incongruencia por error, puesto que se constata que en la fundamentación de la sentencia recurrida se responde a una pretensión distinta a la deducida y plantea-

da en el escrito de demanda, en relación con la falta de información acerca de las limitaciones de la vacuna objeto de la campaña de 1997, al referir el juicio sobre la información a un momento y campaña distinta a la que plantea la recurrente, lo que condiciona inevitablemente toda la valoración posterior de la prueba realizada por la Sala y constituye el núcleo del motivo tercero de casación. En efecto, inicialmente, el Tribunal a quo parece entender correctamente cual es la pretensión deducida, al señalar en su fundamento tercero, apartado a) que La parte actora pretende basamentar su imputación de responsabilidad a la Administración pública sanitaria de Castilla-La Mancha, en dos circunstancias esenciales: La primera la de entender que esta última respecto del resultado lesivo de la hija de parte recurrente, por contagio meningítico en su residencia de Albacete, en los días precedentes al día 8 de abril de 2003 (...), habría realizado una dejación de funciones en el ámbito epidemiológico al no realizar la adecuada campaña informativa sobre la efectividad de la vacuna que se suministró en 1997 (MENCEVAX A+C). Sin embargo, posteriormente confunde esa "adecuada campaña informativa sobre la efectividad de la vacuna que se suministró en 1997" (campaña que lógica y necesariamente ha de ser posterior a dicho suministro y, por tanto, posterior a 1997) con la "campaña informativa que precede y acompaña al suministro de la vacuna en 1997", cuando es evidente que la recurrente no reprocha a la Administración la información suministrada en 1997, lo que le reprocha es que, con posterioridad a dicha fecha, sabiendo que la información suministrada en 1997 acerca de la efectividad de la vacuna era incorrecta en cuanto a la duración de la inmunización, emprendiera una campaña de vacunación en el año 2000 con una vacuna más eficaz, dirigida exclusivamente a los niños de hasta 5 años e informando solo al entorno de estos, dejando a los mayores de dicha edad sin vacuna y sin información, en la confianza de que estaban protegidos.

Donde la recurrente denuncia falta de información dirigida a los mayores de 5 años y adolescentes sobre la efectividad de la vacuna que se suministró en 1997, falta de información que refiere al periodo 1999 a 2003, la Sala a quo entiende que se está denunciando falta de información en la campaña de vacunación realizada en 1997. Y dicho error en el correcto entendimiento de la pretensión deducida, que contamina toda la valoración de la prueba sobre los elementos de dicha pretensión, tiene una envergadura suficiente para determinar la estimación de los motivos primero y tercero, relativo a la valoración de la prueba, eximiendo a la Sala del examen del motivo segundo sin perjuicio de que las cuestiones que en él se plantean tengan que ser examinadas al resolver

el litigio en los términos en que se encuentra planteado el debate.

QUINTO.- Casada la Sentencia recurrida y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2.c) y d) de la Ley de la Jurisdicción, se impone el enjuiciamiento de la cuestión en los términos en que el debate quedó realmente planteado en la instancia. Del examen de las actuaciones y de la prueba practicada, resulta que en el periodo (1997-2003), en que se desarrollan los hechos que integran las pretensiones de las partes, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ha desarrollado tres campañas de vacunación para la protección e inmunización contra la Meningitis C, en el territorio de su comunidad, concretamente en los años 1997, 2000 y 2003, así como que, dichas campañas, han tenido distinto contenido informativo, distintos destinatarios y se han utilizado en las mismas diferentes medios y diferentes sistemas de ejecución para la consecución del objetivo de inmunización, en cada caso pretendido. En efecto, En la campaña de 1997 (desarrollada del 20 de octubre, al 20 de diciembre de 1997), según informe aportado por la Administración recurrida (pags. 69 y siguientes del expediente): "La estrategia de esta Comunidad Autónoma (Castilla-La Mancha) contempló la captación masiva activa de la población diana, mediante el desplazamiento de los equipos de atención primaria a los centros docentes para proceder a la inmunización de niños y jóvenes en edad de escolarización y vacunación en los centros de salud a los niños más pequeños y mayores no escolarizados. También se vacunó en Acuartelamientos, centros de educación especial, instituciones penitenciarias, centros de menores y centros universitarios. La campaña regional se acompañó de la adecuada información a los profesionales sanitarios y a los padres y madres, mediante soportes que incluyen folletos (documento 1) cuñas radiofónicas y teléfonos de información (900-302302 y 900-302303) a disposición de la población. La acreditación de la vacunación se realiza en el carné de vacunaciones. En los folletos informativos figura información sobre la efectividad y seguridad de la vacuna. En el folleto de información a la población se explicita que "la eficacia de la vacuna frente a la meningitis C es variable según la edad: en menores de 18 de meses la vacuna no es eficaz, a partir de 18 meses la eficacia aumenta con la edad."

En cuanto a la duración de la protección se alude a los datos existentes aportados por la Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías y el Centro de Prevención y control de enfermedades de Estados Unidos que indicaban que "La protección en menores de 4 años dura aproximadamente 2 años y en niños mayores y adultos, la protección aumenta en duración entre 5 y diez años". También se advierte que "la protección que

confiere la vacuna que se va a administrar tienen algunas limitaciones". Al final del folleto se suministran dos números de teléfono y se añade que las familias recibirán información de la consejería de sanidad a través de los centros docentes y sanitarios sobre la vacunación. Respecto a la campaña del 2000 (desarrollada del 15 de octubre al 31 de diciembre de 2000) aduce la administración demandada en su informe (obrante al folio 71 del expediente) que: "En agosto del año 2000, la Agencia Española del medicamento autoriza en España una nueva vacuna conjugada frente al Meningococo del serogrupo C (Meningitec-WYETH- LEDERLE) con datos de efectividad y duración de la protección que en principio parecían superiores a los de la vacuna polisacarida. El Pleno del Consejo Interterritorial de Salud, a propuesta de la Comisión de Salud Pública tomo la decisión de introducir esta vacuna en el calendario vacunal infantil con la aplicación de tres dosis, cada una de ellas a los 2, 4 y 6 meses de edad. Esta decisión entró en vigor a partir de enero de 2001. Además se recomendó que las Comunidades Autónomas llevaran a cabo una campaña de vacunación con esta vacuna dirigida a los niños de más de 2 meses y menos de 6 años, ya que estos niños coincidían con las cohortes de no vacunados con la vacuna polisacarida en el año 1997. En Castilla-La Mancha esta campaña se llevó a cabo desde el 15 de octubre del año 2000 hasta el 31 de diciembre del año 2000 para niños de entre 2 meses y 6 años. Desde el 1 de enero de 2001, la vacuna conjugada frente al meningococo C quedó incluida en el calendario vacunal de Castilla-La Mancha. Las razones del Pleno del Consejo Interterritorial de salud para incluir exclusivamente a este grupo de edad es que se trataba de niños que no habían sido vacunados con la vacuna polisacarida ya que cuando se llevo a cabo la anterior campaña o bien no habían nacido o bien no estaba indicada la vacunación por tener entonces menos de 18 meses. Además en aquellos momentos, la situación epidemiológica no permitía identificar otros grupos de edad con especial riesgo, quizá como consecuencia de la protección conferida por la campaña de vacunación de 1997." En el folleto informativo de esta campaña, obrante en las actuaciones, consta que la campaña está destinada a los niños y niñas nacidos desde el 1 de enero de 1995. En dicho folleto la información se suministra mediante las siguientes nueve preguntas- respuestas:

1.- ¿Quiénes pueden vacunarse? Todos los niños residentes en Castilla-La Mancha nacidos a partir del 1 de enero de 1995.

