

PRAXIS JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES



Revista Semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 2
Agosto 2015

Revista Praxis Judicial de los Tribunales Españoles.

Edita: Instituto de derecho Iberoamericano.

Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1 -15.

Valencia, España. 46023.

ISSN 2386-9704

Correo electrónico:

Info@idibe.

Dirección web:

www.idibe.com Director

General:

José Ramón de Verda y Beamonte

j.ramon.de-verda@uv.es

© Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

DR.DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE
VALENCIA

SUBDIRECTOR

D. LUIS DE LAS HERAS VIVES
ABOGADO, VICEPRESIDENTE DEL IDIBE

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

D. JAVIER VALERO ALMENARA
ABOGADO. ADJUNTO 2º A LA PRESIDENCIA DEL IDIBE

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
BECARIO DE INVESTIGACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA

D. FRANCESC CHOLVI ROIG
ABOGADO. ADJUNTO 1º A LA SECRETARÍA GENERAL
DEL IDIBE.

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
ABOGADO

DR. JUAN ANTONIO TAMAYO CARMONA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE
VALENCIA.

DRA. ESTHER ALGARRA PRATS
PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD
DE ALICANTE

DR. JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD
DE ALICANTE

INICIALES DE LOS AUTORES

E.A.P.: Dra. Esther Algarra Prats, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.

B.A.S.: Belén Andrés Segovia, Doctoranda en Derecho Administrativo en la Universidad de Valencia.

J.B.D.: Dr. Javier Barceló Doménech, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.

M.E.C.C.: Dra. María Elena Cobas Cobiella, Profesora Contratada Doctor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

A.C.T.: Dra. Asunción Colás Turégano, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

P.CH.M.: Pedro Chaparro Matamoros, Becario de Investigación del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

F.C.H.R.: Francesc Cholvi Roig, Abogado, Adjunto 1º a la Secretaría General del IDI- BE.

E.E.T.: Enrique José Escrivá Terán, Abogado.

V.G.G.: Vicente Gomar Giménez, Abogado.

F.H.G.: Dr. Fernando Hernández Guijarro, Abogado.

J.I.R.: José Ibáñez Roselló, Abogado.

F.M.T.: Dra. Fabiola Meco Tébar, Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

P.M.R.: Dra. Pilar Montés Rodríguez, Profesora Titular de Escuela Universitaria de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

S.R.L.L.: Dra. Sonia Rodríguez Llamas, Profesora Contratada Doctor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

E.T.V.: Eduardo Taléns Visconti, Becario de investigación del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia.

J.T.C.: Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

J.R.V.B.: Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

ÍNDICE SUMARIO

I. Derecho Civil.....	7
1. Derecho de Familia.....	7
2. Obligaciones y Contratos.....	35
3. Responsabilidad Civil.....	47
4. Derechos Reales.....	52
5. Derecho de Sucesiones.....	55
II. Derecho Mercantil.....	68
1. Propiedad Intelectual e Industrial.....	68
2. Derecho Concursal.....	80
3. Derecho de Sociedades.....	81
4. Derecho de Seguros.....	85
5. Contratación Mercantil.....	87
III. Derecho Internacional Privado.....	89
IV. Derecho Administrativo.....	102
V. Derecho Tributario.....	124
VI. Derecho Penal.....	144
1. Parte General.....	144
2. Parte Especial.....	148
VII. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.....	156
VIII. Derecho Procesal.....	175

I. DERECHO CIVIL

1. DERECHO DE FAMILIA

Jurisprudencia: la obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos.

STS (Sala 1ª) de 10 de octubre de 2014, rec. nº 660/2013.

“El recurso de casación se formula contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que revocó la del Juzgado para suspender ‘el devengo de la prestación alimenticia durante el ingreso en el centro penitenciario’, siguiendo el criterio mayoritario de las Audiencias Provinciales, entre otras la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de junio de 2008 o 30 de mayo de 2006, de A Coruña, de 21 de julio de 2006 y de Tarragona de 30 de julio de 2003, en cuanto el ingreso en prisión reduce la capacidad del pago del alimentante mientras permanece en ella. El interés casacional se justifica por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales pues, en confrontación con la doctrina alegada en la sentencia, otras Audiencias han considerado inadecuada la suspensión, como ocurre con la sentencia de 8 de febrero de 2008, de la AP de Tarragona, o las sentencias de 12 de marzo de 2007, de la AP de Córdoba, y de la AP de Alicante de 12 de abril de 2001, puesto que la estancia en prisión no supone un impedimento absoluto para acceder a un trabajo remunerado conforme a la legislación penitenciaria” (F.D. 1º).

“(…) la obligación de dar alimentos es una de las de mayor contenido ético del Ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española, y es además uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, según el artículo 154.1º del Código Civil, y de aquellos otros casos en que, conforme al artículo 142 del mismo texto legal, se prestan entre familiares en situación de ineludible necesidad alimenticia.

(…) el interés casacional que ampara el recurso consiste en determinar si la estancia en prisión suspende sin más la obligación de pago de los alimentos, a lo que la respuesta de esta Sala debe ser necesariamente contraria a la de la sentencia recurrida. La obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges, o, como precisa el artículo 93 del Código Civil, de ‘las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento’. En lo que aquí interesa supone que no es necesaria una liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la contribución sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance con esta finalidad, siempre con el límite impuesto en el artículo 152 2º) del CC si la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. Ningún alimento se puede suspender por el simple hecho de haber ingresado en

prisión el progenitor alimentante, gravando a la madre de los menores con la obligación de soportarlos en exclusiva, cuando nada de esto se acredita.

Entonces, y no ahora, pudo haberse interesado la modificación de la medida sometiendo a contradicción y prueba los hechos de interés a un cambio de las circunstancias, lo que no hizo” (F.D. 2º).

“Consecuencia de lo razonado es la estimación del recurso y la formulación de la siguiente doctrina jurisprudencial: La obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos.” (F.D. 3º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: alimentos: los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores por ser también su interés el más necesitado de protección mientras se mantenga la convivencia del hijo en el hogar familiar y se carezca de recursos.

STS (Sala 1ª) de 10 de octubre de 2014, rec. nº 1230/2013.

“Se articula como primer motivo del recurso presentar interés Casacional al oponerse la sentencia a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en el sentido de que la pensión de alimentos para los hijos mayores de edad debe ser mantenida cuando no han alcanzado independencia económica, máxime cuando se acredita en estos algún tipo de incapacidad. Y ello porque la sentencia equipara a los hijos minusválidos con hijos mayores perfectamente válidos, exigiéndoles que trabajen y se mantengan a sí mismos, lo que se opone claramente a la doctrina jurisprudencial citada de que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los hijos menores, en cuanto a la protección que a estos otorgan las normas vigentes.

La sentencia dictada extingue la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad con minusvalías del 65% y del 69%, respectivamente, por tener ingresos propios de una pensión no contributiva –pensión que perciben porque la Administración entiende que su minusvalía les impide acceder a un trabajo normalizado que les permita mantenerse a sí mismos-, con lo que se opone a la jurisprudencia del tribunal supremo, que los equipara a hijos menores de edad, que deben ser alimentados por sus padres” (F.D. 6º).

“En la STS, nº 325/2012, de 30 de mayo de 2012, (...), se sienta como doctrina que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores por ser también su interés el más necesitado de protección. Y si bien es cierto que lo hace en el marco del artículo 96.1 C.C , esto es, del uso de la vivienda familiar como medida definitiva consecuencia de la separación y el divorcio, también lo es que en la interpretación del precepto se acude a la necesidad de protección de las personas con discapacidad acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Instrumento de 23 de noviembre de 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto , de

adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Más recientemente el Tribunal Supremo ha decidido también sobre un supuesto de discapacidad de hijo mayor de edad, pero ya en el marco de la medida relativa a la pensión de alimentos a favor de los hijos, como es el caso que aquí se cuestiona en concreto en la sentencia nº 372/2014 de 7 de julio de 2014 . Establece como doctrina jurisprudencial la siguiente: la situación de discapacidad no determina por sí misma la extinción o modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos. Se apoya para ello también en la legislación citada en la Sentencia de 30 de mayo de 2012, apreciándose que en ambas late, como doctrina jurisprudencial, la equiparación de los hijos mayores de edad discapacitados con los menores” (F.D. 7º).

“La sentencia de instancia, aun contemplando la situación de minusvalía de cada hijo, contraviene la doctrina jurisprudencial por cuanto ofrece un tratamiento como si de mayores de edad se tratase, por acudir a argumentos contundentes pero poco matizados: (i) tener ingresos propios y. (ii) no haber demostrado cumplidamente que sus minusvalías les impidan incorporarse al mercado laboral.

Respecto de los ingresos ha de ponderarse la finalidad de ellos, pues la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuada y a la mejora continua de sus condiciones de vida; de lo que se infiere que la pensión no contributiva por minusvalía no puede desplegar los mismos efectos que la que corresponda a los hijos en situación normalizada.

La pensión no contributiva podrá tener proyección a la hora de cuantificar la pensión en relación con las posibilidades del obligado, pero ‘per se’ no puede conducir, como se recoge en la sentencia recurrida, a una ‘extinción’ de la pensión por tener el alimentista ‘ingresos propios’. No podemos obviar la situación de precariedad del núcleo familiar (madre e hijos) que detalladamente recoge la sentencia de la primera instancia.

El segundo argumento si ya de por sí sería de difícil encaje en situación normalizada, teniendo en cuenta que el obligado es el que plantea la modificación de medidas y quien alega los hechos constitutivos de su pretensión, con mayor motivo en el presente supuesto en el que los mayores de edad presentan minusvalías y, por ende, sus dificultades para acceder al mercado laboral se acrecientan, mercado ya difícil en la actual realidad social laboral.

Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcanzan la ‘suficiencia’ económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (STS 5 de noviembre de 2008)” (F.D. 8º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: la situación de quien ocupa una vivienda, cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular, para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial.

STS (Sala 1ª) de 14 de octubre de 2014, rec. nº 1574/2012.

“La jurisprudencia es esencial en el presente caso, ya que las resoluciones de las Audiencias Provinciales han sido contradictorias durante mucho tiempo. Sin embargo, las sentencias de esta Sala no lo han sido aunque alguna pueda parecerlo.

La sentencia que puso fin a la contradicción entre las sentencias de audiencias fue del 26 diciembre 2005 y su doctrina fue recogida explícitamente por la de fecha 2 octubre 2008 en estos términos:

‘La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial’.

Esta doctrina fue reiterada por las sentencias del 23 octubre, 29 octubre, 13 noviembre, 14 noviembre, 30 noviembre 2008 y otras de 2009. Más tarde, la de 18 enero 2010, del Pleno de esta Sala reiteró definitivamente la doctrina anterior y expresa, en este sentido:

‘El presente motivo plantea de nuevo la cuestión de la facultad que tiene el tercero, propietario afectado por una sentencia dictada en procedimientos de separación o divorcio en la que se atribuye el uso de la vivienda al cónyuge no propietario. En general, el conflicto se plantea cuando el propietario ha permitido el uso de dicha vivienda a un pariente suyo, normalmente un hijo, en razón de su matrimonio, pero que quiere recuperar cuando se ha producido la crisis matrimonial. Este caso ofrece una característica especial, puesto que uno de los cónyuges, el marido, era copropietario de la vivienda antes de haber contraído matrimonio. Esta Sala ha dictado las sentencias de 30 junio y 22 de octubre, ambas de 2009, en las que se recuerda que ha abandonado la tesis de las sentencias aportadas en alegación del interés casacional con la finalidad de unificar la doctrina de las Audiencias Provinciales. Por lo tanto, debe recordarse en este momento la doctrina de esta Sala, de acuerdo con la cual, "la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial'. Esta doctrina es la que actualmente mantiene la Sala y debe aplicarse en el presente litigio” (F.D. 1º).

“Se debe seguir la doctrina jurisprudencial consolidada y entender que la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial, ha infringido los artículos 1749 y 1750 del Código civil ya que no media en el presente caso un contrato de comodato, sino una situación de precario ya que las demandadas -madre e hija- ocupan actualmente la vivienda sin contraprestación y sin fijación de plazo, lo que coincide con la doctrina jurisprudencial que ha sido expuesta” (F.D. 2º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: la redacción del artículo 92 CC no permite concluir que la custodia compartida sea una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, pero exige un compromiso mayor y una colaboración ente los progenitores.

STS (Sala 1ª) de 15 de octubre, rec. nº 2260/2013.

[El recurso de casación de la esposa] “Se funda en un único motivo en el que se invoca la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de esta Sala y contradicción entre las Audiencias Provinciales, con infracción de los artículos 154 , 156 del Código Civil , 56 de la Constitución y 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, y artículos 5, 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por vulneración del ejercicio de la patria potestad otorgado a la madre por el juzgado de instancia para el cambio de domicilio y vulneración del principio de interés del menor, porque el cambio de domicilio, ni dificultaría el contacto de los hijos con su padre ni con la familia paterna y repercutiría en beneficio de los menores al alejarlos del foco de tensión por la cercanía de la familia paterna.

Se desestima.

La guarda y custodia de los menores, dice la sentencia de 26 de octubre 2012 ‘deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil, respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

(...) El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su

entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia’.

(...) En definitiva, la Sala ha aplicado correctamente el principio de protección del interés de los menores a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, no siendo el recurso de casación una tercera instancia que permita una solución jurídica distinta por una simple cuestión de criterio” (F.D. 4º).

[El recurso de casación del esposo] “Formula un único motivo, por infracción del artículo 92.8 del Código Civil en el que se alega la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de esta Sala, ya que considera que la sentencia recurrida ha atribuido a la madre la guarda y custodia de los hijos menores habidos en el matrimonio en virtud de razonamientos jurídicos en los que no se ha tenido en cuenta el principio de protección del interés de los menores. Alega, en concreto, que la relación conflictiva de la madre con la familia paterna, citada en la sentencia como fundamento para atribuir la guarda y custodia a la madre, no refiere como puede afectar al interés de los niños, olvidando los aspectos beneficiosos contenidos en el informe psicosocial, favorables a la guarda y custodia compartida, como sería la disponibilidad de domicilios suficientes de las partes, a escasa distancia, que permitirían el debido cumplimiento de la misma.

Se desestima.

La interpretación del artículo 92 CC -STS 2 de julio 2014 SIC- debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 : práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea (STS 25 de abril 2014).

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013: ‘se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no

custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel'. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

Pues bien, los hechos que tiene en cuenta la sentencia no permiten establecer este régimen en interés de los menores. Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores;

(...) Sucede en este caso que es la madre quien se dedicó prácticamente en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento hasta el momento actual, quien por tal motivo dejó de trabajar, y sin que se le pueda efectuar reproche de ningún tipo en cuanto a las labores de cuidado, atención y correcto ejercicio de las funciones parentales; que el padre tiene una menor disponibilidad de tiempo para el cuidado y la atención de los mismos; (...) todo lo cual no parece la fórmula idónea para proteger el interés de los menores que es lo que, en definitiva, fundamenta la medida” (F.D. 5º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: El TS declara que la autorización concedida a la progenitora custodia para trasladar el domicilio de la hija menor a otra ciudad con la consiguiente modificación del régimen de visitas del progenitor no custodio no vulnera el principio del interés superior del menor: se respeta el principio de proporcionalidad al equilibrarse, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores, dado que nunca podrá ser igual que antes de la crisis conyugal.

STS (Sala 1ª) de 11 de diciembre de 2014, rec. nº 30/2014.

“(…) Alega el recurrente que en la sentencia recurrida no se tiene en cuenta el interés del menor, que ha de ser prioritario e ignora el contenido de los informes sicosociales. Que el interés de los progenitores debe ceder ante el del menor. Que al trasladar a la menor a Cataluña se le somete a inmersión en una lengua diferente, anulando la figura paterna” (F.D. 1º).

“Esta Sala en orden a la valoración del interés del menor en casos de traslado del progenitor custodio ha declarado que: Dice la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2012 lo siguiente: ‘(...) La ruptura matrimonial (...) obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para (...) fijar el nuevo domicilio (...) de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura (...). Solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada’.

(...) Establece la STS, del 20 de octubre de 2014, sentencia: 536/2014, recurso: 2680/2013: El cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado” (F.D. 3º).

“En la sentencia recurrida se ha respetado la doctrina jurisprudencial a la hora de autorizar el traslado, pues se ha tenido en cuenta el interés de la menor al referir expresamente que es beneficioso para ella el contacto con su nuevo hermano (...)

1. La custodia estaba atribuida de común acuerdo a la madre.
2. El cambio de residencia de la madre no es determinante, ni a favor ni en contra, pues lo esencial es si ello redundaba en beneficio de la menor.
3. Los informes sicosociales no consideran perjudicial el traslado, si bien apuntan por una postura conservadora, en tanto muestran su recelo a los cambios, sin causa que lo justifique.
4. Con la edad de la menor los cambios son fácilmente asumibles para la hija, incluido el cambio de lengua vehicular para la enseñanza que pasa del castellano y euskera al catalán y castellano.
5. El poder mantener el contacto diario con su nuevo hermano redundaba en beneficio de la menor.
6. La atribución, en este caso, de la totalidad del coste del traslado a la madre (extremo no impugnado), potencia el contacto del padre con la menor, lo que redundaba en beneficio de ésta.
7. Se ha fijado un régimen de visitas como consta en los antecedentes de hecho de esta sentencia que lejos de anular la figura paterna, le reconoce un papel relevante durante los fines de semana alternos y los períodos vacacionales, permitiendo visitas no programadas (sin perjuicio del previo aviso).

Ha establecido el Tribunal Constitucional: En relación con el principio de proporcionalidad, y las medidas restrictivas de derechos que se ha de concretar, en las tres siguientes condiciones: ‘si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido

estricto)’ (STC 199/2013, de 5 de diciembre , FJ 7). STC, Constitucional sección 1 del 13 de febrero de 2014, sentencia: 23/2014, recurso: 3488/2006.

De la referida doctrina se deduce que en la sentencia recurrida se respeta el principio de proporcionalidad en tanto que se adopta la medida que más se adapta a la protección del interés de la menor, equilibrando, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores, dado que nunca podrá ser igual que antes de la crisis conyugal” (F.D. 4º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: la acción de reclamación de determinación de filiación no matrimonial es imprescriptible al ser una manifestación del principio preferente de protección de la persona, y ello con independencia de la conducta desleal inferida de actos propios relativos a derechos sucesorios no sometidos a debate.

STS (Sala 1ª) de 12 de enero de 2015, rec. nº 150/2013.

“(…) Doctrina del Tribunal Supremo.

(i)- Las acciones de reclamación de filiación son imprescriptibles. ‘Las razones por las que la ley declara imprescriptible una acción obedecen a la necesidad de proteger determinados principios o intereses generales que son superiores a otros presentes y absolutamente legítimos, pero que no tienen la preponderancia de aquellos especialmente protegidos. Siguiendo este argumento, la acción para reclamar la determinación de la filiación biológica es una manifestación del principio de protección de la persona, que es preferente en nuestro ordenamiento por declaración expresa del art. 10 CE y para ello, en el art. 39.2 CE se afirma que la ley posibilita la investigación de la paternidad, que va a abrir la puerta a las obligaciones impuestas en el párrafo tercero del propio art. 39 CE. Consecuencia de ello, el Código Civil trata de forma distinta la prescripción en las acciones de impugnación y las de reclamación: estas son imprescriptibles para el interesado, es decir, el hijo, quien puede ejercerlas durante toda su vida’ (SSTS. de 11 y 12 de abril de 2012).

(ii)- El retraso en el ejercicio de la acción de reclamación de filiación desde que la actora conoce su origen biológico, teniendo en cuenta la imprescriptibilidad de las acciones de filiación durante la vida del hijo, no constituye, en principio, abuso del derecho.

‘La pretensión de que se considere abusivo que el hijo ejercite una acción de reclamación mucho tiempo después de haber conocido su origen biológico, resulta contraria a los principios protegidos en el ordenamiento jurídico, que priman la dignidad de la persona frente a los que los recurrentes consideran vulnerados’ (SSTS, de 11 y 12 de abril de 2012)

(iii)- Declara el Tribunal Supremo que, en principio, las motivaciones económicas para conseguir el éxito de una reclamación de filiación son lícitas.

(iv)- La tan citada sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2012 hace una afirmación, a saber, que no puede excluirse como regla general, que una reclamación de filiación pueda resultar efectuada en fraude de ley, pero para que pudiera declararse así se requeriría la determinación de la norma defraudada y el resultado contrario que produciría en el ordenamiento jurídico español.

Doctrina de la sentencia recurrida.

Dicha sentencia, aunque con una sistematización poco ordenada, (i) no niega la imprescriptibilidad de las acciones de reclamación de filiación, (ii) no entiende que ‘per se’ el retraso en el ejercicio de la misma sea abusivo o desleal y (iii) tampoco califica como abusivo que sean intereses económicos los que animen e induzcan a la parte a su toma de postura.

Deja claro que es ese retraso en el ejercicio de la acción, ‘en unión de otros factores’, lo que justifica que aquél se considere abusivo por ser desleal.

Por tanto, son las concretas circunstancias que rodean el ejercicio de la acción las que hacen inferir el carácter abusivo de la misma.

(...) lo que la sentencia recurrida sanciona como desleal no es el ejercicio tardío de la acción sino las circunstancias concretas que lo rodean, fruto de actos propios y voluntarios de la actora recurrente, puntualizando que dirige su acción a la maternidad, obviando la paternidad” (F.D. 5º).

“Decisión de la Sala.

La sentencia recurrida contradice la doctrina de esta Sala, pues la conducta desleal inferida de actos propios, (...), se pone muy especialmente en relación con derechos sucesorios, aquí no sometidos a debate, por haberse rechazado en su momento la acumulación de acciones, cuando la realidad es que se está ejercitando solo y exclusivamente una acción de reclamación de filiación materna no matrimonial.

(...) Todo el debate para calificar su conducta procesal de desleal y de ir contra sus propios actos se concentra en su pasividad en relación con los derechos sucesorios relacionados con los ‘progenitores registrales’ y con la ‘madre biológica’, que no le negó serlo.

No obstante, (...), ello podrá ser objeto de valoración y calificación en hipotéticos litigios de futuro en los que ahora no puede entrar esta Sala por no ser objeto del presente.

Cercenar por abusiva o desleal una acción en cuya virtud solo se decide algo tan consustancial a la dignidad de la persona como es su filiación por haber utilizado la actora los tiempos con fines sucesorios no es posible, sin perjuicio, (...), de que tales retrasos y combinaciones temporales puedan valorarse con arreglo a derecho

en futuros litigios con pretensiones de otra naturaleza, si llegasen a plantearse” (F.D. 6º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: no perjudica el interés del hijo menor el cambio de la atribución de la vivienda familiar del padre, por otra perteneciente proindiviso a ambos progenitores, que anteriormente fue residencia de la familia y sobre la cual existía un contrato de arrendamiento que ahora se extingue.

STS (Sala 1ª) de 16 de enero de 2015, rec. nº 2178/2013.

“Los actuales litigantes don Fermín y Doña Eulalia formaron una pareja de hecho, análoga al matrimonio, habiendo tenido un hijo” (F.D. 1º).

“(…) en la sentencia que puso fin a las medidas sobre el hijo menor se atribuyó a éste y a su madre, por acuerdo entre las partes, el uso de la vivienda familiar. Pasado un tiempo, el padre reclama, como modificación de medidas, que se sustituya el uso de la vivienda que ocupan, que es de su propiedad, por otra situada en lugar cercano que pertenece proindiviso a ambos y que en este momento ha quedado libre del arrendatario que la ocupaba” (F.D. 2º).

“(…) Recogiendo las ideas básicas de la jurisprudencia de esta Sala, aplicándola al caso que ahora se plantea, aparece que el interés del menor, siempre prevalente, no queda mermado por el cambio de domicilio. Precisando, además, que la vivienda que ahora ocupa es la vivienda que fue familiar en el momento de la separación, pero la que la Audiencia Provincial ha fijado a partir de ahora fue también la vivienda familiar en su momento. En ambas, ha sido algo indiscutido que el interés de menor quedó cubierto.

(…) En el caso presente, la circunstancia de quedar disponible el piso propiedad de ambos, pro indiviso, es circunstancia de hecho que, como entiende la Audiencia Provincial es bastante para cambiar el régimen sobre la vivienda, tanto más cuanto las situaciones de crisis en la convivencia no pueden dar lugar a una verdadera, en la práctica, expropiación del propietario” (F.D. 3º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: pensión compensatoria: el desequilibrio económico se identifica con una disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante: la mera desigualdad económica no se traduce en la existencia de un desequilibrio para el más desfavorecido: las causas del desequilibrio para el cónyuge más desfavorecido deben venir de pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia.

STS (Sala 1º) de 19 de febrero de 2014, rec. nº 2258/2012.

“(…) La existencia de un desequilibrio económico entre los esposos en el momento de la ruptura de la convivencia, con respecto a la situación que tenían hasta entonces, constituye un presupuesto de hecho requerido por la norma jurídica, sin el cual no es posible el reconocimiento de la pensión compensatoria. Los dos puntos de referencia obligada son el momento de la ruptura-que ha de servir para

comparar las situaciones económicas vigentes hasta ese instante con las posteriores- y el elemento personal, -pues lo que se han de comparar son las situaciones personales de ambos cónyuges referidas a ese momento-.

(...) El desequilibrio ha de traer causa en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, razón por la cual la pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir a este en la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial.

(...) Los criterios de ponderación establecidos en el art. 97 del Código civil no permite su aplicación fragmentada o particularizada en razón ya de la valoración de la concesión de la pensión, o bien respecto de su pertinente cuantificación: sino que se aplican sistemáticamente conforme a las circunstancias del caso en el curso de las funciones que desempeñan en orden al establecimiento o no de la pensión compensatoria y su correspondiente cuantificación (F.D. 2º) [F.M.T.].

Jurisprudencia: pensión compensatoria: la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos, puede haber desequilibrio “cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares”, pero no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial.

STS (Sala 1ª) de 20 de febrero de 2014, rec. nº 2489/2012.

“(…) la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos, puede haber desequilibrio ‘cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares’ (...) la independencia económica impedirá que nazca el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, compatible con diferencias salariales, si no son notorias. Si ambos esposos trabajan, y sus ingresos, valorando la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta, no son absolutamente dispares, la mera desigualdad económica no se va a traducir en la existencia de un desequilibrio para el más desfavorecido susceptible de ser compensado mediante una pensión a cargo del que lo fue en menor medida, pues lo que la norma impone es una disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante.

(...) cuando el reconocimiento de la pensión a favor de la esposa se hace descansar en la mera constatación de su situación de desigualdad económica, con respecto a su marido, en atención al dato de la obtención de ingresos que cada uno percibe por su trabajo profesional, aisladamente considerado, se vulnera los parámetros apuntados por la doctrina jurisprudencial contrarios a identificar el necesario desequilibrio económico con una disparidad no desequilibrante, ya por no resultar

reputada como absolutamente dispar, o bien por no confrontar la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que va a tener que soportar a resultas de esta.

(...) la valoración del desequilibrio económico n sólo se proyecta sobre la situación resultante tras el divorcio, sino también desde la perspectiva causal que sustente dicho desequilibrio de pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas de promoción y mejora por la mayor dedicación de la esposa o, en su caso, a la actividad profesional o empresarial de su marido” (F.D. 2º) [F.M.T.].

Jurisprudencia: el TS entiende que procede la denegación del régimen de visitas de los abuelos con los nietos concurriendo como justa causa la existencia de un proceso penal abierto contra el padre de los menores por abusos sexuales en el que los abuelos han tomado partido por el hijo acusado.

STS (Sala 1ª) de 20 de febrero de 2015, rec. nº 1320/2014.

“La Sala tiene sentado un cuerpo de doctrina respecto del régimen de visitas y comunicación entre abuelos y nietos (...) Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deben tener siempre como guía fundamental el ‘interés superior del menor’ (STS 28 de junio de 2004), si bien, y en aras de ese interés, se prevé la posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, (...) cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia un progenitor.

(...) la Sala parte de la regla de que no es posible impedir el derecho de los niños al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con sus progenitores por diversos motivos.

(...) Ahora bien, el artículo 160. 2 del Código Civil sí permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no es definida y, en consecuencia, debe examinarse en cada caso, sirviendo de guía, (...), para tal valoración el interés superior del menor.

(...) se ha de estar a las circunstancias del caso y valorar singularmente en cada uno de ellos si lo que el Tribunal considera probado constituye una causa relevante y de entidad como para ser calificada de justa a efectos de impedir, aunque sea transitoria y coyunturalmente un régimen de visitas y comunicación de los abuelos con los nietos, si se tiene en consideración el papel que desempeñan los abuelos de cohesión y trasmisión de valores en la familia según recoge la Exposición de Motivos de la Ley 42 de 2003 de 21 de noviembre por la que se modificó el artículo 160 del Código Civil , entre otros” (F.D.7º).

“(...) el riesgo actual que puede suponer para los menores acordar el régimen de visitas de los mismos con sus abuelos paternos, razonando de modo lógico y no arbitrario sobre la justa causa que justifica su decisión. (...); y valorando los informes de los profesionales que constan en ellos se coincide con la conclusión del

Tribunal, pues las circunstancias del presente supuesto no obedecen simplemente a una falta de entendimiento de los abuelos con la progenitora, sino a la existencia de un proceso penal abierto contra el padre de los menores por presunto abuso sexual respecto de ellos, y de ahí las atinadas valoraciones del Tribunal a pesar de reconocer, como la juzgadora de la primera instancia, la dificultad que encierra negar o permitir la medida. Opta por lo más prudente en interés de los menores y será el devenir de los acontecimientos el que pueda justificar, en su caso, una modificación de la misma” (F.D. 8º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: pensión compensatoria: el amplio período de tiempo dedicado en exclusiva a las atenciones familiares y su influencia negativa en el desarrollo profesional puede determinar una compensación al determinar que la pensión cotizada sea menor.

STS (Sala 1ª) de 21 de febrero de 2014, rec. nº 2197/2012.

“(…) la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, la circunstancias contenidas en el art. 97.2 CC tienen una doble función: a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión.

(…) por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura” (F.D. 3º) [F.M.T.].

Jurisprudencia: constituye una valoración arbitraria e ilógica de la prueba documental aquella que valora el documento en que no fue parte el demandante (convenio regulador) de forma fraccionada, reteniendo lo que perjudica a una parte y despreciando lo que le beneficia.

STS (Sala 1ª) de 6 de marzo de 2015, rec. nº 2317/2013.

“(…) 2. La determinación del objeto del pleito, con incidencia en la acreditación y prueba del hecho en el que se sustenta, se ha visto entorpecida por una acción legítima pero anómala, que dio lugar a que se articulase como excepción la falta de legitimación activa.

Tal acción no es otra que la desplegada por la esposa del demandado, doña Noelia, pues no litiga ella sino su padre don Moisés, al que representa, pero, sin embargo

para fundar la acción ejercitada por el representado presenta documentación propia, conteniendo pactos convenidos con su exmarido para regular la separación y el divorcio.

(...) En el caso presente, y por la ligazón expuesta entre representado y representante [padre e hija respectivamente], se aporta el convenio regulador aprobado judicialmente de fecha 1 de enero de 1997 que regulaba las medidas subsiguientes a la separación conyugal de doña Noelia y don Federico, y acogiéndose a la cláusula sexta, (...), se colige, y es razonable, la existencia de un préstamo, cuantía y finalidad, ya que su devolución se hace depender de la venta de la vivienda de la que ambos cónyuges son copropietarios, pues se detraería del precio de la vena a tal fin.

4. Sin embargo, no cabe valorar un documento y sus avatares modificativos posteriores reteniendo lo que perjudica a una parte y despreciando lo que le beneficia, y así puede calificarse la valoración llevada a cabo en la presente causa y, de ahí que se considere ilógica y con error patente por lo que sigue: i) El 21 de junio de 2007 se homologó `por sentencia el convenio regulador de 8 de enero de 2006, en el que desaparece las previsiones de la cláusula sexta de los precedentes y se pacta la liquidación del régimen económico matrimonial. (...). El modo de llevar a cabo la liquidación es adjudicar la vivienda a su esposa, quien como contraprestación se compromete a abonar al Sr. Federico la cantidad de cincuenta y tres mil cuatrocientos noventa euros (53.490 €), en forma aplazada, y también a abonar a partir del próximo mes de febrero de ese año la totalidad de la cuota hipotecaria que en la actualidad grava el inmueble; ii) Se constata que de la previsión inicial ha desaparecido el préstamo al padre de ella, que era una obligación derivada de la adquisición del bien como también lo era el garantizado con hipoteca, que sí se recoge como subsistente y no cancelado; iii) Siendo ello así la explicación racional, y más en la situación de crisis matrimonial y emocional de los cónyuges, es que el préstamo se hubiese satisfecho, que la hija del actor asumiese su pago al ser quien según éste recibió el dinero, o bien que el padre, al ser ella la adjudicataria del bien, se lo condonase; iv) Desde luego lo que no es lógico, y de ahí el error patente, es entender que una liquidación del régimen económico matrimonial tan detallada, olvide un extremo tan importante como es la existencia de un préstamo a favor del actor; v) Consecuencia de ello es que si el actor en el ejercicio de la acción en que lo representa su hija, no tiene más elemento de prueba para acreditar el hecho constitutivo de su pretensión que los convenios reguladores entre ella y su marido, consecuencia de la separación y posterior divorcio, debe aceptarlos en su integridad, sin fragmentarlos y, de ser así, según lo expuesto, no constaría acreditada la existencia del préstamo exigible en que funda su pretensión” (F.D. 5º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: pensión compensatoria: la herencia puede tenerse en cuenta a la hora de juzgar sobre la existencia o inexistencia del desequilibrio actual, puesto que conforme a los hechos probados se evidencia la superación de tal desequilibrio.

STS (Sala 1ª) de 17 de marzo de 2014, rec. nº 1482/2012.

“(…) Es razonable valorar el hecho de que recibir una herencia como una circunstancia no previsible y, por ende, que no procedía tomar en cuenta cuando se fijó la pensión compensatoria. Entendida pues como una circunstancia sobrevenida, de imposible o difícil valoración a priori, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, la percepción de la herencia tendría cabida en el concepto de alteración sustancial de aquellas iniciales circunstancias, que es el presupuesto contemplado en el art. 100 CC para que pueda estimarse la pretensión de modificar la cuantía de la prestación reconocida. Sin embargo, que en la práctica tal alteración tenga efectivamente lugar con ese carácter de sustancial o esencial a consecuencia de la herencia aceptada es algo que no puede afirmarse sino tras examinar las circunstancias del caso concreto, y en particular, después de valorar su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor corresponde sobre los bienes que la integran, y, en suma, la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente (pues sin esa rentabilización, la mera aceptación de la herencia no se va a traducir en una mejora de la situación económica)” (F.D 2º).

“(…) el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, y como tal determinante de su modificación o extinción” (F.D. 3º) [F.M.T.].

Jurisprudencia: pensión compensatoria: el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando concurre la crisis matrimonial.

STS (Sala 1ª) de 18 de marzo de 2014, rec. nº 201/2012.

“(…) El desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos.

(…) El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial. A partir de entonces se desvinculan los patrimonios de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal y, en su caso, de la modificación o extinción de las medidas que pudieran haberse acordado en el momento del divorcio. Lo demás supone mantener tras la ruptura una vinculación económica entre cónyuges distinta de la que la ley autoriza, y, propiciar, en definitiva, una suerte de problemas añadidos y en ningún caso deseables.

(…) El desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar

lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial” (F.D. 2º) [F.M.T.].

Jurisprudencia: pensión compensatoria: está sujeta al principio dispositivo y puede modificarse en un posterior procedimiento de divorcio si se alteran sustancialmente las circunstancias en relación con lo pactado: dentro de alteración sustancial no se incluyen las modificaciones excluidas en los pactos.

STS (Sala 1ª) de 25 de marzo de 2014, rec. nº 1313/2011.

“(…) Dentro de “alteración sustancial” no pueden incluirse las modificaciones que fueron excluidas en los pactos, por importantes que fuesen, pues dichas alteraciones lejos de ser sorpresivas fueron especialmente previstas, contractualmente dentro del margen legal que establece el art. 1255 CC (F.D.2º).

“(…) El convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual ya no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos.

(…) No es alteración sustancial que el cónyuge acreedor de la pensión obtenga un trabajo remunerado, si el convenio regulador ha previsto expresamente que esta circunstancia no justificará la modificación de la pensión” (F.D. 3º) [F.M.T.].

Jurisprudencia: atribución del uso de la vivienda a favor del cónyuge no titular de la vivienda familiar y sin hijos: quien la solicite debe acreditar que, realmente, necesita seguir usándola como residencia, aunque sea temporalmente, así como que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte.

STS (Sala 1º) de 25 de marzo de 2015, rec. nº 2446/2013.

“(…) el hecho de que la recurrente sea la cuidadora de su hermana a efectos de la Ley de dependencia, y de que la otra persona que convive con su hermana sea la madre de ambas, que padece Alzheimer, con lo que resulta lógico deducir que el uso de la vivienda familiar sea innecesario por el carácter limitadísimo que haría de él, si es que lo hace” (F.D.3º).

“(…) No bastará con que el cónyuge que solicite la atribución del uso de la vivienda familiar tenga mejor capacidad económica que el otro, sino que es necesario acreditar que, realmente, necesita seguir usándola como residencia, aunque sea temporalmente, así como que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte” (F.D.5º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: pensión compensatoria: las alteraciones sustanciales que dan lugar a la extinción de la pensión compensatoria no pueden ser circunstancias fugaces o efímeras.

STS (Sala 1ª) de 26 de marzo de 2014, rec. nº 953/2012.

“(…) Por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial.

(…) La pensión compensatoria no pretende equilibrar patrimonios, pero sí nivelar el desequilibrio existente, que en este caso es manifiesto, dado que los ingresos son abrumadoramente desiguales.

(…) Las alteraciones sustanciales que dan lugar a la extinción de la pensión compensatoria deben reunir el carácter de estables por lo que cabe destacar las fugaces o efímeras. Por tanto no pueden tenerse en cuenta una modificación o alteración transitoria, siendo necesario que reúnan caracteres de estabilidad o permanencia” (F.D. 4º) [F.M.T.].

Jurisprudencia: alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulta un factor determinante para adjudicarle el uso de la vivienda familiar.

ATS (Sala 1º) de 15 de abril de 2015, rec. nº 656/2014.

“(…) la parte recurrente sostiene en su motivo de recurso que conforme a la doctrina citada y el artículo 96 del C. Civil no se hace distinción alguna entre los hijos menores de edad y los hijos mayores que continúan siendo dependientes económicamente de sus progenitores y aunque no contempla el supuesto de atribución de la vivienda familiar, conforme a la doctrina citada el uso de la vivienda habitual y de los objetos de uso ordinario en ella deberá corresponder a los hijos y al cónyuge con quien los mismos deseen convivir.

Examinada la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre esta materia, debe de precisarse que, tal y como refiere la resolución impugnada, recoge que si bien ha venido manteniendo que el derecho regulado en el párrafo primero del artículo 96 del C. Civil ha de hacerse extensivo a los hijos mayores de edad, que carentes de autonomía económica, continúen residiendo en el domicilio familiar, sin embargo no puede desconocerse que el Tribunal Supremo en sentencias de 5 de septiembre

de 2011 y 30 de marzo de 2012, determinan que ‘alcanzada la mayoría de edad la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulta un factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del C. Civil y en consecuencia no tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir’” (F.D. 3º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: tienen carácter privativo los beneficios destinados a reserva voluntaria de acciones de carácter privativo de la sociedad de la que es titular uno de los cónyuges.

SAP Madrid (Sección 24ª), de 9 de enero de 2014, rec. nº 957/2012.

“(…) 3.- Solicita también la recurrente que se incluya un crédito de la sociedad de gananciales frente al Sr. León, en función de su participación del 47,48% en la entidad Bingo Santven, S.A., por los beneficios dados en el año 2009, 38.950 € y por las cantidades dejadas como reserva voluntaria de dicha entidad, imputables a dichos beneficios por el incremento experimentado por el Sr. León en el valor de sus acciones.

El artículo 1327.2 del Código Civil establece que son bienes gananciales los frutos, rentas, e intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales. Ciertamente, la Jurisprudencia mayoritariamente se inclina por la consideración de frutos que merecen los beneficios destinados a reservas no repartidos en su momento como dividendos entre los socios. Y ello, con fundamento en lo dispuesto en el art. 1347.2 del Código Civil y la remisión que el artículo 36 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada realiza a los artículos 68 y 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, al disponer que finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios de la explotación de la sociedad integrados en reservas.

Tratamiento distinto merecen los beneficios no distribuidos, cuando es la Junta societaria la que es soberana para decidir conforme a las mayorías exigidas, el reparto o no de sus beneficios sociales. En esta materia, sí es unánime la Jurisprudencia que considera que para convertir en derecho concreto de crédito el abstracto del accionista a participar en los beneficios sociales, es necesario el acuerdo de la Junta que, como órgano soberano de formación de la voluntad general, es el que decide el destino de los beneficios, bien a aumentar las reservas sociales o por el contrario a distribuirlas entre sus socios como dividendos.

Los beneficios de la sociedad anónima, de la que es socio el apelado, como titular de unas acciones que tienen carácter privativo y que han sido destinados a reservas, no han salido de la propia entidad, que ostenta su propia personalidad jurídica independiente, ni se han incorporado de alguna manera al patrimonio del apelante o al ganancial, ni en definitiva, tienen la consideración de frutos o rentas de un bien privativo, siendo éstos los que comparten la naturaleza ganancial, de acuerdo con lo

dispuesto en el art. 1.347.2º del Código Civil; esos beneficios no son dividendos repartidos a los socios, que sí tendrían la consideración de frutos civiles, sino incrementos invertidos en la propia sociedad, de los que no participa el socio por esta condición; por otro lado, que la participación del socio se haya revaluado como consecuencia de tal aplicación, es algo que no influye en la consideración como ganancial del incremento, en la medida en que las plusvalías generadas por inversiones ajenas a fondos gananciales, o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, no comparten la naturaleza ganancial, y ello al margen de que esa revalorización o plusvalía, deba evaluarse, no en el momento en que tiene lugar, sino en el del reparto de dividendos, que sí tendrían naturaleza ganancial, o en el de la liquidación de la propia sociedad” (F.D.1º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: se excluye del activo del inventario de la sociedad de gananciales la indemnización laboral derivada de la incapacidad permanente total percibida por uno de los cónyuges durante el matrimonio por considerarse un suceso estrictamente personal ajena a su condición de casado.

SAP de A Coruña (Sección 4ª) de 23 de enero de 2014, rec. nº 504/2013.

“(…) La STS de 26 de junio de 2007 va abordando las distintas situaciones que se ofrecen con respecto a las indemnizaciones laborales.

(…) El resumen de la doctrina de esta Sala lleva a la conclusión que existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, deba tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, queda excluida de la sociedad y formará parte de los bienes privativos de quien la percibió. Estos dos elementos son: a) la fecha de percepción de estos emolumentos: si se adquirieron durante la sociedad de gananciales, tendrán esta consideración, mientras que si se adquieren con posterioridad a la fecha de la disolución, deben tener la consideración de bienes privativos de quien los percibe; b) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y que, por esto mismo, no son bienes gananciales porque son intransmisibles (sentencias de 25 marzo 1988 y 22 diciembre 1999), mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tendrán este carácter (sentencia de 20 diciembre 2003).

(…) Tal doctrina es ratificada por la STS de 18 de marzo de 2008, igualmente en un caso de indemnización por despido.

(…) En esta sentencia se ponderan sendos requisitos para proclamar la ganancialidad de la indemnización por despido, que condicionan la solución adoptada, cuales son:

1) El derecho al trabajo permanece incólume, ya que el trabajador despedido sigue en el mercado de trabajo y puede contratar su fuerza laboral inmediatamente después del despido.

2) El derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo no se ha lesionado en absoluto.

De nuevo, en un caso de despido, se ratifica tal doctrina en la STS de 28 de mayo de 2008, añadiendo un argumento adicional: ‘indemnización por despido constituye una compensación por el incumplimiento del contrato y por ello mismo va a tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato, siempre que se hayan producido vigente la sociedad de gananciales’.

2.3 La solución al caso controvertido en este litigio.

Ahora bien, en el caso presente, no nos encontramos ante una indemnización por despido derivada de un incumplimiento contractual a las que se refieren las precitadas sentencias de la Sala 1ª de nuestro más Alto Tribunal, y en las que permanecía incólume la capacidad de trabajo del marido, sino que, por mor de una enfermedad común, que el mismo sufre y que afecta directamente a su salud, que conforma un bien personalísimo, padece una merma de su capacidad laboral que le imposibilita permanentemente para el ejercicio de su profesión habitual -bien igualmente personal- lo que provocó la extinción de la relación laboral con la empresa para la que trabajaba.

No es por lo tanto una indemnización por incumplimiento contractual del empresario, sino por enfermedad común, ajena, por lo tanto, a la observancia de las obligaciones directamente dimanantes del vínculo contractual laboral, más próxima, aunque no idéntica, a la proveniente de un accidente.

(...) Las sumas percibidas tienen una vocación de futuro para resarcir al apelado de una disfunción física con repercusión directa en la posibilidad de ejercitar su profesión habitual, de la que se ha visto permanentemente y de forma total privado, por causa ajena a su voluntad, a consecuencia de una dolencia en su personalísimo patrimonio biológico.

El origen de la indemnización nació pues de una vicisitud estrictamente personal del apelado ajena a su condición de casado.

(...) A diferencia de los argumentos esgrimidos en la jurisprudencia antes reseñada, en el presente caso, el derecho al trabajo no permanece incólume, sino altamente mermado, y el derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo negativamente disminuido.

(...) En este caso entendemos que el bien afectado es la integridad física de la persona -lo que provocó la extinción del contrato- y el resarcimiento que se pretende con la indemnización busca compensar el menoscabo sufrido por el lesionado, que limita su capacidad laboral.

(...) En definitiva, ante el dilema de que prevalezca el carácter patrimonial de la indemnización derivada de la relación laboral, o su consideración en la merma física padecida, la SAP de Zaragoza, de 20 de octubre de 2005, considera igualmente

privativa una prestación por incapacidad permanente absoluta percibida por uno de los cónyuges al considerar que debe primar el aspecto compensador de un perjuicio personal como es la merma física, cuya etiología es aquí por enfermedad común, que le anula de manera absoluta su capacidad laboral” (F.D. 2º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales, y por tanto el momento al que debe referirse el contenido del activo y pasivo de la sociedad coincide con la fecha de la separación de hecho cuando es mutuamente consentida, seria, prolongada y ratificada por actos subsiguientes: constituye un crédito del activo de la sociedad de gananciales el importe de la revalorización del inmueble privativo del marido como consecuencia de las mejoras realizadas en el mismo con dinero ganancial.

SAP de Murcia (Sección 4ª) de 6 de marzo de 2014, rec. nº 110/2014.

“(…) 4º.- El momento al que debe referirse el contenido del activo y pasivo de la sociedad ganancial será, en principio, el de la extinción legal de la sociedad de gananciales. Pero en los casos de separación de hecho mutuamente consentida, seria, prolongada y demostrada por actos subsiguientes, sin llegar a ser una nueva causa de extinción de la sociedad de gananciales, sí se producen algunos efectos similares a la disolución de la sociedad ganancial, aunque sólo en la relación interna entre los cónyuges, de tal manera que desde esa definitiva (‘irreversible’ dice la STS de 21-2-08) ruptura, desaparecido el fundamento de la comunidad que es la convivencia, no pueden vincularse las ganancias de las partes a esa comunidad, surgiendo un nuevo régimen económico matrimonial cuyos efectos son los propios de la separación absoluta de bienes.

(…) El momento temporal de la separación de hecho de los esposos, determinó también la fecha de extinción del correspondiente régimen económico matrimonial. (...) nos encontramos en presencia de una separación de hecho mutuamente aceptada y consentida. Además reúne las notas de seria, prolongada y demostrada por actos subsiguientes, y en concreto por la posterior presentación de la demanda de divorcio y por la adopción de medidas provisionales. Obsérvese que la duración y prolongación del período temporal de esa separación de hecho, no constituye el dato fundamental a valorar en tales casos, sino más acertadamente, una apreciación conjunta de todos ellos, que acrediten, como aquí acontece, la realidad estable e inequívoca de vidas, domicilios y economías disgregadas e independientes” (F.D. 2º).

“(…) conforme a lo dispuesto en el artº. 1395 del Código Civil, la sociedad de gananciales ostenta la titularidad de un crédito frente al esposo, propietario de la vivienda, equivalente al incremento de valor de dicho inmueble como consecuencia de las mejoras efectuadas con dinero ganancial constante el matrimonio” (F.D. 4º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: estimación del derecho de reembolso de las aportaciones realizadas con fondos gananciales al plan de pensiones de uno de los cónyuges constante el matrimonio, aunque declara el carácter privativo de los importes que en su día genere el plan.

SAP de Vizcaya (Sección 4ª), de 10 de abril de 2014, rec. nº 721/2013.

“(…) En nuestra Sentencia del 19 de mayo de 2010 (…) recogemos el criterio de esta sala en los siguientes términos:

(…) ‘la doctrina ha discutido acerca de la naturaleza de las aportaciones que los empresarios efectúan a los Planes de pensiones del sistema de empleo y, más en concreto, se puede plantear la cuestión de si constituyen o no prestaciones que deban tener la consideración de salario. Si se optara por la afirmativa, las aportaciones al Plan de pensiones efectuadas por el empresario del hoy recurrente (en este caso el apelado) deberían ser consideradas como bienes gananciales, mientras que si se opta por la otra alternativa, al no pertenecer al salario, deben quedar excluidos de tal condición.

La primera nota que distingue los Planes de pensiones de los salarios está en que, si bien se trata de una prestación económica a favor del trabajador, no produce un incremento de su patrimonio, sino que pasan a formar parte de un Fondo de pensiones que será gestionado por un tercero, de manera que los partícipes no tienen ningún control sobre las cantidades integradas en el correspondiente Fondo. En el caso concreto que se discute en este recurso, el trabajador sólo podrá obtener los beneficios del Plan de pensiones si se cumplen el condicionante previsto, que es la jubilación del partícipe, y mientras esta contingencia no se produzca, no tiene ningún derecho a obtener ninguna cantidad. Además, el Plan de pensiones tiene la naturaleza de Plan del sistema de empleo en el que el promotor, es decir, la empresa, efectuaba la totalidad de las aportaciones; por ello, debe concluirse que no entra dentro de las prestaciones salariales que deban tener la naturaleza de bienes gananciales’.

‘Se concluye en la referida sentencia del Alto Tribunal que siendo la función del Plan de pensiones, cuya ganancialidad se discute en este recurso, la de completar las pensiones de jubilación a que tendría derecho el partícipe/trabajador en el momento de su retiro, debe considerarse que no forma parte de los bienes gananciales, por las mismas razones que esta Sala ha expresado en relación a la pensión de jubilación (la STS de 20 de diciembre de 2004 consideró que no es ganancial la pensión del marido ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no le es aplicable el art. 1358 del Código Civil), y por ello debe ‘declararse que el Plan de pensiones concertado a su favor por la empresa donde éste presta sus servicios profesionales tiene la consideración de bien privativo del marido’.

‘Precisar que no debemos confundir la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de la Sala 1ª de fechas 18 de junio de 2008, 26 de junio de 2007, entre otras) acerca de las aportación que los empresarios efectúan a los Planes de pensiones del sistema de empleo, que se equiparan por dicha jurisprudencia a las pensiones de jubilación, con los fondos de pensiones constituidos por los particulares que tienen naturaleza privada y que no son más que una fórmula de ahorro’.

‘Desde esta óptica las aportaciones realizadas por el recurrido al plan de pensiones, en la cuantía que se determine, es ganancial’.

Siguiendo el criterio anteriormente expuesto, las aportaciones realizadas al plan de pensiones constante matrimonio deben pasar a formar parte del activo de la sociedad debidamente actualizadas, si bien como es lógico la percepción de los importes que en su día de el plan tienen carácter privativo” (F.D. 1º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: consentimiento matrimonial: falta de consentimiento por carencia de capacidad del otorgante por enfermedad terminal: improcedencia: ausencia de prueba sobre la falta de capacidad.
SAP de Palma de Mallorca de 18 de junio de 2014, rec. nº 39/2014.

“(…) Si bien el matrimonio que pudiéramos considerar habitual presenta su proyección temporal en una doble y natural vertiente: por un lado la previa a su formalización, consistente normalmente en el inicio de una relación sentimental, la estabilización de la misma y el posterior surgimiento del deseo mutuo de casarse para formalizar, con el tradicional enlace, la relación de hecho previamente surgida; y, por otro lado, una vertiente de futuro, cual es la de reforzar y mantener dicha relación con asunción de los derechos y deberes inherentes a la familia. Sin embargo, en el matrimonio celebrado en peligro de muerte tal desdoblamiento temporal no concurre, al no presentar, por su propia naturaleza y en un principio, una proyección de futuro de convivencia en familia, por lo que su razón de ser estaría fundada esencialmente en la existencia de dicha relación sentimental previa que le serviría de natural soporte (que como hemos visto concurre en el caso de autos), a la que se uniría un deseo matrimonial sobrevenido que puede tener contenidos plurales y diversos (sentimentales, espirituales, religiosos, sociales, etc.) que no son contradictorios ni incompatibles con el eventual deseo de suplir, a través de los derechos inherentes a la viudedad, la ausencia de la ayuda que la persona desahuciada pudo existiendo dicho legítimo soporte sentimental de origen, naturalmente reforzado por la proximidad y consuelo durante la enfermedad terminal al compañero finalmente fallecido, pueda el acto final de formación de tal voluntad y de emisión del consentimiento matrimonial in articulo mortis disccionarse y simplificarse a posteriori hasta el punto de hallar en el resultado económico sobrevenido tras la muerte del consorte (cual sería el cobro de una pensión de viudedad o la adquisición de determinados derechos sucesorios) la única consecuencia para la que habría servido aquella causa, pues ello desvirtuaría la propia naturaleza de la institución del matrimonio en peligro de muerte, admitido en nuestro Derecho, y conllevaría una compartimentación demasiado deshumanizada del alcance de los sentimientos de las personas, que además merecen especial sensibilidad cuando éstas se hallan en trance de fallecer” (F.D 4º) [F.M.T.].

Jurisprudencia: pensión compensatoria: supresión por acreditarse que la esposa ha pasado a tener ingresos propios que equilibran la situación: la pensión compensatoria no es una pensión vitalicia.

SAP de Oviedo de 16 de octubre de 2014, rec. nº 341/2014.

“(…) la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. La pensión compensatoria no se conceptúa necesariamente como una pensión vitalicia, siendo el criterio general el de establecer un límite temporal durante el cual se considera que dicho desequilibrio inicial puede restablecerse, permitiéndosele que de este modo en el plazo conferido pueda, con su propio esfuerzo, y de acuerdo con sus aptitudes estar en condiciones para acceder a la posición laboral y económica que le corresponda. Sin embargo, ello no siempre es posible, y nada impide considerar una concesión de una pensión compensatoria de una forma indefinida en función de las circunstancias concurrentes” (F.D. 3º) [F.M.T.].

Jurisprudencia: guarda y custodia: atribución en exclusiva al padre: irrelevancia de la condena penal por actos de violencia machista del padre contra su anterior pareja: el menor no es considerado víctima directa ni indirecta de los actos de violencia machista objeto del proceso penal.

SAP de Lérida de 31 de octubre de 2014, rec. nº 367/2014.

“(…) lo que debe prevalecer en todo caso es el interés de los menores, de modo que la regla que establece el art. 233-11.3 no es imperativa ni de aplicación automática, con la necesaria consecuencia de que la atribución de la custodia al padre- bien d forma exclusiva o bien en forma compartida- haya de quedar necesariamente excluida en los supuestos en que haya existido sentencia condenatoria o se encuentre en trámite un proceso de violencia sobre la mujer, sino que habrá que estar a las concretas circunstancias de cada caso, quedando excluida dicha posibilidad cuando se haya dictado sentencia condenatoria por actos de violencia de género de los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas, o cuando existan indicios fundados de que se han cometido este tipo de actos, pudiendo ser los hijos víctimas directas o indirectas” (F.D 2º).

“(…) se trata de dos hermanos por parte de madre, lo que comporta que al no tratarse de hijos comunes de los litigantes la atribución de la custodia de uno de ellos no ha de determinar necesariamente la del otro. Igualmente hemos dicho que hay que tener en cuenta que no estamos ante un criterio taxativo, y que este principio general de no separar a los hermanos se sustenta, igualmente, en el interés superior de los menores, y por ello si las circunstancias concurrentes comportan que un determinado régimen de custodia resulta más beneficioso para él, aunque implique separarle de un hermano, incluso de doble vínculo, ese será el régimen que deberá acordarse” (F.D. 3º) [F.M.T.].

Jurisprudencia: promesa de matrimonio: incumplimiento sin causa: resarcimiento de gastos referidos al enlace matrimonial: procedencia y prueba.

SAP de Málaga de 17 de noviembre de 2014, rec. nº 564/2014.

“(…) No puede acogerse una desmesurada interpretación del artículo 43 que en las expresiones “gastos hechos” y “obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido” incluya conceptos o partidas que se avienen mal con la relación de causalidad directa que deben guardar aquéllos y éstos con la promesa de matrimonio, conceptos que, además, no pueden incluir una especie de indemnización por daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre disposición de no contraer matrimonio, pese a la promesa, con las limitaciones que este precepto entraña en orden a las consecuencias económicas del incumplimiento” (F.D. 4º) [F.M.T.].

Jurisprudencia: la patria potestad se configura como un “deber-función” de los padres en beneficio de los menores, y su privación, siempre temporal, sólo puede acordarse ante graves incumplimientos de los deberes paterno filiales teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, en supuestos de evidente indiferencia y despreocupación hacia los hijos, de forma reiterada y dilatada en el tiempo.

SAP de Albacete (Sección 1ª) de 3 de diciembre de 2014, rec. nº 146/2014.

“(…) El art. 39 establece que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos e impone a los padres el deber de asistencia de todo orden a los mismos durante su minoría de edad y en los demás casos que en derecho proceda. Es decir, constitucionalmente se impone a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes, por razones de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno, y es la patria potestad la institución protectora del menor por excelencia.

(…) Dicha institución se configura no como un poder, sino como una función establecida en beneficio de los menores, que se reconoce a los progenitores con una labor de protección, educación y formación integral de los hijos cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial. Se concibe así como un derecho deber o como un ‘derecho función’.

(…) según reiterada jurisprudencia el art. 170 C.C., debe ser objeto de interpretación restrictiva, su aplicabilidad, exige que en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma, debiéndose atender siempre a criterios concretos no abstractos y genéricos, y siempre atendiendo al interés del menor en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados (arts. 39 C.E. EDL y 154 C.C.).

Por otra parte, tal privación será sin embargo, siempre temporal, como señala el art. 170.2 C.C., dado que podrá acordarse en el futuro la recuperación de dicho derecho-

función, siempre en beneficio del menor y acreditada (por el cambio de conducta del progenitor privado de aquél) la desaparición de las causas que motivaron aquella resolución” (F.D. 2º).

“(…) la situación descrita no es suficiente para privarle de la patria potestad, que sólo debe acordarse en supuestos de una evidente indiferencia y despreocupación hacia los hijos, de forma reiterada y dilatada en el tiempo, implicando un grave incumplimiento de sus deberes paterno filiales, que no es el caso, donde la madre, pese a no estar en compañía de los hijos, ha seguido manteniendo contacto con ellos, tanto personal como vía telefónica o capitular, que no se trata de un periodo dilatado, téngase en cuenta que los menores pasan a convivir con el padre a finales de diciembre de 2012 y el juicio se celebra el día 17 de febrero de 2014. Por tanto dicha conducta no debe merecer la sanción de la privación de la patria potestad, todo ello sin perjuicio de que el ejercicio, que es distinto a la titularidad, se ejerza por el progenitor que ostenta la guarda y custodia, como reza en el artículo 156, último párrafo” (F.D.3º) [S.R.LL].

Jurisprudencia: para que proceda una modificación de medidas en un procedimiento matrimonial se debe acreditar un cambio de circunstancias objetivo, de entidad suficiente, duradero en el tiempo, e imprevisto o imprevisible: la obligación de alimentos a los hijos menores no se reduce automáticamente por el nacimiento de un nuevo hijo de otra relación: es necesario conocer si se ha producido una alteración sustancial en la capacidad económica del alimentante para lo cual debe tenerse en cuenta también la capacidad económica de la madre del nuevo hijo.

SAP de Cáceres (Sección 1ª) de 12 de enero de 2015, rec. nº 498/2014.

“(…) los efectos de las sentencias matrimoniales, por las que se han de regir en lo sucesivo las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges e hijos (Arts. 92 y ss del CC), si bien producen excepción de cosa juzgada material, ello no significa que, una vez fijados tales efectos, se mantengan inalterables ante los distintos avatares por los que puede discurrir la fortuna y necesidades de los miembros de la unidad familiar, afectados por el proceso de nulidad, separación y divorcio.

Por ello, el legislador previó la posibilidad de variación de dichas medidas judicialmente señaladas (...) en los casos en los que se produjese una ‘alteración sustancial de circunstancias’, so pena de encontrarnos con continuos procedimientos de revisión de tales medidas con patente quiebra de la seguridad jurídica.

Lo cierto es, que los artículos 90 y 91 CC, se muestran respetuosos con el instituto de la cosa juzgada, dado que tan sólo permiten la modificación de los efectos complementarios sancionados en una sentencia firme en el supuesto de que se hayan alterado sustancialmente los factores que condicionaron su inicial adopción. Por lo cual,

(...) se exige, en orden al posible acogimiento de la acción modificativa, la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º.- Un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se intenta modificar.

2º.- Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios.

3º.- Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo.

4º.- Que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias.

Asimismo, el éxito de la pretensión se encuentra condicionada a la demostración, por quien demanda, de que la invocada alteración ha tenido lugar” (F.D. 3º).

“Respecto a los efectos o repercusión que el nacimiento de un hijo habido con otra pareja pueda tener en las medidas acordadas en sentencia de separación o divorcio, se ha pronunciado la STS de 30 de abril de 2013. Dice dicha sentencia que (...) ‘El interés casacional permite formular como doctrina jurisprudencial que el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad’” (F.D. 4º).

“En el supuesto examinado, el cambio de medida se argumenta en el hecho segundo de la demanda exclusivamente sobre la base del nacimiento de un nuevo hijo, fruto de la nueva relación sentimental con Doña Antonia , si bien, en el hecho tercero de la misma demanda, reconoce que sus ingresos son muy similares a los que tenía cuando se fijó la pensión alimenticia, pero que al haber aumentado sus cargas familiares con el nacimiento de este segundo hijo, se ve en la imposibilidad de abonar la pensión fijada en la sentencia.

Sin embargo, no hace referencia alguna a si esta nueva situación supone realmente una merma de su capacidad económica, pues incluso puede haber mejorado en razón al patrimonio de su pareja y madre de su segundo hijo, obligada también a su sostenimiento, cuyos recursos se ignoran” (F.D. 5º).

“(…) además de las necesidades de los hijos, a la hora de fijar la cuantía de la pensión alimenticia, debe tenerse en cuenta la capacidad económica del obligado a prestarla, y en el supuesto examinado, a la luz de las pruebas practicadas, los ingresos del padre han experimentado un incremento desde que se fijó en sentencia de separación.

(...) A ese incremento de salario debemos añadir las prestaciones que pueda percibir la madre del nuevo hijo, que aunque en la actualidad se encuentra como demandante de empleo, desconociéndose se percibe prestación alguna por dicho concepto, es lo cierto que dispone de capacidad para el trabajo, pudiendo obtener los ingresos necesarios para colaborar en los alimentos de su hijo. A lo anterior, debemos añadir que el apelante está haciendo frente a dos préstamos personales abonando una cuota mensual por ambos de unos 467 €, de manera que si tiene capacidad para abonar dichos préstamos, al menos la misma capacidad tiene para abonar la pensión alimenticia de la hija.

(...) Finalmente, aunque no se pueda hablar de una compensación en sentido jurídico, sí es de tener en cuenta el hecho de que la madre de la menor también ha tenido otro hijo, fruto de otra relación distinta, por lo que su capacidad económica para contribuir a los alimentos de la hija también se ha visto disminuida a consecuencia del nacimiento de otro hijo” (F.D. 6º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: custodia compartida: regla general en la legislación valenciana.

SAP de Alicante (Sección 9ª) de 2 de marzo de 2015, rec. nº 640/2014.

“(…) señalar que no se ha puesto de manifiesto en el recurso la existencia de ningún tipo de circunstancia que desaconseje el establecimiento de un régimen de convivencia compartida, debiendo tenerse en cuenta la doctrina sentada por la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala Civil y Penal) nº 9/2013, de 6 de septiembre (rec. nº 2/2013): ‘en la nueva regulación legal el establecimiento, o en su caso el mantenimiento, del régimen de custodia individual o monoparental requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, atendidos los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, con base a los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente asimismo expresamente recogidos en la Ley valenciana” (F.D. 2º) [J.B.D.]

Jurisprudencia: custodia compartida en la legislación civil valenciana: principios que la inspiran.

SAP Alicante (Sección 4ª) de 27 de febrero de 2015, rec. nº 542/2014.

“Con esta actuación legislativa se pretenden conjugar los dos principios fundamentales que concurren en los supuestos de no convivencia o ruptura de una pareja cuando existen hijos e hijas menores: por un lado, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores y, por otro, el derecho o deber de éstos de proveer a la crianza y educación de los mismos en el ejercicio de la responsabilidad familiar, cuyo ejercicio exigirá de ellos un mayor grado de diligencia, de compromiso y de cooperación” (F.D. 2º) [J.B.D.].

2. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Jurisprudencia: crisis financiera y dificultades económicas de la Empresa. Incumplimiento de la obligación de entrega: no concurre un supuesto de fuerza mayor.

STS (Sala 1ª) de 11 de diciembre de 2014, rec. nº 1198/2012.

“(…) El problema de la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable – fuerza mayor” (F.D. 5º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: doctrina de la cláusula rebus sic standibus: aplicación a un contrato de arrendamiento de un edificio destinado a establecimiento hotelero celebrado por un período de 25 años, con facultad de desistimiento del arrendatario, pasados 10 años del transcurso del mismo: excesiva onerosidad de las prestaciones con ruptura de la equivalencia entre las mismas, como consecuencia de una grave crisis económica sobrevenida en el sector de la hostelería: modificación del contrato: reducción en un 29% de la renta vigente en el momento de la interposición de la demanda.

STS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 2014, rec. nº 2992/2012.

“(…) En el motivo sexto se alega la infracción del art. 1258 del Código Civil y la jurisprudencia sobre la cláusula ‘rebus sic stantibus’. La recurrente considera que la sentencia impugnada no ha argumentado en qué medida la doctrina jurisprudencial citada en el motivo es aplicable al caso concreto analizado en autos. Añade la recurrente que el hecho de que la propia doctrina del Tribunal Supremo, considere aplicable dicha doctrina a los casos de contratos de larga duración de tracto sucesivo y la necesidad de interpretar con una mayor flexibilidad los presupuestos de aplicación de la doctrina sobre la cláusula ‘rebus sic stantibus’, de modo que se atienda a la propia e inusual gravedad de la crisis económica actual, su carácter imprevisible y extremadamente grave y profundo que afecta también al sector de los hoteles urbanos y viene impactando, muy negativamente en los resultados de la recurrente, por lo que solicita la aplicación de la citada doctrina al caso de autos.

(…) En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser estimado.

En este sentido debe señalarse que, en la actualidad, se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de esta figura referenciada en torno a un marco de aplicación sumamente restrictivo concorde, por lo demás, con una caracterización singular de la cláusula, de ‘peligrosa’ o ‘cautelosa’ admisión, y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: ‘alteración extraordinaria’, ‘desproporción desorbitante’ y circunstancias ‘radicalmente imprevisibles’; caso de la Sentencia de esta Sala, de 23 de abril de 1991, que es tomada por la Audiencia como referente jurisprudencial para declarar la inaplicación de la cláusula rebus. Por contra, en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento, así como al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito

jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación negocial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada.

(...) no parece que pese a tratarse la parte arrendataria de una empresa relevante en el sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio de hostelería, se le puede imputar, exclusivamente, la falta de previsión acerca de la crisis económica; de forma que por las circunstancias de su irrupción, de su especial impacto y trascendencia, su asignación como riesgo no puede caer sólo en la esfera de control de la parte en desventaja, ni tampoco cabe establecer que ‘razonablemente’ se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado. Por el contrario, la imprevisibilidad y crudeza de esta crisis hace que en la ciudad de Valencia su realidad resulte generalizada en el año 2009, con caídas en este sector de un 42,3% en el rendimiento por habitación, cierre de hoteles emblemáticos y renegociaciones de renta de los contratos en vigor;

(...) se da, en el presente caso, el presupuesto de la excesiva onerosidad como exponente de la ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones de las partes (principio de conmutabilidad del contrato), particularmente referenciada en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, comporta un resultado reiterado de pérdidas (inviabilidad económica) o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación); supuesto del presente caso en donde los hoteles de la cadena Accor (Novotel e Ibi) presentan unas pérdidas acumuladas cercana a los tres millones de euros en el periodo 2005-2009, frente al balance positivo de la empresa arrendadora, en torno a los 750.000 euros para el mismo periodo objeto de valoración.

Resuelta la procedencia de la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, conforme a los presupuestos y requisitos exigibles, resta por concretar su régimen de aplicación en el presente caso.

(...) en relación a la moderación de la renta inicialmente pactada, las conclusiones de dicho informe [el pericial aportado por la actora] resultan ajustadas a los parámetros básicos de la aplicación de esta cláusula, a saber, la significativa caída de la demanda del sector, con la disminución de ventas e ingresos medios por habitación, y el consiguiente y notable registro de pérdidas de la empresa arrendataria; de forma, que la reducción de la renta un 29% propuesta resulta ajustada conforme al reequilibrio de la economía contractual que debe seguirse” (F.D. 3º) [E.E.T].

Jurisprudencia: subrogación ex lege (art. 2010.3º CC) de los hipotecantes no deudores en la posición jurídica del acreedor prestamista por el importe por el que este último (a falta de postores) se había adjudicado las fincas hipotecadas (no, por el valor con el que habían salido a subasta): condena del deudor principal al pago íntegro de dicho importe y a cada uno de los tres fiadores, solidariamente con aquél, y, entre sí, al de una cuarta parte del mismo, por ser cuatro los demandados.

STS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 2014, rec. nº 680/2013.

“Ciertamente, el artículo 1210 del Código Civil -que se apartó, al respecto, de lo dispuesto en el artículo 1117 del Proyecto de 1851, conforme al que la subrogación tendría lugar por disposición de la ley, en los casos que regulaba, entre ellos el que aquí nos importa- se limita a presumir la subrogación legal. Pero esa doctrina mayoritaria y jurisprudencia lo consideran equivalente a establecerla ‘ex lege’.

La sentencia 18/2009, de 3 de febrero, afrontó esta cuestión y declaró, al respecto, que ‘la doctrina mayoritaria entiende que el artículo 1.210 Código Civil establece unos casos de subrogación legal, y consiguientemente automática -de pleno derecho, sin necesidad de voluntad de las personas ligadas por la relación obligatoria-, y compartimos tal conclusión’.

(...) No corresponde examinar aquí los detalles de la posición jurídica del hipotecante en garantía de una deuda ajena, pero es evidente que, salvo que se alteren los conceptos usuales de deuda y responsabilidad, el mismo no debe, ni siquiera como fiador.

Además, la legitimación del titular pasivo de la hipoteca está expresamente reconocida en la mencionada sentencia 18/2009, de 3 de febrero, precisamente frente a los fiadores del deudor, como sucede en este caso.

La posibilidad de que se produzca la subrogación como consecuencia de un pago parcial está admitida en el artículo 1213 del Código Civil -que resuelve el problema de la concurrencia del derecho del acreedor pagado en parte y del subrogado por un pago parcial” (F.D. 5º) [E.E.T].

Resolución de contrato de compraventa de vivienda en construcción: el retraso notable en la entrega permite al acreedor (comprador) la resolución del contrato, incluso aunque dicho retraso no fuera imputable al deudor (vendedor): distinción entre juicio de cumplimiento (verificación del hecho objetivo de la realización, o no, de la prestación) y juicio de responsabilidad (constatación de la existencia o inexistencia de culpa del deudor).

STS (Sala 1ª) de 22 de diciembre de 2014, rec. nº 3091/2012.

“(…) El presupuesto esencial de la resolución es el incumplimiento de la obligación por una parte y el cumplimiento por la otra, ello en sendas obligaciones sinalagmáticas o recíprocas, como lo son las derivadas del contrato de compraventa.

Aquel incumplimiento implica la frustración del fin del contrato, concepto objetivo que defiere del subjetivo atinente a la voluntad rebelde del deudor;

(...) En el presente caso, hay que partir de que la parte contratante compradora ha cumplido su obligación de pago y que la parte vendedora ha incumplido su obligación de entrega de la cosa en el plazo previsto.

(...) Este incumplimiento es esencial.

(...) Así ha sido entendido por la más reciente y reiterada jurisprudencia de la Sala. En este sentido se pronunció la sentencia del pleno de 10 septiembre 2012 que se refiere expresamente a la licencia de primera ocupación, pero la esencia de la misma es la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación de entrega del inmueble vendido en el plazo pactado. Lo cual es reiterado en la sentencia de 14 noviembre 2013 e igualmente en las de 17 enero 2014, 23 enero 2014, 6 febrero 2014.” (F.D. 2º).

“Como explica la sentencia de esta Sala, de 19 del mismo mes y año, en un caso prácticamente idéntico, tampoco se observa vulneración de lo dispuesto por el artículo 1105 del Código Civil, en cuanto a la imposibilidad de cumplimiento por fuerza mayor por causas que la parte recurrente concreta en ‘la grave crisis inmobiliaria en particular y financiera en general.’

(...) El artículo 1105 del Código Civil dispone que ‘fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables’ ; mientras que la sentencia impugnada no ha condenado a la promotora a satisfacer una indemnización por el incumplimiento como ‘responsable’ del mismo, que es lo que quedaría excluido por la apreciación de caso fortuito o fuerza mayor, sino que se ha limitado a entender que los compradores no están obligados a seguir permanentemente vinculados por el contrato cuando la parte vendedora se retrasa en la entrega de modo grave.

Por ello, sea cual sea su razón, el incumplimiento definitivo -al que se equipara un retraso tal prolongado en la entrega, como el que se ha producido- puede dar lugar a la resolución contractual prevista en el artículo 1124 del Código Civil cuando se trata de obligaciones bilaterales, incluso en los supuestos en que el incumplimiento no fuera imputable al deudor, pues no puede obligarse al otro contratante -que ha cumplido o está dispuesto a cumplir- a permanecer vinculado al contrato indefinidamente hasta que aquél esté en condiciones de satisfacer su prestación. De ahí que, aun cuando pudiera exonerarse al deudor de responsabilidad derivada del incumplimiento -por caso fortuito o fuerza mayor- en todo caso habría quedado alterado sustancialmente el cumplimiento del contrato de compraventa, con efecto tan negativo para el comprador como es un retraso tan notable para la entrega, lo que sin duda ha de facultarle para pedir la restitución de la parte de precio satisfecha y renunciar definitivamente a la entrega del inmueble.

Pero, además, el hecho que ha determinado un retraso tan notable en el cumplimiento de su obligación por parte del recurrente no puede atribuirse sin más y en general a la crisis inmobiliaria y financiera, pues ello determinaría que el retraso se extendiera de igual forma a todas las promociones, sino que ha de concretarse en circunstancias individuales como resultan ser en este caso -según se refleja en la sentencia de primera instancia- una falta de financiación particular que dio lugar a que no se pudiera hacer frente al pago por la promotora de la suma de 2.000.000 euros que exigía el convenio alcanzado con el Ayuntamiento de Lloret de Mar, que supuso la paralización de la obra por parte de este último; situación que a la vista de los compromisos adquiridos no resultaba totalmente imprevisible para dicha promotora y que se desenvolvía en el ámbito propio del negocio emprendido” (F.D. 3º) [E.E.T.].

Jurisprudencia: contrato de explotación de máquinas expendedoras de tabaco y alteración sobrevinida de las circunstancias por cambio legislativo: excesiva onerosidad de las prestaciones: resolución del contrato por incumplimiento y cláusula penal: capacidad moderadora de los Tribunales.

STS (Sala 1ª) de 13 de marzo de 2015, rec. nº 598/2013.

“(…) No se está ante un verdadero incumplimiento que merezca la aplicación íntegra de la cláusula penal prevista en el contrato, sino ante una circunstancia como es la nueva legislación que, aunque previsible, exige en ciertos centros una adaptación técnica para su habilitación como espacios de fumadores que generó por sus costes una auténtica desproporción en el cumplimiento de la obligación, rompiendo la equivalencia de las prestaciones.

(…) Es cierto que la cláusula penal estaba prevista para el desistimiento unilateral del plazo pactado, pero ello no puede desligarse de una situación afectante a ambas partes, perjudicadas con la nueva normativa previsible en abstracto para ellas, pero que debe suponer un riesgo compartido y no asumirlo enteramente la parte demandada como pretende la actora, como si el desistimiento unilateral fuese caprichoso y sin existir las circunstancias fácticas que tiene por acreditadas la sentencia de instancia. De ahí que se acomode a nuestra doctrina la moderación de la cláusula penal, fruto de la resolución contractual, al no haber alcanzado las partes una renegociación del contrato que hubiese sido lo más adecuado en la asunción conjunta de los riesgos previstos y asumidos” (F.D. 5º).

“(…) El Tribunal opta por estimar la resolución del contrato por incumplimiento irregular de su obligación por la parte demandada y, por ende, huelga traer a colación toda la doctrina de la Sala al respecto – rebus sic stantibus – extensamente recogida y sistematizada en la sentencia de 30 de junio de 2014, Rc. 2250/2012 , que plantea una tendencia a la aplicación normalizada de esta figura, reconocible ya en las sentencias de 17 y 18 de enero de 2013 (números de sentencia 820 y 822/2012 , respectivamente)” (F.D. 6º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: fianza y nuevo acuerdo entre el deudor el acreedor: modificación de las condiciones del pago: no otorgamiento de prórroga.

STS (Sala 1ª) de 17 de marzo de 2015, rec. nº 868/2013.

[Conforme a la STS. (Sala 1ª) de 3 de marzo de 2014, rec. nº 476/2012] “(...) ‘en atención a la ratio del precepto – art. 1.851 CC–, que puede hallarse en la protección del fiador frente al perjuicio que le puede deparar la concesión de la prórroga al deudor. Este perjuicio afloraría cuando la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeorara la situación económica del deudor, e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso, en esos casos, el fiador podría liberarse de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, el art. 1851 CC sólo tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que ésta sea procedente en beneficio del fiador’.

(...) Si con posterioridad se accede por la arrendadora a rehabilitar el contrato, previo pago de las cuotas o rentas vencidas y adeudadas, debe entenderse que el fiador seguía respondiendo del cumplimiento del contrato, pues, en puridad, la novación que conlleva la resolución y posterior rehabilitación del contrato, no perjudica al fiador alargando la incertidumbre y haciendo ilusoria la vía de regreso, sino que, al contrario, manteniendo los mismos términos de la obligación afianzada por él, supuso una reducción de la deuda garantizada” (F.D. 7º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: seguro médico general del asegurado y acción de repetición contra los facultativos causantes del daño: art. 1904 CC.

STS (Sala 1ª) de 6 de marzo de 2015, rec. nº 579/2013.

“(…) Lo que la sentencia está aplicando, aun sin citar los artículos que dan cobertura jurídica a su afirmación, no es la responsabilidad civil directa del artículo 1902, por posibles defectos asistenciales directamente imputables a la aseguradora sanitaria (...), sino la responsabilidad del artículo 1903, por culpa ‘in vigilando’ o ‘in eligendo’, puesto que no es ella quien origina el daño, sino los facultativos de su cuadro médico, y ello le autoriza a ejercitar frente a los mismos el derecho de repetición del artículo 1904 pues tanto la responsabilidad civil derivada de su elección, como la que resulta del contrato de seguro, sería aplicable frente al asegurado perjudicado, pero no en su relación con los médicos dado que ninguna conducta puede reprochársele causalmente vinculada al daño” (F.D. 2º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: comercialización de acciones e inversión de capital en sociedades mercantiles del sector inmobiliario: perfil de inversor moderado: derecho de información.