2.- Cuando pueden vacunarse? Desde el 15 de octubre hasta finales de diciembre de 2000. Además a partir del año 2001 continuarán vacunándose todos aquellos /as niños/as que vayan cumpliendo 2

meses de edad, junto con el resto de vacunas recomendadas por el calendario vacunal.

3.- ¿Dónde acudir para recibir la vacuna? Deberá acudir a su Centro de Salud o consultorio local previa cita.

4.- Es esta vacuna la misma que se administró durante la campaña realizada en 1997.? No. La vacuna utilizada con anterioridad ofrecía protección frente a meningitis producida por meningococos del tipo A y C y su eficacia era limitada en los niños más pequeños.

5.- ¿Qué ventajas ofrece la nueva vacuna? Es una vacuna más perfeccionada frente a la enfermedad producida por el meningococo tipo C que protege por igual a los niños independientemente de la edad que tengan en el momento de la Administración.

6.- ¿Se puede vacunar a un niño al que ya se le había suministrado la vacuna anterior? Sí. Existen estudios que confirman que la nueva vacuna proporciona una buena respuesta en los niños ya vacunados. Al final del folleto se incluyen la dirección y teléfono de las delegaciones de sanidad de la comunidad autónoma pero no consta nada parecido a lo que figura al final del folleto de 1997 acerca de la información y difusión general de la campaña.

7.-¿ Cuántas dosis hay que administrar? El número de dosis y el intervalo de tiempo entre los mismos depende de la edad que tenga el niño/a. Cualquier duda al respecto les será aclarada por el personal sanitario. Las dosis recomendadas figuran a continuación, de manera orientativa:

- Niños entre 2 meses y hasta menores de 6 meses: 3 dosis.

- Niños entre 6 meses y hasta menores de 12 meses: 2 dosis.

- Niños mayores de 1 año: sólo 1 dosis.

8.- ¿Qué efectos tiene la vacunación de un niño/a sobre sus familiares y personas que convivan con él sin estar vacunados? La vacuna proporciona protección individual y no tiene ningún efecto sobre los convivientes del niño vacunado.

9.- Esta vacuna va a solucionar definitivamente el problema de la meningitis? No. Cabe esperar una disminución de los casos y de la mortalidad causados por meningitis meningocócica tipo C. Es importante que usted sepa que existen meningitis causadas por otros agentes frente a los que en la actualidad no existe una vacuna eficaz. Por su parte, en la campaña de 2003 (desarrollada del 17 de noviembre de 2003 al 20 de febrero de 2004) la estrategia de Castilla-La Mancha incluyó, al igual que en 1997 y a diferencia del 2000,

la captación masiva activa de la población diana, en centros docentes mediante el desplazamiento de los equipos de atención primaria a los centros docentes para administrar la vacuna a los niños y niñas matriculados entre 4º de educación primaria y 2º de bachillerato o similares en formación profesional (ambos inclusive) y vacunación a demanda a través de los centros de salud o médico de compañía privada para atender a jóvenes de hasta 19 años de edad, no matriculados en los cursos comprendidos entre 4º de educación primaria y 2º de bachillerato o similares en formación profesional, así como a los menores de 9 años que no hubieran recibido la vacuna conjugada en las anteriores campañas de inmunización y a la población diana que no recibió la vacuna en su centro docente por ausencia o enfermedad. Asimismo incluyó el envío de cartas informativas a directores de centros docentes y padres.

El examen conjunto de las tres campañas revela que, la llevada a cabo en el año 2000, fue muy diferente a las campañas de 1997 y del 2003. Si estas últimas se caracterizaron por la publicidad, por la amplitud de la población diana (de 18 meses a 19 años en la campaña-1997, y de todos los niños y adolescentes de hasta 19 años que no hubieran recibido la vacuna conjugada anteriormente, en la campaña-2003) y por la adopción de múltiples medidas para la captación masiva de la población diana con desplazamiento de los propios equipos de atención primaria a los centros docentes para administrar la vacuna y con vacunación a demanda a través de los centros de salud o "médico de compañía privada" (esto último en la de 2003), no ocurrió lo mismo en la campaña del 2000, en la que se observa una reducción drástica de la población diana al limitarla a los nacidos desde el 1 de enero de 1995 (y por tanto sólo a los que en la fecha de la campaña fueran menores de seis años).

Razona al efecto la Administración demandada que "en aquellos momentos la situación epidemiológica no permitía identificar otros grupos de edad con especial riesgo, quizá como consecuencia de la protección conferida por la campaña de vacunación de 1997", pero lo cierto es que a dicho informe se acompaña un cuadro que ilustra sobre la tasa de enfermedad meningocócica por temporadas y edad en castilla-la mancha 1996-2003 (serogrupo c) en el que se advierte un incremento notable de la enfermedad en la franja de 10 a 14 años en el periodo 1999-2000 suficiente para justificar, si no la revacunación, si como mínimo la información al tratarse de una franja entera que corresponde a niños ya vacunados. De hecho, la Administración en su informe hace referencia a todos los periodos salvo al que nos interesa (1999-2000) por ser el que determinaba la necesidad de información en la cam-

paña de 2000, a que la recurrente atribuye la dejación de funciones por parte de la Administración que determinó que Natividad perdiera la oportunidad de vacunarse. Sin embargo, no cabe negar el conocimiento por parte de la Administración de los datos relativos a contagios de meningitis C en niños vacunados con vacuna de polisacáridos que le fueron comunicados desde 1997 a 2000, toda vez que constan, de forma fehaciente, en la Relación de casos de enfermedad meningocócica de Castilla-La Mancha 1997-2003, aportada por la Administración demandada a instancia de la demandante.

El conocimiento de estos casos por la Administración demandada con anterioridad a la campaña del 2000 se confirma a la vista del Diario de Sesiones de las Cortes de Castilla La-Mancha (folios 94 a 98 de las actuaciones), de acuerdo con el cual, el Consejero de Sanidad, al exponer la propuesta de la campaña de vacunación con vacuna conjugada del 2000, da cuenta de que la vacuna suministrada a niños y jóvenes de 18 meses a 19 años de edad es ineficaz no sólo para los menores de seis años, sino para todos: Fíjense, señorías, que digo de 18 meses a 19 años de edad, porque esa vacuna, la que disponíamos hasta ese momento, no era efectiva, no tenía utilidad e incluso presentaba riesgos en menores de 18 meses de edad. El artículo 4.1.c) de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla -La Mancha, bajo la rúbrica "Derechos", establece que

"1.- El Sistema Sanitario de la Comunidad Autónoma de Castilla La-Mancha garantiza a las personas incluidas en el ámbito de esta Ley la titularidad y disfrute de los siguientes derechos:

(...) c) Recibir información suficiente, comprensible y adecuada cuando haya riesgo para la salud pública, incluyendo si fuera preciso la información epidemiológica necesaria en relación con los problemas de salud." Todo ello nos obliga a examinar si la información suministrada por la Administración en la Campaña de 2000 fue suficiente, comprensible y adecuada de suerte que los responsables de los mayores de cinco años, excluidos o privados de la vacuna gratuita, pudieran acceder a la información relativa a la ineficacia de la vacuna suministrada en 1997 y tener la oportunidad de decidir como proteger a los menores y adolescentes expuestos, toda vez que ello condiciona de forma determinante la apreciación de la pérdida de la oportunidad.

Y la conclusión, a la vista de la prueba y de la documentación aportada, ha de ser que no pues, lo cierto es que, de las preguntas-respuestas que se incluyen en el folleto de información de dicha campaña, no se puede extraer una información suficiente, comprensible y adecuada, lla-

mando poderosamente la atención el contenido de las preguntas-respuestas 3ª, 4ª y 6ª del mismo, toda vez que:

- De la pregunta-respuesta 3ª, se desprende que, a diferencia de la campaña 1997, en este caso la vacunación no va a tener lugar a través de los centros docentes sino, sólo, en los centros de salud o consultorio local y "previa cita", de donde se deduce que informarán solo a los padres de los destinatarios de la campaña y por tanto a los padres de los menores de seis años.