STS (Sala 1ª) de 20 de marzo de 2015, rec. nº 1864/2013.

“4. Atendiendo (...) a la naturaleza del producto (...) y al perfil del cliente, moderado pero conocedor de lo que es el desenvolvimiento de una sociedad mercantil y los riesgos del accionista al haber sido durante un largo periodo de tiempo administrador de una y haber formado parte del Consejo de administración de otras dos sociedades, una anónima y otra de responsabilidad limitada, se puede convenir que era conocedor de la naturaleza de la inversión. (...).

5. (...) Lo sucedido en el año 2008, que supone una fluctuación de los mercados no garantizada por la gestora, no nace de un erróneo asesoramiento por el riesgo del producto en relación con el perfil del cliente, si no por un notorio desmoronamiento del mercado inmobiliario que entró en crisis en dicho año. El fatal desarrollo de la inversión en ese año, nunca cuestionada antes, fue ajeno a la actuación del actor y de la gestora.

De ahí que el motivo del recurso se desestime por haber existido información adecuada y suficiente al cliente, según el tipo de negocio contratado y a las circunstancias concretas del inversor, sin ocultación de información causa del fracaso posterior de la inversión” (F.D. 4º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre Percibo de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Viviendas: incumplimiento del plazo de entrega y demanda directa contra la compañía avalista para la devolución de las cantidades anticipadas: resolución previa del comprador por retraso en la obtención de la licencia de primera ocupación e imposibilidad de oponer excepciones frente al acreedor demandante.

STS (Sala 1ª) de 22 de abril de 2015, rec. nº 81/2013.

“(…) Sobre la alegada necesidad de una previa resolución judicial del contrato de compraventa para poder demandar al garante, la sentencia de 7 de mayo de 2014 (recurso nº 828/2012), (...) establece, como doctrina jurisprudencial, que ‘cuando se demanda exclusivamente al avalista en juicio declarativo, reclamando el importe del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, la entidad de crédito no podrá oponer las excepciones derivadas del artículo 1853 del Código Civil, debiendo abonar las cantidades, debidamente reclamadas y entregadas a cuenta, una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega por cualquier causa’, doctrina que ahora se reitera.

En cuanto a la también alegada irrelevancia resolutoria del simple retraso en la obtención de la licencia de primera ocupación, la sentencia de 20 de enero de 2015 (recurso nº 196/2013), interpretando el art. 3 de la Ley 57/1968, declara que ‘el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 de la Ley 57/68 , la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que (...) el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha de la fecha estipulada para la entrega’, doctrina que igualmente se reitera en la presente sentencia. Merece

destacarse, además, que aquella sentencia indicaba, como una de las razones para equiparar la ‘rescisión’ contemplada en el art. 3 de la Ley 57/1968 a la resolución contractual por incumplimiento del plazo de entrega por el vendedor, ‘[e]l riesgo, nunca descartable y en los últimos años nada improbable, de insolvencia del promotor-vendedor, que puede agravarse precisamente por el transcurso del tiempo, reduciendo entonces las expectativas del comprador como acreedor en un eventual concurso del promotor’, evento que en el presente caso se produjo unos días después de que la compradora comunicara a la vendedora la resolución de los contratos por incumplimiento del plazo de entrega.

Si a lo anterior se une la relevancia que la licencia de primera ocupación o ‘cédula de habitabilidad’ tiene en la Ley 57/1968 (arts. 2 a] y 4) y la progresiva importancia que la reciente jurisprudencia de esta Sala le ha venido atribuyendo como requisito que completa la entrega de la vivienda en cuanto objeto apto para el tráfico jurídico (SSTS 10 de septiembre de 2012, recurso nº 1899/2008, de Pleno, 8 de noviembre de 2012, recurso nº 877/2010, 12 de febrero de 2013, recurso nº 1439/2010, y 11 de marzo de 2013, recurso nº 576/2010), la desestimación del recurso no viene sino a corroborarse, porque el retraso de más de un año en el otorgamiento de la licencia de una de las viviendas y de casi dos años en el de la otra (...) es bien revelador de un incumplimiento de la promotora que, salvo prórroga concedida por el comprador y ajustada a los términos del art. 3 de la Ley 57/1968, determinaba la responsabilidad de la aseguradora demandada frente a la compradora demandante” (F.D. 3º) [J.A.T.C].

Jurisprudencia: cobro de lo indebido y alimentos prestados a una hija: impugnación de la filiación: la sentencia no tiene efectos retroactivos.

STS (Sala 1ª) de 24 de abril de 2015, rec. nº 1254/2013.

“3 (...) b) Estos alimentos, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres (...), han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida de la niña porque la función de protección debía cumplirse y a la hija debía de alimentarse, sin que pueda solicitarse su devolución por todo el periodo de vida de la niña, ni por supuesto, por el que ahora se reclama, por el hecho de que no coincide la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal. La no devolución tiene su origen en la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, que establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos, ‘de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida’. No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan” (F.D. 2º) [J.A.T.C].

Jurisprudencia: inversión financiera, derecho de información y vicio del consentimiento: la falta de test de conveniencia no supone per se vicio invalidante, pero sí permite presumirlo.

STS (Sala 1ª) de 24 de abril de 2015, rec. nº 1509/2013.

[Siguiendo la STS 840/2013, de 20 de enero de 2014]: “(...) ‘(e)n caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el (producto), como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto” (F.D. 10º) [J.A.T.C].

Jurisprudencia: resolución unilateral de contrato con duración indefinida y reclamación de daños y perjuicios por inexistencia de preaviso: no es necesario independientemente de que estuviese previsto en el contrato en los casos de extinción unilateral.

STS (Sala 1ª) de 27 de abril de 2015, rec. nº 732/2013.

“(...) [E]ntre los requisitos de necesaria concurrencia para entender correctamente resuelta una relación de obligación sinalagmática, con apoyo en la norma del artículo 1124 del Código Civil - tal como es interpretada por la jurisprudencia: sentencias 416/2004, de 13 de mayo, 364/2006, de 5 de abril, 532/2012, de 30 de julio, 1495/2009, 604/2013, de 22 de octubre, 610/2013, de 23 de octubre, y las que en ellas se citan-, no se encuentra el consistente en dar un preaviso al incumplidor -como indicamos en las sentencias 628/2014, de 17 de noviembre, y 633/2014, de 19 de noviembre, para unos casos idénticos -. (...)”

En conclusión, al haber incumplido sus obligaciones contractuales (...) [el demandante] carece de derecho a ser indemnizado por ausencia de preaviso, al ser innecesario el mismo para el correcto ejercicio de la facultad de resolver el vínculo contractual” (F.D. 3º) [J.A.T.C].

Jurisprudencia: Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles y nulidad de los contratos de financiación conexos: doctrina jurisprudencial de los arts. 10 y 12.

STS (Sala 1ª) de 28 de abril de 2015, rec. nº 2764/2012.

“2. Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, sujetos a la Ley 42/1998, la nulidad del contrato de financiación, a instancia del adquirente, también está comprendida en el artículo 12 de dicho Texto legal.” (Fallo) [J.A.T.C].

Jurisprudencia: la Audiencia Provincial de Valencia anula, por error esencial y excusable, la adquisición de acciones de Bankia y sienta su criterio al respecto en una pedagógica sentencia.

SAP de Valencia (Sección 9ª) de 29 de diciembre de 2014, rec. nº 751/2014.

[Los actores demandaron a Bankia por] “(...) la adquisición -en fecha de 19/7/2011- de unas acciones emitidas por la demandada por importe de 4.425 euros por concurrir vicio de error y/o dolo en la prestación del consentimiento.

La sentencia del Juzgado Primera Instancia (...) desestimó la pretensión anulatoria de la adquisición de las acciones al no concurrir error y dolo en la prestación del consentimiento por ser un instrumento financiero no complejo; estar negociadas en un mercado regulado con un funcionamiento y riesgos propios sobradamente conocidos; no acreditarse que la información suministrada fuera inadecuada e incorrecta y que, aún en este último caso, ello no sería objeto del presente procedimiento” (F.D.1º).

“(...) Debe reseñarse por su trascendencia que el error estructural del contrato se invocó en que el deber de información prestado por la demandada no fue adecuado porque la [información] contenida en el Folleto informativo era inexacta y no real, (...) explicitando que la emisión de acciones se informa respecto a una sociedad solvente y con beneficios y resultaba por su propias cuentas que era una sociedad con pérdidas.

La Sala, en tal tesitura, tras el preceptivo juicio revisorio (...), no encuentra ajustada a derecho la motivación de la sentencia recurrida (...) por las siguientes razones;

1º) Es evidente que como norma general en la cultura ordinaria del ciudadano medio se conoce qué es una ‘acción’ (...), su riesgo y el modo de fluctuar su valor; (...) pero todo ello no resta a que la información del folleto de emisión de nuevas acciones para su suscripción pública que es el caso presente, es un dato fáctico transcendental y debe ostentar los requisitos fijados supra y esto precisamente es obviado por la Juez de Instancia, cuya motivación tendría cabal sentido en la compra de acciones emitidas y cotizadas en el mercado secundario que no es el supuesto que se somete a consideración en el presente procedimiento.

2º) Que el proceso de salida a emisión y suscripción pública de nuevas acciones, esté reglado legalmente y supervisado por un organismo público (CNMV), en modo alguno implica que los datos económicos financieros contenidos en el folleto (...) sean veraces, correctos o reales.

3º) El reproche de la sentencia del Juzgado Primera Instancia a los actores sobre haber adoptado una mayor diligencia, no resulta admisible, dado encontrarnos ante la suscripción de emisión de acciones nuevas por oferta pública, donde se divulga un folleto informativo con unos datos esenciales sobre la situación financiera y riesgos de la emisora, sin que sea exigible de manera alguna la labor de investigación o comprobación de tales datos, como premisa para posteriormente decidir si se invierte o no;

4º) Que la información económico financiera real y verdadera de la emisora y por tanto la imagen económica y solvencia real, no fuese la informada en el folleto de la oferta pública de suscripción, no puede ser ajeno a este proceso dada la acción de nulidad entablada desde la óptica del error como vicio en el consentimiento. Estando en contratos de inversión y en concreto de suscripción de nuevas acciones de las sociedades anónimas, donde el beneficio que se espera o desea obtener, por norma general, es el rendimiento o dividendo, resulta obvio no ser ajeno a dicho deseo o causa, que tal sociedad emisora obtenga beneficios que motivan tal rendimiento a que esté en pérdidas que excluyen el mismo” (F.D. 3º).

“(…) La incorrección, inveracidad, inexactitud o los errores contables sobre esos datos publicitados en el folleto, nos lleva a concluir que la información económica financiera contable divulgada al público suscriptor, resultó inexacta e incorrecta, en aspectos relevantes, primordiales y sustanciales como son los beneficios y las pérdidas; por tanto, se vulneró la legislación expuesta del Mercado de Valores” (F.D. 4º).

“(…) concurren, todos y cada uno de los requisitos para apreciar el error como vicio estructural del negocio de suscripción de las acciones.

(…) 1º) Se anuncia y explicita públicamente al inversor, una situación de solvencia y económica con relevantes beneficios netos de la sociedad emisora de las nuevas acciones, además con unas perspectivas, que no son reales.

2º) Esos datos económicos, al encontrarnos ante un contrato de inversión, constituyen elementos esenciales de dicho negocio jurídico, hasta el punto que la propia normativa legal expuesta exige de forma primordial su información al inversor y con tales datos evalúa y considera el público inversor su decisión de suscripción, resultando obvia la representación que se hace el inversor, ante esa información divulgada: va a ser accionista de una sociedad con claros e importantes beneficios, cuando realmente, está suscribiendo acciones de una sociedad con pérdidas multi-mil millones.

3º) Siendo contratos de inversión, en concreto de suscripción de nuevas acciones, donde prima la obtención de rendimiento (dividendos), la comunicación pública de unos beneficios millonarios, resulta determinante en la captación y prestación del consentimiento.

4º) El requisito de excusabilidad es patente: la información está confeccionada por el emisor con un proceso de autorización del folleto y por ende de viabilidad de la oferta pública supervisado por un organismo público, generando confianza y seguridad jurídica en el inversor.

Por las consideraciones expuestas, la aplicación del artículo 1265 y 1266 en relación con el artículo 1300 del Código Civil, conlleva a estimar la acción de nulidad planteada sobre las acciones adquiridas en fecha de 19/7/2011, resultando innecesario analizar la concurrencia del dolo contractual” (F.D.5º) [J.I.R].

Jurisprudencia: La Audiencia Provincial de Ávila anula el contrato de adquisición de acciones de Bankia por defecto del consentimiento en el que medio error.

SAP de Ávila (Sección 1ª) de 9 de febrero de 2015, rec. nº 19/2015.

[La actora] “(...) interpuso demanda de juicio verbal contra Bankia en ejercicio de acción de nulidad de contrato alegando que la demandante compró a la demandada el 30 de Junio de 2011 5000€ en acciones y ello se hizo por la relación de confianza que se había establecido en la sucursal sin saber la situación financiera de Bankia S.A., información que luego resultó ser engañosa” (F.D. 1º).

[Respecto a la prejudicialidad penal, invocada por Bankia] “(...) En nada tiene que ver el procedimiento penal que enjuicia a los directivos de Bankia con lo que se conoce aquí. Conforme al art. 40.2 L.E.Crim. La decisión que allí se adopte sobre la responsabilidad penal de sus directivos, nada tiene que ver sobre la petición de nulidad de un contrato celebrado por un particular con Bankia” (F.D. 2º).

“(...) la información contenida en el documento informativo dirigido al posible adquirente de acciones contenía datos que no se ajustaban a la verdadera situación económica de Bankia, por lo que, de haberlo sabido nadie hubiera comprado las acciones por lo que de conformidad con los art. 1265 y 1300 C.Civil cabe declarar la nulidad del contrato y ello por falta de consentimiento, pues el consentimiento válidamente prestado es un requisito esencial de la validez de los contratos y el artículo 1.265 del Código Civil declara la nulidad del consentimiento prestado por error, en los términos que establece el artículo 1.266 del mismo Código que en lo relativo al error sobre el objeto señala que: `para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo” (F.D. 3º) [J.I.R].

3. RESPONSABILIDAD CIVIL

Jurisprudencia: inversiones de alto riesgo: responsabilidad de la Entidad financiera por incumplimiento de su obligación de asesoramiento al cliente.

STS (Sala 1ª) de 30 de diciembre de 2014, rec. nº 1674/2012.

“(...) No cabe descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.

En este sentido nos pronunciamos en la Sentencia 244/2013, de 18 de abril, en un supuesto muy similar al presente, en que entendimos que el incumplimiento por el banco del ‘estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (...). Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas” (F.D. 11º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: cirugía estética: la obligación del cirujano plástico es de medios, incluso en el ámbito de las intervenciones voluntarias o estrictamente estéticas, a no ser que se garantice la consecución de un resultado: desestimación del recurso de casación contra una sentencia que aplica una doctrina contraria, pero que fundamenta la condena en la falta de información al paciente.

STS (Sala 1ª) de 3 de febrero de 2015, rec. nº 2434/2012.

“(…) La sentencia de la Audiencia desconoce la doctrina reiterada de esta Sala, como si no existiera, respecto de la obligación de medios y de resultados, como criterio general. La sentencia de 7 de mayo de 2014 , con cita de las sentencias de 20 de noviembre de 2009, 3 de marzo de 2010 y 19 de julio 2013, en un supuesto similar de medicina voluntaria, dice lo siguiente: ‘La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la lex artis, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo 2008; 30 de junio 2009)’.

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que

sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (...)” (F.D. 2º).

“Ahora bien, sea cual fuera la equivocada consideración que la sentencia tiene sobre esta cuestión, lo cierto es que también imputa al facultativo la falta de información.

(...) Pues bien, ni el recurso de casación es el instrumento adecuado para cuestiones de prueba, ni las posibles contradicciones en que la sentencia haya podido incurrir sobre la información, determinante de una posible incongruencia interna, son propias de este recurso. Lo cierto es que existe una imputación expresa de falta de información adecuada, y ésta imputación no ha sido combatida en debida forma, con lo que la sentencia se mantiene, incluso en lo que se refiere a la indemnización por todos los perjuicios ocasionados puesto que el daño no es más que la concreción de una intervención innecesaria en principio aceptada por la paciente sin la información precisa de la misma (F.D. 3º) [E.E.T].

Jurisprudencia: prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual y efectos interruptivos de la demanda en vía penal: arts. 1973 CC y 132.2 CP.

STS (Sala 1ª) de 3 de marzo de 2015, rec. nº 753/2013.

“(...) la denuncia en vía penal -con sus posibles efectos en el orden civil- supone una forma de ejercicio de la acción civil ante los tribunales e interrumpe la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil, al tiempo que el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impide que, promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, pueda seguirse pleito sobre el mismo hecho” (F.D. 3º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: responsabilidad civil extracontractual y acción directa contra la Entidad aseguradora: acuerdo transaccional entre el causante del daño y el perjudicado: cláusula de confidencialidad y efectos a terceros.

STS (Sala 1ª) de 4 de marzo de 2015, rec. nº 839/2013.

“2. (...) el documento suscrito entre el tercero-perjudicado y el asegurado-causante (...) no ofrece la menor duda de su carácter satisfactivo de todos los daños y perjuicios que le ocasionó el siniestro (...), habiendo otorgado el actor a favor del asegurado, saldo y finiquito de toda posible indemnización que pudiera resultar del siniestro, (...). Y, por muy confidencial que las partes hayan querido otorgar al referido documento, el acto jurídico que del mismo deriva no deja de acreditar el completo pago efectuado por uno de los obligados solidarios, -el asegurado-causante del daño-, es decir, la extinción del crédito, y permite al coobligado solidario, la compañía aseguradora, invocar las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación, conforme prevé el art. 1148 CC” (F.D. 3º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: acción directa contra la Entidad aseguradora y excepciones oponibles: dolo del asegurado: tan sólo las objetivas, y no las personales.

STS (Sala 1ª) de 17 de abril de 2015, rec. nº 529/2013.

“(…) El derecho propio del tercero perjudicado para exigir al asegurador la obligación de indemnizar (...) no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. De forma que el tercero perjudicado, cuando ese causante del daño está asegurado, tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones que no se confunden: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76).

Y es que, al establecer el artículo 76 de la LCS que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, se ha configurado una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley, que si bien permite a la aseguradora oponer al perjudicado que el daño sufrido es realización de un riesgo excluido en el contrato, no le autoriza oponer aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, como es la causación dolosa del daño, ‘sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado’; derecho de repetición que sólo tiene sentido si se admite que el asegurador no puede oponer al perjudicado que el daño tuvo su origen en una conducta dolosa precisamente porque es obligación de la aseguradora indemnizar al tercero el daño que deriva del comportamiento doloso del asegurado” (F.D. 2º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: responsabilidad civil de despacho de abogados: daño moral por no haber presentado recurso en plazo: doctrina jurisprudencial.

STS (Sala 1ª) de 24 de abril de 2015, rec. nº 1622/2012.

“La sentencia de 14 de octubre de 2010, que cita la de 14 de octubre 2013, (...) dice lo siguiente: ‘La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa. Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de

oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC.

No es necesario que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción” (F.D. 5º) [E.A.P.].

Jurisprudencia: primera sentencia en la que se indemniza por daños y perjuicios a los titulares de acciones de Bankia que transmiten las mismas con pérdidas.

STJPI Oviedo (número 2) de siete de enero de 2015, rec. nº 664/2014.

[Los actores adquieren en la OPV de Bankia acciones por valor de 19.998,75 €] “(...) los demandantes vendieron en abril de 2014 los títulos, obteniendo un total de 70,23 euros. Reclaman así como daños y perjuicios el valor perdido, por cuanto no se trata de pérdidas derivadas de la fluctuación de los títulos en el mercado de la Bolsa, sino de una depreciación motivada por la inveracidad y falta de rigurosidad de la información de la entidad Bankia para su salida a Bolsa” (F.D. 1º).

“(…) A los efectos del resarcimiento de daños y perjuicios que reclaman los demandantes no resulta necesario confirmar que concurrió dolo en sentido penal en aquellas actuaciones, sino que resulta enteramente posible contrastar suficientemente si existió falta de veracidad en la imagen de solvencia que Bankia proyectó para ofertar la suscripción de acciones al margen de la valoración penal de intencionalidades y de falsificaciones documentales” (F.D. 2º).

“Como ha quedado indicado los demandantes ejercitan en el presente supuesto una acción de resarcimiento por daños y perjuicios (...), que obliga a reparar los daños y perjuicios causados a otra persona mediante una acción u omisión culpable o negligente, como en el ámbito de la responsabilidad contractual (...) obliga a indemnizar los daños causados a los que incurran en el cumplimiento de sus obligaciones en dolo, negligencia o morosidad, o las contravengan de cualquier otro modo.

(...) las pérdidas sufridas por los demandantes derivan de un factor diverso y externo, de una revalorización y recomposición de las acciones producida con posterioridad a su adquisición, y completamente al margen de su fluctuación en

Bolsa, como consecuencia de las operaciones de reestructuración de la entidad demandada precisadas por el FROB.

En consecuencia el objeto esencial de este procedimiento está centrado en la autenticidad de la información contractual sobre la solvencia de la entidad titular de las acciones al ser ofertadas para su suscripción por cuanto según los demandantes la inveracidad de los datos contables y financieros publicitados determinó su decisión de suscripción de los valores al aparentar una notable solvencia en el emisor, que sin embargo no era tal” (F.D. 3º).

“(…) la situación financiera de la entidad hoy demandada en el año 2011 en el que publicitó su salida a Bolsa estaba muy alejada de la imagen de solvencia y fortaleza patrimonial y económica mostrada en el folleto.

(…) Por todo ello cabe la estimación de la demanda en la consideración de la efectiva producción de un perjuicio patrimonial a los demandantes, de unos daños y perjuicios derivados de la responsabilidad de la parte demandada al tiempo de contratar las acciones, perjuicios que se identifican en el detrimento patrimonial sufrido por los valores adquiridos (comprados por 19.998,75 euros y vendidos por 70,23 euros) no como consecuencia de los riesgos de fluctuación inherentes a los mismos, sino como consecuencia de la inveraz información e imagen del emisor transmitida al tiempo de la suscripción y como consecuencia de la gravísima situación real de tal emisor que determinó su intervención pública con medidas accesorias y entre ellas la indicada devaluación de las acciones. Todo ello sin que el acto de venta de los títulos ejecutado en abril de 2014 por los demandantes represente en modo alguno una novación o confirmación del consentimiento prestado para adquirir las acciones, como alega la demandada, toda vez que no se denuncia en el presente procedimiento ningún vicio o defecto en aquel consentimiento que sea susceptible de novación o de confirmación” (F.D. 4º) [J.I.R].

4. DERECHOS REALES

Jurisprudencia: legitimación pasiva en la impugnación civil de una calificación registral: los actos del Registrador en el cumplimiento de sus funciones pueden ser directamente impugnadas ante la Jurisdicción civil, sin perjuicio de poder acudir a la vía administrativa contra la Dirección General de Registros y del Notariado.

STS (Sala 1ª) de 14 de enero de 2015, rec. nº 3033/2012.

“(…) Se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: La demanda contra la calificación del registrador o de la registradora formulada en juicio verbal se deberá dirigir contra el registrador o de la registradora responsable de dicha calificación” (F.D. 2º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: Acción reivindicatoria y de deslinde: requisitos: no es posible ejercitar el deslinde cuando los linderos son ciertos ni la reivindicatoria cuando no se acredita el título de propiedad: el deslinde administrativo no es título de adquisición de la propiedad, por lo que no impide la reivindicación de un tercero.

STS (Sala 1ª) de 9 de marzo de 2015, rec. nº 920/2013.

“1. (...) la acción de deslinde está separada de la reivindicatoria. Aquella requiere la titularidad dominical indubitada respectiva por parte del demandante y demandado sobre predios colindantes y confusión de sus linderos. Ésta pretende la declaración de propiedad y recuperación de la posesión, respecto a cosa perfectamente identificada.

En el presente caso, ni hay titularidad dominical indubitada, sino que ello se pretende en este proceso (hasta ahora denegada), ni hay confusión de linderos, porque han sido correctamente señalados en un deslinde administrativo, hace más de una década (...).

2. En cuanto a la acción reivindicatoria, se ha desestimado en la instancia no sólo (...) por razón del deslinde administrativo, sino porque no concurren los presupuestos básicos de la misma. En primer lugar, no ha probado la parte demandante sus títulos de propiedad sobre la franja de terreno reclamada, que (...) pertenece al Ayuntamiento y así consta por lo menos desde 1960 y posteriormente ha sido transmitida a terceros. En segundo lugar, el Ayuntamiento demandado, aunque no ha ejercido reconvencción, tiene la propiedad acreditada registralmente, de esta franja de terreno que forma parte de su finca, de mucha mayor superficie. En tercer lugar, el reivindicante no ha acreditado la identificación de esta franja, ‘total y sin dudas’, ‘no ofrezca duda alguna’, (...) ni tampoco la identidad, como prueba de que el terreno que reclama es el mismo que posee el demandado” (F.D. 2ª) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: derecho de retracto en la cesión de crédito litigioso –art. 1.535 CC–: no procede en una cesión de activos global y no individualizada.

STS (Sala 1ª) de 1 de abril de 2015, rec. nº 1748/2013.

“2. (...) En la segregación no hay individualización de los créditos, ni una pluralidad de negocios jurídicos de cesión de créditos, porque estos se transmiten en bloque, por sucesión universal, formando una unidad económica.

3. A la vista de cuanto antecede, podemos concluir que no cabe proyectar la figura del retracto de crédito litigioso cuando éste ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión universal, no de forma individualizada, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala y que, ahora, confirmamos” (F.D. 5º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: Principio de relatividad de los contratos y su eficacia en el ámbito de los derechos reales: contrato privado de fijación de lindes no inscrito en el Registro de la Propiedad y ulterior transmisión a un tercero.

STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2015, rec. nº 486/013.

“2. (...) Tratándose de compromisos que afecten a la consistencia, existencia y demás circunstancias del derecho transmitido, que se puedan tildar de reales se habrá de estar a las salvedades que procedan de la aplicación de principios hipotecarios, debiendo ser tenida en cuenta la protección registral o, al menos, el conocimiento por el causahabiente a título particular.

3. De ahí que, planteándose la oponibilidad del contrato para que sea respetado por terceros, será preciso su publicidad o el conocimiento de aquel por éstos” (F.D. 2º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: Propiedad Horizontal y legitimación pasiva ante el impago de gastos de comunidad: ¿el titular registral o el propietario extrarregistral?

STS (Sala 1ª) de 22 de abril de 2015, rec. nº 319/2013.

“6. El titular registral se encontrará legitimado pasivamente para reclamarle el pago de la deuda: (i) cuando fuese propietario del piso o local en la época en que surgió la obligación de la que nace aquella; (ii) cuando, sin perjuicio del derecho de repetición, sea el actual propietario del piso o local con título inscrito en el Registro de la Propiedad, por las deudas contraídas por los anteriores titulares dentro de los límites temporales que prevé el precepto con afección real del inmueble, (iii) cuando el titular registral sea el propietario que ha omitido la comunicación del cambio de titularidad.

“8 (...) Se fija como doctrina que ‘cuando el deudor, de cuotas por gastos de comunidad de propietarios, por obligación propia o por extensión de responsabilidad, no coincida con el titular registral, la reclamación frente a éste sólo será al objeto de soportar la ejecución sobre el inmueble inscrito a su nombre’ (F.D. 3º) [J.T.C.].

Jurisprudencia: Propiedad Horizontal y doctrina de los actos propios: la adopción de acuerdos contrarios al criterio de ponderación acorde a los Estatutos, y consentidos por la parte afectada, no impide su impugnación.

STS (Sala 1ª) de 27 de abril de 2015, rec. nº 741/2013.

“(…) [L]a renuncia (…) a hacer valer sus derechos estatutarios (…) respecto al valor de su voto, pese a que pudiera ser continuada en el tiempo, no puede considerarse de carácter definitivo ni está ordenada a crear un derecho de las demás parcelas a incrementar la intervención que les corresponde en la toma de decisiones, que ahora pudiera verse conculcado mediante la interposición de la demanda. El hecho de que se mantuviera esa situación podría encontrar su justificación en el hecho de que los acuerdos adoptados no resultaban contrarios a los intereses de quien ahora demanda, lo que no impide que ante nuevas situaciones de conflicto la demandante pretenda hacer valer lo establecido en los estatutos que, en todo caso, no pueden entenderse modificados en perjuicio de la comunidad demandante por el simple mantenimiento por su parte de una actitud puramente permisiva” (F.D. 4º) [J.A.T.C.].

5. DERECHO DE SUCESIONES

Jurisprudencia: sucesión mortis causa: acción de complemento de legítima: no requiere la existencia de una previa partición: heredero forzoso al que se dona en vida un bien haciendo constar en testamento que cubre sus derechos legitimarios.

STS (Sala 1ª) de 2 de octubre de 2014, rec. nº 2231/2012.

[La cuestión que se debate en la Sentencia es el derecho del demandante, a ejercitar la acción de complemento de legítima, por entender que el valor del único bien que le fue donado en su día por el padre del actor, y por su madre, como pago de los derechos hereditarios, consistente en el cuadro al óleo sin título pero conocido como ‘El cuadro rasgado’, obra de Joan Miró, que resulta muy inferior a las dos terceras partes que como legitimario le corresponden en la herencia de su padre, acumulando a dicha acción de complemento la acción de nulidad de determinados negocios jurídicos de disposición].

“(…) Se sostiene por la Sala que no existe infracción del artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque entiende que ante el testamento otorgado por el causante, su hijo no podía solicitar partición alguna porque se le había asignado un bien concreto para pago de su porción legítima y que es la vía declarativa la adecuada para reclamar sus derechos hereditarios... y solicitar el complemento de dicha legítima” (F.D. 3º).

“(…) Se señala infringido el artículo 841, en relación con los artículos 658 y 657, aludiendo a la facultad del pago en metálico de la legítima que el testador había atribuido a los contadores partidores... al entender la parte recurrente que la sentencia impugnada se ha apartado de la voluntad testamentaria del causante y no se ha procedido a una adecuada interpretación de la misma.

(…) No obstante, la sucesión en nuestro derecho no concede al ‘de cuius’ una absoluta libertad en cuanto a la disposición de bienes y por, ello entre otros, el artículo 815 del Código Civil permite ejercer la acción de complemento de legítima en los casos que el testador no ha respetado con su disposición los derechos de los

legitimarios. Así se ha entendido en este caso y por ello carece de sentido invocar el respeto de la voluntad del causante cuando la misma no ha sido respetuosa con la ley aplicable; como igualmente carece de explicación la atribución expresa a los contadores partidores de la facultad de pago en metálico de la legítima cuando, según el testamento, la legítima ya había sido satisfecha al demandante mediante una donación” (F.D. 9º) [M.E.C.C].

Jurisprudencia: Sucesión testamentaria: nulidad de testamento: dolo testamentario: concepto y requisitos como causa determinante: existencia: prueba de presunciones ajustada a las reglas de la lógica: cambio de voluntad de los testadores cuatro meses después de otorgado un primer testamento: premura en una modificación inusual e innecesaria que denota la inferencia de maquinaciones de terceros para conseguirla a tenor de las circunstancias de edad de los testadores, lugar de la firma e instrucciones no directas de éstos recibidas por el Notario.

STS (Sala 1ª) de 25 de noviembre de 2011, rec. nº 1969/2013.

[La cuestión que se debate es la validez de un último testamento y la existencia o no de dolo testamentario como causa determinante de la revocación testamentaria].

“(…) El actor formula demanda, ejercitando acción de nulidad de cuatro testamentos y nulidad de los dos cuadernos particionales confeccionados por el nombrado comisario, acción de rescisión de los cuadernos particionales, petición de adición a la herencia de determinados bienes, y, finalmente, acción para traer a colación determinados bienes de las herencias de su padre y de su madre, bienes diferentes a los objeto de petición de adición, como complemento de la legítima, acciones estas últimas de protección de la legítima. ...la nulidad por dolo se insta de los testamentos otorgados por los dos finados, padre y madre respectivamente del actor, en el mes de agosto de 2004 y posteriormente el 20 de diciembre de 2004.

(…) Las circunstancias son las que siguen: 1) Así como en agosto quedó rotundamente probado que el notario actuó con instrucciones directamente dadas por los testadores, en diciembre no consta quién tomó la iniciativa ni que los testadores volvieron a tratar directamente con el notario, siendo que quien recibió las instrucciones y preparó el trabajo fue el mismo notario que intervino en el otorgamiento de los testamentos de agosto; 2) A pesar de aparecer ese notario, Sr, dados los actos anteriores, como notario de confianza de los testadores y quién les asesoraba, no se esperó a que éste finalizase sus vacaciones, es decir, a una imposibilidad de actuar meramente transitoria y no prolongada, para otorgar el testamento ya preparado por él, siendo otro notario, Sr, ante quien se otorgó, quien no tuvo con los testadores otro contacto que el acto mismo del otorgamiento y firma; 3) Es llamativo que el notario que preparó los testamentos manifieste que el cambio que se preveía en los testamentos de agosto era para adecuar o corregir linderos y que este en el que finalmente se otorgó ante su compañero en diciembre, cuando la realidad es que este no es el único ni el esencial contenido de los nuevos testamentos de diciembre, sino importantes cambios en legados concretos; 4) De alguna manera las instrucciones que se le dieron al notario de confianza que preparó los testamentos de diciembre se hicieron valer como mera corrección de

datos físicos de las fincas, pero encerrando un cambio en los bienes legados en los testamentos anteriores, no tenía sentido omitir al notario una mención tan importante a salvo que se quisiera que pasase inadvertida la voluntad de modificación de lo que se le manifestó en el mes de agosto.

(...) A lo anterior añade el Tribunal unos hechos de los que infiere el dolo en el sentido jurídico que expone en el frontispicio de su fundamentación jurídica, destacando su relevancia, y es que a la fecha de la firma y otorgamiento de estos testamentos ahora examinados los testadores se sometieron a una sesión maratónica de firma y otorgamiento de documentos notariales, que aparece impensable que realmente quisieran en tales condiciones realizar dos ancianos de más de noventa años, ni en consideración a esta edad ni por sus circunstancias personales (no padecían enfermedad grave de previsible desenlace inminente y de hecho fallecieron más de un año después (F.D. 1º).

“(…) Se plantea un motivo Único, en el Recurso de casación fundado en la infracción del artículo 673 del Código Civil en relación con los artículos 1269 y 1270 del mismo cuerpo legal, interpretados por una doctrina jurisprudencial unánime que establece que el dolo no se presume y que ha de probarse debidamente por la parte que lo alega.

(...) En su planteamiento, tras la cita de sentencias de la Sala que recogen los requisitos del dolo como causa determinante de la nulidad de la disposición testamentaria, viene a significar que el vicio del consentimiento del testador, como motivo que atenta a la normalidad jurídica, ha de ser cumplidamente probado.

(...) El dolo testamentario se entiende como utilización de palabras o maquinaciones insidiosas con las que se induce a una persona a otorgar un testamento en un sentido diferente del que hubiera otorgado si no hubieran mediado tales interferencias. Incluyéndose también en tal actuación dolosa cuando lo perseguido es que el otorgante revoque el testamento anteriormente otorgado... el dolo debe ser 1) grave, no bastando el llamado ‘dolus bonus’, o lo que es lo mismo, el que con atenciones o cuidados especiales trata de dirigir a su favor la voluntad testamentaria; 2) con relación de causalidad entre la maquinación y la disposición testamentaria; 3) se tiene que probar, pues no se presume (STS de 7 de enero de 1975); 4) pero puede ser acreditado por cualquier medio de prueba, incluido las presunciones.

(...) Tales requisitos los considera acreditados, por medio de la prueba de presunciones, la sentencia recurrida y, de ahí, que se incurra en el vicio procesal de hacer supuesto de la cuestión, debiéndose recordar la doctrina suficientemente conocida de esta Sala en el sentido de que el recurso de casación no es una tercera instancia donde pueda examinarse de nuevo la prueba producida (F.D. 4º) [M.E.C.C].

Jurisprudencia: sucesión testamentaria: testamento ológrafo: validez: procedencia: voluntad testamentaria de disponer mortis causa de un determinado inmueble, un piso, como legado a favor

de una determinada persona, la demandante en la instancia: interpretación: autografía total y firma.

STS (Sala 1ª) de 25 de noviembre de 2014, rec. nº 3095/2012.

“La cuestión esencial que se debate es la existencia de una verdadera voluntad de testar y si se está en presencia de disposiciones que pueden ser calificadas como de última voluntad.

(...) Yendo al presente caso concreto, lo esencial es acreditar la verdadera ‘voluntad de testar’, y ésta aparece en el texto literal, el cual, de 6 mayo 2000 2,15 ‘... deseo que un piso se le entregue a Gema...’. No puede pensarse que sea un simple ruego a sus sobrinos, herederos, o a la legataria que lo era de la casa entera, sino que era su voluntad (testamentaria), ‘deseo’, de que un piso de una casa de la que era propietaria sea destinado a una persona, sin que tengan trascendencia jurídica los móviles que le llevan a ello, ‘por el tiempo que lleva conmigo tan atenta y cariñosa’ los que, por cierto, tampoco se ha probado que sean falsos” (F.D. 3º).

“(…) No se trata tanto de interpretar un texto, sino que, partiendo de la claridad del mismo (‘... desea que un piso... se le entregue a...’), estas palabras claras sean calificadas como disposiciones de última voluntad, que coincide con el concepto de testamento que da el artículo 667 y con el principio de favor testamentii, que no puede ser obviado. Ya la sentencia de 19 diciembre 2006, antes mencionada, calificó el término ‘... mi deseo de...’ como constitutivo de disposición de última voluntad.

(...) A la vista del texto literal de 6 mayo 2002 y de acuerdo con lo expuesto hasta ahora y con la doctrina de esta Sala, se debe calificar de testamento ológrafo, anulando la consideración de las sentencias de la Audiencia Provincial por ser contraria a derecho, contraria a la normativa del Código civil sobre testamento, sobre interpretación y calificación del texto escrito y querido por la causante y sobre el principio aludido de favor testamentii.

(...) Sin embargo, a lo largo del desarrollo del motivo califica, certeramente, de legado el texto del testamento ológrafo. Se trata de una sucesión mortis causa a título particular, conforme al artículo 660 del Código civil, por la que el testador (la testadora) dispone de un determinado bien a favor de una persona, a la cual se lo entregará el heredero o herederos, o el legatario gravado, como dicen los artículos 858 y 859 del Código civil. Y en el caso de autos se ha ordenado un legado a favor de la demandante, de un piso de una determinada casa, objeto de legado; por tanto, un sublegado y este deberá ser cumplido, entregando la posesión y el derecho de propiedad a la misma.

(...) En consecuencia, debe declararse válido y eficaz el testamento ológrafo de fecha 6 mayo 2002 otorgando la causante un determinado legado (sublegado) a favor de doña Gema (primer pedimento del suplico de la demanda); se reconoce a ésta su cualidad de legataria (segundo pedimento); se declara parcialmente revocado, sólo en cuanto a dicho sublegado, el testamento abierto otorgado por la misma causante en fecha de 13 abril 1993 (tercero de los pedimentos). Todo ello

respecto a uno de los pisos, como legado alternativo contemplado en el artículo 874 del Código civil” (F.D. 4º) [M.E.C.C].

Jurisprudencia: títulos nobiliarios: carácter simbólico: sucesión de hijos adoptivos: necesidad del requisito de consanguinidad en cuanto se sucede siempre al primer predeterminada por el título de concesión y la naturaleza.

STS (1ª) de 12 de enero de 2015, rec. nº 2069/2012.

[La cuestión que se debate es la sucesión de los títulos nobiliarios, su naturaleza jurídica en relación a la adopción, a la sucesión mortis causa y al contenido de la herencia, así como a los posibles derechos que se generan en torno a los títulos nobiliarios].

“(…) El recurso de casación ha de ser estimado en tanto que los fundamentos en que se apoya coinciden con la tradición jurídica y la normativa a tener en cuenta en cuanto a la sucesión de los títulos nobiliarios, atendida la especial naturaleza de los mismos y de su desvinculación de la normativa constitucional derivada esencialmente de su carácter puramente simbólico, según ha establecido el propio Tribunal Constitucional, cuya doctrina lleva a considerar que excepcionalmente- dado que los títulos de nobleza no tienen un contenido jurídico real- cabe una distinta consideración de los hijos biológicos y los adoptivos, como también entendió en su momento que era posible un diferente tratamiento según el sexo (F.D. 5º).

“(…) Desde la perspectiva del Derecho civil, dado que los títulos nobiliarios no constituyen, en sentido estricto, un bien integrante de la herencia del “de cuius” (artículos 657, 659 y 661 del Código Civil), se transmiten “ post mortem” sólo dentro del linaje o familia del beneficiario, según lo dispuesto en la Real concesión o, en su defecto, por lo establecido en el precepto legal específico que determina el orden regular de la sucesión, la Partida 2.15.2. La transmisión post mortem de los títulos de nobleza es de carácter vincular, y, por tanto, excepcional o extraordinaria, lo que entraña la existencia de un orden de llamamientos objetivo y predeterminado que, en principio, es indefinido en cuanto a los sucesores en el uso y disfrute del título nobiliario que se transmite. Pues si éste ha constituido tradicionalmente una prerrogativa de honor vinculada a una familia o un linaje- el de la persona a la que el Rey concedió la merced- ello permite perpetuar indefinidamente su uso y disfrute por los descendientes en línea directa de aquel a quien fue concedido.

(…) Admitida la constitucionalidad de los títulos nobiliarios por su naturaleza meramente honorífica y la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que se debe su otorgamiento, no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución- el régimen de transmisión- haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la Real Carta de concesión. En definitiva, no cabe aplicar criterios de estricta constitucionalidad en su desarrollo a una institución que, en su origen, ha quedado al margen de la Constitución por significar en sí misma una desigualdad que únicamente puede subsistir por su carácter meramente simbólico” (F.D. 5º).

“(…) El título nobiliario es una merced concedida a una persona determinada, para sí y sus descendientes, herederos, etc.; de tal manera que al fallecimiento de su titular se producirá la ficción jurídica de ser recuperado por el fundador para ser entregado nuevamente a quién reúna las cualidades que le otorgan preferencia sobre los demás llamados. De ahí, que, al fallecimiento del titular, sus hijos no puedan invocar la filiación como su fundamento para reclamar la sucesión en el título que ostentaba su padre, porque este era un simple precarista y a su fallecimiento la merced no pasa a integrarse a la herencia, sino que sigue su curso natural” (F.D. 6º).

“(…) El hijo por adopción no participa biológicamente de la sangre del adoptante, ni de su linaje, y su introducción en la sucesión nobiliaria vendría a quebrar el principio de que siempre se sucede al fundador y según el orden preestablecido en el título de concesión y por la naturaleza. El linaje es una cadena unida por los eslabones de la consanguinidad y así lo ha proclamado reiteradamente la doctrina del Consejo de Estado al afirmar que ‘el requisito de consanguinidad, propio de las sucesiones nobiliarias, no deja lugar para que la filiación adoptiva pueda tomarse en consideración en este campo’” (F.D. 6º) [M.E.C.C].

Jurisprudencia: sucesión testamentaria: desheredación: procedencia: maltrato de obra al testador: inclusión del psicológico o psíquico como justa causa: trato desconsiderado con la madre testadora del hijo, quien le despojó sin ninguna consideración de todos sus bienes inmuebles a través de una fraudulenta donación que, engañada, le obligó a hacerle a él y a sus hijos, ante notario, generando en la causante un estado de zozobra y afectación profunda que la acompañó los últimos años de su vida.

STS (Sala 1ª) de 30 de enero de 2015, rec. nº 2199/2013.

[El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación del artículo 853. 2 del Código Civil, en relación al maltrato psicológico como justa causa de desheredación].

“(…) Por la parte demandante, se ejercita acción declarativa de nulidad de la cláusula de desheredación testamentaria solicitando, además, la nulidad de la institución de heredero universal en favor de su hermana por causa de indignidad sucesoria.

(…) La sentencia de primera instancia desestimó la demanda en su integridad, por entender que la parte actora no había acreditado que la demandada hubiera influido en su madre en la redacción del testamento de febrero 2009 por el que le desheredaba, ni tampoco que hubiera impedido a su madre hacer otro testamento o revocar éste. Considera, asimismo, que concurre la causa de desheredación del artículo 853.2 CC, al poderse entender comprendida dentro de la expresión que el legislador había utilizado en ese precepto de ‘maltrato de obra’, la situación existente entre hijo y madre que había llevado a ésta desheredarlo, ya que no sólo le había arrebatado dolosamente todos sus bienes sino que le dejó sin ingresos con los que poder afrontar dignamente su etapa final de vida. Dicho juzgado entendió que no sólo debe considerarse comprendido en dicha causa de desheredación el

maltrato físico, sino que igualmente se está refiriendo al maltrato psicológico y que el actor, no ofrece duda, que maltrató psíquicamente y de manera permanente e intensa a su madre desde el 31 diciembre 2003, en que le arrebató su patrimonio, hasta que la misma falleció el 28 abril 2009, sin intención alguna de devolvérselo, más bien al contrario.

(...) Recurrida en apelación, la sentencia de la Audiencia, con estimación parcial de la demanda interpuesta, revoca parcialmente la anterior resolución en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula de desheredación, con la consiguiente reducción de la institución de heredero en cuanto perjudique a la legítima estricta del demandante.

(...) Aunque reconoce el grave daño psicológico causado a la testadora, fundamenta su decisión en la aplicación restrictiva de este instituto y en la integridad de la legítima; de forma que el daño psicológico no entra en la literalidad de la fórmula empleada por el artículo 853. 2 del Código Civil” (F.D. 1º).

“(…) En primer lugar, y en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo.

“(…) Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación (artículo 853.2 del Código Civil) , que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen.

(…) En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra. En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género 1/2004.

(…) Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de

privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho, con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de “favor testamenti” (F.D. 2º) [M.E.C.C].

Jurisprudencia: la capacidad para testar se presume: acreditación de la incapacidad: el juicio de capacidad del Notario constituye una presunción “iuris tantum”.

STS (Sala 1ª) de 22 de enero de 2015, rec. nº 1249/2013.

[La cuestión que se debate es en relación a la capacidad para testar y al valor que ostenta el juicio de capacidad de testar, que emite el Notario, así como la nulidad de los dos últimos testamentos otorgados, por falta de capacidad de la testadora].

“(…) En la presente litis se interpuso demanda por la que se solicitaba una declaración de nulidad de dos testamentos otorgados por la madre de ambas partes, en fecha 27 de junio y 20 de julio de 2007, respectivamente, ante los notarios de Palma de Mallorca, con la consecuencia de mantenerse la vigencia de un testamento anterior otorgado por la aludida causante el 23 de mayo de 2006. Se fundamenta la pretensión, básicamente, en considerar que la causante carecía al otorgarlos de capacidad necesaria en atención a la enfermedad que padecía. Subsidiariamente se solicitaba que se declarase la nulidad de la cláusula del último testamento relativa a la colación de un piso que se dice donado (F.D. 1º).

“(…) 2. El Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Palma de Mallorca dictó sentencia el 1 de junio de 2012 , concluyendo que doña Zaira carecía de capacidad de testar, atendida la enfermedad que presentaba de demencia mixta.

(…) Meritada resolución fue recurrida en apelación por la representación de la parte demandada, postulando su revocación por errar en la valoración de la prueba practicada, en un extenso escrito dirigido a su crítica.

(…) De dicho recurso ha conocido la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que dictó sentencia el 15 de marzo de 2013 desestimatoria del mismo.

(…) Se parte de que el juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma una presunción iuris et de iure, sino iuris tantum (STS 19 de septiembre de 1998), considerando que tal presunción ha sido desvirtuada por la prueba valorada, sin que ello sea poner en duda la honestidad y buena fe o el prestigio de dichos profesionales, explicándose los motivos por los que tales profesionales no pudiesen detectar el estado mental de la testadora. Se recoge, entre otros extremos, que el acompañante de la testadora,

médico de profesión, no hizo referencia a los Notarios de la enfermedad vascular que padecía” (F.D. 1º).

“(…) Se denuncia infracción del artículo 685 y 696 en relación con el Código Civil. En el planteamiento se vuelve a insistir en aspectos relacionados con la valoración de la prueba pero poniendo el acento, de partida, en el juicio de capacidad llevado a cabo por los Notarios autorizantes.

(…) La desestimación del motivo coincide con las razones recogidas para la desestimación del primero. Como afirma la sentencia de 19 de septiembre de 1998 ‘el juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dados el prestigio y la confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción iuris de iure, sino iuris tantum, que cabe destruir mediante prueba en contrario...?’.

(…) Tal prueba ha existido a juicio del Tribunal de instancia, tras un proceso contradictorio, sin que ello pugne con el juicio de capacidad a cargo del Notario, su buena fe, su prestigio y su profesionalidad (F.D. 7º) [M.E.C.C].

Jurisprudencia: capacidad procesal: proceso de ejecución de una herencia yacente: estimación: si no es posible la localización de los herederos; se planteará si es pertinente o no la designación de un administrador judicial.

AAP de Madrid (Sección 18) de 6 de noviembre de 2014, rec. nº 629/2014.

[La cuestión que se debate es la pertinencia o no del nombramiento de un administrador judicial, cuando no resulta posible localizar a los herederos].

“(…) Resulta clara, de conformidad con lo dispuesto en el artº. 6.1.4 de la LEC, la posibilidad de la llamada al proceso, sea declarativo o de ejecución ordinaria o hipotecaria de una herencia yacente en tanto que masa patrimonial o patrimonio separado carente transitoriamente de titularidad. Pero tal llamada al proceso de una herencia yacente, como afirma la SAP de Zaragoza de 3 de febrero de 2012, ‘presenta dos problemas adicionales, uno la configuración completa de ese sujeto pasivo del proceso, y otro con quien se tiene que entender la diligencia de emplazamiento y quien, legítimamente puede representarla’ (F.D. 1º).

“(…) La Sala comparte plenamente el criterio que se mantiene por la citada sentencia, y así en cuanto al primer problema ‘...ha advertido que cuando se llama al proceso a una herencia yacente en la realidad de las cosas concurre una situación de indeterminación o desconocimiento del proceso sucesorio, pues el mismo puede estar en situación tal que la herencia esté yacente (en cuyo caso está correctamente configurada la demanda al llamar solo a la misma) o no, por haber aceptado los herederos (en cuyo caso deben ser llamados al proceso los mismos, aunque sean ignorados), de suerte que la fórmula que el uso forense aplicó bajo la vigencia de la Lec 1881 en cuanto se llamaba al proceso a ‘la herencia yacente e ignorados

herederos' debe mantenerse como la más correcta. Que es la utilizada por la parte ejecutante...

(...) Y en cuanto al segundo problema... que se crea con la admisibilidad de la capacidad para ser parte a la herencia es, ya posterior a la admisión de la demanda, con quien entender la diligencia de emplazamiento o el requerimiento de pago. Problema que se ha agudizado por una doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado de exigir que en el proceso judicial se llegue a nombrar un administrador judicial que tutele los intereses de esa herencia yacente. Es, con todo, de advertir que el Tribunal Supremo no ha terminado de hacer suya esa doctrina, aun sin rechazarla expresamente, limitándose a exigir, antes de acudir al emplazamiento edictal, que se agoten las posibilidades de identificación y de localización de los herederos.

(...) No cabe desconocer al respecto, la doctrina jurisprudencial, en la que se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación. Solo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derecho a la sucesión por ministerio de la ley y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral es cuando resultaría pertinente la designación de un administrador judicial.

(...) Fuera de la admisión o no de esta doctrina lo cierto es que lo que sí ha sentado la jurisprudencia es el deber de la parte demandante de proporcionar cuantos datos tenga para facilitar la localización y aviso de los familiares en cuyo entorno normalmente se encontrarán los llamados y/o los herederos, hayan aceptado o no, así como el deber del órgano jurisdiccional de agotar las posibilidades de localizar al entorno familiar del titular de la relación jurídica fallecido.

(...) Se sostiene por la Sala finalmente, que si esto no permite la localización de los herederos entonces es cuando debe plantearse si es pertinente o no la designación de un administrador (F.D. 1º) [M.E.C.C].

Jurisprudencia: sucesión testamentaria: ineficacia del testamento: nulidad: desestimación: enfermedad de alzheimer: la incapacidad vendrá dada no por la enfermedad sino por el grado en que la misma se manifieste en el momento de testar: falta de prueba de que cuando otorgó el testamento su deterioro fuese tal que no tuviera capacidad para testar.

SAP de Toledo (Sección 1ª) de 13 de enero de 2015, rec. nº 113/2014.

[La cuestión que se debate es la nulidad del testamento por enfermedad de alzheimer; y si la incapacidad viene dada por la enfermedad o por el grado en que la misma está, cuando se otorga testamento].

“(...) Se argumenta en el recurso que existe una equivocada valoración de las pruebas periciales y en este sentido hemos de recordar lo que tantas veces ha dicho

esta Sala acerca de los límites que el error en la valoración de la prueba tiene a los efectos de constituir un motivo de impugnación.

(...) Por tanto, siendo que las dos pruebas periciales son pruebas personales, que es la Juez a quo la que ha visto y oído a los peritos y ha valorado cual le ofrece más fiabilidad sin que esta Sala, que no cuenta con la inmediación que es necesaria para la valoración pueda ahora revisar esa valoración.

En todo caso decir que la parte recurrente en su recurso parte de la idea de que el hecho de padecer enfermedad de alzheimer ya supone incapacidad para testar cuando lo cierto es que esa incapacidad vendrá dada no por la enfermedad sino por el grado en que la misma se manifieste en el momento de testar y es lo que la parte recurrente no ha probado, que cuando otorgó el testamento su deterioro fuese tal que no tuviera capacidad para testar. En este sentido podemos decir que en febrero de dos mil diez tenía un diagnóstico de demencia frontotemporal severa asociada a enfermedad de motoneurona y a una enfermedad de parkinson. La primera lleva consigo alteraciones conductuales o de funciones ejecutivas, según el tipo de afectación, la segunda supone alteración de las células que controlan los movimientos musculares, por tanto en sí misma no afecta a las funciones cerebrales, y la tercera sí que puede producir alteraciones de las funciones cerebrales pero no puede extrapolarse la situación que presentaba en febrero de dos mil diez a julio de dos mil nueve en tanto en cuanto en ocasiones la evolución del parkinson puede ser rápida, más aun cuando se manifiesta en personas de edad; como bien dice la juez a quo debió probarse que en el momento de otorgar el testamento el estado de la Sra. Micaela era similar al que presentaba en febrero de dos mil diez y ello porque el principio de conservación de los testamento, que llega hasta el punto de dar validez al que se otorga por el incapaz en un momento de recuperación de la capacidad, artículo 666 del Código Civil (LEG 1889, 27), exige una rigurosa prueba de la incapacidad” (F.D. 2º) [M.E.C.C].

Jurisprudencia: sucesión hereditaria: sucesión testamentaria: nulidad: desestimación: notarial: falta de destrucción de la presunción “iuris tantum” de capacidad para testar: causante afectado por una esquizofrenia: falta de prueba que en el momento de testar tuviera las capacidades mentales alteradas por un brote psicótico: prueba pericial: existencia de numerosos actos de disposición patrimonial.

SAP de las Palmas (Sección 5ª) de 26 de enero de 2015, rec. nº 858/2012.

[La cuestión que se debate en la Sentencia es la nulidad del testamento por falta de capacidad del testador, y por la no destrucción de la presunción iuris tantum de la citada capacidad].

“(…) La sentencia recurrida da respuesta a todas y cada una de la cuestiones planteadas en la litis por los litigantes considerando la iudex a quo que la actividad probatoria practicada en la misma no es suficiente para desvirtuar la presunción de sanidad mental, de capacidad, que se presume en toda persona no incapacitada judicialmente, ni la afirmación notarial de capacidad bastante para testar, analizando

y valorando cada uno de los documentos e informes médicos y prueba pericial obrantes en autos y en base a ello no accede a declarar la nulidad de los testamentos que el Sr. Abelardo realizó en diciembre de 1979 y abril de 1994, por incapacidad del testador, en base a la enfermedad esquizofrénica que padecía, teniendo en cuenta que en este ámbito no caben suposiciones, conjeturas o presunciones, sino que la prueba de que el testador no se hallaba en su cabal juicio en el momento de testar (art. 663.2 CC) debe ser contundente y rigurosa, más allá de toda duda” (F.D. 2º).

(...) En efecto la presunción de capacidad para testar del art. 662 –‘favor testamenti’-, que cabe ser destruido por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario.

(...) Se parte de que la aseveración notarial de la capacidad del otorgante constituye una presunción ‘iuris tantum’. El juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción iuris de iure, sino iuris tantum, que cabe destruir mediante prueba en contrario, que los Tribunales deben de declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad de quien testa y en el momento histórico de llevar a cabo tal acto, y en el caso no se prueba que el testador estuviera incapacitada para testar.

(...) El testador además realizó actos de disposición patrimonial de los que nadie objetó la falta de capacidad del testador”.

(...) Ciertamente la recurrente con tal proceder va contra sus propios actos concluyentes contrariando la buena fe que deben presidir el ejercicio de las acciones y derechos.

(...) Es verdad que la doctrina de los actos propios no permite convalidar negocios jurídicos radicalmente nulos pero sí que junto a las demás pruebas practicadas en la Litis valoradas en su conjunto permiten concluir que no se ha probado que el testador no estuviera en su sano juicio, al tiempo de otorgar los testamentos impugnados, pues incluso para la propia actora, igual que para los testigos propuestos por la parte demandada que conceptuaron a Abelardo como una persona normal y los distintos notarios intervinientes en numerosos actos y negocios jurídicos, algunos próximos a las fechas de otorgamiento de aquellos actos de última voluntad, el testador se encontraba en su sano juicio y tenía plena capacidad de obrar.

(...) Frente a la presunción de capacidad y a la apreciación de los notarios de la capacidad del testador, no se aporta prueba de la incapacidad. Es más las dudas que pudieran plantearse a la vista del contenido de los informes médicos aportados por la recurrente sobre su salud mental y si el testador tenía capacidad suficiente en el momento del otorgamiento favorecen la situación de capacidad, de sanidad mental, sin desconocer que la esquizofrenia se manifiesta por brotes psíquicos, de tal manera que cuando éstos no se producen y el paciente mantiene su medicación puede estar lúcido y puede testar”.

(...) En efecto las dudas sobre la capacidad mental del testador al momento del otorgamiento, han de resolverse no contra la disposición testamentaria, sino conforme al principio del ‘favor testamenti’ y a la presunción de capacidad para testar, al no haberse aportado una prueba de suficiente entidad para llegar a la convicción de que el testador no tenía capacidad legal para otorgar la disposición testamentaria” (F.D. 3º) [M.E.C.C].

Jurisprudencia: sucesión hereditaria: sucesión testamentaria: ineficacia del testamento: nulidad: improcedencia: testamento abierto: falta de capacidad: ictus cerebral: problemas en el habla y desorientación espacio- temporal: ausencia de acreditación de que su situación mental en el momento de otorgar testamento le impidiese conocer las consecuencias de sus actos: juicio de capacidad de la testadora por el notario autorizante del testamento: informe emitido por el facultativo competente que ratificó la capacidad en el momento inmediatamente anterior.

SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 10 de febrero de 2015, rec. nº 415/2014.

[La cuestión que se debate es la nulidad del testamento por falta de capacidad, así como el valor del informe del facultativo que ratificó la capacidad del otorgante en el momento inmediatamente anterior].

“(…) Como fundamento del recurso de apelación, y consiguientemente de la pretensión revocatoria de la sentencia impugnada, se viene a alegar por la defensa de la recurrente, conforme resulta de las amplias alegaciones que al efecto se realizan en el escrito de interposición del recurso de apelación, el error en la valoración de las pruebas en que a su juicio se ha incurrido por el juzgador de instancia, y ello por una doble causa: a) en primer lugar, por una incorrecta valoración del informe y explicaciones dadas en el acto del juicio por el facultativo que emitió el correspondiente informe a efectos de justificar ante el notario autorizante la capacidad de la testadora; y b) en segundo término, por no haber tomado en consideración lo afirmado en el acto del juicio o en la declaración practicada como diligencia final tanto por el testigo-perito Don Alejandro (neurólogo que atendió a la testadora en sus ingresos hospitalarios) como por el Sr. Médico Forense que posteriormente emitió el informe pertinente en el procedimiento de incapacitación, de los que a su juicio resultaba acreditada la incapacidad mental de la testadora Doña Carolina (F.D. 3º).

(...) En aplicación de la precedente doctrina jurisprudencial es indudable que por el Juzgador "a quo" no se ha incurrido en el error en la apreciación de las pruebas que se denuncia en el recurso al establecer, en definitiva, que, a pesar de los padecimientos y avanzada edad de la testadora, no se había acreditado que al momento de otorgar el testamento, cuya declaración de nulidad se pretende en la demanda, se encontrara privada de sus capacidades cognitivas y volitivas, ya que tal conclusión aparece lógica en función de los datos que se relacionan en la sentencia de instancia y que en manera alguna puede considerarse desvirtuada por las alegaciones realizadas por la defensa de la recurrente en el escrito de interposición del recurso de apelación.

(...) El juicio de capacidad de la testadora se ha realizado por el notario autorizante del testamento, no sólo en base a su apreciación personal, sino también con fundamento en las conclusiones del informe emitido al respecto por facultativo competente, el que personalmente ratificó la capacidad en el momento inmediatamente anterior y sin solución de continuidad con el del otorgamiento del testamento” (F.D. 5º) [M.E.C.C].

II. DERECHO MERCANTIL

1. PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

Jurisprudencia: infracción de patente por equivalencia: en la determinación del ámbito de protección de la patente de la demandante debe tenerse en consideración todo elemento equivalente a un elemento indicado en las reivindicaciones de la misma, pero la concurrencia de estos elementos en otra patente no implica necesariamente la existencia de una infracción por equivalencia.

STS (Sala 1ª) de 7 de noviembre de 2014, rec. nº. 647/2014.

“(…) 1. A la vista del concreto problema técnico que se pretende solucionar con la invención, según la descripción de la patente, cumple un papel especial la adición de HPMC a la celulosa microcristalina, que es un compuesto ausente en la realización cuestionada, sin que los excipientes empleados en la realización cuestionada desempeñen, unidos a la HPMC, además de su genuina función diluyente o aglutinante, esa función de contención de calor y de su efecto de secado de los elementos.

2. Lo anterior puede bastar para concluir que la realización cuestionada no incorpora elementos equivalentes que constituyeran una alternativa obvia a los elementos reivindicados, para obtener un resultado sustancialmente igual al mismo problema técnico, pues, como hemos expuesto, los elementos empleados por la realización cuestionada que se denunciaban equivalentes a los de la invención, no responden a la solución del concreto problema técnico que pretendía solventar la invención.

De este modo, la sentencia recurrida, contrariamente a lo aducido en el segundo motivo de casación, se adecua al art. 2 del Protocolo Interpretativo del art. 69 CPE, y no obvia que en la determinación del ámbito de protección de la patente de la demandante deba tenerse en consideración ‘todo elemento equivalente a un elemento indicado en las reivindicaciones’, sin perjuicio de en este caso concluya que no se da, después de haber analizado que no tiene esta consideración de elemento equivalente el empleo por las realizaciones cuestionadas de una esfera de azúcar, en relación con la celulosa microcristalina, excipiente empleado por la invención.

No puede negarse que la sentencia recurrida haya seguido los criterios legales y jurisprudenciales sobre el ámbito de protección de la invención y su posible infracción por la realización cuestionada mediante el empleo de elementos

equivalentes, sin que la revisión en casación nos permita sustituir el enjuiciamiento realizado por el tribunal de instancia, una vez advertido que respeta las reglas legales y jurisprudenciales para realizarlo, y al hacerlo no incurre en error notorio ni en arbitrariedad” (F.D. 12º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: cuando las marcas enfrentadas pertenezcan al mismo ámbito de aplicación o su actividad principal se centre en un mismo sector, para apreciar la existencia de riesgo de confusión entre las mismas no sólo debe atenderse a la semejanza denominativa, sino que será necesario hacer un examen global de los signos enfrentados.

STS (Sala 3ª) de 1 de diciembre de 2014, rec. nº. 3090/2013.

“(…) 1. Al abordar el cotejo de la marca solicitada nº 2.875.850 SUMMUM CARNES ROJAS DE GALICIA GALCARNES S.L. (mixta) con las oponentes M-1685248 y M- 1685249 ‘T TERNERA GALLEGA DENOMINACIÓN DE CALIDADE’ (mixtas), y partiendo de que la propia sentencia de instancia reconoce la coincidencia del ámbito de aplicación de las marcas enfrentadas, la parte recurrente afirma que existe entre ellas una semejanza denominativa generadora de riesgo de confusión; y que la Sala ha llevado a cabo una aplicación arbitraria e irrazonable de la prohibición contenida en el citado artículo 6.1, letra b) de la Ley de Marcas.

2. Pues bien, además de que la recurrente pretende prescindir de la relevancia diferenciadora que posee el elemento gráfico (representación de la cabeza de una vaca), y de que la Sala de instancia señala la palabra SUMMUN como elemento más distintivo de la marca, la sentencia recurrida también destaca la necesidad de hacer un examen global de los signos enfrentados, siendo este examen de conjunto el que lleva a afirmar que entre ellos existe suficiente disparidad como para que puedan coexistir aun en el mismo sector del mercado” (F.D. 4º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: nulidad de diseño industrial por falta de novedad y carácter singular. Invocación de forma extemporánea en el juicio oral.

STS (Sala 1ª) de 20 de mayo de 2015, rec. nº 2143.

“(…) Cuando se ejercita una acción, ya sea en la demanda o en reconvenición, de nulidad de un diseño industrial, forma parte de la *causa petendi* no sólo la indicación de que se funda en la falta de novedad y/o en la carencia de carácter singular, sino también de los concretos dibujos y modelos que, habiéndose divulgado con anterioridad, sean idénticos o respecto de los que la impresión general del diseño cuestionado no difiera.

El objeto litigioso, que viene conformado no sólo por el petitum, sino también por la causa petendi, debe quedar determinado en la fase de alegaciones, sin que pueda alterarse con posterioridad.

No puede basarse la nulidad del diseño, por falta de novedad y de carácter singular, en la divulgación de un dibujo reseñado en una patente que no había sido invocado en la fase de alegaciones como anterioridad idéntica al diseño impugnado o respecto del que se generaba una impresión general diferente. Su invocación en el acto del juicio es extemporáneo, pues priva a la parte reconvenida de defenderse respecto de esta concreta razón, no sólo porque no pueda realizar alegaciones en sentido contrario, sino porque también ha precluido el momento de pedir prueba.

El hecho de que la propia demandante, incidentalmente y por enmarcar su reclamación, hubiera mencionado en su demanda la existencia de la patente ES 2089897-5 y que, en un pleito anterior, había sostenido que la demandada había infringido esta invención con la comercialización de las servilletas que, en este segundo pleito ante el tribunal de la marca comunitaria, justificaban las acciones de violación del diseño comunitario, resulta irrelevante a estos efectos. Lo verdaderamente relevante hubiera sido que la demandada, al formular su reconvencción, hubiera mencionado esta anterioridad entre aquellas que perjudicaban la novedad o el carácter singular del diseño de la demandante. Al no hacerlo, ésta ni pudo alegar que el diseño de los productos que incorporaban esta patente fuera idéntico al diseño comunitario 000650627-0003, ni que la impresión general difiriera, ni muchos menos proponer prueba para acreditarlo” (F.D. 6º).

“7. En consecuencia, procede estimar el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal. Dejamos sin efecto la sentencia, sin que por ello proceda entrar a analizar el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal ni el recurso de casación.

En este caso concreto, procede remitir los autos a la Audiencia para que analice el resto de los motivos o razones del recurso de apelación, que versan sobre la desestimación de la nulidad del diseño de la demandante por falta de novedad y de carácter singular, de acuerdo con los diseños anteriores invocados en la reconvencción, y la estimación de la infracción del diseño comunitario” (F.D. 7º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: para la apreciación de similitud significativa entre signos distintivos a los efectos de la acción de nulidad debe apreciarse tanto la denominación de la marca, su diseño gráfico e, incluso, la similitud fonética entre los términos que la componen (si se trata de vocablos extranjeros).

SAP de Madrid (Sección 28ª) de 8 de marzo de 2013, rec. nº 752/2011.

“(…) 1. Para empezar, el cotejo de la marca mixta (denominativa con gráfico) M20061128 de la parte demandante con la marca denominativa de la parte demandada (M2791893/9) revela patentes diferencias en el aspecto visual, hasta tal punto que la simple coincidencia parcial en uno de los vocablos de la parte denominativa (“Locking”) pierde su relevancia, pues en el signo de la actora aparece además otro (“Shocking”) en letra blanca enmarcado en un recuadro negro del que no se puede prescindir en la visión de conjunto de la marca. Además, la importancia

que adquiere en este signo el diseño gráfico es tan llamativa que nos lleva a excluir que pueda apreciarse similitud con el signo registrado por la demandada (...).

2. Por otro lado, la coincidencia en la parte denominativa es tan sólo parcial, sin que podamos atribuir al término ‘Shocking’ una menor fuerza distintiva que al vocablo ‘Locking’. Entendemos que para distinguir productos de bisutería posee, cuando menos, la misma que aquél.

3. Desde el punto de vista fonético es diferente el juego sonoro de la expresión ‘Locking-Shocking’, que es una combinación pegadiza de palabras por medio de adjetivos o gerundios anglosajones, a la de ‘Ana Locking’, que huye de ello y emplea además un primer vocablo en español.

4. Y, por último desde un punto de vista conceptual, la marca de la parte demandante, aunque podría buscarse su traducción del inglés, no señala a nada tangible en castellano, en tanto que ‘Ana Locking’ apunta a una determinada identidad personal.

5. Descartamos, por lo tanto, la apreciación de similitud de signos que resulte significativa para justificar, a la luz de la primera de las marcas de la demandante, la incursión en causa de nulidad relativa de la registrada por la demandada. Consideramos que se trata de signos compatibles que pueden coexistir en el tráfico empresarial, incluso para productos idénticos” (F.D. 4º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: en el análisis comparativo de las reivindicaciones, los dibujos no definen el objeto del derecho, pero ayudan a interpretar el contenido de las mismas.

SAP de A Coruña (Sección 4ª) de 26 de septiembre de 2014, rec. nº 160/2013.

“(…) En casos como el presente, son necesarios conocimientos especializados sobre la materia y cuestión a resolver por el tribunal (...), y por ello es de esencial importancia la prueba pericial. Y de la practicada en juicio, tal como considera el juzgador de primera instancia, no se estima suficiente a los efectos pretendidos, dado que lo que se examina realmente es la confrontación de los productos, llegando a conclusiones discrepantes entre los peritos sobre si se trata de igual diseño de configuración de la embarcación, por diferencias de medidas de manga en obra viva y obra muerta (...), cuando lo determinante es el juicio de las cuatro reivindicaciones que definen el objeto de las concretas invenciones con una determinada realización. Lo fundamental es el análisis comparativo del producto pretendidamente infractor, la trainerilla fabricada por la mercantil demandada, en el sentido de acreditar que tenga las mismas características que los obtenidos por el método patentado por la actora, por la descripción de las reivindicaciones de la patente de invención de la actora, su ámbito objetivo, para lo que se exige que se redacten de un modo claro y conciso. No obstante para la interpretación de las reivindicaciones también sirven la descripción y los dibujos, según establece la norma del propio apartado 1 del citado artículo 60 de la Ley 11/1986, de modo que la labor de averiguación del sentido relevante de aquellas no se agota con el recurso

al componente literal, ya que el intérprete, en la determinación del alcance de la protección, ha de recibir la ayuda que pueda ofrecer aquellos dos mencionados elementos extrínsecos. En particular, los dibujos no definen el objeto del derecho, pero, como se ha dicho, ayudan a interpretar el contenido de las reivindicaciones (STS 12-7-2013), por lo que con dicho bagaje probatorio no puede admitirse, sin temor a equivocarse, la declaración de infracción, tal como se pretende en demanda. Por todo lo expuesto, reproduciendo los argumentos de la sentencia apelada, procede sin necesidad de mayores razones desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia apelada” (F.D. 3º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: no puede ser considerado un “imitador” quien fabrique y/o comercialice productos del mismo tipo o especie a los fabricados bajo el amparo de un modelo de utilidad, pues son mayores los requisitos de prueba exigidos para otorgar tal condición.

SAP de Madrid (Sección 28ª) de 17 de octubre de 2014, rec. nº 908/2012.

“(…) 1. La parte recurrente salda la cuestión recurriendo a la pretendida precedencia que derivaría de la titularidad de un modelo de utilidad referido a los productos cuya comercialización constituye el objeto de las mercantiles contendientes. La argumentación de la parte recurrente se resume en lo siguiente (...): ‘(...) lo que queremos poner de manifiesto es la certeza de que mi cliente es el que tiene patentado el modelo de utilidad de los zapatos con alza, no el demandante, y por tanto los productos que se asemejan a los de mi cliente son imitación del mismo, el hecho es cierto y por tanto no puede ser denigrante (...)’.

2. Esta forma de razonamiento entraña un grado de generalización tal que resulta difícilmente asumible. Básicamente, lo que se viene a decir es que por el hecho de tener registrado un modelo de utilidad (recordemos su definición legal: invenciones que, siendo nuevas e implicando una actividad inventiva, consisten en dar a un objeto, una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación -artículo 143.1 de la Ley de Patentes-), todo aquel que fabrique productos del mismo tipo que el contemplado en aquel debe ser considerado un imitador.

3. Rechazamos tal discurso. Como antes señalamos, la condición de imitador puede ciertamente ser establecida con arreglo a datos objetivos, de los que carecemos aquí. Recordemos en este punto que a tenor del artículo 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procesos sobre competencia desleal corresponde al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas.

4. Debemos concluir, por lo tanto, que el recurso ha de ser desestimado en cuanto a la pretensión de que se revoquen el pronunciamiento por el que se declara la comisión de un ilícito del artículo 9 LCD por la utilización del término ‘imitador’ en los textos objeto de examen y todos los demás a él conectados” (F.D. 5º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: doctrina del TJUE: al haberse concedido la patente únicamente con reivindicaciones de procedimiento, no es posible, conforme a la interpretación que el TJUE realiza de los artículos 27 y 70 del Acuerdo ADPIC, ampliar el ámbito de protección a las reivindicaciones de producto.

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 22 de octubre de 2014, rec. nº 371/2013 [en relación a la STS de 1 de julio de 2010].

“(…) La fuerza vinculante de la interpretación realizada por el TJUE de los artículos 27 y 70 del ADPIC obliga a todos los órganos jurisdiccionales (...). Además, una sola decisión prejudicial del TJUE es suficiente para fijar el alcance de la interpretación del Derecho Comunitario, tal y como señala la STS de 1 de julio de 2010 (ROJ 6031/2010), citada oportunamente por la parte demandada. Dicha sentencia dijo al respecto lo siguiente:

‘Para dar respuesta a la admisibilidad del recurso por interés casacional, sustentado en la oposición a la doctrina sentada por el Tribunal de la Unión Europea en una sentencia dictada al resolver una cuestión prejudicial, conviene partir de las siguientes premisas:

1) Cuando la decisión de los Tribunales españoles recae sobre materias en las que existe una legislación armonizada, las normas del ordenamiento jurídico interno deben ser interpretadas por todos los Tribunales en el sentido más conforme al Derecho de la Unión Europea (en este sentido, entre otras, sentencia número 428/2007, de 16 abril).

2) Las decisiones del TJUE en el procedimiento previsto en el artículo 234 del Tratado de Unión tienen precisamente como finalidad garantizar la aplicación correcta y la interpretación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales (en este sentido sentencia del TJUE de 12 junio 2008 (...).

3) Es cierto que los efectos vinculantes de las sentencias del TJUE se despliegan ‘cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una cuestión que ya fue objeto de una decisión con carácter prejudicial en el marco del mismo asunto nacional’ (STJUE de 4 noviembre 1997), pero más allá del ‘efecto vinculante’ debe tenerse en cuenta que las sentencias dictadas en la decisión de cuestiones prejudiciales desarrollan una interpretación ‘abstracta’ del Derecho de la Unión, lo que, unido a su objetivo y a la ausencia de partes procesales propiamente dichas, es determinante de que su valor interpretativo se proyecte más allá de quienes intervinieron en la cuestión prejudicial (...) Si a ello se añade que es suficiente una sola decisión prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para fijar el alcance e interpretación del Derecho comunitario, hay que concluir que es suficiente la cita como infringida de una sola sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que deba entenderse cubierta la justificación formal de interés casacional’.

En consecuencia, debemos aplicar el criterio sentado por el TJUE en la sentencia de 18 de julio de 2013 y en los autos de 30 de enero de 2014, que hemos expuesto en los fundamentos anteriores. Ello implica que, al haberse concedido la patente únicamente con reivindicaciones de procedimiento, no es posible, conforme a la interpretación que el TJUE realiza de los artículos 27 y 70 del Acuerdo ADPIC, ampliar el ámbito de protección a las reivindicaciones de producto. Y, al no producir efectos dichas reivindicaciones, incorporadas a la traducción revisada (título que sustenta la pretensión de la demandante), debemos de desestimar la acción de infracción” (F.D. 18º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: la existencia de diferencias entre modelos de utilidad, aunque reviertan sobre aspectos meramente formales, consigne el efecto de eliminar la posible identidad entre modelos, salvo que con dichas alteraciones no se produzca en el consumidor una impresión general distinta de la que suscita el objeto protegido por el modelo industrial.

SAP de Madrid (Sección 28ª) de 26 de enero de 2015, rec. nº 195/2013.

“1. (...) Este tribunal, al igual que lo hizo el juzgador de la instancia precedente, comparte el punto de vista expresado por el perito D. Pio en el sentido de que, partiendo de que es irrelevante la coincidencia de tres elementos cuya presencia resulta técnicamente obligada para que el conjunto desarrolle una función de palanca de segundo género (...), la concurrencia de ciertas diferencias en aspectos formales en que existe libertad para el creador no consigue otra cosa que eliminar la identidad entre el modelo de la actora y la realización de la demandada.

2. Sin embargo, una vez superado el test de la identidad, el número y entidad de similitudes concurrente en esa clase de aspectos no impuestos técnicamente hace que, pese a no tratarse de objetos idénticos, la referida realización no sea capaz de producir en el usuario informado una impresión general distinta de la que suscita el objeto protegido por el modelo industrial.

3. Así, la forma que adopta el borde externo del mango es muy similar en el modelo y en la realización aunque ligeramente más curvada la terminación en el borde libre del primero. En la parte de ese mismo borde más cercana al eje articular, ambos presentan una forma coincidente con la existencia de una hendidura, ubicada precisamente en el mismo lugar, destinada a albergar la cuchilla (...).

4. Por lo que se refiere al brazo de apoyo (...) la similitud general de la estructura es muy acusada en aspectos no impuestos (...).

5. (...) Por su parte, el informe de D. Jenaro (...), puso de relieve algunas de las diferencias que hemos comentado anteriormente (...). Sin embargo, debido a la escasa entidad del impacto que dichas diferencias producen en la impronta visual consecutiva a una visión instantánea y de conjunto, no pueden aquellas aspirar a otra cosa que al modesto protagonismo de eludir la percepción de identidad entre los utensilios comparados, pero devienen insuficientes para lograr que la realización de la demandada produzca en el usuario informado, como ya hemos indicado, una

impresión general distinta de la que suscita el objeto protegido por el modelo industrial” (F.D. 5º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: la titularidad de una patente extranjera no legitima a su titular para el ejercicio de una acción reivindicatoria de un modelo de utilidad en España: diferencia entre la cesión por parte del inventor exclusivamente de los derechos de patente y de la cesión global de derechos sobre la invención.

SAP de Madrid (Sección 28ª) de 2 de febrero de 2015, rec. nº 219/2013.