En la pregunta-respuesta 4ª, la Administración da una información que sin duda genera la confianza de que en los mayores de 6 años no se da esa limitación de eficacia de la vacuna objeto de la campaña de 1997, de donde se desprende que ni siquiera los padres de niños de 6 a 19 años que, por tener hermanos menores de seis años, acudan "previa cita" al centro de salud van a obtener una información completa del hecho de que los mayores de dicha edad están expuestos.

En la pregunta-respuesta 6ª, la Administración elude referirse a la ineficacia demostrada de la vacuna de polisacáridos y a los casos de contagio de niños ya vacunados, incluso con anterioridad a los cinco años señalados como límite mínimo de eficacia de la vacuna de polisacáridos en la campaña de 1997. De lo expuesto se desprende que la Administración efectúa la campaña del 2000 de tal forma (sólo a través de los Centros de salud, en los que los pediatras solo informan de la campaña a los padres de los menores de seis años a los que va dirigida) que priva a los padres de los mayores de esa edad de la posibilidad de obtener una información suficiente, comprensible y adecuada en relación con la insuficiencia de la vacuna suministrada en 1997 y con el hecho de estar expuestos, que les permita adoptar las medidas oportunas para su adecuada protección., y en este sentido el recurso debe ser estimado.

En la jurisprudencia de esta Sala la pérdida de oportunidad se define -entre otras, en Sentencia de 7 de julio de 2008, (RC núm. 4.476/2.004) como "la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una "falta de servicio". Así lo aprecia la Sentencia

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

Y, de igual forma, en la Sentencia de 13 de julio de 2.005 (RC núm. 435/2.004), afirmamos que "sin que conste la relevancia causa- efecto de un diagnóstico precoz porque, como afirma la sentencia recurrida, para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencia mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios.

Y esto es lo que ha ocurrido en el caso examinado. Podría argumentarse que, aunque la Administración hubiera proporcionado dicha información, ello no habría sido determinante de que los padres de la joven Natividad hubieran podido evitar el contagio revacunándola privadamente, pero lo cierto es que, si algo hay que presumir en el caso particular de la recurrente es que, sus padres, de haber dispuesto de la información ocultada por la Administración, efectivamente, le habrían suministrado la vacuna conjugada sin esperar a que les fuera suministrada gratuitamente, sencillamente porque así lo hicieron en 1997.

Lo que es evidente es que nadie se revacuna de una enfermedad como la meningitis C, si no tiene noticia de la insuficiencia de la vacuna anterior y es aquí, en la falta de información que provoca la pérdida de la oportunidad de proteger a los menores excluidos de la campaña, donde radica la dejación de funciones de la Administración que, si bien puede ser libre para adoptar la decisión de revacunar gratuitamente, no lo debe ser para rectificar informaciones incompletas que colocan a los ciudadanos en la falsa seguridad de estar protegidos frente a una enfermedad como la que nos ocupa, de suerte que, si como ocurre en el caso de la joven Natividad, el riesgo llega a materializarse, el administrado no tiene el deber de soportar el daño consistente en las lesiones y secuelas de por vida provocadas por la nefasta enfermedad, debiendo la Administración, en con-

secuencia, responder. En consecuencia debe concluirse que concurren los requisitos exigidos (artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, siendo procedente en consecuencia, fijar la oportuna indemnización en favor de la perjudicada, en cuya representación acciona la recurrente.

SEXTO.- La recurrente interesa en su demanda una indemnización que cubra las graves secuelas fisiológicas sufridas por D^a Natividad, consistentes en Meningitis C y sepsis meningocócica, púrpura fulminante por meningitis C, amputación de ambos pies en la unión del tercio medio con el distal de ambas tibias, por gangrena y necrosis, hemorragia cerebral, sordera profunda del oído izquierdo (90-100db) e intensa del derecho (50-60 db), dermatitis atópica, síndrome de estrés postraumático e invalidez del 86%, fijando la cuantía de la indemnización que reclama en 1.617.266 euros que desglosa en las siguientes partidas:

(tabla omitida)

Por su parte, la Administración demandada, en su escrito de conclusiones y con carácter subsidiario, para el caso de estimarse la demanda, impugna la cuantía de la indemnización reclamada de contrario mostrando su disconformidad en relación con la valoración del daño estético, con la incapacidad de D^a Natividad (que considera debe ser permanente total y no absoluta), con la necesidad de ayuda de tercera persona (que considera innecesaria) y con la necesidad de adecuación de vivienda y los gastos de prótesis futuras, interesando un importe total máximo de indemnización de 570.186,70 euros. Ahora bien, el principio de reparación integral exige indemnizar a D^a Natividad por el daño real y efectivo (artículo 139, apartado 2, de la Ley 30/1992), que padece por haberle privado de la oportunidad de protegerse, con una vacuna eficaz, contra la meningitis C, que la propia Administración conocía, presentaba como eficaz y proporcionó a otros, lo que comporta la existencia de nexo causal entre la falta de actividad de la Administración y el daño, tanto moral como físico y también económico experimentado por D^a Natividad ya que, las lesiones, las secuelas y la incapacidad que las mismas suponen para cualquier actividad, de por vida, determinan gastos extraordinarios que constituyen un daño real y efectivo ya producido.

Por todo ello, valorando la prueba practicada en su conjunto y teniendo en consideración todas las circunstancias referidas a la perjudicada que resultan de las actuaciones, y muy especialmente su corta edad en la fecha en que acontecieron los hechos, esta Sala con criterios prudenciales, no objetivos, considera que resulta

adecuada como indemnización a satisfacer por Administración demandada, la cantidad de ochocientos mil euros (800.000 euros), la cual debe entenderse ya actualizada a la fecha de esta Sentencia, sin perjuicio de los intereses que puedan resultar procedentes por demora en el pago de indemnización (artículo 106, apartado 2, de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa).

No resulta procedente, en cambio, el señalamiento de cantidad alguna en concepto de perjuicios morales familiares toda vez que, sin que ello suponga negar la afectación que este desgraciado suceso supone para los familiares de la perjudicada, es lo cierto que D^a Encarna acciona, no en su propio nombre y representación, sino en representación de su hija Natividad, por lo que ninguna indemnización cabe reconocer a quien no pide para sí.

SÉPTIMO.- La estimación del recurso exime de hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas (artículo 139.2 LRJ-CA).

FALLO

Que estimando el primer motivo, declaramos haber lugar al presente recurso de casación núm. 5927/2007, interpuesto por la representación procesal de D^a Encarna, actuando en representación de su hija D^a Natividad, contra sentencia de fecha 22 de octubre de 2007 dictada en el recurso 40/2005 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, y en su virtud, casamos dicha sentencia; y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por dicha representación procesal contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida ante la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, con fecha 4 de febrero de 2004, en el sentido de anular dicha desestimación por ser contraria al ordenamiento jurídico y declarar el derecho de D^a Natividad a ser indemnizada por la Administración demandada en concepto de responsabilidad patrimonial en la cantidad 800.000 euros (800.000 €), la cual debe entenderse ya actualizada a la fecha de esta Sentencia, sin perjuicio de los intereses que puedan resultar procedentes por demora en el pago de indemnización. Sin que se aprecien razones para una expresa condena en costas en la instancia ni en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Agustín Puente Prieto.- Carlos Lesmes Serrano.- José Manuel Sieira Miguez.- Juan Carlos Trillo Alonso.- Luis María Díez-Picazo Gimenez.- Octavio Juan Herrero Pina.