“1. Hemos de señalar, además, que la recurrente viene a mezclar en sus argumentaciones en defensa de la legitimación de las citadas sociedades para la reivindicación del modelo de utilidad diversos aspectos: ‘La invención vs la patente norteamericana’ y ‘La patente norteamericana vs el derecho al modelo de utilidad’.

2. La invención es una creación consistente en una regla técnica no conocida de la que deriva un resultado aplicable en la industria. La patente es un título por el que se reconoce un derecho de exclusiva o, más bien, un conjunto de derechos y obligaciones derivados de su ámbito de protección.

3. La titularidad de una patente norteamericana no legitima a dicho titular para, a modo de derecho de proyección universal, ejercitar una acción reivindicatoria del modelo de utilidad en España. Lo que ha cedido el inventor o inventores (que aquí se identifican con los inventores que figuran en la patente) es el derecho a la patente US 6.490.060, y esto no es lo mismo que la cesión de los derechos sobre la invención o de los derechos que pueda ostentar el inventor sobre el modelo de utilidad en España o la cesión del derecho a reivindicar u obtener la protección del modelo de utilidad.

4. Por ello, debemos entender que la titularidad de la patente norteamericana no priva al inventor (o sus causahabientes) de un derecho que no ha transmitido y que no se confunde con el derecho a la patente US 6.490.060. Naturalmente, salvo que se acreditase una cesión global sobre todos los derechos derivados de la invención, lo que aquí no se acredita. Ello conduciría igualmente a rechazar la pretensión reivindicatoria del modelo de utilidad” (F.D. 8º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: riesgo de confusión: marca notoria: aun cuando la marca cuya validez se discute guarde gran similitud con una marca anterior, dicha distinción carece de sentido cuando ambas marcas son puestas en el comercio para actividades pertenecientes a diferentes sectores de actividad.

SAP de Burgos (Sección 3ª) de 3 de febrero de 2015, rec. nº 299/2014.

“1. Para apreciar el riesgo de confusión la jurisprudencia ha exigido que la comparación se haga de forma global valorando la semejanza de las marcas y la semejanza de los productos o servicios.

2. Así, dice la STS de 28 de diciembre de 2012 ‘como se expresó en las sentencias mencionadas por la recurrente, la determinación concreta del riesgo de confusión debe basarse en la impresión conjunta que cada una de las marcas confrontadas produzca en un consumidor medio de los productos o servicios para los que fueron concedidas –normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz–, teniendo en cuenta el grado de similitud gráfica, fonética y conceptual y, en particular, aquellos elementos distintivos que merezcan la consideración de dominantes, así como, en general, todos los factores del supuesto que resulten pertinentes, entre los cuales suele existir una cierta dependencia –en concreto, un bajo grado de similitud entre los productos o servicios puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre los signos y a la inversa–. Sin embargo, siendo plenamente correcto el apoyo del motivo, carece de fundamento la alegación, base del mismo, de que el Tribunal de apelación no tuvo en cuenta la mencionada doctrina sobre criterios o pautas de determinación del riesgo de confusión, pues no sólo la mencionó expresamente, sino que la aplicó de modo correcto al caso’.

3. En este caso no son ni tan siquiera semejantes los servicios para los cuales Metrovacesa tiene su marca registrada con aquellos que presta la parte demandada, por lo que no se aprecia confusión a pesar del parecido de las marcas, debiendo desestimarse la demanda”. (F.D. 8º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: la utilización de un envase con el grabado de un signo o marca determinada, sea del tipo que sea, constituye un uso de ese signo a título de marca, dado que ello podrá generar en el consumidor una lógica confusión sobre contenido y procedencia del producto comercializado – respecto al producto habitualmente comercializado en el envase grabado con el signo o marca determinada–.

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 18 de mayo de 2015, rec. nº 257/2014.

“(…) 1. La sentencia apelada considera que no ha existido la infracción marcaria porque, con la práctica descrita, los demandados no han llevado a cabo un uso del signo IROSA a título de marca, para identificar su producto, ni han querido hacerlo con dicha marca. Estima que el uso del signo IROSA realizado por los demandados no menoscaba las funciones de la marca; el consumidor de sifón no pide una marca concreta, o bien lleva los envases a un determinado proveedor para que se los rellene, siendo consciente de cuál es su procedencia; y los sifones IROSA no llevan aparejados una determinada calidad o composición que los diferencie de los restantes (...).

2. Llegados al punto de enjuiciar, el tribunal discrepa de esta valoración, con apoyo en la jurisprudencia del TJCE:

3. La facultad de exclusión que confiere el art. 34.2 LM al titular marcario requiere como presupuesto que el tercero haga uso del signo a ‘título de marca’, esto es, en el tráfico económico y para distinguir productos o servicios, o bien para distinguir su actividad en el mercado (...).

4. Pues bien; no nos cabe duda de que el grabado de un signo o marca determinada en un envase de vidrio que contiene un líquido para ser consumido por el público, ya sea en un estuche de plástico adherido, no desechable, que lo envuelve, constituye un uso de ese signo a título de marca, porque el consumidor (sea el titular del establecimiento que compra el producto o el particular que lo consume) interpretará que ese signo identifica el origen empresarial del producto líquido que contiene el envase. Si los envases del demandante portan la marca IROSA de forma indeleble, el público consumidor establecerá un vínculo entre ese signo y el origen empresarial del sifón, lo cual es suficiente para identificar un uso a título de marca, aunque en el envase exista un capuchón desechable o caperuza de papel o plástico con otro signo distinto, pues en tal caso percibirá que uno y otro signo designan el mismo origen empresarial, o bien que se trata de empresas vinculadas o con conexiones jurídicas o económicas que autorizan ese uso compartido de signos (...).

5. Concluimos, por tanto, que se ha producido una infracción de marca con cada botella IROSA que se ha rellenado con un sifón de distinta procedencia empresarial” (F.D. 5º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: la necesidad de obtener un permiso administrativo para desembarco (entre otro tipo de licencias y autorizaciones públicas) no puede calificarse como derecho de exclusiva en el ámbito de la competencia desleal.

SAP de Palma de Mallorca (Sección 5ª) de 6 de mayo de 2015, rec. nº 84/2015.

“(…) 1. En cuanto a la diferenciación del servicio ofrecido en el mercado, lo cierto es que bien sea por la necesidad de obtener la autorización administrativa para desembarco de pasajeros ‘copado’ por otras 3 empresas cuando Marcabrera, S.L. comenzó su actividad, bien sea porque siempre pretendieron un tipo de viaje diferente, en la fecha de los hechos, frente al viaje en golondrina con desembarco, la prestación que la demandada publicitaba era ‘navegación’.

2. En concreto ‘speedboat excursión’, ‘an exciting adventure’; de la lectura del folleto se colige sin dificultad que la principal diferencia entre ambas prestaciones es la velocidad y la segunda la exclusividad: los grupos reducidos. Lo destacamos como hecho distintivo para el potencial consumidor –‘disfruta de la velocidad y el paisaje en grupos reducidos’–, hecho sin duda que también tiene relevancia al analizar la ordenación de conductas en el mercado. La Sala estima que, lejos de apreciar imitación, lo que hay es competencia en el mercado presentando la navegación en lanchas rápidas frente al viaje en la clásica golondrina sin que la ordenación administrativa que pretende proteger el medio ambiente justifique un derecho de exclusiva desde el punto de vista analizado en este pleito. La necesidad de obtener un permiso administrativo para desembarco no puede calificarse como derecho de exclusiva en el ámbito de la competencia desleal (...).

3. Como toda limitación al libre mercado debe interpretarse en sentido restrictivo, y de la lectura de los documentos aportados se aprecia sin dificultad que el

demandado buscó diferenciarse: “Dos horas a bordo de la embarcación de Marcabrera dan, en definitiva, para mucho más que un día entero en una golondrina tradicional: diversión en las travesías, hasta el archipiélago, acceso a zonas donde no llegan otras excursiones y la información necesaria para comprender la importancia histórica y medioambiental de uno de los lugares protegidos más bellos y salvajes de España” (F.D. 4º) [F.C.H.R.].

Jurisprudencia: la utilización de la misma expresión que forma parte de una marca registrada no es contraria al requisito de las prácticas leales en materia comercial o industrial del artículo 37 LM cuando dicho uso se realiza para describir la actividad y los servicios que se prestan, no perjudicándose el poder distintivo de la marca registrada.

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de junio de 2015, rec. nº 273/2014.

“(…) 1. La actora insiste en su recurso que el uso que realiza el demandado de los elementos denominativos de su marca registrada es contrario a las prácticas leales en materia comercial o industrial. Este es un requisito exigido por el artículo 37 LM para que pueda considerarse lícito el uso de la marca ajena. La sentencia antes citada del TJCE de 17 de marzo de 2005 da algunas pautas para valorar si el uso cumple o no con ese requisito, declarando expresamente que no lo hará en los siguientes casos: (i) cuando se realiza de modo que pueda inducir a pensar que existe un vínculo comercial entre el tercero y el titular de la marca; (ii) cuando afecta al valor de la marca al obtener indebidamente una ventaja de su carácter distintivo o de su reputación; (iii) desacredita o denigra dicha marca; o (iv) el tercero presenta su producto como imitación o réplica del producto que lleva la marca ajena. Ninguna de esas circunstancias concurre en el presente caso. La demandante pretende justificar la mala fe en el hecho de que el demandado utilice la misma expresión que forma parte de la marca registrada; en que existen otras expresiones para describir los servicios que presta el Sr. Doroteo ; y, en definitiva, en que este ha buscado una denominación que se asemeje a la de la actora, induciendo a confusión. No estamos de acuerdo con esa alegación.

2. El demandado se presenta con un signo (‘AM PERITS’) que en nada se parece a la marca de la actora. Además utiliza únicamente aquellos elementos de la marca registrada –los denominativos– que tienen un componente descriptivo, elementos que la demandante de ningún modo puede monopolizar. Buena prueba de la ausencia de cualquier atisbo de mala fe es la utilización en la web del demandado de la preposición ‘en’ (PERITOS JUDICIALES EN BARCELONA), para destacar el lugar donde se prestan los servicios, así como el uso de otras expresiones similares, también descriptivas, como ‘peritos judiciales’, ‘servicios periciales’ o ‘gabinete de peritos judiciales’.

3. Estimamos, a modo de conclusión, que el uso que se denuncia como infractor –de las palabras ‘peritos judiciales (en) Barcelona’– es legítimo, conforme al artículo 37 de la Ley de Marcas, en la medida que se realiza para describir la actividad y los servicios que presta el demandado. No advertimos ningún riesgo de que con ese uso se menoscabe la función distintiva de la marca, induciendo a confusión sobre el

origen empresarial de los servicios. En consecuencia, los actos del demandado quedan fuera del ámbito de protección del artículo 34 LM” (F.D. 7º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: el uso por tercero de toda o parte de la denominación que integra una marca o signo distintivo, permitido por su titular –sin oposición– en un período prolongado, agota el “Ius Prohibendi” que la LM reconoce al titular.

SAP de Madrid (Sección 28ª) de 17 de abril de 2015, rec. nº 239/2013.

“(…) 1. El discurso de la recurrente está plagado de inexactitudes. No solo la marca, sino también la solicitud pueden ser objeto de cesión y de licencia (artículos 46.2 y 48.1 LM). La forma escrita solo opera como presupuesto para la inscripción de los contratos de cesión y de licencia en el Registro de Marcas (debiendo constar a tal fin en uno de los documentos indicados en el artículo 49.2, lo que resulta extensivo a la licencia en virtud de lo establecido en el artículo 49.4) (…).

2. Al margen de lo anterior, es de destacar cómo la propia parte recurrente viene a reconocer que, tras registrar su marca, permitió el uso de la denominación que la integra, situación ésta que se desarrolló durante un periodo de tiempo ciertamente dilatado. Así, si tenemos en cuenta que el negocio regentado por HIGH TECH abrió al público en el mes de septiembre de 2005, se observa que el uso del signo, ya registrado (la concesión fue publicada el 5 de julio de 2005), se prolongó durante diecisiete meses aproximadamente (...). Y ello, sin incidencia alguna, a la vista, ciencia y paciencia de la Sra. Palmira, Administradora Única de la aquí recurrente, ANTIGUA POSADA, sociedad instrumental de aquella según se reconoce expresamente en el escrito de recurso (...).

3. De esta forma, aunque no quepa encontrar en las actuaciones rastro probatorio explícito de un eventual acuerdo autorizando a HIGH TECH a usar el signo registrado, entendemos que la operatividad del ‘Ius Prohibendi’ que la norma reconoce al titular de la marca carece en el caso de justificación. Debemos recordar que el ejercicio de las facultades dimanantes de la marca está sometido, como todo derecho subjetivo, al límite inmanente de la buena fe. Tal límite resultaría aquí desconocido si, en el escenario que hemos descrito, se diera pábulo a las pretensiones de la parte recurrente” (F.D. 17º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: necesidad del uso de la marca de tercero, teniendo en cuenta los requisitos legales y el tipo de público al que se destina el producto comercializado: dicha necesidad se justifica cuando sea elevadamente inadecuada y antieconómica la comercialización de unos productos sin el empleo con fines descriptivos de la marca de tercero.

Juzgado de lo Mercantil de Alicante (Sección 2ª) de 14 de enero de 2015, rec. nº 664/2013.

“(…) En torno al concepto de ‘necesidad’ que no ha de entenderse como una necesidad absoluta, si bien sí ha de serlo al menos abrumadora por cuanto sea

elevadamente inadecuada y antieconómica la comercialización de unos productos sin el empleo con fines descriptivos de la marca de tercero. Así ha de entenderse que son las previsiones de los apartados b) y c) de la Directiva 89/104 y correlativos de LM y Reglamento, y que aportan una información que no sólo es útil para el consumidor sino que resulta imprescindible para una adecuada concurrencia de los productos en el mercado.

2. No podría así entenderse excluir la posibilidad de tales referencias a comercializadores de recambios, sin que se le permita indicar con qué productos son compatibles (y al respecto la referencia a la Marca sería inevitable por la propia naturaleza y finalidad de la marca). Y lo mismo puede decirse de otros supuestos. Y no puede olvidarse que se trata de una enumeración abierta en la medida en que incorpora una cláusula de cierre tal como ‘otras características de éstos’.

3. Es aquí donde ha de producirse el enjuiciamiento del Juzgador, ya que en todo caso, y aunque se tratase de una mención relativa a una de las características enumeradas, ha de valorarse por el juzgador si reviste, en primer lugar, tal necesidad. Y al respecto han de tenerse muy en cuenta, como indica el Tribunal, las circunstancias del caso, que en éste son especialmente relevantes en lo concerniente al sector del mercado en que se encuadran los hechos: así, es notorio que no puede lograrse una descripción de un olor con un mínimo de complejidad, y menos aún una combinación de ellos, si no es simplemente por referencia a otro conocido, ya sea natural, ya creado por el hombre con la combinación de elementos naturales.

4. (...) El empleo de tester o de sistemas de reparto de muestras es completamente accesible a marcas y productos menores, de forma que no puede concluirse que se trata de un mercado en donde sólo las empresas más grandes tienen posibilidad de dar a conocer su producto al público en general. De hecho, pretender la comercialización de un perfume sin disponer de alguno de estos medios sería, incluso para las más reputadas de las marcas, una empresa hartamente arriesgada, pues aunque confiado en los criterios de los diseñadores del producto, el consumidor medio, dentro de la gama que desea adquirir, tiende a demandar la posibilidad de probarlo para apreciar si es de su gusto, incluso cuando se trata de una compra para tercero. En este panorama resulta indiscutible calificar de conveniente, e incluso de extremadamente conveniente para el comercializador incluir una referencia de equivalencia, que sin duda rompe esta barrera y permite un conocimiento cierto al consumidor sobre las características del producto sin llegar a probarlo” (F.D. 4º, párrafo 37) [F.CH.R.].

2. DERECHO CONCURSAL

Jurisprudencia: calificación del concurso como culpable: animus nocendi o mera scientia fraudis: art. 164. 5º. 2º

STS (Sala 1ª) de 10 de abril de 2015, rec. nº 952/2013.

“(…) la salida fraudulenta que exige el precepto no supone necesariamente un acto consciente y volitivo de querer dañar, sino que basta la conciencia que debía tener de ocasionar un perjuicio a los acreedores, mediante un acto que beneficiaba a su matriz cuyo patrimonio quedaba sustraído de la acción de la administración concursal en caso de liquidación, al rebajar sensiblemente (...) la deuda que mantenía con su empresa filial” (F.D. 3º) [J.A.T.C.].

3. DERECHO DE SOCIEDADES

Jurisprudencia: impugnación de acuerdos sociales: nulidad: naturaleza jurídica de pactos parasociales: contenido del deber de contabilidad.

STS (Sala 1ª) de 3 de noviembre de 2014, rec. nº 490/2013.

“Los llamados pactos parasociales o reservados, que preveían los arts. 7.1 TRSA y art. 11 LSRL (actualmente art. 29 LSC) son acuerdos celebrados por los socios que no son recogidos en los estatutos, destinados a regular cuestiones relacionadas con el funcionamiento u operativa de la sociedad, tales como pactos de sindicación de voto, de recompra de las participaciones, criterios para el nombramiento de administradores, etc., generalmente acompañados de cláusulas indemnizatorias en caso de incumplimiento, y de uso frecuente en los llamados ‘Protocolo familiar’.

(…) La eficacia de los pactos reservados, propia de todo contrato, son vinculantes y afectan a quienes lo suscribieron, pero no a las personas ajenas a los mismos, entre ellas, la sociedad, para quien dichos pactos son ‘*res inter alios acta*’ y no puede quedar afectada por los mismos.

(…) La ocultación en el Balance y en la memoria de la finalidad de la aportación dineraria llevada a cabo, con la simple justificación de que se contempla en un pacto parasocial del que no fue parte la sociedad demandada, es grave en relación a terceros, pues, frente a ellos, no se muestra la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la sociedad. (...)El deber público de contabilidad queda sometido a una conducta diligente y exigente de lealtad y veracidad que debe permitir a terceros, a accionistas y al mercado, en general, la imagen fiel del patrimonio, y las magnitudes financieras de la sociedad por las que se dan a conocer la situación financiera y sus resultados.

(…) Conforme a lo expuesto, no haber tenido en cuenta las normas de contabilidad expresadas precedentemente, ni en el Balance ni en la memoria, debe concluirse que las cuentas anuales no se han formulado con la claridad necesaria, ni muestran la imagen fiel del patrimonio, ni de la situación financiera y de los resultados, por lo que el acuerdo que las aprobó es nulo, aunque se hayan adoptado de modo formalmente correcto” (F.D. 5º) [P.R.P.].

Jurisprudencia: modificaciones estructurales de sociedades de capital: escisión parcial: responsabilidad de la sociedad escindida por deudas anteriores a la escisión.

STS (Sala 1ª) de 3 de febrero de 2015, rec. nº 1013/2013.

“(…) Conforme al art. 80 LME, ‘de las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación’. En un caso como el presente, en que la escisión ha sido parcial, la sociedad escindida sigue respondiendo de las deudas anteriores, aunque hubieran sido traspasadas a una de las beneficiarias, pues esta transmisión de deudas no libera a la anterior deudora, sino que incorpora nuevos obligados.

En cualquier caso, la responsabilidad de la sociedad escindida, respecto de las deudas anteriores a la escisión y traspasadas a una sociedad beneficiaria, será subsidiaria, solidaria e ilimitada. Pero la subsidiariedad no exige que, previamente a la reclamación frente a la sociedad escindida, se haga excusión de todos los bienes de la beneficiaria, ni siquiera que conste que se le hubiera requerido de pago, sino que tan sólo precisa que se haya producido el incumplimiento de la obligación. En nuestro caso, queda acreditado que antes de la presentación de la demanda se había producido el incumplimiento de la obligación de pago de la deuda, razón por la cual, sin necesidad de que previamente se hubiera dirigido la acción frente a la beneficiaria, la sociedad escindida devino responsable solidaria e limitadamente” (F.D. 9º) [P.R.P.].

Jurisprudencia: transmisión de acciones con pacto de recompra en pacto parasocial: ejercicio de derecho de adquisición preferente: límites estatutarios a la transmisibilidad de las acciones.

STS (Sala 1ª) de 4 de febrero de 2015, rec. nº 800/2013.

“(…) No puede ser aplicado analógicamente el art. 29 LSRL, que explícitamente refiere a las ‘demás condiciones de la transmisión’ en el supuesto de las participaciones sociales. Si bien, como señala la doctrina, las restricciones a la transmisibilidad es un fenómeno común a todos los tipos societarios, que responden a una misma técnica jurídica, la elección de una forma social puede afectar la libertad de establecer un régimen transmisivo peculiar. Admitido que la libre transmisibilidad de las acciones es un principio configurador de la sociedad anónima y las restricciones a su transmisibilidad deben ser interpretadas restrictivamente, por esta misma razón, los estatutos prevén unas condiciones concretas para su enajenación, y tratar de hacer otras interpretaciones extensivas o restrictivas supone una vulneración del precepto estatutario.

El pacto de recompra o con pacto de retro, oneroso y durante un plazo incorporado a la ‘denuntiatio’ destinada a ser ofrecida al resto de los accionistas beneficiarios del derecho de adquisición preferente, es una condición potestativa ajena a estos últimos, que sólo vincula al tercero con quien ha contratado con el socio saliente, supuesto que el resto de los socios no ejercitaran el derecho del que son beneficiarios. En definitiva, la conclusión de un contrato de opción de recompra no impide que se desencadene la operatividad de la preferencia. Un pacto

de recompra que, de no ejercitarse la preferencia por el resto de los socios, podría ser renunciante seguidamente por el saliente, y, en caso contrario, de ejercitarse la preferencia, exigir la retroventa, ‘quedaría en manos de los socios la facultad de vaciar de facto el contenido de la cláusula estatutaria a través de pactos... dirigidos a desincentivar la adquisición preferente...’ como acertadamente señala la sentencia impugnada.

Tales condiciones frustran la activación del derecho de adquisición preferente, pues, realizada la comunicación a la sociedad del propósito de vender, si el beneficiario de la preferencia ejercitara su derecho, dependería de la voluntad del socio vendedor la retirada de la oferta, lo que supondría una condición contraria al principio de buena fe, eludiendo la operatividad de la preferencia” (F.D. 3º) [P.R.P.].

Jurisprudencia: impugnación de acuerdos sociales: fijación del sistema de remuneración de los administradores de la sociedad.

STS (Sala 1ª) de 9 de abril de 2015, rec. nº 1785/2013.

“La retribución de los administradores debe venir determinada en los estatutos sociales, de acuerdo con lo previsto en los arts. 217, 23.e) LSC y art. 124.3 RRM que prevén que se fije un ‘sistema de retribución’ en los mismos. (...) Tal exigencia, que opera también como tutela para los administradores, tiene por finalidad principal, como señala la STS 893/2012, de 19 de diciembre de 2011, potenciar la máxima información a los accionistas, presentes y futuros, a fin de facilitar el control de la actuación de aquéllos, dada la contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en aminorar los gastos y los de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles.

(...) La Ley de Sociedades de Capital hasta la promulgación de la Ley 31/2014, no se había preocupado de regular la retribución de cada uno de los administradores, en función de las responsabilidades atribuidas. Tan solo el art. 124.3 del RRM, señalaba que, salvo disposición contraria de los estatutos, la retribución correspondiente a los administradores será igual para todos ellos, posibilidad que, con frecuencia, se encomendaba al Consejo de administración, con base en su competencia para regular su propio funcionamiento (art. 245.2 LSC), sin perjuicio de que los estatutos puedan fijar criterios generales sobre los que acordar el reparto retributivo.

(...) El sistema retributivo denunciado en la impugnación de acuerdos sociales a que se contrae el presente recurso ni puede ser tildado de impreciso y vago, ni de equívoco o poco claro. Aunque el precepto legal era aplicable para las sociedades limitadas porque los sistemas de retribución eran más reducidos para este tipo social, no por ello la fórmula empleada en el precepto estatutario examinado dejaba de ser inequívoco por el hecho de tratarse de una sociedad anónima que, además, en el presente caso, es de base cerrada y de carácter familiar. La Ley 31/2014, ha

sancionado el sistema previsto en los estatutos de la sociedad recurrente” (F.D. 3º) [P.R.P.].

Jurisprudencia: responsabilidad solidaria de los administradores por no disolución (art. 367 LSC): la situación que exige la disolución ha de existir al momento del nacimiento de la deuda del solicitante: análisis de la aplicación o no retroactiva de la norma.

STS (Sala 1ª) de 14 de mayo de 2015, rec. nº 1121/2013.

“1. La acción ejercitada de responsabilidad de los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada, prevista en el art. 105.5 de la LSRL (hoy, art. 367 LSC), requiere que los administradores hayan incumplido el deber de promover la disolución, cuando existe una causa legal que así lo exige. Aunque esta responsabilidad de los administradores se vincule a cualquier causa de disolución, su importancia se manifiesta singularmente en los supuestos de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que se establezca, a través de una operación de reducción o de ampliación del capital social, el equilibrio patrimonial, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. Es una responsabilidad por deuda ajena, *ex lege*, que no tiene naturaleza de ‘sanción’ o ‘pena civil’, como señalan las SSTS 367/2014, de 10 de julio, 1063/2012 de 7 de marzo, 13 de abril de 2012, entre otras.

2. De este modo es preciso que mientras los administradores demandados estaban en el ejercicio de sus cargos, la sociedad hubiera incurrido en alguna de las causas de disolución (en la actualidad reguladas en el art. 363 LSC).

Cuando nació la deuda reclamada (año 2005) ha quedado acreditado en la instancia que la sociedad no estaba incurso en ninguna causa de disolución, sino que, en todo caso, esta aparece a partir de 2007 y en los años sucesivos. Si la sociedad hubiera estado en causa de disolución en el momento de contraer la deuda, hubiera obligado a los administradores a cumplir los concretos deberes que le imponen actualmente los arts. 365 y 366 LCS : (i) en primer lugar, convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución; (ii) en el caso en que no se hubiera podido constituir la junta, solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista en la celebración de la junta; y (iii) si se hubiese celebrado la junta, pero no se hubiera adoptado el acuerdo de disolución o el acuerdo hubiese sido contrario, solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde el día de la junta.

Ninguno de estos deberes les eran exigibles a los administradores demandados porque la sociedad deudora no se hallaba en causa de disolución en el momento de contraer la sociedad la deuda frente a la actora.

Como señala la sentencia recurrida es el ‘momento en que la obligación se contrae el que debe ser examinado para valorar si la sociedad se hallaba incurso en causa de disolución... y lo que no se ha probado es la concurrencia de causa de disolución en aquel momento’” (F.D. 2º).

3. Por último, en la formulación del motivo, el recurrente señala que la sentencia recurrida aplica con carácter retroactivo al supuesto concreto la Ley 19/2005, cuando la deuda existía desde el año 2005.

La sentencia impugnada no aplica retroactivamente la Ley 19/2005. La sentencia aplica la ley vigente al tiempo en que se incumple el deber legal de convocar la junta de socios cuando la sociedad está incurso en una causa de disolución. Está acreditado que la causa de disolución aparece en 2007, incumpléndose por los administradores aquél deber de convocar. Por tanto, los administradores responden, a partir de este momento, de todas las deudas posteriores al incumplimiento legal, momento en que ya habría entrado en vigor la Ley 19/2005. Por tanto, la responsabilidad de los administradores no alcanza a la deuda que acredita el recurrente, que es anterior a 2007” (F.D. 3º.1-3) [P.G.P.].

4. DERECHO DE SEGUROS

Jurisprudencia: seguro de accidente: concepto de accidente en el art. 100 LCS: fallecimiento del asegurado por causa natural: falta de legitimación pasiva por encontrarse el riesgo excluido del objeto de cobertura.

STS (Sala 1ª) de 11 de mayo de 2015, rec. nº 1592/2013.

“El primero (apartado A) se refiere esencialmente al artículo 100 de la ley de contrato de seguro y su interpretación. Más que interpretación (los artículos 1281 a 1289 del Código civil regulan la interpretación de los contratos, no de las leyes) se trata de la aplicación al caso concreto del concepto de accidente que da esta norma: *lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado*. La sentencia de esta Sala del 7 junio 2011 (recurso número 2181/2007) estudia la interpretación (fundamento tercero) pero no de la ley sino del texto del contrato de seguro, con relación a la invalidez del asegurado: es una sentencia citada en la instancia y en el recurso, pero no aplicable al presente caso.

En éste no aparece causa externa alguna, se trata de una muerte por causa natural, que no tiene relación de causalidad con el trabajo, lo que ha declarado probado la sentencia de instancia y ha dicho explícitamente que la parte demandante no ha probado que se produjera por la causa externa consistente en el estrés que produce su trabajo.

No aparece, pues, infringido el artículo 100 de la ley de contrato de seguro ni tampoco los demás que citan de esta ley y del Código civil ya que se trata de preceptos generales que sólo podrían aplicarse en el caso de que se reconociera el carácter de accidente del siniestro, lo que niega como situación fáctica la sentencia recurrida. En este apartado se recoge un párrafo de ésta, pero obvia lo que sigue al mismo que es, precisamente, la negativa o falta de prueba de los presupuestos que permitan mantener la calificación de accidente.

El segundo (apartado B) se refiere expresamente a la prueba. Esto mismo hace que se rechace tal argumentación. La revisión de la prueba es ajena a la casación, como se ha dicho en líneas anteriores y ha recordado la reiterada jurisprudencia, conforme a la función de la casación y a la normativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por tanto, no es aceptable el exponer la situación fáctica, según la versión lógicamente parcial de la parte recurrente, ni tampoco lo es la constante referencia a la sentencia dictada en primera instancia, ya que ésta ha desaparecido del mundo jurídico al haber sido revocada totalmente en segunda instancia. Esta última ha tenido en cuenta la prueba practicada, especialmente la derivada del dictamen de autopsia y ha tenido también en cuenta la falta de los presupuestos del concepto de accidente que da la ley. Incluso las pruebas que aportó la parte demandante y que se mencionan en este apartado (cansancio, agobio, estrés, tensión continua) no han sido idóneas para acreditar el nexo causal entre ellas y el fallecimiento y así lo ha declarado probado la sentencia de instancia, lo que queda incólume en casación.

El tercero (apartado C) viene concretado al interés casacional. Este no es el motivo de casación, sino presupuesto de admisión del recurso, lo que aquí no se cuestiona. Se citan numerosas sentencias de las que hay que advertir dos puntos: uno, que sentencias de Audiencia Provincial no forman jurisprudencia; pueden servir, como se ha dicho, para fundamentar el interés casacional al efecto de admisión del recurso, pero no como criterio de complemento del ordenamiento jurídico, tal como proclama el artículo 1.6 del Código civil. El segundo, que no cabe confundir el accidente que contempla la ley de contrato de seguro con el suceso o accidente laboral, que se sigue con criterios muy distintos conforme a las normas laborales, tuitivas del trabajador.

De la jurisprudencia que puede relacionarse con el presente caso, es de destacar en primer lugar, la de 20 junio 2000, en que el fallecido se dirigía a su lugar de trabajo y sufrió un infarto de miocardio (que, por cierto, se calificó como accidente de trabajo), pero que en el campo del seguro de accidentes, a la vista del artículo 100 de la ley de contrato de seguro, declara ‘irrelevante que en el plano laboral se apreciara accidente *in itinere*’ y declara asimismo que ‘tampoco se ha comprobado que el infarto tuviese alguna causa externa determinante de producción fuera de la puramente orgánica’: en definitiva, queda desestimada la demanda.

Es asimismo, muy semejante la de 21 febrero 2008, en que se produjo la muerte por infarto de miocardio. En el informe del médico forense se expresa que la causa del fallecimiento fue ‘totalmente natural’ y esa sentencia destaca que la valoración probatoria no es función, en principio, de la casación y en el caso, la posición de la parte demandante recurrente ‘es incompatible con la valoración de la prueba realizada por la Sala sentenciadora’, que no consideró probada ‘una causa externa suficiente y bastante que fuera motivo del mismo’. Igualmente, como en la anterior sentencia, queda desestimada la demanda.

Otras sentencias que se citan en el recurso, nada aportan al caso presente, pues la única similitud es la producción de un siniestro, pero las cuestiones jurídicas que plantea no es el concepto de accidente, esencia de esta casación y, en realidad, de todo el proceso. La de 27 noviembre 2003 trata de la cláusula limitativa del riesgo,

en relación con las condiciones generales de la contratación, sobre la incapacidad. La de 1 de marzo de 2007 se refiere al interés de demora que contempla el artículo 20 de la ley de contrato de seguro. La de 21 mayo 2008 se refiere a un accidente de trabajo y al seguro que cubría exactamente este tipo de siniestro.

El cuarto (apartado D) insiste en la infracción de normas generales civiles y del artículo 100 de la ley de contrato de seguro y se desarrolla a modo de conclusión de lo expuesto en los apartados anteriores. Los artículos que cita del Código civil, artículo 1258 y de la ley de contrato de seguros, artículo 18, serían aplicables, caso de considerar que se ha producido el riesgo previsto en el contrato, es decir, fallecimiento accidental, pero no es así. Se ha probado que se produjo la muerte por causas naturales, así se ha declarado probado y no cabe aplicar los efectos legales de cumplimiento de un contrato siendo así que faltan los presupuestos de su aplicación. En este apartado se vuelve a incidir en la relación fáctica y la prueba practicada, lo que ya se ha dicho e insistido que es ajeno a la casación. Se cita una determinada sentencia de esta Sala, de 27 febrero 2003 , ya citada en un apartado anterior, que precisamente abona la conclusión de la sentencia recurrida, que aquí se mantiene, ya que declara aprobado el nexo de causalidad entre un estrés y una realidad médica probada y el fallecimiento por infarto” (F.D. 2º.2) [P.G.P.].

5. CONTRATACIÓN MERCANTIL

Jurisprudencia: contrato de distribución en exclusiva: indemnización por clientela y por daños y perjuicios por resolución unilateral del contrato: aplicación analógica del art. 28 LCA.

STS (Sala 1ª) de 27 de mayo de 2015, rec. nº 1579.

“(…) El motivo se funda en la infracción del art. 28 LCA y la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con la acreditación de la captación e incremento de la clientela, y su aprovechamiento posterior por el fabricante.

En el desarrollo del motivo se razona que la jurisprudencia resulta unánime al exigir que la aplicación analógica del art. 28 LCA al contrato de distribución exige que el distribuidor acredite la captación o incremento de la clientela por su parte y que la actividad comercial del distribuidor pueda seguir ocasionando ventajas al fabricante. Y cita en apoyo de esta afirmación las sentencias de esta Sala de 30 de noviembre de 2004, 20 de julio de 2007 y 10 de enero de 2011.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación” (F.D. 15º).

“16. *Desestimación del motivo tercero.* La jurisprudencia de esta Sala se halla contenida en la sentencia de Pleno 1392/2007, de 15 de enero de 2008: ‘en los casos de extinción de un contrato de concesión o distribución, la compensación por clientela y la aplicación analógica de la idea inspiradora del art. 28 LCA no pueden obedecer a criterios miméticos o de automatismo. Lejos de ello, como la jurisprudencia viene reiterando sin fisuras, el demandante que pretenda aquella compensación habrá de

probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, del mismo modo que corresponderá a los tribunales ponderar todas las circunstancias del caso, como en especial sería la integración o no del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente». En sentencias posteriores nos hemos hecho eco de esta doctrina, sin perjuicio de su aplicación al caso concreto (Sentencias 239/2010, de 30 de abril; 457/2010, de 12 de julio; y 149/2011, de 3 de marzo).

En realidad, como afirmamos en la Sentencia 569/2013, de 8 de octubre, 'lo que puede justificar la compensación no es la discutida semejanza entre el contrato de agencia y el de distribución, cuyas diferencias han sido expuestas por esta Sala en otras ocasiones (Sentencias 897/2008, de 15 de octubre; y 88/2010, de 10 de marzo), sino que el propio contrato obligue a considerar como 'activo común' la clientela creada o acrecentada gracias al esfuerzo del distribuidor y no exista previsión contractual sobre su liquidación'.

En cualquier caso, y este es realmente el punto controvertido en este motivo de casación, en esta jurisprudencia se afirma que el demandante que pretenda esta indemnización por clientela debe probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente (Sentencias 652/2008, de 9 de julio; 904/2008, de 15 de octubre; 28/2009, de 21 de enero; y 560/2012, de 2 de octubre).

Esta última exigencia responde a la idea de que, como se ha afirmado en otras ocasiones, no cabe presumir que la relación de distribución haya tenido que generar por sí una aportación de clientela a favor del comitente y que, con la resolución del contrato, esta clientela vaya a seguir siendo aprovechada por dicho comitente. De ahí que se imponga la acreditación de estos dos presupuestos fácticos necesarios para que pueda surgir el derecho del distribuir a una indemnización por clientela. Pero esta exigencia no es incompatible con que en un caso concreto, a tenor de las circunstancias de la relación de distribución que mediaba entre las partes, el tribunal de instancia, después de apreciar probado que en la lista de clientes a los cuales distribuía la demandante había algunos que habían sido captados por ella y otros por los agentes de la comitente, haya acudido a un cálculo estimativo de unos y otros. El tribunal también declaró acreditado que los clientes que habían sido captados por Distrior, cesada la relación de distribución, iban a seguir siendo clientes de Schweppes.

Si partimos de esta base fáctica y de la previa consideración, no puede prosperar el motivo" (F.D. 16º) [P.P.G.].

Jurisprudencia: colisión de avioneta y ultraligero: responsabilidad compartida de ambas por imposibilidad de probar la causa del accidente.

STS (Sala 1º) de 10 de junio de 2015, rec. nº 584/ 2013.

“(…) En estas sentencias se analiza el doble sistema de responsabilidad, que hasta un límite cuantitativo es de responsabilidad objetiva y, a partir del mismo, es de responsabilidad por culpa (arts. 120 y 124 de la Ley de Navegación Aérea (LNA).

Sin embargo en ninguna de ellas, se analiza un supuesto de colisión de dos aeronaves en movimiento, que es el estudiado en este caso, por lo que en la resolución recurrida no se infringe la doctrina jurisprudencial relatada” (F.D. 5º).

“Establece el art. 123 de la LNA: “En caso de colisión entre aeronaves, los empresarios de ellas serán solidariamente responsables de los daños causados a tercero.

Si la colisión ocurre por culpa de la tripulación de una de ellas serán de cargo del empresario los daños y pérdidas, y si la culpa fuese común o indeterminada, o por caso fortuito, cada uno de los empresarios responderá en proporción al peso de la aeronave’.

Este precepto da una respuesta normativa y adecuada al supuesto en cuestión pero, al no ser invocado, esta Sala no puede analizar el mismo, pues la única alegación fue la violación de la doctrina jurisprudencial y como hemos dicho esta no se ha infringido, dado que los supuestos invocados no guardan relación con el caso de autos” (F.D. 6º) [P.G.P.].

III. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Jurisprudencia: un matrimonio islámico inválido para el ordenamiento español no da derecho a pensión de viudedad.

STC 194/2014, de 1 de diciembre, rec. nº 6654-2012.

[La queja del demandante de amparo se ciñe a la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) por parte de la Administración, que le denegó la pensión de viudedad, y por el órgano judicial, que no corrigió la desigualdad sufrida, todo ello como consecuencia de las resoluciones administrativas que exigieron la inscripción del matrimonio en el registro civil para tener derecho a obtener una pensión de viudedad. La desigualdad resultaría injustificada porque se equipara la situación de un matrimonio islámico no inscrito, cuya existencia ha sido reconocida por la Administración, con una pareja de hecho y no con el resto de los matrimonios, tanto inscritos como no inscritos].

“(…) Ciertamente, el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). El vínculo matrimonial genera *ope legis* en los cónyuges una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre la pareja que mantiene una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser

legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3). Son las normas estatales las que regulan los requisitos y la forma de los matrimonios válidos, de modo que solo los celebrados con respeto a las mismas tendrán plena eficacia para el ordenamiento jurídico español” (F.J. 4º).

“(…) El Código civil es la Ley que desarrolla el mandato del art. 32 CE y que lo hace permitiendo, entre otras cosas, contraer matrimonio en forma civil o en la forma religiosa legalmente prevista (art. 49), lo que nos remite necesariamente a las leyes que aprobaron los acuerdos con las distintas confesiones religiosas, y, en concreto, a la Ley 26/1992, de 10 de diciembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comunidad islámica de España.