2010/140227

TS Sala 4^a, Sentencia 18 junio 2010. Ponente: D. Fernando Salinas Molina

Contraria al principio de igualdad

Doble escala salarial en función de la fecha de ingreso

Desestima el TS el recurso de casación formulado por la empresa química demandada contra sentencia que declaró la nulidad de ciertos preceptos convencionales por constituir una doble escala salarial, que distingue diferentes importes del complemento de antigüedad en función de la fecha de ingreso. Declara la Sala, entre otros pronunciamientos, que la desigualdad atribuible a la fecha de ingreso no ofrece otro soporte visible que una minusvaloración de un grupo segregado y peor tratado, lo que no tiene acomodo a la luz del principio de igualdad, ni tampoco en la perspectiva social que impone esa connotación en conexión con la igualdad efectiva de los individuos y los grupos en que se integra, no constando en el caso enjuiciado pacto alguno que implique compromisos empresariales dirigidos efectivamente a compensar a los trabajadores perjudicados por el trato salarial peyorativo al que se les somete, ni siquiera previsiones que determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. - En nombre de la "Unión Sindical Obrera" (USO), se presentó demanda de impugnación de convenio colectivo en la que se solicitaba se dictara sentencia por la que, en relación con el IX Convenio Colectivo de la empresa "Repsol Química, S.A." para los años 2006/2007/2008 (BOE 9-marzo2007), se declarase la nulidad del primer párrafo y del inciso "ingresado antes del 31-12-1994" de su art. 67 por cuanto ambos preceptos constituyen una doble escala salarial, que distingue diferentes importes del complemento de antigüedad, en función de la fecha de ingreso.

2.- Correspondió conocer del pleito en la instancia a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que dictó sentencia en fecha 26-junio-2009 (autos 164/2008) por la que estimó la demanda, anulando el primer párrafo y el inciso "ingresado antes del 31-12-1994" del impugnado art. 67 del IX Convenio Colectivo, condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración, así como a abonar el complemento de antigüedad a los trabajadores, ingresados después del 31-diciembre-1994, igual que a los ingresados con anterioridad a dicha fecha, condenándose, así mismo, a "Comisiones Obreras" (CC.OO), a la "Unión General de Trabajadores" (UGT) y a la "Confederación de Cuadros" (CC) a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos.

3.- El art. 67 del IX Convenio Colectivo, regulador del denominado "complemento de antigüedad", precepto cuya nulidad parcial se solicitó y ha decretado la Sala de la Audiencia Nacional, es del tenor literal siguiente:

" El complemento por antigüedad consistirá en un aumento periódico por tiempo de servicios prestados, consistente en quinquenios sin tope, cuyo valor para todos los niveles salariales será de 510,86 • anuales brutos por quinquenio, cuyo abono se efectuará distribuidos en quince pagas anuales.

Este Complemento se percibirá a partir del primer día del trimestre natural en que se cumplan los quinquenios.

Al personal que haya ingresado antes del 31-12-94 se le mantendrá como condición más beneficiosa y a Título personal, el sistema de antigüedad vigente en el 4.º Convenio Colectivo así como los valores de trienios y quinquenios vigentes a la citada fecha del 31-12-94, y que permanecerán inalterables durante todo el presente Convenio Colectivo ".

4.- Contra la sentencia de instancia se ha formalizado recurso de casación común, en nombre de la empresa demandada "Repsol Química, S.A.". Se articula en cinco extensos motivos de los que, los tres primeros se refieren a la cuestión de fondo, en

los términos que se verán, el cuarto, plantea la excepción de incompetencia de jurisdicción y, finalmente, el quinto, contiene una pretensión subsidiaria para el caso de no prosperar los primeros. Por elementales razones de método habremos de iniciar el estudio por el motivo cuarto, cuya eventual prosperidad impediría el examen de los restantes.

SEGUNDO.- 1.- En el cuarto motivo, por el cauce procesal previsto en el apartado a) del art. 205 LPL, denuncia el recurrente la infracción de los art. 14, 37,1 y 117 de la Constitución, en relación con los art. 1, 2 y 151, 163 y 164 LPL. Acaba solicitando se dicte sentencia por la que, anulando todo lo actuado, se declare la falta de jurisdicción e los Tribunales del Orden Social, para conocer la demanda en los términos que está articulada, argumentando que la estimación de la demanda conllevaría aplicar a todos los trabajadores la regulación excepcional prevista en el art. 67 del IX Convenio, por lo que se estaría ante una extralimitación de la potestad jurisdiccional, sustituyendo el Órgano jurisdiccional la autonomía colectiva que corresponde a la Comisión Negociadora legalmente constituida.

2.- Ciertamente que esta denuncia es cuestión nueva en el recurso. En la instancia no se planteó. Pero, siendo así que se refiere a la jurisdicción del orden Social para el conocimiento del litigio, y siendo ésta cuestión de orden público, ha de ser estudiada, por más que su rechazo sea evidente; al igual que con relación a idéntica pretensión, respecto del sistema de retribución de la antigüedad en el XXII Convenio colectivo de la empresa "Repsol Butano S.A.", se efectúa por esta Sala de casación en su sentencia de fecha 17-junio-2010 (rco 148/2009).

3.- En la demanda se postulaba la nulidad del primer párrafo y del inciso "ingresado antes del 31-12-1994" del art. 67 del IX Convenio Colectivo de la empresa "Repsol Química, S.A.". Tal pretensión se promueve dentro de la rama social del Derecho (art. 1 LPL), por el cauce previsto en los art. 161 y siguientes de la Ley procesal, relativos a la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, y pretende la anulación parcial del referido precepto por ilegalidad. Luego, cualquiera que sea el pronunciamiento final la competencia viene atribuida a los Tribunales de este orden jurisdiccional. Si la pretensión prospera se habrán anulado mandatos que las partes negociadoras del convenio acordaron, pero esa depuración del contenido convencional no vulnera los mandatos de los art. 14, 37 y 117 de la Constitución. La soberanía de las partes negociadoras tiene como límite los mandatos legales que, de ser vulnerados, hacen anulable lo pactado, bien por conculcar la legalidad vigente o por lesionar gravemente el interés de terceros, como expresa-

mente dispone el art. 161.1 LPL. Procede la desestimación del motivo.

TERCERO.- 1.- Los tres primeros motivos del recurso denuncian la infracción del art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en relación con la STS/IV 7-noviembre-2008 (rco 119/2007), de los art. 14 y 37.1 de la Constitución en relación con los art. 4.2, 17,1, 25, 44 y 82 del Estatuto de los Trabajadores y art. 6 del IX Convenio colectivo de la empresa.

2.- En la extensa exposición que se realiza, el recurso pretende una serie de objetivos: a) que el sistema de retribución de la antigüedad no es discriminatorio, ni contrario al principio de igualdad; b) que la desigualdad que establece entre los trabajadores según la fecha de ingreso en la empresa está justificada en base a las circunstancias concurrentes; y c) que la sentencia infringe la doctrina establecida por esta Sala en nuestra STS/IV 7-noviembre-2008, invocando la excepción de cosa juzgada dada la identidad de contenido del precepto convencional objeto de impugnación. Analizaremos las alegaciones en el orden que acaba de exponerse.

CUARTO.- 1.- Dejando para más adelante el examen de la opuesta excepción de cosa juzgada, — y sin perjuicio de adelantar de que con tal fin se debe, en primer lugar, tener presente los concretos preceptos invocados como infringidos por los recurrentes en uno y otro recurso extraordinario, lo que puede repercutir directamente en su estimación o desestimación; así como, en segundo lugar, que el posible cambio de criterio o de doctrina de una Sala, de estar "perfectamente objetivado y razonado", no comporta infracción del art. 14 CE (entre otras, STS/IV 30-marzo-2006 -rcud 902/2005)—, efectuaremos, ahora, la valoración del sistema de retribución de la antigüedad que se impugna.