Respecto del supuesto contemplado en este procedimiento constitucional, hay que dejar sentado, desde ahora, que no todo matrimonio contraído bajo el rito islámico, es decir, cumpliendo los requisitos de la ley Islámica, tiene validez en España, sino solo aquéllos que cumplan las exigencias que fueron acordadas por el Estado español y la Comunidad islámica, reguladas en la citada Ley 26/1992, de 10 de diciembre. De la lectura de tales normas se desprende que establecen dos vías para el reconocimiento del matrimonio celebrado bajo del rito islámico. En primer lugar la regla general es que la celebración del matrimonio requiere, con carácter previo, la instrucción de un expediente, para que el instructor del mismo se cerciore de que ambos solicitantes pueden contraerlo, y expida así el certificado de capacidad matrimonial cuando reúnan los requisitos señalados en el Código civil. La capacidad para contraer matrimonio tiene una importancia y complejidad añadidas cuando uno de los contrayentes es extranjero y la instrucción de este expediente previo garantiza en la generalidad de los casos que solo contraerán matrimonio, ya sea de forma civil o religiosa, aquéllos que cumplan los requisitos legales. En segundo término se establece una regla especial en el caso del matrimonio celebrado por el rito islámico, a diferencia de lo que sucede con otro tipo de matrimonios, consistente en que se permite excepcionalmente a los contrayentes celebrar la ceremonia religiosa sin la previa instrucción del expediente y, por tanto, sin que se haya comprobado la concurrencia de los requisitos civiles, aunque puedan cumplirse los establecidos por la ley islámica, pues no olvidemos que las normas civiles y religiosas difieren en lo que a la capacidad para contraer matrimonio se refiere, y, desde luego, lo es en esta forma de matrimonio islámico. En este caso excepcional en que se contrae matrimonio islámico sin previa instrucción de expediente, la inscripción registral adquiere una especial importancia dado que la misma trasciende de la mera formalidad registral, al encomendar al Juez encargado del Registro Civil la función de comprobar que los contrayentes de un matrimonio islámico ya celebrado reunían los requisitos de capacidad y validez exigidos por el Código civil, así como por las normas de derecho internacional privado cuando los contrayentes sean extranjeros. Y a estos efectos el art. 7.3 de la Ley 26/1992 establece que “[u]na vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquél enviará al Registro Civil, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio, en la que deberán expresarse las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil” y esta certificación diligenciada permite la inscripción del matrimonio celebrado

conforme al rito islámico, una vez realizada la obligada comprobación por el encargado del registro civil.

La Ley 26/1992, de 10 de noviembre, atribuye efectos civiles al matrimonio islámico solo cuando este se celebre en una comunidad islámica perteneciente a la Comisión Islámica de España, que esté inscrita en el registro de entidades religiosas, ante un dirigente religioso islámico o imán y al menos dos testigos (art. 7.1). Otorga además una especial importancia a la constatación de la concurrencia de los requisitos de capacidad y, por ello, señala el art. 7.1 que '[s]e atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil' y, como claramente razona la exposición de motivos de la instrucción de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, sobre la inscripción en el Registro de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa, 'habrá de extremarse el celo para asegurarse de la inexistencia de impedimento de ligamen'.

En aplicación de los razonamientos anteriores hemos de concluir que en el caso examinado en el proceso a quo los contrayentes en ningún momento han cumplido los mencionados requisitos de capacidad, ni con carácter previo, ni con posterioridad a la celebración de su matrimonio, motivo por el cual no puede, de conformidad con la ley española, ser considerado válido y en consecuencia producir efectos jurídicos. El matrimonio del recurrente se celebró mediante el rito islámico sin la previa instrucción del expediente matrimonial, y aunque pudo haberse inscrito con posterioridad, acogiéndose para ello a la regla excepcional que hemos descrito con anterioridad, lo cierto es que el representante de la Comunidad Islámica que acreditó su celebración, sin embargo, no hizo constar expresamente las circunstancias exigidas por la legislación del registro civil. Conviene recordar que el demandante de amparo intentó sin éxito la inscripción de su matrimonio así como la rectificación del estado civil en el acta de defunción, siéndole denegada por los Autos de 26 de marzo de 2009 y 13 de mayo de 2009 a cuyo contenido se refieren los antecedentes, debido a que no se cumplieron los requisitos legales de capacidad para realizar la inscripción del matrimonio. Todo ello conduce a afirmar que el matrimonio por el rito islámico contraído por el recurrente carece de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico español.

La conclusión a la que ha de llegarse a los efectos de dar respuesta a la lesión del principio de igualdad del art. 14 CE, en los términos aducidos en la demanda de amparo, es que no resulta posible comparar la situación del recurrente ni con los matrimonios inscritos ni tampoco con los matrimonios no inscritos válidamente contraídos, por una razón clara, que no se cumple la exigencia de aportar un tertium comparationis válido. Su matrimonio no fue un matrimonio legítimo en los términos empleados por el art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril" (F.J. 5º).

“(…) Resta por analizar si el matrimonio del recurrente resulta comparable con el contraído conforme al rito gitano por la Sra. Muñoz Díaz, a la que este Tribunal Constitucional le desestimó el recurso de amparo interpuesto invocando el

principio de no discriminación por motivos raciales o étnicos en la STC 69/2007, de 16 de abril, si bien después el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 8 de diciembre de 2009 estimó su recurso al entender que había resultado vulnerado el art.14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en relación con el art. 1 del protocolo 1. Respecto al demandante de amparo no se trata de la celebración de un rito matrimonial basado en costumbres de una determinada etnia, como ocurría en el caso de la STC 69/2007. Por otro lado, no hay constancia en ningún momento de que la Administración reconociera la existencia y validez de su matrimonio, sino que, por el contrario, en la documentación obrante en las actuaciones consta que el estado civil de la pretendida causante de la pensión de viudedad era de «soltera». Tampoco existen indicios de que administración alguna le hubiera reconocido los efectos propios de una persona con vínculo matrimonial” (F.J. 6º).

[Por todo lo anterior, el TC desestima el recurso de amparo] [A.O.G.].

Jurisprudencia: suspensión de la prestación de desempleo por no comunicar la ausencia del territorio español.

STS (Sala 4ª) de 27 de marzo de 2014, rec. nº 3079/2012.

[Conforme a la actual doctrina del TS, el deber de comunicar la ausencia viene impuesta por el artículo 231.1 LGSS, tanto a los beneficiarios de nacionalidad extranjera como a los beneficiarios españoles, y encuentra su razón de ser en que “si no hay comunicación por anticipado, o comunicación inmediata en caso de que la información previa hubiera sido imposible o excesivamente onerosa, no hay modo de controlar el cumplimiento de los requisitos del derecho a la prestación”. El incumplimiento de las obligaciones de comunicar *ex ante*, para la salida programada, o inmediatamente *ex post*, para una eventual circunstancia sobrevenida, genera automáticamente la suspensión o pérdida temporal de la prestación de desempleo que corresponde a los días de estancia en el extranjero no comunicada: todos los días de estancia no comunicada si el incumplimiento ha sido total; o el exceso de días de estancia no comunicada, o no debidamente justificada, si el incumplimiento se refiere a una vuelta tardía].

“(…) Partiendo de tales preceptos entiende la vigente doctrina de la Sala que si bien el concepto jurídico de ‘residencia’ -emparentado con los conceptos de ‘domicilio’ y de ‘estancia’- ofrece diferentes modalidades en las distintas ramas o sectores del ordenamiento, todas ellas ofrecen una nota común: la residencia implica un asentamiento físico en un mismo lugar y por un tiempo mínimo, superior en cualquier caso a los quince días que dice el RD 625/1985. Aunque no reúna las notas que caracterizan al domicilio, y aunque no sea la ‘residencia habitual’, la ‘residencia’ simple o residencia sin adjetivos comporta una cierta prolongación temporal; es algo más que una ‘estancia’. Y a los efectos de que tratamos -desempleo- el vacío de regulación puede colmarse, sin embargo, mediante el instrumento de la interpretación sistemática, proporcionando la legislación de extranjería una delimitación bastante ajustada a las exigencias del ordenamiento

social. Para el artículo 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería la residencia temporal se distingue de la estancia, empezando a partir de los 90 días de permanencia. (...) este umbral es prácticamente el mismo al de los tres meses de estancia fuera del territorio del país miembro que abona la prestación utilizado en artículo 64.1.c) del Reglamento Comunitario 883/2004 , como límite o tope normal para conservar el derecho a la protección por desempleo.

(...) Sobre el deber de comunicar la ausencia, nuestra actual doctrina recuerda que tal obligación viene impuesta por el art. 231.1 LGSS -tanto a los beneficiarios de nacionalidad extranjera como a los beneficiarios españoles- y encuentra su razón de ser en que si no hay comunicación por anticipado [o comunicación inmediata en caso de que la información previa hubiera sido imposible o excesivamente onerosa], no hay modo de controlar el cumplimiento de los requisitos del derecho a la prestación; entre ellos, la voluntad de aceptar una oferta adecuada de trabajo o de formación en el territorio español, que en principio es el que delimita y al que se extiende la actuación de los servicios de empleo.... De acuerdo con el mismo precepto legal, las circunstancias sobrevenidas de cualquier clase (personales, familiares, de incidencias en los medios de transporte, etcétera) que puedan determinar o justificar una prolongación de la estancia en el extranjero más allá de lo inicialmente previsto deben también ser comunicadas de manera inmediata a la entidad gestora.

(...) El incumplimiento de las obligaciones de comunicar ex ante [para la salida programada] o inmediatamente ex post [para una eventual circunstancia sobrevenida] genera automáticamente la suspensión o pérdida temporal [‘baja’] de la prestación de desempleo que corresponde a los días de estancia en el extranjero no comunicada: todos los días de estancia no comunicada si el incumplimiento ha sido total; o el exceso de días de estancia no comunicada, o no debidamente justificada, si el incumplimiento se refiere a una vuelta tardía. Esta causa de suspensión de la prestación de desempleo no se menciona expresamente en el artículo 212 LGSS, pero responde a la razón de ser común que inspira a la mayor parte de dichas causas de suspensión de la protección. Se trata casi siempre de situaciones temporales no prolongadas en las que el beneficiario no está a disposición de los servicios de empleo españoles para actividades formativas o de trabajo, pero que no alcanzan la entidad o la gravedad de las causas de extinción de la prestación establecidas en el artículo 213 LGSS”.

“(...) La estancia de quince días al año como máximo en el extranjero, siempre que haya sido puntualmente informada o comunicada a la Administración española, no supone en principio ni suspensión ni extinción de la prestación de desempleo. El artículo 6.3 RD 625/1985 no lo dice expresamente, pero de su redacción se desprende que se trata de una libranza temporal de la presencia del receptor de la prestación de desempleo en el mercado de trabajo español, distinta pero semejante en algunos aspectos a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador ocupado. El principio que inspira este período de libranza es el de conciliación de la vida personal y la vida profesional del beneficiario de la prestación de desempleo” (F.D. 3º) [A.O.G.].

Jurisprudencia: concesión de la condición de apátrida a un saharauí refugiado en territorio argelino.

STS (Sala 3ª) de 4 de abril de 2014, rec. nº 4734/2011.

“(…) Es preciso resaltar que esta Sala ha dictado numerosas sentencias con la misma fundamentación jurídica, y todas ellas referidas asimismo a solicitantes del estatuto de apátrida procedentes de los campos de refugiados saharauis. Podemos citar, en este sentido, nuestras sentencias de 20 de noviembre de 2007 (RC 10503/2003), 18 de julio de 2008 (RC 555/2005), 19 de diciembre de 2008 (RC 7337/2005) y 30 de octubre de 2009 (RC 2805/2006), de 20 de junio de 2011 (RC 5767/2007), de 22 de junio de 2011 (RC 4979/2009), de 13 de septiembre de 2011 (RC 728/2010), de 14 de octubre de 2011 (RC 4631/2010), de 21 de octubre de 2011 (RC 5322/2010), de 27 de abril de 2012 (RC 6080/2011)” (F.D. 4º).

La prueba que la legislación aplicable exige no tiene que ser plena y acabada de que el país de origen no le reconoce su nacionalidad aunque la mera declaración en tal sentido del solicitante no sirve por sí para tener por cierta su afirmación. En el caso presente, el solicitante del estatuto de apátrida (nacido en el antiguo Sahara español y permanencia en campos de refugiados saharauis en Argelia) aportó todos los datos y documentos que permiten situar su lugar de nacimiento, filiación, así como el de sus ascendientes. Se acreditó que carece de la nacionalidad argelina, tal y como quedó contrastado por los datos aportados por las autoridades argelinas y españolas. En contra de lo declarado por el Abogado del Estado, no se está ante meras manifestaciones del solicitante, sino de antecedentes que figuran en el expediente administrativo, evidentes, contrastados y exhaustivos, que revelan la concurrencia de los requisitos establecidos para tener la condición de apátrida.

“(…) La parte recurrente entiende que la sentencia de instancia, vulnera el precepto citado, en cuanto el mismo exige la carga de la prueba de los hechos en los que funda su alegato, a quien los afirma, y considera que se ha admitido por el Tribunal de instancia como prueba, sin evidencia confirmatoria alguna, la manifestación del recurrente de no poder obtener otra nacionalidad, siendo así que el art. 1 del RD 865/2001 ordena: ‘Se reconocerá el estatuto de apátrida conforme a lo dispuesto en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún estado, conforme a su legislación, y manifieste carecer de nacionalidad’.

Razona que la propia sentencia de 22 de diciembre de 2008 (RC 8597/2004), estipula que aun cuando la normativa de aplicación no exige al solicitante del estatuto de apátrida una prueba plena y acabada de que su país de origen no le reconoce su nacionalidad, eso no significa que la mera declaración en tal sentido del propio solicitante sirva por sí sola para tener por cierta su afirmación, pues habrá de existir algún dato a partir del cual pueda colegirse que efectivamente las cosas son como el solicitante expone.

No asiste la razón a la parte recurrente. El solicitante del estatuto de apátrida aportó todos los datos y documentos que permiten situar su lugar de nacimiento, filiación, así como el de sus ascendientes, y documentación actual, en clara concordancia con

sus manifestaciones vertidas en su solicitud y en un relato que en lo que aquí importa, su carencia de nacionalidad argelina, ha sido contrastado por los datos aportados por las autoridades argelinas y españolas, (entre los que figura el pasaporte argelino con visado expedido por el Consulado Español en Argel) y que ha sido finalmente valorado por el Tribunal sentenciador y con el que coincide esta Sala. Por tanto no se trata de simples manifestaciones del solicitante, sino de antecedentes que figuran en el expediente administrativo, evidentes, contrastados, y exhaustivos (los datos y documentación del solicitante se extienden a los 29 primeros folios del mismo) que revelan la concurrencia de los requisitos establecidos para tener la condición de apátrida” (F.D. 5º) [A.O.G.].

Jurisprudencia: competencia de los tribunales españoles en supuestos de tráfico de drogas cometidos en medios marinos.

STS (Sala 2ª) de 24 de julio de 2014, rec. nº 1205/2014.

[En los casos de delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cometidos en medios marinos, el apartado d) del art. 23.4 LOPJ confiere jurisdicción a las autoridades españolas para el abordaje, inspección, incautación de sustancias y detención de los tripulantes de cualquier embarcación que enarbole el pabellón de otro Estado, siempre que obtenga la autorización del Estado de abanderamiento del barco (art. 17.3 y 4 de la Convención). En el caso, revocación del sobreseimiento acordado por la AN y continuación de la causa seguida por narcotráfico contra 8 ciudadanos sirios que viajaban en buque mercante de bandera de Sierra Leona con 15.300 kilogramos de hachís, apresados en aguas internacionales frente a la costa de Marruecos por patrullero español].

“(…) En suma, la interpretación de la norma citada (art. 23.4 LOPJ) en punto a los delitos relacionados con el tráfico de drogas atribuye una triple atribución de jurisdicción universal: por la letra d) los delitos cometidos en los espacios marítimos cuando un tratado internacional o un acto normativo de una organización internacional permitan atribuir a España su competencia para tal represión punitiva; por la letra i) los delitos cometidos fuera de nuestro espacio territorial de soberanía, pero excluidos también de los espacios marinos, cuando la comisión de un delito de tráfico de sustancias estupefacientes pueda ser imputado a un español o se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español (aspectos éstos referidos tanto a la comisión en el espacio aéreo como en otro espacio territorial nacional en donde aparezca una conexión delictiva con nuestra soberanía); finalmente, por la letra p), cualquier delito cuya persecución nos imponga con carácter obligatorio un tratado vigente en España u otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

(…) En suma, el estudio del párrafo primero y de los apartados d) e i) del artículo 23.4 antes transcritos, evidencian la concurrencia de dos normas de atribución de jurisdicción, una de carácter especial, que ha de ser apreciada cuando se produzca

un abordaje en aguas internacionales ante la presunta comisión de un delito de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y la otra, la correspondiente a la letra i) cuando se cumplan los requisitos exigidos por la misma. Ambas normas son de plena atribución de jurisdicción -no tienen otra naturaleza que regular los casos en que nuestra legislación confiere jurisdicción- por lo que han de verse, no desde una perspectiva restrictiva, sino todo lo contrario, desde una panorámica abierta ante la proclamación del principio *pro actione* que tantas veces ha declarado nuestro Tribunal Constitucional.

(...) En consecuencia, la posibilidad de persecución de hechos cometidos fuera del territorio de un Estado supone que su jurisdicción se debe fundamentar en un principio distinto del de territorialidad. De entre esos otros principios nos interesa destacar los siguientes:

1) El principio de personalidad (activa), según el cual un Estado puede perseguir los hechos cometidos por sus nacionales fuera de su territorio. Inspira el contenido del art. 23.2 de la LOPJ.

2) El principio de defensa, según el cual un Estado puede perseguir los hechos cometidos por cualquier persona (nacional o extranjera) fuera de su territorio cuando compromete o afecta a determinados intereses de ese Estado, que sean dignos de protección hasta el punto de permitir esa persecución más allá de sus fronteras. Inspira el contenido del art. 23.3 de la LOPJ.

3) Finalmente, un Estado puede perseguir hechos cometidos fuera de su territorio (de manera que no es posible aplicar el principio de territorialidad), que puedan ser cometidos por personas extranjeras (no cabe aplicar el principio de personalidad) y respecto de delitos que no comprometan sus intereses (no es posible aplicar el principio de defensa), cuando lo permite un Tratado internacional. Estamos hablando de la justicia universal (art. 23.4 LOPJ).

Por ello, al interpretar los apartados correspondientes a las letras d) e i) del art. 23.4 de la LOPJ observamos que sus principios inspiradores son distintos. La letra d) está basada en la atribución de jurisdicción por medio de los supuestos previstos en los tratados internacionales ratificados por España o en actos normativos de una organización internacional de la que España sea parte, mientras que la letra i) está basada en otros dos principios: el de personalidad (cuando el procedimiento se dirija contra un español) y el de protección, esto es, cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal *‘con miras a su comisión en territorio español’*. Ambos apartados son supuestos distintos y autónomos, y ambos contienen reglas de atribución de jurisdicción a los tribunales españoles” (F.D. 5º) [A.O.G.].

Jurisprudencia: competencia Judicial Internacional: interpretación de los apartados d), i) y p) del art. 23.4 LOPJ tras la modificación operada por LO 1/2014, de 13 Mar. Jurisdicción española en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos

de una Organización Internacional de la que España sea parte sin que sea preciso algún otro presupuesto añadido, ya sea basado en la nacionalidad de los autores o en la realización de actos con miras a su comisión en territorio español.

STS (Sala 2ª) de 24 de julio de 2014, rec. nº 1205/2014.

“(…) La regulación de la justicia internacional en nuestro ordenamiento jurídico ha sufrido una evolución que, sintéticamente, podemos señalar que, tras la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha de definirse como de pura justicia universal, en tanto que carecía de cualquier condicionante jurídico; una segunda, inaugurada mediante la modificación operada en 2009 (LO 1/2009, de 3 de noviembre), que podremos adjetivar de justicia universal con exigencia de una conexión nacional, o vínculo relevante que nos relacione con el hecho perseguido; y la vigente, que nace con la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, en donde preponderantemente se atiende a la configuración de los tratados internacionales y el grado de atribución de jurisdicción que otorgan a los Estados firmantes.

(…) la interpretación de la norma citada (art. 23.4 LOPJ) en punto a los delitos relacionados con el tráfico de drogas atribuye una triple atribución de jurisdicción universal: por la letra d) los delitos cometidos en los espacios marítimos cuando un tratado internacional o un acto normativo de una organización internacional permitan atribuir a España su competencia para tal represión punitiva; por la letra i) los delitos cometidos fuera de nuestro espacio territorial de soberanía, pero excluidos también de los espacios marinos, cuando la comisión de un delito de tráfico de sustancias estupefacientes pueda ser imputado a un español o se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español (aspectos éstos referidos tanto a la comisión en el espacio aéreo como en otro espacio territorial nacional en donde aparezca una conexión delictiva con nuestra soberanía); finalmente, por la letra p), cualquier delito cuya persecución nos imponga con carácter obligatorio un tratado vigente en España u otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

(…) esta Sala no comparte la interpretación que hace el Auto recurrido en tanto que mantiene que los preceptos correspondientes a las letras d) e i) son normas complementarias que dan lugar a un único criterio de reconocimiento de jurisdicción. Esta Sala Casacional entiende por el contrario que se trata de dos reglas de atribución de jurisdicción, distintas y autónomas. Es verdad que ambas se refieren al mismo tipo de conductas (delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), pero se distinguen en un elemento fundamental: la letra d) se aplica de manera específica cuando se trate de conductas llevadas a cabo en los ‘espacios marinos’ (aguas internacionales), mientras que si no concurre tal circunstancia espacial será de aplicación la letra i). No cabe entender, como incorrectamente hace el Auto recurrido, que una se remita a la otra y tengan así un ámbito de aplicación único, sino que se trata de normas con un ámbito de aplicación distinto *ab initio*, porque no sólo difieren en cuanto al lugar o espacio en

el que se ejecuta la conducta (en concreto, a los espacios marinos), sino que también sus principios inspiradores son distintos.

En efecto, no hay más que ver la estructura de una y otra atribución normativa de jurisdicción para darse cuenta de sus diferencias. En el apartado correspondiente a la letra d), el legislador, por un lado, agrupa una serie de delitos en conjunto, dichos delitos no requieren ninguna exigencia de nacionalidad en sus autores y lo conecta necesariamente con la posibilidad atributiva de jurisdicción que otorgan los tratados internacionales. Nada de ello ocurre en el resto de los apartados referidos por letras en el seno de tal disposición normativa (el art. 23.4 LOPJ). También debe destacarse que los delitos que se compendian (que son los siguientes: piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima) son aquellos que los Estados ribereños deben prestar atención cuando se ejecuten por vía marítima, protegiendo con sus medios al conjunto del continente del que forman parte, aun cuando su destino sea cualquiera de los miembros de la comunidad en la que se integran tales Estados. En nuestro caso, los países ribereños de la Unión Europea, con sus medios, deben proteger la entrada por vía marítima frente a los ataques delictivos que procedan del exterior aun cuando la finalidad de los autores sea la de cometer sus acciones criminales en los países interiores. Por todo ello, esta norma de atribución de jurisdicción tiene una configuración especial respecto a las demás, y debe ser aplicada de forma preferente cuando el delito se detecte en el referido espacio marítimo. Basta que los tratados internacionales permitan tal atribución para que mediante un acto legislativo del Estado concernido -como es nuestro caso, mediante la LO 1/2014- pueda proclamarse que se ostenta jurisdicción facultada por los referidos instrumentos internacionales. Distinto es el supuesto contemplado en la letra p) del ya citado art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en donde la persecución provenga, no ya de la posibilidad, sino de la imposición ‘con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos’.

En suma, el estudio del párrafo primero y de los apartados d) e i) del artículo 23.4 antes transcritos, evidencian la concurrencia de dos normas de atribución de jurisdicción, una de carácter especial, que ha de ser apreciada cuando se produzca un abordaje en aguas internacionales ante la presunta comisión de un delito de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y la otra, la correspondiente a la letra i) cuando se cumplan los requisitos exigidos por la misma. Ambas normas son de plena atribución de jurisdicción -no tienen otra naturaleza que regular los casos en que nuestra legislación confiere jurisdicción- por lo que han de verse, no desde una perspectiva restrictiva, sino todo lo contrario, desde una panorámica abierta ante la proclamación del principio *pro actione* que tantas veces ha declarado nuestro Tribunal Constitucional.

Ciertamente tales apartados coinciden en el objeto delictivo (drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), y en su comisión fuera del territorio nacional, pero al establecer el apartado d) una concreción o especificación,

constituida por ‘*los espacios marinos*’, convierten a esta norma en especial, y, por tanto, de aplicación preferente al apartado i) (que carece de especificación), de modo que, en ningún caso puede exigirse al apartado d) la concurrencia de los requisitos del tal apartado i), que queda circunscrito a espacios extraterritoriales que no constituyan *espacios marinos*. Dicho de otra forma, el abordaje en alta mar no puede predicarse más que de una conducta producida en el espacio marino internacional, fuera del mar territorial.

(...) En definitiva, en los casos de delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cometidos en medios marinos, el apartado d) del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial confiere jurisdicción a las autoridades españolas para el abordaje, inspección, incautación de sustancias y detención de los tripulantes de cualquier embarcación que enarbole el pabellón de otro Estado, siempre que obtenga la autorización del Estado de abanderamiento del barco (artículo 17.3 y 4 de la Convención). Esta competencia supone, lógicamente, la del enjuiciamiento de los imputados en caso de que se trate de buques sin pabellón, o resultando éste ficticio. Cuando se trate de naves con pabellón legítimo la competencia para el enjuiciamiento será la del país de bandera de forma preferente, y solamente de forma subsidiaria la del país que llevó a cabo el abordaje y la inspección” (F.D. 5º).

[El TS determina que procede la revocación del sobreseimiento acordado por la AN y continuación de la causa seguida por narcotráfico contra 8 ciudadanos sirios que viajaban en buque mercante de bandera de Sierra Leona con 15.300 kilogramos de hachís, apresados en aguas internacionales frente a la costa de Marruecos por patrullero español] [A.O.G.].

Jurisprudencia: menores extranjeros no acompañados: revocación de la resolución que acordó el cese del ejercicio de las funciones tutelares de una joven guineana asumidas por los servicios autonómicos porque, de las pruebas médicas practicadas, se deducía que era mayor de edad, aunque en su pasaporte constaba su minoría de edad.

STS (Sala 1ª) de 23 de septiembre de 2014, rec. nº 1382/2013.

[El TS fija como doctrina jurisprudencial la siguiente:] “(...) el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por que se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad” (F.D. 3º) [A.O.G.].

Jurisprudencia: improcedente archivo del procedimiento administrativo de solicitud de protección internacional por caducidad, al desconocerse el paradero del solicitante: falta de diligencia por parte

de la Administración, ya que el solicitante tenía un lugar de residencia conocido durante la tramitación del expediente, como demuestra la notificación, en el mismo mes que se dicta la resolución impugnada, de la Diligencia que le comunica la salida obligatoria de España.

SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 3 de julio de 2014, rec. nº 555/2013.

“(…) En este sentido, se infringe el art. 28, de rúbrica ‘Notificación’, de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que dispone: ‘A efectos de comunicaciones y notificaciones, se tendrá en cuenta el último domicilio o residencia que conste en el expediente. Cuando no prospere este procedimiento de notificación, el trámite se realizará a través del Portal del Ciudadano, del portal electrónico de la Oficina de Asilo y Refugio y de los tablones de anuncios, accesibles al público, de la Comisaría de Policía correspondiente o de la Oficina de Extranjeros de la provincia en que conste el último lugar de residencia de la persona solicitante y, en todo caso, de la Oficina de Asilo y Refugio. De estos extremos se informará a los solicitantes al formalizar su solicitud, que podrán exigir que se cumpla la garantía del apartado 4 del artículo 16’. (..) Por otra parte, el art 27, de rúbrica ‘Archivo de la solicitud’, establece: ‘Se pondrá fin al procedimiento mediante el archivo de la solicitud cuando la persona solicitante la retire o desista de ella, en los casos y en los términos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En todo caso, se podrá presumir que dicha retirada o desistimiento se ha producido cuando en el plazo de treinta días el solicitante no hubiese respondido a las peticiones de facilitar información esencial para su solicitud, no se hubiese presentado a una audiencia personal a la que hubiera sido convocado, o no compareciera para la renovación de la documentación de la que se le hubiera provisto, salvo que demuestre que estos comportamientos fueron debidos a circunstancias ajenas a su voluntad”’ (F. D. 3º).

[El solicitante estaba localizable, por lo que se incumplió la norma reguladora de la notificación, sin que conste obstrucción por parte del sujeto o rechazo a cualquier notificación, administrativa o judicial. Se ha constatado que muestra su interés en la resolución de su solicitud, sin que haya renunciado o desistido, directa o indirectamente, de la misma. Consta, además, la designación de un domicilio para notificaciones. Procede la continuación de los trámites del procedimiento administrativo] [A.O.G.]

Jurisprudencia: denegación del subsidio de desempleo por no ser miembro de la unidad familiar el sobrino desplazado para estudiar en España

STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 15 de abril de 2014, rec. nº 530/2014

[El régimen de acogimiento familiar de menores surte efectos en virtud de decisión de la entidad pública que tiene encomendada la protección de menores, pero con la particularidad de que quien asume la guarda es la entidad pública, que la lleva a cabo

mediante acogimiento en familias; situación en absoluto asimilable a la cuestionada en el recurso respecto a un menor cuya tutela no ha sido concedida a sus tíos por razón de su situación de desamparo sino porque viene a estudiar a España, concediéndoles la guarda y custodia y responsabilizándoles por sus actos. Esta concesión de especial tutela a favor de los tíos del menor no conlleva un deber legal de mantenimiento, lo que se erige en factor diferencial relevante con la situación de acogimiento familiar. La situación de convivencia del menor con sus tíos pues suponer que éstos sus gastos de manutención de forma voluntaria, pero no como un deber legal; diferencia que permite negar la aplicación por analogía de la situación de acogimiento familiar a la de acogimiento voluntario por razón de estudios a los efectos de lucrar el subsidio de desempleo.

No obsta a lo dicho el que los padres del menor hubieran otorgado una “tutela de poder” extendida por el órgano competente de la República Árabe Saharaui Democrática con firma legalizada porque además de tratarse de un documento expedido por la autoridad de un país que no está reconocido por el Estado español, las legalizaciones efectuadas por nuestras autoridades no alcanza a convertir la mentada "tutela de poder" en un acogimiento familiar en el sentido exigido por la LGSS.

En el supuesto que nos ocupa] “(...) sucede que los términos del documento constitutivo de la tutela de poder otorgada al demandante y su esposa, respecto a su sobrino, por los propios padres de éste, ante la autoridad pública saharauí competente al efecto, contiene suficientes elementos como para poder efectuar el examen comparativo con la institución del acogimiento de menores de nuestro derecho interno, siendo singularmente relevante, a estos efectos, junto al papel que se atribuye al Juez interviniente (de tipo fedatario) y el carácter de la intervención de los padres del menor (otorgantes de la tutela), la indicación de que ésta se daba ‘para la instancia temporal de su estudio, además de la guardia y custodia y la responsabilidad de su actos ante las autoridades competentes’. (...) fácilmente se advierte que no guarda identidad de razón con el acogimiento familiar de menores contemplado en el art. 172 CC, ya que éste se realiza por decisión de la entidad pública que tiene encomendada la protección de menores, la cual decide asumir la guarda del menor ante su situación de desamparo, debido al incumplimiento de los deberes de protección por parte de los padres o tutores del mismo, y aunque puede realizar esa intervención a solicitud de éstos, quien asume la guarda es la entidad pública, que la lleva a cabo mediante acogimiento, bien en residencias, bien en familias. “(...) Claro es que, en esa situación de convivencia del menor con sus tíos, fácil será que éstos soporten sus gastos de manutención, pero si así sucede, no por ello se está en situación equivalente a la del menor acogido, ya que derivará de su propia voluntad y no de un deber legal.

(...) la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto: 1) que ha de considerarse como integrante de la unidad familiar al hijo privativo del cónyuge, que convive con ellos (sentencia de 23-Sp-97, RCUd 277/1997); 2) que no cabe considerar como miembro de la unidad familiar al nieto del solicitante, menor de edad, que convive con él y con su madre (hija de aquél), pero al que no tiene acogido legalmente en los términos del artículo 172 CC (sentencia de 5 de diciembre de 2008, RCUd

2548/2006). (...) Dicho de otra forma, el subsidio se reconoce porque el solicitante tiene determinadas responsabilidades familiares, debidamente identificadas por el legislador, y no porque tenga cualquier tipo de carga o responsabilidad familiar” (F.D. 4º)

[Concluye el TSJ que rompe la razón de ser del subsidio, que descansa en tener el solicitante determinadas responsabilidades familiares, debidamente identificadas por el legislador, el supuesto de acogimiento voluntario de un sobrino por razón de su desplazamiento por estudios, en la medida en que supone la asunción voluntaria de una carga o responsabilidad familiar] [A.O.G.].

IV. DERECHO ADMINISTRATIVO

Jurisprudencia: el Tribunal de Luxemburgo extiende al cliente del abogado la categoría y protección de consumidores

STJUE (Sala 9ª) de 15 de enero de 2015, en el asunto C-537/13.

“La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a los contratos tipo de servicios jurídicos, como los que son objeto del asunto principal, concluidos por un abogado con una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional” (§ 36) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre la expulsión de extranjeros tras la sentencia del 2015

STJUE (Sala Cuarta) de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14

“La Directiva (...) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí” (§41) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TC analiza la relevancia de la falta de intermediación en lo contencioso-administrativo, al no coincidir juez que falla con juez que asiste a la prueba, bajo el prisma de la indefensión efectiva.

STC (Sala 2ª) de 3 de noviembre de 2014, rec. nº 177/2014.

“Pues bien, desde el enfoque enunciado (medios objetivos de conocimiento en los que se apoyó el juzgador) cabe decir que, sólo cuando la aportación verbal no presenciada exija un contacto directo para adquirir conocimiento de causa sobre los

elementos fácticos a debate y en ella concernidos y se constituya en la única que fundamenta la resolución impugnada, o se constate, a partir de su propia motivación, que es esencial para llegar a la conclusión de hecho de la que se parte, el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) impondrá (también extramuros del proceso penal) la intermediación judicial de quien dicte el pronunciamiento. De suerte que, de ser el caso, será inexcusable o bien la repetición de la vista o de la diligencia de prueba correspondiente ante el Juez sentenciador, o cuando menos la reproducción del soporte audiovisual (si existiera) o la lectura del acta que documente la práctica de la prueba en presencia de los declarantes y ante el nuevo juzgador que se dispone a su valoración, pues así podrá apreciarla directamente ante ellos e intervenir en relación con la misma —con los límites que exige su neutralidad y con el designio de comprobar la certeza de elementos de hecho—, percibiendo la reacción de aquellos acerca de su declaración previa, sea a través de una nueva declaración, sea negándose a llevarla a cabo” (F.J. 5º). [B.A.S].

Jurisprudencia: el TC da respuesta a la encrucijada procesal a la que habitualmente se enfrenta el abogado, frente a la sentencia, cuando se produce un agotamiento de los medios de impugnación utilizables.

STC (Sala 2ª) de 17 de noviembre de 2014, rec. nº 186/2014.

“En concreto, por lo que se refiere a la formulación de la solicitud de aclaración, reconocida en el art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este Tribunal ha afirmado que “su interposición hace extemporáneo el recurso de amparo interpuesto una vez transcurrido el plazo de veinte días previsto en el art. 44.2 LOTC, cuando resulte injustificada produciendo una prolongación artificial del plazo de interposición del amparo o pueda calificarse como un remedio manifiestamente improcedente contra la resolución judicial” (SSTC 131/2004, de 19 de julio, FJ 2; y 77/2005, de 4 de abril, FJ 2), lo que, por ejemplo, sucede cuando se utiliza para volver a analizar el objeto del recurso o para pretender alterar la fundamentación jurídica de la resolución o el sentido del fallo. No concurriendo tales circunstancias, el tiempo que transcurra entre la petición de aclaración y el Auto correspondiente (aclare o no) ha de ser excluido en el cómputo del plazo de cualquier recurso en sentido propio, cuyo dies a quo o hito inicial ha de situarse en el de la notificación de aquel Auto (ATC 45/1995, de 13 de febrero, FJ 1); en cambio la utilización del instrumento de la aclaración para un fin distinto del que le es propio provoca una ampliación artificial del plazo para interponer el amparo, lo que determina la inadmisibilidad de la demanda de éste por extemporánea (por todas, SSTC 233/2005, de 23 de septiembre, FJ 2; y 94/2006, de 27 de marzo, FJ 3).

(...) Tal solicitud de aclaración fue rechazada por la Sala al entender que lo que se pretendía era una rectificación tanto de los fundamentos como del fallo de la Sentencia, lo que no es posible por la vía de la aclaración del art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Pues bien, del propio contenido del escrito de aclaración y de la respuesta al mismo dada por el Tribunal Supremo podemos concluir que su improcedencia se infiere de modo claro, ya que la demandante

solicitaba en el suplico de su escrito un contenido imposible como objeto de la aclaración, pues no denunciaba en su solicitud la existencia de conceptos oscuros ni errores materiales o aritméticos, u omisiones, ni tampoco solicitaba el complemento de la resolución a que se refiere al apartado quinto de aquel precepto sino que estaba formulando una pretensión de modificación de la fundamentación y del sentido del fallo de la resolución recurrida, sobre la base de la irrazonabilidad de su argumentación.

(...) Por tanto, la aclaración regulada en el art. 267 LOPJ no constituye un auténtico medio de impugnación que pueda servir como instrumento para agotar la vía judicial previa cuando, como es el caso, se denuncia la irrazonabilidad en los argumentos de la Sentencia, supuesto en el que, manifestando la actora su desacuerdo con la fundamentación de la misma, que entendía vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva, debería haber acudido al incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 LOPJ para agotar en debida forma la vía judicial previa, puesto que era el remedio procesal adecuado para reparar la lesión del derecho fundamental invocado en la demanda de amparo. Al no haberlo hecho así, la actora no ha dado debido cumplimiento al requisito del agotamiento de los recursos utilizables establecido en el art. 44.1 a) LOTC, ni, por consiguiente, brindó a la Sala la posibilidad de reparar el vicio denunciado, salvaguardando, de este modo, el carácter subsidiario del recurso de amparo al que, como hemos señalado, responde dicho requisito” (F.J. 2º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TC se pronuncia sobre la nulidad del epígrafe “Defensa” incluido en el listado de actividades e instalaciones potencialmente contaminantes del suelo anexo a la Ley autonómica.

STC (Sala 2ª) de 20 de noviembre de 2014, rec. nº 192/2014.

“Debemos comenzar advirtiendo que tratándose de un problema suscitado con ocasión del desarrollo por el legislador autonómico de una normativa básica estatal, lo primero que hay que destacar es que la ley básica estatal que en este caso se desarrolla excluye de su ámbito material de aplicación los suelos de titularidad pública en los que se ubiquen instalaciones militares o en los que se desarrollen actividades militares, de modo que respecto a ellos la Comunidad Autónoma del País Vasco carece de competencia alguna de desarrollo y ello determinaría la nulidad del epígrafe 75.22, ‘Defensa’ del anexo II de la Ley del Parlamento Vasco 1/2005, en la medida en que se refiere genéricamente a “defensa” entre las actividades e instalaciones potencialmente contaminantes de suelo sin excluir de su aplicación aquellos suelos de titularidad pública.