2.- No cabe duda que el abonar quinquenios a los trabajadores ingresados después de una fecha determinada y mediante un sistema distinto integrado por quinquenios y trienios a los más antiguos, establece una diferencia retributiva a favor de estos últimos, independientemente de las revalorizaciones que esas cantidades puedan o no tener en convenio sucesivos.

3.- Como se analiza en la referida STS/IV 17-junio-2010 (rco 148/2009 -Repsol Butano), el problema de la doble escala salarial en relación con el complemento de antigüedad ha sido tratado reiteradamente por esta Sala, en numerosas sentencias, cuya doctrina resume la de 1-diciembre-2008 (rcud 4322/2007), en los términos que se transcriben a continuación:

"1.- La sentencia del Tribunal Constitucional 27/2004, de 4 de marzo, según resume la sentencia del

Tribunal Supremo de 21 de diciembre del 2007 (rec. num.1/2007), expresa, en relación a un supuesto en donde el convenio colectivo establecía una doble escala salarial de las características aludidas, las siguientes consideraciones: •a) la desigualdad atribuible a la fecha de ingreso 'no ofrece otro soporte visible que una minusvaloración de un grupo segregado y peor tratado, lo que no tiene acomodo en la Constitución a la luz del principio de igualdad (art. 14 CE) ni tampoco en la perspectiva social que impone esa connotación de nuestro Estado de Derecho en conexión con la igualdad efectiva de los individuos y los grupos en que se integra (art. 9.2 CE)'; b) la diferencia así planteada 'es igualmente ajena, ad intra del convenio, a algún tipo de contraprestación a los afectados que pueda hacer potencialmente compatible la medida con el art. 14 CE. No consta pacto alguno que implique compromisos empresariales dirigidos efectivamente a compensar, favoreciendo a los trabajadores perjudicados, por el trato salarial peyorativo al que se les somete, ni siquiera previsiones que con base en pautas de compensación o reequilibrio determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva'; c) la solución podría haber sido distinta si la desigualdad de trato hubiese venido completada 'por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y lo pretendido supere un juicio de proporcionalidad'; y d) que tras la Ley 11/1994, por la que el derecho a la promoción económica pasó a ser dispositivo, 'pueden incluso respetarse tan sólo los derechos ya causados bajo el convenio anterior o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente por los antiguos trabajadores (art. 25.2 LET). Sin embargo nada excusa la necesidad de que en el nuevo convenio, y a partir de su entrada en vigor, se fije una estructura salarial que trate por igual a todos los trabajadores a los que ha de aplicarse (sin perjuicio de que se respeten las percepciones consolidadas); pues lo que es reprochable desde la perspectiva del derecho a la igualdad es que se establezca una valoración de la antigüedad para el futuro de modo distinto para dos colectivos de trabajadores, y que se haga exclusivamente en función de la fecha de su ingreso en la empresa'."

2.- La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre del 2002, rec. num. 1283/2001, en relación con la problemática que venimos tratando, se basa en la doctrina establecida por las sentencias de esta misma Sala de 3 de octubre del 2000 (rec. 4611/1999), 14 de mayo del 2002 (rec. 1254/2001), 17 de junio del 2002 (rec. 1253/2001) y 25 de julio del 2002 (rec. 1281/2001), y sienta las siguientes conclusiones:

Dicha doctrina •cabe resumirla en el sentido de que la doble tabla retributiva, que es fruto de un pacto colectivo, no de un acuerdo privado o una decisión empresarial, aisladamente considerada, conculca el principio constitucional de igualdad, al no ofrecer ninguna justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato. La única que se contiene en el precepto del convenio, no atiende a la intensidad, naturaleza, duración u otros particulares atinentes a la actividad laboral a desarrollar, sino exclusivamente el momento de la incorporación de los trabajadores a la empresa como fijos. Se rompe así, como para caso análogo señaló nuestra sentencia de 22 de enero de 1.996, el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores, que resultan desfavorecidos con relación a sus compañeros más antiguos, por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es el de la fecha de contratación. Es cierto que, como argumenta in extenso la Corporación recurrente, la introducción de la doble escala retributiva de la antigüedad se produce tras la desregulación que llevó a cabo la Ley 11/94 de 19 de mayo del que hasta entonces era un derecho necesario, dejando en manos de la negociación colectiva la ordenación de la promoción económica del trabajador. Después de la reforma, el convenio podría haberse limitado a eliminar el premio de antigüedad para todos los trabajadores, o incluso a respetar tan solo los derechos adquiridos hasta entonces o en curso de adquisición por los trabajadores fijos. Ambas decisiones habrían sido conformes con el vigente artículo 23 del Estatuto, siempre y cuando la estructura salarial del nuevo Convenio hubiera tratado por igual a todos los trabajadores. Lo que es reprochable desde la perspectiva del derecho a la igualdad, es que el Convenio Colectivo mantenga el premio de antigüedad, que en efecto pudo válidamente suprimir para todos, pero lo establezca para el futuro en cuantía distinta para dos colectivos de trabajadores, y lo haga exclusivamente en función de que la fecha de su ingreso en la empresa como fijos, sea anterior o posterior a la firma del convenio 1995-1996."

3.- Además de las mencionadas, mantienen los criterios que se acaban de exponer, las sentencias de esta misma Sala de 7 de marzo del 2003, rec. 36/2002; 21 de enero del 2004, rec. 94/2003; 23 de marzo del 2005, rec. 2/2004; 5 de julio del 2006, rec. 95/2005; 5 de marzo del 2007, rec. 187/2004; 27 de septiembre del 2007, rec. 37/2006; 6 de noviembre del 2007, rec. 2809/2006; y 20 de febrero del 2008, rec. 4560/2006.

De la doctrina sentada en estas sentencias, la dictada por este Tribunal el 21 de diciembre del 2007, ya citada, destaca las dos siguientes afirmaciones: •a) que 'podría admitirse que a quienes ingresaron antes se les reconociera un complemento

único y no compensable por la cantidad hasta entonces cobrada y que a partir de ese día cobrasen igual plus de antigüedad que los de nuevo ingreso, pero lo que no es aceptable es que, a partir de determinada fecha, unos generen un plus de antigüedad por cuantía muy superior al que general otros trabajando el mismo número de años' (STS 06/11/07 -rcud 2809/06 -); y b) que es rechazable una cláusula de diferenciación que 'no se limita a conservar una determinada cuantía retributiva ya percibida, sino que instaura, sin que -se insiste- conste justificación, un cuadro doble de complemento de antigüedad con elementos de cálculo dinámicos en cada uno de sus componentes, destinados por tanto a perpetuar diferencias retributivas por el mero hecho de la fecha de ingreso en la empresa' (STS 05/07/06 -rc 95/05-, reproducida por la de 27/09/07 -rc 37/06 -)."

4.- En la misma línea interpretativa, es dable destacar, entre otras, la doctrina contenida en la STS/IV 31-marzo-2009 (rcud 4316/2007), en la que con relación al precepto convencional analizado, rechaza la validez de una cláusula de diferenciación que no se limitaba a conservar una determinada cuantía retributiva ya percibida, sino que establecía dos sistemas diferentes de retribuir la antigüedad en atención a la fecha de ingreso en la empresa, no permitiendo su cobertura como una condición más beneficiosa; argumentándose que "la doble tabla retributiva, que es fruto de un convenio colectivo estatutario y no de un acuerdo privado o una decisión empresarial, conculca el principio constitucional de igualdad, al no ofrecer ninguna justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato. Podría admitirse... que a quienes ingresaron antes se les reconociera un complemento por la cantidad hasta entonces cobrada, como garantía de los derechos adquiridos, pero lo que no es aceptable es que, a partir de determinada fecha, se generen derechos distintos en orden al complemento de antigüedad, ya que •es rechazable una cláusula de diferenciación que no se limita a conservar una determinada cuantía retributiva ya percibida•, sino que establece dos sistemas diferentes de retribuir la antigüedad. De ahí que no puedan acogerse los argumentos de la Sala de duplicación de procedencia porque no estamos ante una condición más beneficiosa que se mantiene para los trabajadores que la tenían reconocida, sino que se trata del establecimiento de un trato más favorable en el futuro, sin que exista razón objetiva que justifique el que ese beneficio no se reconozca a quienes están en la misma situación, salvo en lo relativo a la fecha de ingreso o a la del acceso de la antigüedad".

5.- Esta doctrina se reitera, en la más reciente STS/IV 2-diciembre-2009 (rc 18/2009), precisando el concepto de la "verdadera •doble

escala• o valoración distinta del complemento de antigüedad para dos grupos de trabajadores en función de la fecha de su ingreso en la empresa "para distinguirlo de otros supuestos en principio válidos, en los que el factor objetivo de la "duración" del trabajo, en determinadas circunstancias, podría justificar diferencias de trato en materia de retribuciones; y destacando que "Como ha declarado reiteradamente esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en una línea jurisprudencial de la que son exponentes entre otras STS 1-4-2003 (rec. 85/2002), STS 15-6-2008 (rec. 45/2007) y 7-7-2009 (rec. 96/2007), las cláusulas de los convenios colectivos que suprimen a partir de una determinada fecha el complemento de antigüedad, manteniendo no obstante la percepción de los complementos ya devengados en cuantía invariable o •congelada•, son válidas en principio. La supresión pro futuro de tal complemento se puede justificar por el principio de autonomía colectiva. Y la conservación de un plus o complemento que, para los trabajadores más veteranos, sustituya al complemento de antigüedad ya devengado por los mismos tiene objetiva y razonable justificación, bien en su caso en el principio de autonomía contractual que impone el respeto a derechos adquiridos contractualmente, bien, para el supuesto de que el origen del complemento de antigüedad no hubiera sido el contrato de trabajo sino el convenio colectivo, en atención al hecho de la permanencia prolongada del trabajador al servicio del mismo empresario y a la consiguiente razonable expectativa de conservar, en cuantía invariable, condiciones de retribución ya disfrutadas. En suma, nos encontramos aquí ante el factor objetivo de la •duración• del trabajo que nuestra jurisprudencia ha incluido expresamente entre los que, en determinadas circunstancias, pueden justificar diferencias de trato en materia de retribuciones (STS 12-11-2002, rec. 4334/2001; y STS 20-2-2007, rec. 182/2005)". Añadiendo que "Como también hemos declarado reiteradamente, no es de aplicación a disposiciones convencionales sobre el complemento de antigüedad como la enjuiciada en el caso la doctrina jurisprudencial restrictiva de las cláusulas de •doble escala salarial• basada exclusivamente en la fecha de ingreso del trabajador en la empresa (entre otras, STS 3-10-2000, rec. 4611/1999; STS 6-11-2007, rec. 2809/2006; STS 20-2-2008, rec. 4560/2006; STS 25-7-2008, rec. 4323/2007)". Concluyendo que "En realidad, a diferencia de lo que ocurre en estas sentencias sobre doble escala salarial en el complemento de antigüedad, no estamos en el presente litigio ante una verdadera •doble escala• o valoración distinta del complemento de antigüedad para dos grupos de trabajadores en función de la fecha de su ingreso en la empresa, sino ante la supresión de dicho complemento de antigüedad, respetando,

para los trabajadores que ya lo venían percibiendo, la obtención de un plus sustitutivo del mismo en la cuantía •congelada• que aquellos ya habían alcanzado".

6.- Por tanto, visto es que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo el retribuir con distintas cuantías la antigüedad de los trabajadores en función de la fecha de ingreso, estableciendo "dos sistemas diferentes de retribuir la antigüedad", es contrario al principio de igualdad y sólo excepcionalmente puede admitirse cuando se impongan elementos compensadores a favor de los desfavorecidos o mayores cargas a los beneficiados.

QUINTO.- 1.- La empresa recurrente pretende, especialmente en los motivos primero y segundo de su recurso, justificar el trato desigual resultante de la aplicación del impugnado art. 67 del IX Convenio Colectivo, argumentando que la regulación efectuada se encuentra sobradamente justificada en base a cuatro circunstancias que enumera, las que examinamos y decidimos por separado, en concordancia con lo resuelto sobre estos mismos extremos en la citada STS/IV 17-junio-2010.

2.- En primer lugar, se refiere la empresa a la existencia de un complejo proceso de integración de colectivos de situaciones laborales heterogéneas que se tratan de homogeneizar. Circunstancias que no constan detalladas en los hechos probados de la sentencia recurrida (salvo una mera referencia en el hecho cuarto respecto a un cambio de nombre en el año 1987), que han sido respetados en el recurso. Pero, aceptando a efectos dialécticos que fuese cierta la afirmación, no se explica como el propósito de homogeneizar las condiciones de trabajadores de distinta procedencia puede lograrse estableciendo un régimen distinto para los que ingresen con posterioridad.

3.- En segundo lugar, argumenta la recurrente en base a la profunda transformación empresarial producida por la salida del monopolio. No se explica en el recurso la incidencia que la existencia o desaparición del monopolio pueda tener en la retribución de la antigüedad de los trabajadores.

4.- En tercer lugar, el recurso empresarial hace referencia, como pretendida causa justificativa, al desarrollo de importantes programas de inversión por la necesidad de adaptación a las circunstancias de fuerte competitividad en el mercado. Tampoco aquí se justifica la relación a no ser que se pretenda amortizar las inversiones con la escasa merma salarial que supone la minoración de la cuantía del complemento de antigüedad de los trabajadores de nuevo ingreso. Por otra parte se omite en el enunciado los excelentes resultados

económicos que se refieren en los hechos probados, 5º, 6º, 7º y 13º de la recurrida, que evidencian la buena marcha de la empresa que no requiere de sacrificios de los trabajadores y, especial y exclusivamente, de los de nuevo ingreso.

5.- Finalmente se invoca la existencia de varios expedientes de regulación de empleo y medidas de congelación salarial soportadas por los trabajadores. Respecto a las medidas de congelación salarial, ni constan, ni justificarían el tratamiento efectuado. En cuanto a los expedientes de regulación de empleo (hecho 8º de la sentencia recurrida), fueron fuente de extinciones contractuales de trabajadores que, evidentemente ya no están en la empresa.

SEXTO.- 1.- Examinaremos ahora la alegada influencia de la doctrina establecida en la sentencia de esta Sala de 7-noviembre-2008, respecto de la que pretende la empresa recurrente que la sentencia recurrida infringe la conclusión en ella expresada e inaplica el principio de la cosa juzgada. Debemos proceder a su análisis.

2.- El art. 64 del precedente VIII Convenio Colectivo de la empresa Repsol Química, S.A. (01-01-2002 a 31-12-2005) (Resolución 31-julio-2003 Dirección General de Trabajo), relativo al "Complemento de antigüedad", tenía redacción idéntica al ahora impugnado art. 67 del IX Convenio Colectivo, disponiéndose en aquél que "El complemento por antigüedad consistirá en un aumento periódico por tiempo de servicios prestados, consistente en quinquenios sin tope, cuyo valor para todos los niveles salariales será de 510,86 euros anuales brutos por quinquenio, cuyo abono se efectuará distribuidos en quince pagas anuales.- Este Complemento se percibirá a partir del primer día del trimestre natural en que se cumplan los quinquenios.- Al personal que haya ingresado antes del 31-12-94 se le mantendrá como condición más beneficiosa y a título personal, el sistema de antigüedad vigente en el 4.º Convenio Colectivo así como los valores de trienios y quinquenios vigentes a la citada fecha del 31-12-94, y que permanecerán inalterables durante todo el presente Convenio Colectivo".

3.- Impugnado el referido precepto del VIII Convenio colectivo mediante demanda formulada por el Sindicato USO por análogos fundamentos en los esgrimidos en la demanda origen de las presentes actuaciones, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (SAN/Social 22-mayo-2007 -autos 80/2005) desestimó la demanda, e impugnada la sentencia en casación por el referido Sindicato, invocó exclusivamente como preceptos infringidos los arts. 4.2.c), 17.1 y 25.1 ET, y en la sentencia resolutoria del recurso dictada por esta Sala (la citada STS/IV 7-noviembre-2008 -rc 119/2007), tras analizar uno a

uno los preceptos invocados como infringidos, establece que “ No cabe apreciar, por tanto, las infracciones denunciadas, que, aparte de las graves deficiencias formales en su formulación a que se ha hecho referencia, carecen de fundamento “. Se afirma expresamente con relación a la normativa convencional impugnada que “ La simple comparación de los términos pone de relieve que hay dos regímenes de determinación y que el que se establece para el personal ingresado antes de 31 de diciembre de 1994 resulta más favorable que el que se aplica para el personal ingresado con posterioridad “. que “ Se trata, por tanto, de un trato diferente en atención a la fecha de ingreso en la empresa y el problema se plantea en orden a determinar si ese tratamiento diferente está sometido al principio de igualdad y, en caso afirmativo, si tiene una justificación que pueda estimarse suficiente “ y que “ Es obvio que la fecha de ingreso en la empresa no es un factor de diferenciación que pueda tener implicaciones en orden a apreciar un móvil discriminatorio en los términos a que se ha hecho referencia. Pero subsiste la necesidad de justificar la diferencia de trato “ (fundamento de derecho 2º). Finalmente, a la vista de las cláusulas referidas y de los hechos probados de la sentencia recurrida, entiende que “ No puede decirse... que estemos antes dos regímenes de antigüedad diferentes y abiertos al futuro con carácter permanente “, partiendo de que “ aquí no se trata de regulaciones diferentes con proyección futura con incremento de las correspondientes cuantías, sino de la conservación de los importes que ya se venían percibiendo desde 1 de enero de 1995. En cuanto a posibles diferencias en la negociación anterior a ese año carecen de relevancia en relación con el problema que se debate en este recurso que es el trato desigual que se produce en el convenio impugnado, en el que la comparación se ha de establecer con la situación de los derechos en el convenio inmediatamente anterior. Por lo demás, esas diferencias históricas tampoco han sido objeto de consideración en el recurso “ (fundamento de derecho 4º). En definitiva, la referida sentencia de esta Sala desestimó el recurso interpuesto por el mismo sindicato hoy demandante frente a la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional que había desestimado su demanda, en la que postulaba una pretensión análoga a la deducida en los presentes autos y respecto la misma empresa del grupo con precepto impugnado, en los dos sucesivos Convenios colectivos, de redacción idéntica.

4.- En concordancia con lo establecido en la citada STS/IV 17-junio-2010, sin perjuicio de los argumentos específicos que con respecto al presente supuesto se adicionan, cabe concluir que no se ha cometido la infracción que se denuncia por las razones que pasamos a exponer a continuación.

5.- La sentencia que se invoca, como ya hemos anticipado, desestimó el recurso al no apreciar las infracciones que el recurrente denunciaba: art. 4.2.c), 17.1 25.1 ET. Declaraba que el establecimiento de dos sistemas de retribución de la antigüedad no es discriminatoria en sí al no estar referida a razones de sexo, estado civil, edad, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español, circunstancias que son las recogidas en los dos primeros preceptos invocados como causa de discriminación. Por otra parte, el art. 25.1 del Estatuto únicamente se limita a disponer que el trabajador podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en contrato individual o convenio colectivo. Obviamente tales violaciones no se habían producido y en consecuencia el recurso había de ser desestimado. La doble escala salarial puede ser contraria al principio de igualdad, que como norma jurídica debe imperar en el Convenio colectivo. Pero esta denuncia no se efectuó por los recurrentes El de casación es un recurso extraordinario y la sentencia tenía que limitarse a desestimar el recurso al no haberse efectuado denuncia de la infracción que se hubiera cometido; en definitiva, los concretos preceptos invocados como infringidos por los recurrentes en uno y otro recurso extraordinario pueden repercutir directamente en su estimación o desestimación.

6.- Por otra parte la sentencia invocada (STS/IV 7-noviembre-2008) contiene una doctrina igual a la de la sentencia ahora recurrida cuando afirma: “ Como ha señalado la sentencia de 14 de enero de 2008, •lo decisivo en orden a la justificación• en estos casos es determinar •si estamos o no ante una cláusula de garantía de los derechos adquiridos o de respeto a la condición más beneficiosa en los supuestos de sucesión normativa•. Para ello hay que tener en cuenta que •estas cláusulas de garantía pueden entenderse de diversas formas, por lo que es necesario precisar su alcance, y en este sentido hay que excluir como elemento de justificación aquellas cláusulas que más que una garantía de mantenimiento de cantidades determinadas a las que se ha causado derecho durante la vigencia de la norma anterior implican la conservación de futuro de un régimen jurídico, pues en este caso no estamos ante la garantía de derechos ya consolidados, sino ante el mantenimiento indefinido de dos regímenes jurídicos diferentes para trabajadores que, sin embargo, se encuentran en la misma situación• (fundamento de derecho 4º). Y en el caso hoy enjuiciado a los trabajadores más antiguos no se les ha reconocido una cantidad a respetar, sino que se ha establecido un sistema jurídico distinto para ambos colectivos, que se van desarrollando en el

tiempo, uno con aplicación de trienios y quinquenios para los trabajadores antiguos, y otro solamente con quinquenios para los trabajadores nuevos, con lo que se van acrecentando las diferencias.

7.- Por último, pueden invocarse “ hechos posteriores “ para interpretar la voluntad de las partes negociadoras y que demostrarían que el modo de abono del denominado complemento de antigüedad en la empresa recurrente (Repsol Química), constituye realmente una forma de retribuir con distintas cuantías la antigüedad de los trabajadores en función de la fecha de ingreso, estableciendo “ dos sistemas diferentes de retribuir la antigüedad “, lo que es contrario al principio de igualdad, sin que se hayan justificado elementos compensadores a favor de los desfavorecidos o mayores cargas a los beneficiados.

8.- Los anunciados “ hechos posteriores “ estarían constituidos por el ulterior X Convenio colectivo de Repsol Química, S.A. (BOE 28-octubre-2009), en su art. 37, en el que se regula la “ antigüedad “, dispone “ El complemento por antigüedad consistirá en un aumento periódico por tiempo de servicios prestados, consistente en quinquenios sin tope, cuyo valor para todos los niveles salariales será de 521,77 • anuales brutos por quinquenio, cuyo abono se efectuará distribuidos en quince pagas anuales.- Este Complemento se percibirá a partir del primer día del trimestre natural en que se cumplan los quinquenios.- Al personal que haya ingresado antes del 31-12-94 se le mantendrá como condición más beneficiosa y a título personal, el sistema de antigüedad vigente en el IV convenio colectivo así como los valores de trienios y quinquenios que se indican en la siguiente tabla, y que permanecerán inalterables durante todo el presente Convenio colectivo.- Este artículo se vincula a lo acordado en la Comisión Negociadora del V Acuerdo Marco de fecha 13-05-09, en cuanto a la aplicación de las sentencias sobre antigüedad (Disposición Transitoria Quinta).- Antigüedad (* Valores para personal con ingreso anterior a 31/12/94, que se respeta como condición más beneficiosa, a título personal) “, actualizándose expresamente el importe trienio y el importe quinquenio para personal con ingreso anterior a 31/12/94. Actuación demostrativa de la voluntad de perpetuar un doble sistema de retribución de la antigüedad en atención exclusiva a la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa.

9.- Circunstancias concurrentes distintas, en orden a las infracciones denunciadas y en orden a la interpretación de la voluntad de las partes negociadoras, así como la actual inexistencia de datos objetivos que pudieran justificar la desigualdad, que posibilitan la no apreciación de cosa juzgada y la no aplicación del criterio sustentado en la STS/IV 7-no-

viembre-2008, como, por una parte, en supuestos análogos se ha sustentado por esta Sala, entre otras, en su STS/IV 15-marzo-2010 (recurso 584/2009) indicativa de que “ la interpretación de las normas y, en particular la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o la actuación de los negociadores en el convenio colectivo•; elementos que •son de muy difícil si no imposible coincidencia en dos normas distintas•”; y dado que, en definitiva, aunque se interpretara como un cambio de criterio, es igualmente doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en la STS/IV 30-marzo-2006 (rcud 902/2005), la de que no se produce infracción del art. 14 CE cuando existe “ no sólo una justificación objetiva para el cambio de criterio debidamente expresado y argumentado, sino que el mismo se apoya en el valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sistema judicial español (art. 123 CE) y además se justifica o razona con base en esa doctrina el cambio de criterio llevado a cabo “ y que “ Tal y como reiteradamente ha establecido el Tribunal Constitucional, sólo la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado tiene relevancia en la posible vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley por los Tribunales (por todas, SSTC 122/2001, de 4 de junio) bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició (SSTC 25/1999, de 8 de marzo; 152/2002, de 15 de julio; 210/2002, de 11 de noviembre) y ello, a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia (SSTC 266/1994, de 3 de octubre; 47/1995, de 14 de febrero; 75/2000, de 27 de marzo) “.

SÉPTIMO.- 1.- Finalmente, en el motivo quinto, denunciando la infracción de los mismos preceptos (arts. 14 y 37.1 CE en relación con arts. 4, 9, 17, 25, 82 y 87 ET y 6, 67 y 72 del IX Convenio colectivo de la empresa), se insta, con carácter subsidiario, se dicte un pronunciamiento que imponga la aplicación a todos los trabajadores, antiguos y modernos, el valor del complemento salarial de antigüedad, con los valores que se expresan en el art. 67 del Convenio para los trabajadores de ingreso posterior a 31-diciembre-1994, oponiéndose a que en el hipotético caso de apreciarse la infracción del principio de igualdad, se aplique a todos los trabajadores la norma excepcional, de trienios y



EL DERECHO

Año XVII. Número 2882

Madrid, 18 de octubre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

quinquenos, prevista únicamente por la Comisión Negociadora para los trabajadores de ingreso anterior a 31-diciembre-1994. Pretensión que no se dedujo en la instancia y que, por ser cuestión nueva en el recurso resulta de imposible estimación.

2.- Por lo expuesto, y visto el informe desfavorable del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso de casación interpuesto por la empresa. Sin costas.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la empresa "REPSOL QUÍMICA, S.A.", contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 26-junio-2009 (autos 164/2008), en proceso seguido a instancia del Sin-

dicato "UNIÓN SINDICAL OBRERA" (USO) contra la empresa ahora recurrente, los Sindicatos "COMISIONES OBRERAS" (CC.OO.), "UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES" (UGT), la "CONFEDERACIÓN DE CUADROS" (CC) y el MINISTERIO FISCAL; sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

RESEÑA

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



2010/152959

TS Sala 1ª, Sentencia 20 julio 2010.
Ponente: D. Antonio Salas Carceller

Indemnización a favor del propietario por la eliminación de negocio que integraba el usufructo

El TS declara haber lugar al rec. de casación interpuesto por los propietarios del local a los efectos de condenar a la usufructuaria a indemnizarles en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los daños y perjuicios causados a consecuencia de la eliminación por dicha usufructuaria de la industria de panadería que formaba parte del usufructo, declarando la Sala que la obligación del usufructuario de conservar la forma y sustancia del usufructo requiere un respeto permanente sin que baste con que se cumpla al finalizar el mismo, por lo que los propietarios perjudicados pueden ejercitar la acción indemnizatoria durante la vigencia del usufructo, como sucede en el presente supuesto.

2010/152957

TS Sala 1ª, Sentencia 13 julio 2010.
Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Condena de médico y aseguradora derivada de la ausencia de tratamiento postoperatorio

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia de la AP que condenó al médico demandado y a su aseguradora a indemnizar al ac-

tor por las graves secuelas derivadas de la falta de tratamiento adecuado previo y posterior a la intervención quirúrgica, una vez acreditado el nexo causal entre la conducta del demandado y el resultado dañoso a través de la prueba pericial practicada. Declara el TS que es doctrina reiterada que, por una parte, la existencia del nexo causal ha de resultar de una certeza probatoria que corresponde sentar a los tribunales de instancia cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido, y que, por otra parte, la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales tampoco tiene acceso a la casación pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad cuando existe una notoria desproporción, sin que ninguno de estos supuestos que permiten la revisión en casación de lo actuado se den en el presente caso.



2010/84201

TS Sala 2ª, Sentencia 3 mayo 2010.
Ponente: D. Alberto G. Jorge Barreiro

Extensión de la atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas a los tres delitos objeto de condena

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de tentativa de homicidio, y

sendos delitos continuados de quebrantamiento de medida cautelar y de amenazas. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que viene a aplicar la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, apreciada en el delito de homicidio, también a los otros dos delitos por los que fue condenado el recurrente, pues aunque ambos delitos se comenzaron a cometer un año después del delito de homicidio, ello no impide la apreciación de la atenuante, dado el tiempo transcurrido desde que se inició su investigación y la escasa entidad y complejidad procesal de esas dos infracciones que subsiguieron al delito contra la vida de la víctima.



2010/92313

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 17 mayo 2010.
Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Normas dictadas para ordenar el sector de la televisión por cable sin vulnerar el art. 20 CE

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Comunicaciones, por la que se le comunicó al actor que su título habilitante para emitir televisión local por cable en Sevilla se había extinguido automáticamente en virtud de

la disposición adicional 44 Ley 50/1998. La Sala considera que el hecho de que se dicten normas para ordenar el sector de la televisión por cable no supone una vulneración del art. 20 CE, y señala que el régimen transitorio que introdujo la disposición transitoria primera Ley 42/1995 para los operadores con redes de televisión por cable en explotación a su entrada en vigor no puede considerarse contrario al art. 1, 2 Directiva 95/51 CE de la Comisión, con respecto a la supresión de las restricciones a la utilización de redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones ya liberalizados.



2010/84373

TS Sala 4ª, Sentencia 4 mayo 2010. Ponente: D. Jesús Souto Prieto

Compensación por cambio de pensiones no encuadrable en el salario base

Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la empresa eléctrica demandada contra sentencia que incluyó en el concepto de salario base, a efectos del cálculo de las horas extraordinarias diurnas y nocturnas reclamadas por el trabajador accionante, las cantidades correspondientes a la denominada compensación por cambio del sistema de pensiones. Explica la Sala que, aplicando como regla hermenéutica la sistemática, no cabe duda de que el convenio colectivo aplicable a la demandada regula por separado el concepto objeto de controversia y los de naturaleza extrasalarial y que si, además, estamos al tenor literal de las cláusulas, el término retributivo empleado en modo alguno permite atribuirle un significado que se aproxime al de mejora de seguridad social, ya sea en su estadio original ya en el transformado de indemnización.