Al respecto, una consolidada doctrina de este Tribunal, centrada en la concurrencia de títulos competenciales estatales y autonómicos sobre un mismo territorio aunque derivadas de títulos jurídicos distintos (por todas, la STC 82/2012, de 18 de abril, FFJJ 3 y 4, que cita otras anteriores) ha coincidido en destacar los siguientes aspectos característicos:

a) En primer lugar, que las situaciones de concurrencia competencial sobre un mismo espacio físico han de resolverse acudiendo a técnicas de colaboración y concertación (...).

b) ‘Para el caso de que los cauces de cooperación resulten insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, será preciso determinar cuál es el título prevalente en función del interés general concernido, que determinará la preferente aplicación de una competencia en detrimento de la otra’.

c) En todo caso, ‘determinada la preferencia de la competencia estatal en virtud de su carácter más específico y, por consiguiente, la posibilidad de condicionar, en el ejercicio de una competencia dotada de una clara dimensión espacial como es la establecida en el artículo 149.1.4 CE, la concurrente competencia autonómica... también tenemos establecido que esa preferencia no ha de ser entendida en términos absolutos (al respecto SSTC 14/2005, de 31 de enero, FJ 5, y 46/2007, de 1 de marzo, FJ 10)’.

(...) Las reglas que sintetizan nuestra doctrina en los supuestos de concurrencia de títulos competenciales estatales y autonómicos sobre un mismo espacio físico se ciñen a destacar, de una parte, la preferencia por las técnicas de concertación y de colaboración entre las administraciones públicas correspondientes, que habrán de venir debidamente previstas en sus normativas legales correspondientes; y, de otro lado, para el supuesto de que no sea posible acudir a aquéllas, habrá que determinar, de entre los que concurren, cuál sea el título prevalente en función del interés general concernido, siempre con la modulación de que tal preferencia no deba ser entendida en términos absolutos si obedecen a objetos distintos y no interfieren o perturban el ejercicio de las competencias prevalentes” (F.J. 4º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: respaldo del TC a la reforma estatutaria que reduce el número de diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha.

STC (Pleno) de 4 de diciembre de 2014, rec. nº 4791/2014.

“Examinaremos a continuación, (...) que la menor proporcionalidad, en principio asociada a la reducción de puestos a cubrir (de escaños, en este caso), no es un efecto jurídico determinado sólo, de manera directa y necesaria, por las normas que asignen escaños a cada circunscripción. Una importancia no menor tendrán —para restringir o, incluso, para favorecer la proporcionalidad— elementos o variables ajenos, obviamente, a toda predeterminación jurídica, como son, sobre todo, el número de candidaturas presentadas y el grado mayor o menor de concentración o dispersión entre ellas del sufragio de los electores. Puede en todo caso convenirse en que, como consideración de principio, la reducción del número de representantes a elegir en una circunscripción tiende a disminuir —caeteris paribus— el grado de proporcionalidad en la adjudicación de escaños que en ella se realice.

(...) De la proporcionalidad en la representación dijimos tempranamente (...) que la proporcionalidad es, más bien, una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa ‘pureza’ de la proporcionalidad abstractamente considerada”.

(...) De tal ‘abolición’ o supresión de la proporcionalidad sólo podría hablarse con rigor (...) si la norma impugnada introdujera, directa o indirectamente, un sistema mayoritario o con mínimas correcciones, en expresión de la ya citada STC 40/1981, o si hubiese quebrado de otro modo lo que es de esencia a la proporcionalidad. (...) la impugnación de la Ley Orgánica 2/2014 por su supuesta infracción del principio de representación proporcional es, ante todo, manifiestamente preventiva, basada como está, toda ella, en proyecciones o anticipaciones hipotéticas sobre su ulterior desarrollo legal y acerca de los resultados a que pudiera dar lugar tal desarrollo normativo” (F.J. 7º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TC elude la oportunidad de pronunciarse sobre la valoración de la experiencia previa acuñada por los funcionarios interinos en los concursos de provisión de puestos de trabajo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.

STC (Pleno), de 18 de diciembre de 2014, núm. rec. nº 212/2014.

“En segundo término, abstracción hecha del juicio que merezcan las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de apelación sobre la incidencia, en el presente caso, de la doctrina recogida en la STJUE de 8 de septiembre del 2011, lo cierto es que los argumentos expuestos sobre tal cuestión no incurren en arbitrariedad ni adolecen de falta de razonabilidad, pues, al fin y al cabo, la referida argumentación explícita de manera suficiente las consideraciones de índole jurídica que sustentan la decisión finalmente adoptada, de cuyo contenido se desprende que la desestimación de lo pretendido por la demandante no contraviene lo estatuido por la Directiva 1999/70 ni la doctrina enunciada en la reiterada STJUE. Debemos insistir que a este Tribunal no le corresponde pronunciarse sobre el eventual acierto de la decisión finalmente adoptada, ni tampoco alumbrar otras interpretaciones que pudieran resultar más plausibles. Los órganos judiciales son los únicos competentes, ex art. 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria” (F.J. 4) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TC “manda” un mensaje antiformalista con el objeto de inadmitir los recursos de casación.

STC (Pleno) de 22 de enero de 2015, rec. nº 7/2015.

“(…) resolver acerca de la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos invocada por el demandante desde el prisma de la exigencia de racionalidad de esa decisión es si la resolución del

Tribunal Supremo no admitiendo la subsanación de los defectos procesales del escrito de preparación, habida cuenta del cambio jurisprudencial producido, es compatible con las exigencias del derecho invocado.

(...) La parte recurrente extremó su diligencia para dar cumplimiento a todos los requisitos procesales exigidos por la Jurisprudencia de la Sala, incluidos los que habían sido añadidos por el cambio de su doctrina sobre la admisión, tomando la iniciativa de presentar un escrito complementario de adecuación a las nuevas exigencias, y, pese a ello, el Tribunal sin ponderar las circunstancias concurrentes: la diligencia con la que actuó la recurrente, la imposibilidad de cumplir con los requisitos procesales en el momento precedente, la satisfacción de las finalidades del escrito de preparación a través del escrito de adecuación presentado, inadmitió el recurso, por lo que puede concluirse que el Tribunal Supremo no dio una respuesta racional adaptada al caso sometido a su enjuiciamiento. Ciertamente, si el demandante no hubiera satisfecho dicha carga procesal, acomodándose al cambio jurisprudencial con la presentación del referido escrito, la conclusión que habríamos alcanzado sería precisamente la contraria, desestimando la invocada vulneración” (F.J. 3º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TS se pronuncia sobre la extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo, por cuanto se produce la exclusión del control jurisdiccional contencioso-administrativo, de los actos dictados por las Salas de Gobierno, en ejercicio de la ‘policía de estrados’.

STS (Sala 3ª) de 4 de noviembre de 2014, rec. nº 254/2013.

“(…) descendiendo al examen de la sanción que es objeto de recurso, no cabe duda alguna de que el recurrente ha realizado un uso abusivo y desproporcionado de los recursos e incidentes que la ley pone a su disposición, fuera de toda medida y que carece de parangón en lo que viene a ser el uso normal de los instrumentos y cauces procesales que miles de abogados realizan con medida y corrección todos los días, con todo lo que ello ha supuesto de pérdida de tiempo, malgastando los recursos de la Administración de Justicia, realmente escasos. El procedimiento tiene su origen en un pleito matrimonial tramitado en un Juzgado de Familia, ya que como consecuencia de la declaración testifical realizada por un testigo en dicho proceso de separación, el Sr. Mauricio (que era parte en dicho proceso de separación) formuló una demanda de protección del derecho al honor ante el Juzgado de 1ª Instancia contra la referida testigo al considerar su declaración atentatoria contra el honor; después el proceso continuó su tramitación ante la Audiencia (a la que se han elevado diversos recursos de apelación), ante el Tribunal Supremo (por dos veces ya que incluso se ha interesado la declaración de error judicial) y después por el Tribunal Constitucional al formular recurso de amparo.

Así mismo esta misma Sala de Gobierno conoció también de las diligencias informativas 36/2011 iniciadas como consecuencia de la queja formulada por el letrado Sr. Mauricio. En fase de ejecución se han recurrido en reposición prácticamente todas las resoluciones del juez y del secretario judicial, se han

planteado numerosos incidentes en todas sus modalidades, de oposición a la ejecución, de nulidad de actuaciones y el específico del Art. 563 LEC a través de diversos recursos.

Se han anunciado o formulado quejas ante el CGPJ y ante esta misma Sala de Gobierno, se han presentado escritos soslayando los cauces legales previstos (los escritos se cuentan por decenas), ya que en ellos constante y machaconamente se reiteran una y otra vez pretensiones que ya han sido desestimadas por resolución firme y que luego se vuelven a reiterar a través del cauce de la nulidad de actuaciones o de la vía prevista en el Art. 563 LEC.

Se ha llegado incluso a invitar al juez a que se abstuviera, pero sin recusarlo.

Se han formulado numerosas solicitudes de aclaración o de complemento de las resoluciones dictadas e incluso se ha solicitado al juzgado licencia para proceder penalmente contra los letrados de la parte contraria (algo que el abogado sancionado ha solicitado en otros procesos).

Ha denunciado a los jueces y a los abogados de la contraparte ante Fiscalía, y todo ello sin pasar por alto que en la presente resolución sólo se han mencionado los hitos más relevantes del procedimiento ya que los escritos presentados son muchos más de los relacionados en esta resolución y sería enormemente penosa su enumeración pormenorizada.

Nos encontramos por tanto ante un caso claro y paradigmático de abuso del proceso que debe ser objeto de sanción dado lo irregular de la conducta del letrado y lo desproporcionado del trabajo judicial desarrollado teniendo en cuenta el objeto del litigio y de la ejecución instada. En definitiva, se trata de un mal uso del proceso con el claro fin de entorpecer la labor judicial, empleando todos los medios y todas las vías posibles, procedentes o no, para eludir y tergiversar el ‘thema decidendi’, alargando el proceso en una espiral infinita de escritos, recursos, quejas e incidentes, en suma, para impedir que el acreedor ejecutante procediera al cobro de las costas procesales objeto del despacho de ejecución, a las que tiene derecho en virtud de declaración judicial firme y ejecutiva, y esta conducta integra sin duda alguna, el concepto de mala fe procesal que sanciona el Art. 247 LEC .

Por otro lado, no pueden pasarse por alto las imputaciones de arbitrariedad e ilegalidad de las resoluciones que se dirigen al juez, así como el supuesto carácter fraudulento de las actuaciones, la injustificada voluntad del juez de eludir la ley mediante supuestos ‘ardides procesales’ ocultación y tergiversación de hechos, etc..., expresiones que se contienen en prácticamente todos los escritos presentados por e/letrado Sr. Mauricio y que no pueden tolerarse, por lo que la Sala de Gobierno estima procedente, con arreglo al Art. 215 CP, deducir testimonio de todos los escritos y resoluciones obrantes en la ejecución de títulos judiciales 702/2009 y pieza separada de sanción por mala fe procesal y su remisión al Ministerio Fiscal por si dichas expresiones fueren constitutivas de delito” (F.J. 2º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TS perfila las exigencias jurisprudenciales de lo que es “prevaricación” deslindándolo de figuras afines.

STS (Sala 2ª) de 24 de noviembre de 2014, rec. nº 729/2014.

“(…) De hecho no se está condenando por malversación de caudales públicos (como sería procedente en la tesis de que los pagos carecieran por completo de contraprestación), sino que se está castigando por el hecho de que el acusado ni contrató con arreglo al procedimiento público procedente con el Sr. Fausto, ni existía expediente de contratación, ni se le habían adjudicado a Fausto contrato alguno, ni había consignación presupuestaria para la realización de esos trabajos que realizó, y que al final no supusieron más que la elaboración de un folleto y un borrador de unos pocos folios. Como dice el Fiscal, la gravedad de la arbitrariedad del alcalde se pone de manifiesto al desoír las advertencias (orales y luego escritas) del Secretario Interventor del Ayuntamiento, que le ponía de manifiesto la ilegalidad de tal proceder. La Sentencia, en su Fundamento Jurídico Segundo hace referencia a estos aspectos. Como hemos dicho, la razón del fallo condenatorio se encuentra en la falta en absoluto de procedimiento administrativo para el pago, en la inexistente consignación presupuestaria, y en el contundente reparo de ilegalidad del Secretario-Interventor del Ayuntamiento” (F.D. 2º).

“(…) Mediante el motivo segundo, y al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente censura la vulneración de la presunción constitucional de inocencia del acusado, alegando un segundo informe del Secretario Interventor del Ayuntamiento en relación con la factura pagada a instancias del acusado por importe de 21.634 euros el día 29 de febrero de 2004, y señala además que el acusado desconocía el contenido del primer informe del Secretario Interventor del Ayuntamiento. De nuevo insiste en que los trabajos por los que se paga al Sr. Fausto se habían realizado, facturado y contabilizado. Como dice el Ministerio Fiscal, la normativa citada por el Secretario Interventor en sus informes es clara: solamente pueden pagarse gastos presupuestados (art. 24 del RD 500/1990 de 20 de abril). El acusado ignora deliberadamente ese hecho, y alega ignorancia del mismo después de llevar varios años ejerciendo la Alcaldía. En efecto, la prueba practicada ha sido abundante, los informes y reparos de ilegalidad en su proceder se encuentran en autos, el secretario municipal acudió al plenario, y en suma, existió una objeción de ilegalidad que ponía de manifiesto que no existía consignación presupuestaria, además de tratarse de facturas cuyo pago no correspondía al Ayuntamiento sino, en todo caso, a la sociedad mercantil municipaliza SUMM, pues a tal publicidad concernían, como hemos visto. En consecuencia, el motivo no puede prosperar” (F.D. 3º).

“(…) Como documento literosuficiente, se invoca el contenido del Acta de la Junta General de Accionistas de SUMM, celebrada el 20 de diciembre de 2005, en la que se aprueban las cuentas de la sociedad. Considera que dicho documento convalida los gastos realizados por proveedores y acreedores, por prestaciones de servicios durante febrero del año 2004 y se argumenta que el silencio del Secretario del Ayuntamiento en ese acto de la aprobación de cuentas muestra su aquiescencia con el gasto realizado. Como destaca el Ministerio Fiscal, el recurrente pretende que un

delito cometido en 2004 deje de serlo por la aprobación de unas cuentas anuales un año después. En consecuencia, el documento no tiene ninguna eficacia para alterar el hecho probado” (F.D. 4º).

“(…) el Secretario-Interventor que suscribe emite el siguiente Informe: 1º) Que en las Dependencias municipales a mi cargo no existe constancia de la tramitación de expediente alguno para contratar dichos trabajos, ni en consecuencia su adjudicación. 2º) Que no existe consignación presupuestaria que pudiera amparar el gasto. 3º) Que en consecuencia, no procede el pago de dicha factura, puesto que no pueden adquirirse compromisos de gasto sin existir la correspondiente consignación presupuestaria, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos que adolezcan de dicha norma (artículo 25-2º del Real Decreto 500/1990, de 20-4-1990, por el que se desarrolla el Capítulo 1 del Título VI de la Ley 39/1988 de 28-12-1988, reguladora de las Haciendas Locales). Además de haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, en lo que se refiere a la contratación de los trabajos. 4º) Que el señor Alcalde, en su condición de ordenador de pago, será personalmente responsable del pago, en virtud de lo establecido por el artículo 189 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

(…) En ocasiones hemos puesto de manifiesto -STS de 7-1-2003- la dificultad que comporta la delimitación de la línea fronteriza entre la ilicitud administrativa y la penal, y que con la jurisdicción penal no se trata de sustituir, desde luego, a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor revisora y de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos límite en los que la posición de superioridad que proporcionaba el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado o a los intereses generales de la Administración Pública en un injustificado abuso de poder.

En consecuencia, la STS de 5-3-2003, núm. 331/2003, nos recuerda que 'no basta, pues, con la contradicción con el derecho'. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria. E incluso esta Sala Casacional se ha referido a veces con los términos de que se necesita una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996, núm. 171/1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, (STS de 16-5-1992, núm. 773/1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el

ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998, 1/1998; de 4-12-1998; 766/1999, de 18 mayo y núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre).

Abundando de nuevo en la tesis objetiva, como se hace en otras sentencias, la prevaricación aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos generalmente admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable. Finalmente, el tipo subjetivo del delito exige que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución.

De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución a sabiendas, se puede decir que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal, cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

Y ello es lo acontecido en el caso, en el que la actuación del acusado, fue advertida de plena ilegalidad, como reiteradamente expone la doctrina de esta Sala Casacional (SSTS 1223/2004, de 21 de octubre; 1686/2003, de 12 de diciembre; 878/2002, de 17 de mayo, etc.)” (F.D. 5º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TS rechaza la valoración en los concursos de la experiencia profesional de carácter ilegal.

STS (Sala 3ª) de 9 de diciembre de 2014, nº rec. 114/2011.

“Por el contrario, nos encontramos con un hecho ya pacífico: la experiencia docente de cuya valoración se discute se impartió por quien no podía enseñar por

carecer de titulación. Esto hace que, como hemos anticipado, el problema no se plantee en términos de seguridad jurídica sino de mérito y capacidad en condiciones de igualdad. Y, situados en este plano, no nos parece que las razones de la Sra. Concepción y del Gobierno Vasco deban prevalecer frente a las seguidas por la Sala de Bilbao porque eso supondría dar el mismo valor, tratar igual, la experiencia docente adquirida legalmente, o sea por quien contaba con todos los requisitos exigidos para impartirla y la lograda ilegalmente, aunque esa ilegalidad se debiera a un error de la Administración. Dar el mismo trato a quienes se encuentran en posiciones diferentes no es conforme al principio constitucional de igualdad y tampoco se ajusta a las bases de la convocatoria porque, como sostiene la Sra. Lorena, al prever la asignación de una determinada puntuación a la experiencia docente previa, contemplan la enseñanza prestada cumpliendo todas las exigencias legales” (F.D. 4º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TS niega que las determinaciones que contiene el Reglamento Orgánico y Funcional de una Consejería autonómica deban ser objeto de negociación.

STS (Sala 3ª), de 29 de diciembre de 2014, núm. rec. nº 113/2014.

“Quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación las materias siguientes:

a) Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización. Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales a que se refiere este Estatuto.

(...) Y todo ello ya circunscribe la controversia a la siguiente cuestión: si al regular junto a los servicios de la Consellería las funciones que a cada uno se le asigna, se están también regulando las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 37.1 del Estatuto Básico del Empleado Público.

(...) Sin embargo, en el criterio de esta Sala, no es posible la creación de servicios de una Consellería sin asignar las funciones correspondientes, y será posteriormente, una vez han sido creados estos servicios y asignadas las funciones que les corresponden mediante una decisión que tiene un marcado carácter organizativo, cuando habrá que negociar, a través de las RPT u otros instrumentos, las condiciones en que el trabajo de esos nuevos servicios tendrá que realizarse. Y así ha de ser considerado porque, si la mera creación o supresión de servicios tuviera que negociarse, la exención de la necesidad de negociar las decisiones organizativas carecería de eficacia alguna. Dicho todo lo anterior desde el plano de la interpretación de la ley actualmente vigente, pues nada impediría que también para este caso estuviera prevista legalmente la negociación, aun cuando la Administración gozara luego de potestad organizativa plena” (F.D. 5º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TS ordena procesalmente un “totum revolutum” sobre el que se asienta una demanda y la contestación a la misma, con criterios que zanjarán muchos pleitos futuros.

STS (Sala 3ª) de 13 de enero de 2015, rec. nº 2875/2013.

“(…) unos criterios respecto a la necesaria consideración del informe de la Dirección General de Personal, acompañado por la Administración demandada en la contestación, y sobre la posibilidad de que en la defensa contra la impugnación de las resoluciones recurridas por la demandante puedan revisarse, no solo las puntuaciones de las codemandadas, sino también las de la demandante.

Ambos criterios nos vinculan en el momento actual: lo contrario supondría desconocer la eficacia de una sentencia firme. En todo caso, respecto a la obligación de tomar en consideración el referido informe, debe precisarse que, nuestra precedente sentencia no se pronunció sobre el valor que deba atribuírsele, sino exclusivamente sobre su necesaria toma en consideración. Y esa toma en consideración debe partir del análisis de fondo de su eventual valor probatorio para la corrección de las puntuaciones que el órgano de calificación había reconocido a la demandante, lo que es perfectamente compatible con el mandato de nuestra precedente sentencia.

Al respecto debe indicarse que el contenido de dicho informe no supone un dictamen sobre una materia de tipo técnico, que entrañe valoraciones en función de criterios técnicos, no jurídicos, que es lo propio de una prueba pericial, sino que es expresión de una pretendida aplicación de la regulación contenida en el baremo del Anexo de la convocatoria, lo que constituye un ejercicio puramente jurídico, impropio de una auténtica prueba pericial.

Tal actuación jurídica de un órgano de la Administración, precisamente del que con arreglo a la regulación aplicable conoció en vía administrativa del recurso de alzada de la recurrente, (y que, como fundamento de su desestimación arguyó que -Fundamento de Derecho Cuarto de la resolución desestimatoria del recurso FF 80, 81 del expediente- ‘la Dirección General de Personal actúa como órgano revisor de las baremaciones y calificaciones otorgadas por los Tribunales, pero no puede arrogarse funciones sustitutorias de las mismas, que son los competentes para baremar y los únicos que gozan de discrecionalidad técnica’) no resulta válida en cuanto actuación jurídica, pues en tal aspecto supone tanto como una revisión de una actuación administrativa previa de evaluación, llevada a cabo al margen de los medios de revisión previstos en los arts. 102 y 103 Ley 30/1992.

La consecuencia es que la única vía de admisión en el proceso de tal informe es como prueba pericial; pero por su contenido carece de ese posible significado. De este modo la consideración del informe, a que obliga nuestra precedente sentencia, conduce a su descalificación como posible base de la fundamentación de la sentencia recurrida” (F.D. 27º).

“En cuanto a Doña Covadonga su legitimación para la impugnación referida nacía de su posibilidad de defensa frente a la demanda, pues antes de ella, al haber sido

seleccionada en el concurso-oposición, carecía, en principio, de interés jurídicamente aceptable para poder impugnar las calificaciones de otro aspirante no seleccionada en él, respecto de la cual los posibles errores de puntuación no le afectaban.

El caso de la demandante era diferente, pues nada le impedía aducir en la demanda todos los posibles motivos de impugnación de la puntuación de la codemandada; por lo que no resulta procesalmente aceptable que motivos de impugnación no utilizados en demanda se aleguen en el proceso en escrito posterior, con aportación de documentación relativa a esa inaceptable ampliación. Tal ampliación resulta contraria a lo dispuesto en el art. 56.4 LJCA y el art. 400 LEC, de aplicación supletoria al proceso contencioso-administrativo, según lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la LJCA. Por ello la falta de apreciación de las pruebas a que se refiere el motivo no resulta procesalmente objetable” (F.D. 32º) [B.A.S].

Jurisprudencia: el TS niega la legitimación de una Universidad para que pueda impugnar acuerdos de la propia Universidad.

STS (Sala 3ª) de 4 de febrero de 2015, rec. nº 214/2011.

“Es cierto que ‘hic et nunc’ no se impugna directamente ninguna actuación de la mentada Universidad, pero no puede desconocerse que a través de la impugnación de la resolución recurrida de verificación positiva del Consejo de Universidades, se trata de poner en tela de juicio el propio plan de estudios del Grado de referencia

(...) Y por lo que se refiere a los codemandantes individualmente considerados, también coincidimos con el criterio indicado en la citada sentencia, con cita del artículo 19.1.a) de la LJC, de que las consecuencias genéricas sobre la carga docente derivada de la introducción de los nuevos títulos de grado y sus eventuales efectos sobre la contratación de los profesores asociados constituyen datos lo suficientemente difusos como para impedir una individualización real, actual y efectiva de los posibles daños a recaer sobre cada uno de los demandantes, lo que imposibilita que aceptemos su legitimación para impugnar en términos de generalidad un acto de organización académica de la Universidad en la que prestan sus servicios, que es en definitiva lo que viene a avalar el acuerdo del Consejo de Ministros recurrido” (F.D. 1º) [B.A.S].

Jurisprudencia: el TS identifica las diferencias y semejanzas entre jueces sustitutos y jueces de carrera

STS (Sala 3ª) de 19 de febrero de 2015, rec. nº 394/2013.

“(…) alcanzamos la conclusión de que los sucesivos nombramientos y llamamientos de duración determinada que anualmente puedan recaer en aquellos, incluso aunque en ocasiones se sucedan por espacios prolongados de tiempo, obedecen en nuestro ordenamiento (...) tiene introducidas previsiones normativas (...) que equivalen a

'razones objetivas que justifiquen la renovación' de los nombramientos y llamamientos que les puedan ser hechos. Y significa, en consecuencia, que tales previsiones excluyen en principio la utilización abusiva de los mismos, salvo que un examen global de las circunstancias que rodean la renovación revelara que las prestaciones requeridas de aquéllos no corresponden a una mera necesidad temporal, lo que no queda constatado en el caso de autos'. (...) 'el contexto particular en el que se desenvuelve la actividad de los jueces sustitutos y Magistrados suplentes conlleva que el desarrollo sucesivo de las funciones para las que son llamados sólo deba dar lugar a una relación de servicios de duración determinada, no fija, no indefinida, pues aquél proceso de selección distinto y de menores exigencias debe tener como contrapartida que la posibilidad de renovación para otro año judicial sea negada por causa de una evaluación desfavorable" (F.D. 11º).

“No son situaciones jurídicamente comparables la de los jueces y magistrados de carrera en servicio activo y la de los jueces sustitutos y magistrados suplentes que estando nombrados se hallen, sin embargo, a la espera de ser llamados para ejercer funciones jurisdiccionales. Hay ahí un estado de inactividad profesional, diametralmente distinto del que es predicable de aquellos en esa situación de servicio activo. Lo cual impide de nuevo, y de raíz, que aquel principio de no discriminación proclamado en el apartado 1 de dicha cláusula 4 pueda ser título jurídico hábil para imponer en tales períodos de inactividad el reconocimiento de iguales derechos que los atribuidos a los jueces y magistrados de carrera en servicio activo” (F.D. 14º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TS se pronuncia sobre la exclusión de un aspirante del centro de formación de la Guardia Civil por no cumplir con la condición de “buena conducta”.

STS (Sala 3ª) de 20 de febrero de 2015, rec. nº 3963.

“(…) que el acceso a los mencionados centros docentes exigirá que no consten en el aspirante datos objetivos que exterioricen conductas que sean incompatibles con el nivel de irreprochabilidad que el mayoritario sentir social considera inexcusable para el debido desempeño de los cometidos que son propios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; y (ii) que tales datos objetivos habrán de proceder de cualquiera de las situaciones que se enumeran en el artículo segundo, dos, de la Ley 68/1980, de 1 de diciembre, sobre expedición de certificaciones e informes sobre conducta (ya que a esta última ley se remiten la Ley 42/1999 y el Reglamento antes mencionado). Lo tercero a destacar es, por un lado, que la situación de inculpa o procesado en un proceso penal, a que hace referencia el artículo segundo, uno, a), de la Ley 68/1980, de 1 de diciembre, por sí sola no es bastante para descartar la ‘buena conducta’ exigible, pues será necesario que en dicho proceso penal se hayan apreciado datos objetivos reveladores de una conducta que, pese a no alcanzar una definitiva relevancia penal (lo que decidirá la sentencia que ponga fin a ese proceso), sí exterioricen un proceder reprochable desde la perspectiva que antes se ha señalado; y, por otro, que tal apreciación habrá de hacerse casuísticamente tomando en consideración las singulares circunstancias de cada imputación.

(...) Y la conclusión final que se deriva de ese examen de la sentencia penal es que no hay base bastante para descartar esa ‘buena conducta’ por estas razones: (i) dicha sentencia penal absuelve al recurrente de la infracción penal de que fue acusado por falta de prueba de los hechos a los que iba referida esa acusación, y no porque dichos hechos aun siendo ciertos carezcan de relevancia penal; (ii) esa falta de acreditación de los hechos de la acusación se declara en términos contundentes, consistentes en declarar que los agentes de policía que efectuaron la investigación no siguieron el método de trabajo que es normal y habitual en esta clase de indagaciones; (iii) desaparecido el hecho de la acusación, no consta ninguna otra conducta del aquí recurrente que merezca esa reprochabilidad social que resulta incompatible con la ‘buena conducta’ que es exigida como condición necesaria para acceder a la Guardia Civil, por lo que no hay datos objetivos que justifiquen descartar tal condición; (iv) la exclusión de un proceso selectivo de acceso a la función pública sin una base objetiva es contraria al derecho de acceso a la función pública bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad que reconoce la Constitución en sus artículos 23.1 y 103.3” (F.D. 7º).

“Esa ‘buena conducta’ -que no aprecio en el recurrente- me lleva a una discrepancia muy profunda con el fallo que reconoce al mismo un derecho a continuar los periodos de formación para el ingreso en la Guardia civil.(...) el artículo 33.1 d) de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, sigue manteniendo como requisito de acceso el de no hallarse procesado o tener abierto juicio oral en algún procedimiento judicial por delito doloso.(...) El recurrente en casación aceptó los términos de la convocatoria al optar a ella y debió atenerse no sólo a la normativa postconstitucional de ese Cuerpo sino también a lo dispuesto con carácter general en el artículo 62.2 de la Ley 7/2007 de Estatuto Básico del Empleado Público, que es de carácter supletorio para todas las Administraciones Públicas (artículo 2.5) y por ello supletorio también para la Guardia civil. Dispone que quedaran sin efecto las actuaciones de quienes, una vez superado el proceso selectivo, no acrediten que reúnen los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria. Esa era la cuestión planteada y a resolver aquí con independencia del planteamiento -sin duda inteligente- de la parte recurrente. Y, como he razonado con reiteración, no me cabe duda alguna de que el recurrente no cumplió la exigencia de conducta irreprochable exigida para el acceso a un empleo del benemérito instituto de la Guardia civil, sin que venga al caso de su no discutida, ni discutible, absolución en la vía penal” (F.D. 11º) [B.A.S].

Jurisprudencia: el TS se pronuncia sobre la “tradición” como fuente del Derecho a ocupar un espacio público.

STS (Sala 3ª), de 24 de febrero de 2015, rec. nº 467/2013.

“(…) la cuestión fundamental es si el otorgamiento de autorizaciones de ocupación temporal del dominio público -tales como las que son necesarias para la instalación de las casetas de la Feria de Abril- debe hacerse en régimen de concurrencia. A este respecto, el art. 92.1 LPAP, que el recurrente invoca como infringido, dispone: ‘Las autorizaciones se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las

condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen'. Este precepto legal establece una serie escalonada de criterios para el otorgamiento de las autorizaciones, donde cada sucesivo criterio es subsidiario con respecto al anterior. Así, en el presente caso, es claro que el primer criterio establecido en el art. 92.1 LPAP -esto es, el otorgamiento directo- no resulta aplicable, ya que el espacio disponible para la instalación de casetas no es ilimitado. Ello conduce a tomar en consideración el siguiente criterio, que es precisamente el régimen de concurrencia defendido por el recurrente. Ocurre que este criterio sólo es exigible si han de 'valorarse condiciones especiales en los solicitantes'; algo que no consta que sea preciso para la instalación de las casetas de la Feria de Abril, ni desde luego ha sido demostrado por el recurrente. Así las cosas, no puede afirmarse que sea contrario a derecho que el art. 21 de la Ordenanza no prevea el régimen de concurrencia para el otorgamiento de las autorizaciones. Dicho esto, no es ocioso añadir que el siguiente criterio en la serie del art. 92.1 LPAP es el sorteo; pero éste no está legalmente configurado como imperativo o ineludible, pues cabe apartarse del mismo si otra cosa se establece en las correspondiente condiciones reguladoras. Y ello es exactamente lo que sucede en el presente caso" (F.D. 4º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TS se pronuncia sobre la motivación de las calificaciones en el ejercicio de las oposiciones

STS (Sala 3ª) de 16 de marzo de 2015, rec. nº 735/2014.

“Debe reiterarse que cualquier aspirante tiene derecho a que le sea comunicada la motivación de las calificaciones y puntuaciones que le hayan sido aplicadas por el Tribunal Calificador. Esa comunicación es obligada para la Administración tanto cuando le haya sido solicitada por dicho aspirante, como cuando este haya planteado su impugnación contra esas calificaciones y puntuaciones. Lo anterior conlleva que una vez planteada esa impugnación, como aquí aconteció, no basta para considerar motivada la controvertida calificación con comunicar la cifra o puntuación en la que haya sido exteriorizada, o, como aquí sucedió, manifestar el Tribunal que la solicitud ha sido desestimada.

Es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables: (a) los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y (b) las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen, en el ejercicio realizado por cada aspirante, a la concreta puntuación y calificación aplicada. Por todo ello resulta patente que faltando una motivación que incluya tales elementos, no es posible discernir si el juicio técnico plasmado en la puntuación aplicada se movió dentro de los márgenes de apreciación que resultan tolerables en muchas ramas del saber especializado o, por el contrario, respondió a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de total justificación técnica; como tampoco puede constatararse si ese mismo juicio fue o no igualitario. Y, por

ello, no se ofrecen al interesado los elementos que le resultan imprescindibles para que pueda articular debidamente, con plenitud de su derecho de defensa, la impugnación jurisdiccional que quiera plantear frente a la calificación o puntuación que le haya resultado lesiva para sus intereses” (F.D. 6º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TS rechaza que un Tribunal calificador pueda fijar distinta valoración a cada supuesto práctico tras su realización por los aspirantes.

STS (Sala 3ª) de 18 de marzo de 2015, rec. nº 790/2014.

“Hay que tener presente que el Tribunal calificador no precisa de una habilitación expresa para desarrollar y solventar los problemas aplicativos de las bases. Estamos ante una potestad implícita en su función calificadora siempre que no conculque las bases de la convocatoria sobre las condiciones y términos del ejercicio y siempre que se aplique con criterios de igualdad” (F.D. 3º).

“(…) La adopción por parte del Tribunal Calificador de unos criterios de valoración, que incluso establecen diferencias entre la valoración de cada una de las cuestiones que se preguntan, sin que lo prevean las bases deberían haber precedido a la realización de los ejercicios, pues solo así se daría aplicación al principio de publicidad que dispone el artículo 55 del EBEP” (F.D. 4º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: prohibición del nudismo en determinadas playas y endurecimiento de las ordenanzas municipales.

STS (Sala 3ª) de 30 de marzo de 2015, rec. nº 1214/2013.

“A juicio de la Sala, tales previsiones han de considerarse respetuosas con este último principio, en cuanto se atemperan tanto a las exigencias del uso general de dichas playas (en cuanto destinadas al disfrute de todo tipo de personas), como a la intensidad de la perturbación que la Corporación municipal ha considerado a efectos de calificar como grave el comportamiento. Es más: la propia Ordenanza ha dejado abierta la puerta a la posibilidad de practicar el nudismo en ciertas circunstancias, al prever eventuales autorizaciones, pues solo se sanciona dicha actividad en los lugares (de esas mismas playas) en los que no esté autorizada expresamente. De esta forma, la propia Corporación municipal ha tenido en cuenta que puede autorizarse, mediante los sistemas que los representantes municipales entiendan convenientes, la actividad que analizamos, lo que pone de manifiesto que ha contemplado como posible una solución que permita a los defensores del naturismo su ejercicio en los lugares públicos situados en el territorio municipal” (F.D. 4º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TS resuelve el conflicto suscitado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, al realizar los envíos de los expedientes administrativos en formato digital a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Castilla y León.

STS (Sala 3ª) de 8 de mayo de 2015, rec. nº 422/2014.

“Ciertamente, los acuerdos adoptados en un Pleno de esa clase no pueden calificarse en sentido estricto como decisiones ‘jurisdiccionales’, pero desde luego menos aún pueden caracterizarse como ‘gubernativos’. Más bien puede afirmarse que aun no siendo decisiones jurisdiccionales en sentido estricto, se aproximan a estas en tanto en cuanto contribuyen a conformar el sentido de las resoluciones judiciales, y a expresar un criterio hermenéutico y aplicativo del Ordenamiento Jurídico que se inserta en la dinámica judicial, por lo que no pueden ser objeto de censura, anulación o tutela por parte de ningún agente externo al ámbito propiamente judicial.

La confirmación, en el caso concreto que estudiamos, de cuanto venimos diciendo, se deduce de una consideración sencilla, casi elemental: el problema de si el expediente administrativo que ha de surtir efectos en el proceso debe aceptarlo o no la Sala tal como lo envía la Administración, se planteó como auténtico problema procesal en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid en varios recursos contencioso-administrativos, y como tal fue debatido y resuelto (resolución procesal/impugnación procesal/decisión procesal), y su naturaleza no cambia por el hecho de que sobre él debatan los Magistrados constituidos en Pleno, que el artículo 264 de la L.O.P.J. prevé, no para decidir procesos concretos (por eso son Plenos no jurisdiccionales), sino para unificar criterios y coordinar prácticas procesales, criterios y prácticas referidos sin duda a la actividad jurisdiccional, como tenemos dicho más arriba” (F.D. 7º)

“Desde esta perspectiva, resulta contrario a Derecho que cualquier persona o institución pueda fiscalizar estos acuerdos, porque eso supondría una intromisión en el núcleo esencial de la función jurisdiccional que ex art. 117 CE sólo corresponde a los Jueces integrantes del Poder Judicial, quienes, como resalta el precitado artículo 12.1 LOPJ, son independientes respecto de todos los órganos judiciales y de gobierno” (F.D. 8º).

“Procede, por todo lo expuesto, estimar el presente recurso contencioso-administrativo, al estar incursos los acuerdos impugnados en la causa de nulidad absoluta establecida en el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, consistente en haberse dictado el acto por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia” (F.D. 9º).

“Lo hasta aquí dicho no supone que esta Sala comparta, respecto de la cuestión de fondo, el criterio sentado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, con sede en Valladolid, cuestión sobre la que esta Sala del Tribunal Supremo no se pronuncia, pues, aun cuando fuera otro su criterio, no es éste el trámite en que aquella cuestión pueda y deba ser estudiada, como resulta de todos los argumentos jurídicos anteriores” (F.D. 10º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TS determina que la crisis económica no justifica los abusos de carácter administrativo

STS (Sala 3ª) de 8 de junio de 2015, rec. nº 1513/2014.

“El Derecho de la crisis no es un paspartú que permita enmarcar cualquier acto, máxime cuando se ejercita la autotutela administrativa para denegar a un funcionario público la prórroga que prevé el artículo 67.3 de su Estatuto básico y que se debe denegar, o aceptar, con una motivación fundada legalmente y que responda a los hechos determinantes que se invocan.

La Administración recurrida no ha cumplido la carga de motivar la denegación de la solicitud exteriorizando una causa de la misma que sea válida en Derecho. Las supuestas razones económicas argüidas son insuficientes en el marco legal aplicable, por genéricas e inconcretas. En cuanto a las razones operativas, además de completamente indefinidas y con cierta proyección de futuro, no son atendibles en cuanto se derivan de unas tareas de reorganización que se afirman expresamente iniciadas pero no concluidas y que pasan por redistribuir personal adscrito a otras unidades que no se determinan, desconociéndose en qué consisten o cómo se va a llevar a cabo tal redistribución, así como el personal y unidades afectadas” (F.D. 5º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TS considera que no es conforme a derecho la ampliación de la impugnación a la actuación expresa tardía.

STS (Sala 3ª) de 15 de junio de 2015, rec. nº 1762/2014.

“Por consiguiente, no es conforme a Derecho la doctrina de la sentencia impugnada en cuanto, sin la suficiente matización, asocia la pérdida sobrevenida de objeto del proceso iniciado frente a la desestimación presunta por silencio administrativo a la falta de ampliación de la impugnación a la posterior resolución expresa por la Administración. Al contrario, la interpretación correcta del artículo 36. 1 LJCA, de acuerdo con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), exige distinguir los siguientes supuestos:

- a) Si la resolución expresa, posterior al silencio administrativo, satisface íntegramente la pretensión, lo procedente será el desistimiento o la satisfacción extraprocesal de la pretensión (art. 76 LJCA).
- b) Si la resolución expresa, posterior al silencio administrativo, es plenamente denegatoria de la pretensión, el demandante podrá ampliar el recurso contencioso-administrativo, conforme al artículo 36.1 LJCA; pero si no lo hace, no por eso habrá perdido sentido su recurso.
- c) Si la resolución expresa, posterior al silencio administrativo, es parcialmente estimatoria de la pretensión, alterando la situación que deriva de la ficción legal de desestimación que anuda el silencio administrativo negativo, entonces sí, el artículo 36. 1 LJCA impone, en principio, al demandante la carga de ampliar el recurso. Pero la no asunción de ésta sólo comporta la total pérdida sobrevenida de objeto cuando, a la vista del contenido de dicha resolución tardía, la pretensión formulada

carece de toda su virtualidad. En otro caso, lo que se produce es la necesaria modificación de la pretensión formulada para adecuarla al contenido del acto administrativo que sustituye a la ficción legal en que consiste el silencio administrativo, entendiendo que no alcanza ni a lo que se obtiene por dicho acto ni a los aspectos de éste que no podían ser incluidos en la desestimación presunta recurrida y que, por tanto, son ajenos al proceso iniciado” (F.D. 8º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: sentencia de referencia por la que el TSJ de Castilla y León resuelve sobre el mobbing en la Administración Pública.

TSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 14 de noviembre de 2014, rec. nº 1684/2011.

“Así pues, la doctrina ha venido configurando como elementos que se requieren para que se produzca mobbing, los siguientes: a) Un elemento material consistente en la conducta de persecución u hostigamiento, sistemático y planificado e injustificado de un sujeto activo (compañero de trabajo, superior o subordinado) a un sujeto pasivo en el marco de una relación laboral o funcionarial, exigiendo la reciente STS de 16 de febrero de 2011 el carácter individualizado -que no colectivo- del destinatario. b) Un elemento temporal o de habitualidad, ya citado: la conducta hostil debe ser reiterada en el tiempo. Aunque los hechos sean leves aisladamente considerados, adquieren gravedad con la reiteración. Se excluyen los hechos esporádicos. Y c) Un elemento intencional. La conducta hostil debe ser intencionada o maliciosa. Se excluyen los hechos imprudentes o casuales” (F.D. 3º).

“(…) lo que no cabe duda es que el actor, anterior Jefe de la Unidad de admisión, pasó a ocupar hasta el año 2013 un habitáculo situado en una zona de paso (con los consiguientes ruidos²² y obstáculos) del semisótano del edificio, con una ventana que no proporcionaba luz natural suficiente - exigiendo constantemente luz artificial-, con mal olor por encontrarse sobre una arqueta, sin aire acondicionado y, señaladamente, aislado del resto de los componentes de la Unidad, ubicación que, según el Plan de Prevención de Riesgos Laborales del año 2003 y en función del nivel de riesgo, hubiera exigido la adopción de medidas correctoras.

(…) Ahora bien, lo que en este caso diferencia un problema estructural, que sería incompatible con la situación de acoso que se denuncia, del propósito deliberado de subestimar al actor mediante su aislamiento profesional, con la consiguiente autoexclusión, inequívocamente se desprende: 1.- Del largo e injustificado periodo de duración de dicha ubicación. Consta en autos que en esa zona no se actuó hasta el año 2008 -la reclamación es del año 2006- (...) sin embargo, la única prueba no contradicha eficazmente sobre el definitivo traslado del actor a una nueva ubicación la proporcionó el Sr. Pedro Antonio en el acto del juicio, que lo refirió al año 2013. 2.- De las circunstancias personales del propio actor, al ser el único facultativo - antiguo Jefe de Unidad ubicado en dicha zona de paso y ser, además, el único integrante de la Unidad de Admisión situado en el semisótano, encontrándose el resto en otra Planta superior.²³ 3.- Del argumento que -más allá de la realización de las obras- se ofrece a posteriori por el Gerente para justificar dicho destino: la

proximidad al Archivo donde se encuentran las historias clínicas cuya codificación tiene encomendada el actor. Este argumento, por su extravagancia e incompatibilidad con una justificación mínimamente razonable, sólo puede encubrir (*res ipsa loquitur*) una intencionalidad denigratoria de la autoestima del actor ya que, como hemos dicho, no sólo era el único codificador situado junto al Archivo sino que, además, su labor no exigía en modo alguno tal proximidad habida cuenta que no es el codificador el que materialmente extrae o introduce las historias clínicas en sus estanterías. De ahí que resulte verosímil la declaración del testigo de que el Gerente se jactaba de tener recluido al actor en el sótano. Por lo demás, este aislamiento físico del resto de la Unidad de quien fue su anterior responsable, con la consiguiente dificultad de comunicación, al entender de la Sala propició su autoexclusión y aislamiento profesional en el concreto particular denunciado sobre los cursos de formación, pues aunque es cierto que no se ha aportado prueba de concretas solicitudes y concretas denegaciones, sin embargo, el sistema de información de los cursos -mediante comunicación dejada en una mesa de la Unidad en la Planta superior- dificultó innecesariamente el acceso del actor a una información pronta y eficaz, no siendo admisible la evasiva respuesta en su día remitida al Juzgado de lo Social por el Gerente de que no consta en la Unidad ‘documentación acreditativa de los cursos que pueden haber realizado, ni solicitud de formación alguna de éste último’” (F.D. 4º).

“La descrita situación, conocida por la Administración sanitaria de la que el Gerente forma parte, sin que pese a ello se adoptaran medidas eficaces tendentes a ponerla fin, desembocó en un padecimiento diagnosticado como trastorno adaptativo en el contexto de stress laboral. Así las cosas, y teniendo en cuenta que: 1) como dijimos, no todos los comportamientos descritos en la demanda se corresponden objetivamente con la figura de mobbing pues no revelan ánimo de acoso o de presión laboral o atentatorio frente a la dignidad personal de recurrente, por más que éste pudiera percibirlos como tal; 2) que, sin embargo, la ubicación en el semisótano se ha prolongado en el tiempo más allá de cualquier hipótesis razonable; y 3) que aun así, no se deduce que el trastorno adaptativo vinculado, al menos en parte, a su anómalo aislamiento haya alcanzado singular intensidad o gravedad -consta su evolución favorable-, son circunstancias que nos llevan a fijar a fecha actual una indemnización por los daños morales, físicos y psíquicos padecidos por el actor en la suma global y estimativa de 18.500 €” (F.D. 5º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TSJ de Cataluña se pronuncia sobre la limitación de apertura de los sobres y recipientes cerrados para comprobar su contenido en diligencia de embargo.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso) de 12 de marzo de 2015, rec. nº 153/2014.

“(…) Se autoriza únicamente la retirada de los bienes que consistan en dinero efectivo, joyas, y derechos inmateriales susceptibles de conversión en metálico, en soporte documental que se halle a la vista y cuyo contenido no requiera la apertura de sobre ni la utilización de soportes tecnológicos para su lectura. 3.- No se autoriza la retirada ni la consulta de correspondencia, fotografías, ni cualquier otro efecto

que pueda afectar al derecho a la intimidad, como CD, documentación empresarial o personal, documentación médica. 4.- La finalidad de la autorización es la retirada de bienes embargables y ejecutables, de tal forma que cualquier información que se derive de los bienes o documentos que se hallen en la caja en cuestión, toda vez que no estamos ante una autorización derivada de un procedimiento de inspección, no queda incluida en la autorización (...)" (F.D. 1º).

“(…) a diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (como la entrada y registro en domicilio del art. 18.2 CE o la intervención de comunicaciones del art. 18.3 CE), respecto de las restricciones del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial, de manera que, en la medida en que no se establece en el art. 18.1 CE reserva alguna de resolución judicial ‘no es constitucionalmente exigible que sea el Juez quien tenga que autorizar esta medida limitativa, pudiéndola adoptar, siempre que una Ley expresamente la habilite, la autoridad que, por razón de la materia de que se trate, sea la competente” (F.D. 6º).

“(…) se estima necesaria y justificada cierta invasión del derecho a la intimidad del obligado tributario a fin de comprobar si el contenido de los posibles envoltorios pudiere ser susceptible de embargo y enajenación. Ahora bien, si por el contrario, dicho contenido perteneciera a la esfera íntima del afectado, debe salvaguardarse en todo caso su derecho a la intimidad. (...) ‘El personal de la Agencia estará obligado a guardar sigilo riguroso y observar estricto secreto respecto de los asuntos que conozcan por razón del desempeño de su puesto de trabajo. La infracción de los deberes de secreto y sigilo constituirá infracción administrativa grave, sin perjuicio de que por su naturaleza la conducta pudiera ser constitutiva de delito, y de la aplicación del régimen previsto en el artículo 111 de la Ley General Tributaria’. (...) ‘La Administración tributaria adoptará las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de la información tributaria y su uso adecuado. (...) Por todo cuanto antecede, se autoriza la apertura de los sobres o recipientes cerrados que se hallaren en la caja de seguridad a fin de comprobar si su contenido debe ser objeto de la diligencia de embargo ejecutada o, por el contrario, debe salvaguardarse del interés ajeno y ser reintegrado a su titular sin merma alguna de su derecho a la intimidad” (F.D. 7º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: el TSJ de Madrid estima la deducción de los gastos de suministro de la vivienda en que la reclamante desarrolla su actividad económica en proporción al porcentaje de afectación de dicho inmueble a tal actividad.

STSJ de Madrid (Sala Contencioso-Administrativo) 10 de marzo de 2015, rec. nº 43/2013.

“(…) no se discute que la normativa admite la afectación parcial de la vivienda a la actividad económica, por lo que no es lógico negar la deducción de aquellos suministros sin los cuales no es factible esa utilización. Así, al no ser posible determinar el consumo que corresponde a cada uno de los fines a los que se destina

el piso, debe admitirse la deducción de tales gastos en la parte correspondiente al porcentaje de afectación a la actividad económica, al igual que ocurre con los gastos inherentes a la titularidad del inmueble, no siendo admisible supeditar la deducción fiscal a la vinculación exclusiva del suministro a la actividad, pues esa exigencia supone introducir condiciones no contempladas en la Ley para la afectación parcial de inmuebles”. (F.J. 5º)

“La cuestión que se suscita (...) relativa a la posible irregularidad de los rendimientos obtenidos en cumplimiento del pacto de no concurrencia ha sido resuelta por la Sala de 18 de septiembre de 2008, rec. 770/05, en que se planteaba idéntica cuestión respecto de un consejero de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

(...) ‘la percepción percibida es similar a la regulada para los trabajadores por cuenta ajena en el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, se trata de un pacto de no competencia postcontractual que comporta derechos y obligaciones recíprocos para quienes lo firmaron: de un lado, que el Consejero no pueda competir durante un tiempo determinado tras su cese con la actividad propia del Mercado de Valores; y de otro, que éste se comprometa a abonarle por ello, como medio de subvenir a su subsistencia durante el lapso que se convino de no concurrencia, una indemnización adecuada, por suficiente. La causa de la obligación no es ni la experiencia ni el tiempo que haya podido estar un Consejero en su puesto, como pretende hacer ver el recurrente en su forma de cálculo de la indemnización, sino la obligación de no hacer consistente en no prestar servicios para otra entidad relacionada con el Mercado de Valores. Es decir el intercambio de dinero y obligación de no hacer se produce a lo largo de cada ejercicio; y se resuelve, como en todo contrato bilateral, cuando el que recibe la compensación incumple su obligación de no concurrencia. En consecuencia en modo alguno puede decirse que la renta se genere en periodo superior a dos años y tampoco se produce por la extinción de la relación laboral sino por la no concurrencia una vez extinguida esa relación de manera que tampoco se da ninguno de los supuestos del artículo 10.1 del Reglamento del Impuesto citado.

El tratamiento de los rendimientos como 'renta irregular' tiene la finalidad de evitar la progresividad de la aplicación de la tarifa del impuesto en un ejercicio en que se imputarían ingresos obtenidos en varios. Pero las rentas a las que se contrae el presente recurso es una contraprestación derivada del pacto de no concurrencia’.” (F.D. 8º) [B.A.S.].

V. DERECHO TRIBUTARIO

Jurisprudencia: el TS estima el recurso de casación interpuesto y considera que no es necesario acudir a ninguno de los mecanismos del artículo 16 de la LIS para determinar el valor de mercado.

STS (Sala 3ª) de 29 de octubre de 2014, rec. nº 4033/2011.

“En primer lugar, el término ‘podrá’ que estructura el artículo 16 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo excluye la necesidad de un procedimiento previo para el uso de la facultad que dicho precepto establece y que parece exigir la entidad recurrente. Basta para su procedencia con que la Administración "considere" conveniente abrir el procedimiento a la vista de las circunstancias concurrentes para que esa apertura haya de considerarse conforme a derecho. El recurrente parece exigir que se encuentra acreditada la discordancia entre el precio de la operación y el establecido, cuando es lo cierto que esa es precisamente la finalidad del procedimiento que se inicia.

Ello explica que las alegaciones contra la falta de acreditamiento del diferimiento en la tributación de la operación vinculada, así como de la vinculación de los contratantes no son datos que deben constar en su inicio sino al final del procedimiento. En cualquier caso, es evidente la vinculación entre los contratantes a tenor del artículo 16.2 d) del texto legal citado; y no menos evidente el diferimiento del tributo que resulta como consecuencia de la liquidación practicada, si se compara con la situación resultante de las declaraciones del recurrente, lo que obliga a entender cumplido el requisito exigido.

Por lo que hace a la valoración del bien ha de observarse que el artículo 16.3 a) del texto antes citado se refiere, en primer término, al precio de mercado del bien o servicio, lo que llevó a cabo el técnico que efectuó la valoración del bien en términos cuya incorrección no ha sido justificada por el recurrente.

En definitiva, entendemos que la fijación del valor de mercado en el modo en que se ha efectuado es conforme a derecho, pues aun siendo verdad que la mecánica de las operaciones vinculadas exige, NORMALMENTE, la comparación de la operación analizada con otra operación semejante, ello no necesariamente debe suceder cuando es posible fijar un precio de mercado de modo automático y este es distinto del fijado por las partes. En cualquier caso, vista la discordancia de precios y justificada por la Administración la no aceptación del precio inicialmente declarado por las partes, es a quien discrepa de ese hecho a quien corresponde la prueba de la improcedencia de la cuantía fijada por la Administración, prueba que en este caso no se ha efectuado” (F.D. 3º) [V.G.G.].

Jurisprudencia: el TS declara doloso el acto de expedir una factura en la que consta un servicio que realmente no existió y, además, que supone un perjuicio económico para la Hacienda pública.

STS (Sala 3º) de 11 de diciembre de 2014, rec. nº 2742/2013.

“(…) es claro que el mero hecho de expedir una factura con datos falsos o falseados –en concreto, de reflejar en una factura una prestación de servicios que no ha tenido lugar- implica de por sí un comportamiento doloso que está muy lejos de la ausencia de ‘componente subjetivo’ o de la inexistencia de intencionalidad aducida por la parte recurrente. Tanto es así que, aunque excede del objeto de este proceso y, por ende, no nos corresponde pronunciarnos sobre este particular, semejante comportamiento falsario o mendaz podría subsumirse incluso en el tipo

del delito del art. 392 del Código Penal , habida cuenta de que las facturas expedidas por la parte actora documentaban una prestación de servicios completamente inexistente, y es doctrina de la Sala Segunda de este Tribunal que ‘el apartado 2º del art. 390.1 comprende aquellos supuestos en que la falsedad no se refiere exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente’ [STS de 24 de abril de 2014, Sala de lo Penal (rec. cas. núm. 1324/2013), FD Quinto], correspondiendo, por tanto, en estos casos a la Administración tributaria, ex art. 180.1 LGT , pasar el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitir el expediente al Ministerio Fiscal.

Y, en segundo término, resulta también evidente que quien incluye en una factura una operación inexistente posibilita que un tercero -en este caso, la sociedad receptora de la misma- al utilizar la factura obtenga un importante ahorro fiscal, con el consiguiente perjuicio económico para la Hacienda Pública. Constituye, así, el comportamiento de la recurrente una conducta preparatoria de un futuro dejar de ingresar que, como tal, no es ajena a la provocación de un daño económico al Tesoro Público. Estamos, al igual que sucede con la infracción prevista en el art. 195.1, párrafo 1º, LGT, ante una infracción de ‘peligro’; de ahí la sanción cualificada que el legislador establece para estos comportamientos en el art. 201.3 LGT ” (F.D. 3º) [V.G.G.].

Jurisprudencia: impuesto sobre sociedades: el TS establece doctrina sobre la prueba de la fecha de un documento privado por medios distintos a los contemplados en el art. 1227 del CC.

STS (Sala 3ª) de 11 de diciembre de 2014, rec. nº 2023/2013.

“No cabe duda que este cómputo de los plazos tiende a garantizar la seguridad en el tráfico, mediante el fomento de la documentación pública, y evitar el fraude fiscal a través de transmisiones formalizadas en documentos privados, donde es fácil, por su propia privacidad, predatar la fecha, y de ahí que se desplace el inicio del cómputo al momento en que el documento abandona la clandestinidad y la Administración puede tener conocimiento de su existencia.

Sin embargo, no cabe una interpretación que excluya otros medios de prueba, pues lo realmente importante es determinar si la reinversión se produce dentro de los plazos establecidos, lo que deberá probarse, debiendo estarse, para determinar la fecha en que debe entenderse efectuada la reinversión, a las reglas sobre transmisión de la propiedad previstas en el Código Civil, artículos 609 y 1095.

(...) Resulta interesante recordar el cambio de orientación producido en la jurisprudencia recientemente, admitiendo la prueba de la fecha de un documento privado, a efectos de la prescripción, por medios distintos a los contemplados en el art. 1227 del CC. Así la sentencia de 24 de julio de 1999, que se basa en

pronunciamientos del Tribunal Constitucional - Sentencias 25/1996, de 13 de febrero, y 189/1996, de 25 de noviembre, donde se interconexiona la indefensión contemplada en el art. 24.1 de la Constitución con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa,- establece que el derecho a la prueba impide cualquier reducción que no venga impuesta de manera clara y tajante por la propia ley, de manera que las presunciones ‘iuris et de iure’ y con mayor razón las ‘fictio legis’ deben quedar claramente establecidas en precepto legal que, de manera indubitada, excluya o prohíba la prueba en contrario.

Esta doctrina se reitera en la Sentencia de 24 de junio de 2005, recurso de casación 5112/2000, sin que la posterior de 15 de enero de 2009, rec. cas. 7939/2004, que parece mantener un criterio distinto, pueda tomarse en consideración, ya que no cita a las anteriores que se han reflejado” (F.D.3º) [F.H.G.]

Jurisprudencia: La obligación de suministrar a la Administración tributaria datos ajenos con trascendencia tributaria alcanza a cualquiera que los tenga por sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas.

STS (Sala 3º) de 15 de diciembre de 2014, rec. nº 3565/2012.

“(…) la obligación de suministrar a la Administración tributaria datos ajenos con trascendencia tributaria alcanza a cualquier persona, a quienes los tengan por sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas; así se desprende de la fórmula general del primer párrafo del artículo 93.1 de la Ley General Tributaria de 2003 y del listado meramente enunciativo que realiza el segundo párrafo.

(…) cuando se trata de acopiar datos de los obligados tributarios a través de terceras personas, también se dan las dos formas de información, mediante suministro en la forma, términos y plazos reglamentariamente definidos a priori en una disposición de carácter general; y mediante requerimiento individualizado (‘información por captación’), que no puede convertirse en sucedáneo del deber reglamentario de información (‘información por suministro’) sino que supone un deber disciplinado de proporcionar datos con trascendencia tributaria obtenidos de relaciones económicas, profesionales o financieras habidas, como dice expresamente el artículo 93.1 LGT , ‘con otras personas’, y sin que puedan entenderse limitadas estas relaciones a las que se tengan con los obligados tributarios” (F.D. 3º).

“(…) el deber de información tributaria de que se trata sobre datos ajenos afecta tanto a los que pueden considerarse como ‘depositarios de datos de primer nivel’ como a los ‘depositarios de datos de ulterior nivel’, siempre que, insistimos, el conocimiento proceda de relaciones económicas, profesionales o financieras y no de relaciones de otra índole” (F.D. 4º) [V.G.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: el TS aplica la doctrina de los actos propios de la Administración y su fuerza vinculante: la determinación del "importe real" de la enajenación de los inmuebles, debe mantenerse como tal a efectos de determinar el importe de adquisición de esos mismos inmuebles cuando son objeto de una segunda venta y procede a liquidar por incremento patrimonial.

STS (Sala 3ª) de 15 de enero de 2015, rec. nº 1370/2013.

“Recordemos que en la polémica entre los principios de estanqueidad o unicidad tributaria, se rechazó desde muy temprano el de estanqueidad extrema porque significaba negar la existencia de un Sistema Tributario integrado por impuestos interrelacionados, desconocía la personalidad jurídica única de la Administración, ignoraba los efectos de los actos propios dictados por los distintos órganos de la Administración y podía generar un grave desorden de las distintas valoraciones hechas al mismo bien o derecho, en los diferentes impuestos, con grave detrimento de los principios constitucionales de capacidad económica, seguridad jurídica, igualdad, etc.

(...) lo sorprendente del caso es que arrojando las distintas valoraciones un resultado idéntico, la Administración acoge dicha valoración para lo que le favorece, liquidar ITP a 10 euros/m² y calcular el incremento patrimonial a efectos de IRPF del primitivo vendedor, y la ignora y se desentiende de la misma para calcular el incremento patrimonial en el IRPF en la parte recurrente. No estamos, pues, ante un supuesto de distintas valoraciones, ni de aplicación del principio de estanqueidad o unicidad, simplemente se trata de un claro caso de abuso de derecho bajo el aparente amparo de la aplicación literal del art. 33 de la Ley 40/1998 y la excusa de la distinta posición contractual que ocupan los afectados, obviando las previas actuaciones realizadas por la propia Administración y desentendiéndose de los efectos derivados de las mismas. No tiene amparo jurídico el abuso de derecho, y el deber de buena fe que debe presidir el actuar administrativo constriñe a la Administración ‘a desenvolver la conducta que aquellos actos anteriores hacían prever, no pudiendo realizar otros que los contradigan, desmientan o rectifiquen’.

Sobre la cuestión nuclear que centra el debate, la vinculación de futuro de la Administración por sus propios actos en el ámbito tributario, este Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones, valga por todas la sentencia de 4 de noviembre de 2013 (RC 3262/2012)” (F.D. 4º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre Sociedades: el TS declara que en los beneficios fiscales (exención y diferimiento por reinversión de beneficios extraordinarios) sólo se aplican cuando los bienes transmitidos pertenezcan al inmovilizado y están afectos a la actividad económica de la empresa.

STS (Sala 3ª) de 26 de enero de 2015, rec. nº 2451/2013.

“(…) el incentivo fiscal que analizamos, en los sucesivos regímenes a los que ha sido sometido (exención por reinversión, diferimiento o deducción en cuota), requiere en todo caso que se trate de la transmisión de elementos afectos a la actividad

empresarial del sujeto pasivo, de modo que las ganancias reinvertidas han de proceder de dicha transmisión (...)

Así pues, el marco normativo invocado por la recurrente, según ha sido interpretado por el Tribunal Supremo, avala la decisión de la Sala de instancia, debiendo recordarse, según hemos señalado en la sentencia de 26 de septiembre de 2011 (casación 3179/09, FJ 2º), que resulta irrelevante cuál fuera el destino inicial que la empresa recurrente pretendiera dar al inmueble, pues el dato determinante era si fue destinado efectivamente a un uso duradero en relación con su giro empresarial, algo que, según nadie discute, no sucedió, respetando, por lo dicho, la conclusión alcanzada por la Audiencia Nacional.

Nada hay, por lo demás, de contrario al ordenamiento jurídico en el hecho de que un bien contabilizado por una empresa inmobiliaria como inmovilizado sea considerado existencias una vez enajenado, si ha permanecido en el patrimonio empresarial sin ser explotado” (F.D.2º) [F.H.G.]

Jurisprudencia: fraude de ley: el TS confirma que para poder declarar un fraude de ley tributario, la Administración debe incoar el correspondiente procedimiento y dar trámite de audiencia al interesado.

STS (Sala 3ª) de 26 de enero de 2015, rec. nº 2945/2013

“(…) la Administración no puede practicar una liquidación como consecuencia de un fraude de ley sin, antes, declarar expresamente la existencia del mismo.

No podría ser de otra forma, pues los términos del artículo 24.1 de la Ley General Tributaria de 1963 no ofrecen la menor duda al respecto. En la sentencia de 9 de noviembre de 2005 (casación 4473/00, FJ 4º) señalamos que para declarar fraudulento determinado hecho imponible no es suficiente la mera discrepancia de la Administración, sino que resulta necesario un expediente especial en el que se aporte la prueba correspondiente con audiencia del interesado. Así lo hemos entendido incluso para aquellos periodos en los que no existía una regulación específica en desarrollo del mencionado artículo 24.1, aplicando supletoriamente la normativa contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(…) Queda claro, pues, que la Sala de instancia no ha incurrido en infracción alguna al anular la liquidación del grupo consolidado relativo al ejercicio 2004 por no haberse seguido el procedimiento de fraude de ley, en la medida en que su causa se encuentra en considerar que las operaciones descritas en el fundamento tercero de esta sentencia ‘burlan una ley imperativa acogiéndose a una norma de cobertura’” (F.D. 5º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre Sociedades: retroacción de actuaciones inspectoras: artículo 150.5 de la LGT.

STS (Sala 3ª) de 4 de marzo de 2015, rec. nº 1295/2013.

“Aunque el plazo máximo que señala el artículo 150.5 sólo ha sido previsto para los casos de anulación por razones formales que determinen la retroacción de las actuaciones hay que reconocer que el legislador ha guardado el más absoluto silencio sobre el plazo que se ha de respetar cuando la anulación lo sea por razones sustantivas o de fondo. En estos casos, ninguna disposición de la Ley General Tributaria obliga a la Inspección de los Tributos a practicar la liquidación en un plazo máximo, por lo que nos encontramos con una laguna legal que este Tribunal está llamado a integrar mediante una interpretación analógica del artículo 150.5 de la Ley General Tributaria , tarea que no viene impedida por el artículo 14 de la misma, donde la prohibición de la analogía sólo impide extender más allá de sus estrictos términos el hecho imponible, las exenciones y los demás incentivos o beneficios fiscales.

Los supuestos de anulación por razones de fondo o sustantivas no son técnicamente de retroacción de actuaciones, pero no existen motivos suficientes para no tratarlos como si lo fueran a los efectos que nos ocupan. Resultaría ilógico que, cuando se produce una estimación por razones de fondo, supuesto en el que la Inspección de los Tributos debe limitarse a liquidar de nuevo sin practicar ninguna diligencia, se entienda que está habilitada para hacerlo en el plazo de prescripción, mientras que cuando el éxito de la impugnación lo es por razones de forma generadoras de indefensión, caso en el que debe practicar nuevas actuaciones, está legalmente obligada a completarlas y aprobar la nueva liquidación en un plazo netamente inferior.

Por ello, y sentado el criterio de que sólo estamos ante una efectiva retroacción de actuaciones cuando la anulación ha tenido lugar por motivos de forma, se ha de entender que en las sentencias de 4 de abril de 2013, 12 de junio de 2013 y 18 de octubre de 2013, antes referidas, al hablar de ‘retroacción’ o de ‘retroacción material’ lo hacíamos a los únicos efectos de aplicar también el límite temporal y las consecuencias del artículo 150.5 a los casos de anulación de las liquidaciones por razones de fondo.

Finalmente, frente a lo anterior, no cabe invocar tampoco el apartado 2 del art. 66 del Reglamento General de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que establece que los actos de ejecución de las resoluciones dictadas en vía de revisión administrativa no forman parte del procedimiento en el que haya tenido su origen el acto objeto de impugnación, pues aunque se considerara que consagra el principio de autonomía procedimental de los actos de ejecución, en toda clase de procedimientos, siguiendo de este modo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, con carácter general, en la sentencia de 30 de junio de 2004 , tomando como base normativa la anterior Ley General Tributaria y el anterior Reglamento General de Inspección, tras la entrada en vigor de la nueva Ley Tributaria hay que estar al plazo especial máximo de ejecución que contempla el artículo 150.5 cuando se anula una liquidación tributaria resolutoria de un procedimiento de inspección” (F.D. 5º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: liquidación por IRPF girada a miembro de Despacho de Abogados que gira facturas a esta última por medio de sociedad de la que es socio mayoritario y administrador: sentencia impugnada que resuelve el litigio entendiendo que la interposición de una sociedad supone la existencia de simulación.

STS (Sala 3ª) de 11 de marzo de 2015, rec. n.º 1670/2013.

“La Doctrina ha puesto de relieve que no todo negocio anómalo es un negocio nulo, ya que puede dar satisfacción a los intereses de las partes, en el lícito ejercicio de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC); siempre que obedezcan a una causa lícita, y que se desenvuelvan en el marco de la buena fe.

Hay simulación absoluta cuando se produce una apariencia de negocio que no existe, que oculta la carencia de causa; en cuyo caso el negocio es nulo, por carencia de causa o falsedad de la misma (artículo 1261 y 1275 CC), si bien es preciso destruir la presunción legal de que la causa existe y es lícita (artículo 1277 CC).

En la simulación relativa se produce una apariencia de negocio distinto al verdaderamente realizado.

En consecuencia, para que exista simulación deben concurrir varios requisitos: 1) una apariencia negocial; 2) un acuerdo simulatorio entre las partes; 3) la causa simulationis, es decir, la específica finalidad de la simulación (F.D. 1º).

“(…) la sentencia de la Sección Segunda, aquí impugnada, considera, tal como ha quedado antes reseñado, que la simulación absoluta supone una apariencia de negocio que no existe, que oculta la carencia de causa, mientras que la simulación relativa tiene lugar cuando se produce una apariencia de negocio distinto al verdaderamente realizado. Y tras ello, confirmando la tesis de la Administración, declara y confirma que "La interposición de una sociedad (Rienzi, S.L.) entre el socio y la sociedad profesional (Ramón y Cajal Abogados S.L.) para facturar y cobrar los servicios profesionales, carece de causa y no responde a un servicio prestado por la sociedad Rienzi, S.L.", añadiendo que si bien era cierto que la sociedad podía tributar hasta 2003 en régimen de transparencia, el mantenimiento posterior de la sociedad Rienzi, S.L., no respondía a una finalidad lícita, porque a través de ella se obviaba las normas de tributación del IRPF, que fue lo pretendido por la Ley 46/2002" (F.D.4º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas: escritura de compraventa por la que una sociedad mercantil transmite unos terrenos rústicos a otra sociedad mercantil: no sujeción al haber operado la renuncia a la exención del IVA por la transmitente y ser la adquirente sujeto pasivo del IVA con derecho a la deducción total del IVA soportado.

STS (Sala 3ª) de 12 de marzo de 2015, rec. n.º 280/2013.

“El debate suscitado se circunscribe a determinar si la transmitente de las fincas rústicas objeto de compraventa tenía o no la condición de empresario o profesional

a efectos del IVA, toda vez que de la resolución de tal interrogante depende la conformidad a Derecho de la sentencia recurrida, en la que se niega tal condición, sujetando la compraventa al Impuesto sobre Transmisiones Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

Con anterioridad a la reforma introducida en el artículo 5.Uno de la Ley del IVA por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, que suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria, se disponía en la letra b) que las sociedades mercantiles eran, en todo caso, empresarios, señalándose, asimismo, en el artículo 4.Dos a) de esta misma ley, que se entendían, en cualquier caso, realizadas en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuados por dichas sociedades.

Este criterio no fue, sin embargo, seguido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, poniéndose en tela de juicio la compatibilidad de esta normativa con el Derecho Comunitario, en especial en el caso de las sociedades holding. Así en la sentencia de 20 de junio de 1991, Polysar Investments Nekherlands, C-60/90, declaró que la mera adquisición y tenencia de participaciones sociales no podía considerarse como actividad económica, salvo que hubiera una participación directa o indirecta en la gestión, negando, asimismo, en la sentencia de 22 de junio de 1993, Sofitam, C-333/91, la condición de sujeto pasivo del IVA a una sociedad holding (F.D. 3º).

“El presente caso contempla una transmisión realizada en el año 2003, cuando no regía la modificación antes referida, y existía la presunción iuris et de iure, que relevaba a la parte de toda obligación probatoria, de que toda la sociedad mercantil, por el hecho de serlo, había de tener un ánimo de lucro, lo que implicaba considerarla como empresario o profesional conforme a lo dispuesto en el artículo 5, uno, b) de la ley del IVA.

No obstante, todo ello no nos puede llevar a la estimación del motivo, ya que nuestra normativa interna tiene que interpretarse, incluso antes de la modificación operada, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, que considera insuficiente que la transmisión se realice por una sociedad mercantil, exigiendo que la transmitente tenga la condición de empresario.

Por otra parte, las propias características de las parcelas transmitidas obligaban a entender que no estaban afectas al patrimonio empresarial de la sociedad vendedora, por lo que la operación realizada no podía estar sujeta al IVA, sino al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, como entendió correctamente la Sala de instancia, al señalar que no todas las transmisiones de inmuebles están sujetas al IVA, sino sólo aquéllas que se realizan por empresarios o profesionales, en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, respecto de bienes que integran el patrimonio empresarial o profesional, agregando que en este recurso no consta prueba ni alegación alguna del carácter de empresario del vendedor” (F.D.4º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre Sociedades: unificación de doctrina: reserva para inversiones en Canarias (RIC): cómputo del plazo de prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria.

STS (Sala 3ª) de 16 de marzo de 2015, rec. nº 2598/2013.

“(…) la RIC constituye un específico beneficio fiscal que se estructura temporalmente en distintas fases, en cada una de las cuales el sujeto pasivo que aspira a acogerse al mismo ha de cumplir con ciertas cargas y condiciones. Tiene que dotar la reserva en un ejercicio (artículo 27, apartados 1 y 2), dotación que debe materializar en determinadas inversiones, realizándolas en el plazo de tres años desde la fecha del devengo del impuesto correspondiente al periodo en que practicó la dotación (artículo 27.4). Ha de mantener la inversión durante otros cinco años, a cuyo efecto la reserva deberá figurar en los balances con absoluta separación y título apropiado, siendo indisponible en tanto que los bienes en que se materializó tengan que permanecer en la empresa (artículo 27, apartado 5, en relación con el 3). La inobservancia de cualesquiera de las anteriores obligaciones, en particular, la disposición de la reserva con anterioridad al plazo de mantenimiento de la inversión o para inversiones diferentes de las previstas en la norma, dará lugar a la integración en la base imponible del ejercicio en que se diera el incumplimiento de las cantidades que en su día justificaron la reducción de la misma (artículo 27.8), reducción que tiene lugar en el ejercicio de la dotación (artículo 27, apartados 1 y 2).

(…) Así las cosas y tratándose de la liquidación de ejercicios en los que se ha aplicado la RIC, el cómputo del plazo de prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria debe iniciarse el día siguiente a aquel en que finaliza el plazo reglamentario para presentar la autoliquidación (artículo 67.1, segundo párrafo de la misma Ley) del impuesto sobre sociedades del ejercicio en que se cumple el quinto año para el mantenimiento de la inversión realizada dentro de los tres años siguientes a aquel en el que se practicó la dotación, pues sólo en dicho momento se consolidada definitivamente el beneficio fiscal en cuestión” (F.D. 3º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: el TS desestima el recurso de casación al considerar que no hay vulneración del principio de non bis in idem por continuar el procedimiento de liquidación tributaria tras sentencia penal absolutoria sobre los mismos hechos.

STS (Sala 3ª) de 10 de abril de 2015, rec. nº 1032/2013.

“(…) el hecho de que tras estas sentencias penales, la Administración tributaria continuase con el procedimiento de liquidación basándose en los mismos indicios no vulnera ni el principio ‘ne bis in idem’ ni puede considerarse irrazonable o inadecuada por no respetar los hechos probados de las citadas sentencias, pues, tal y como acertadamente afirmó la resolución del TEAC, dicho procedimiento de liquidación prescindía del elemento subjetivo del conocimiento de la defraudación y de la existencia de una operación fraudulenta anterior o posterior para centrarse en la existencia de indicios razonables que acrediten la realidad de las operaciones lo

que nos sitúa en un plano completamente distinto, que no desconoce los hechos probados penales pero que se destina a la regularizar una situación tributaria en la que no rigen los mismos principios ni los mismos criterios de ponderación. Es más, conviene recordar que la propia sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, tras considerar que los indicios fueran suficientes para fundar una condena penal afirmó que ‘y ello al margen de las responsabilidades tributarias e incluso sancionadoras que existan en su caso’...” (F.D. 3º) [V.G.G.].

Jurisprudencia: Ponencia de Valores: auto de admisión por razón de la cuantía.

ATS (Sala 3ª) de 27 de abril de 2015, rec. nº 3733/2014.

“A partir de la consideración de las Ponencias de Valores como actos administrativos, por todos, Autos, entre otros, de 21 de julio de 2005 -recurso de casación número 1.319/2004-, 24 de noviembre de 2008 -recurso de casación número 2.146/2008-, 12 de marzo de 2009 -recurso de casación número 3.632/2008-11 de febrero de 2010-recurso de casación 2.298/2009- y 1 de julio de 2010 -recurso de casación número 1.313/2010- y Sentencia de 10 de Febrero de 2011 (rec. 1348/2006), debemos recordar que el artículo 86.2.b) de la Ley de esta Jurisdicción exceptúa del recurso de casación las sentencias recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 600.000 euros -a salvo el procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, que no hace al caso-, debiendo entenderse que ‘la cuantía 2 del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo’, según señala el artículo 41.1 de la Ley de esta Jurisdicción [...].

Por otra parte, este Tribunal ha resuelto (por todas sentencia de fecha 24 de octubre de 2013, dictada en el recurso de casación nº 6523/2011), que cuando el objeto de impugnación es la Ponencia de Valores Catastrales, procede la declaración de inadmisibilidad si no se acredita por la recurrente que la cuota tributaria anual resultante de la aplicación de dicha Ponencia a los efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, en relación con la finca titularidad de quien sea recurrente, es superior al límite cuantitativo legal fijado para el acceso a la casación (F.D. 2º).

En el caso concreto que nos ocupa, no resulta posible determinar, ni siquiera por notoriedad, la cuota tributaria que resultaría de la aplicación de la Ponencia de Valores a los distintos inmuebles o fincas afectadas al constituir la recurrente una agrupación de empresarios que representa a los promotores y constructores de la provincia de Almería siendo estos los titulares de las fincas, a lo que se une que es precisamente la falta de legitimación de ASEMPAL-ALMERÍA declarada en la sentencia, lo que ésta discute, de tal manera que la inadmisión del recurso al no poder la recurrente acreditar la existencia de una cuota tributaria de cuantía suficiente por no ser titular de bien alguno impediría el examen de la cuestión de fondo, la existencia o no de legitimación para impugnar la Ponencia de Valores por no ser sujeto pasivo del IBI, lo que justifica en éste caso y dada la vinculación del criterio determinante de la fijación de la cuantía a efectos de la admisión del recurso

de casación con la legitimación para impugnar la Ponencia de Valores, la admisión a trámite del recurso” (F.D. 3º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: proceso contencioso-administrativo: prueba, valoración ilógica e irracional por la Sala de instancia: pruebas testificales: acreditación de la comisión cobrada en una operación de intermediación en una compraventa inmobiliaria.

STS (Sala 3ª) de 4 de mayo de 2015, rec. nº 580/2014.

“Estas declaraciones testificales, a las que la sentencia impugnada no hace referencia particular, limitándose a descalificarlas genéricamente, completadas con la abundante prueba documental obrante en las actuaciones, ponen de manifiesto que, como se sostiene en el primer motivo del recurso de casación, la Sala de instancia, mediatizada por una apreciación jurídica de partida equivocada, como lo es considerar la deducibilidad fiscal de los gastos contabilizados como un beneficio fiscal, que consecuentemente demanda una interpretación estricta, acaba realizando una valoración de la prueba ilógica y que no se atiene a la razón, incurriendo en algunas de las infracciones que se denuncian en dicho motivo.

Como ya hemos indicado, y en resumen, la Audiencia Nacional considera que la prueba practicada en el proceso a instancia de BRAYMAR no desdice las presunciones que sustentan la decisión de la Administración de no considerar deducible el importe de la factura A29 por no representar la retribución de unos servicios realmente prestados, a lo que añade el carácter incompleto de la factura. Pues bien:

1º) Empezando por el final, se ha de tener en cuenta que la factura existe, es real y fue debidamente contabilizada y pagada. No obstante, la Sala de instancia no la toma en consideración por su carácter incompleto, fundamentando su falta de completud en la vaguedad de la descripción de los servicios prestados (“Comisión por intermediación en la compraventa de las siguientes parcelas; [...]”), vaguedad que, en opinión de la Audiencia Nacional, no desdice la prueba testifical practicada, en particular la del Sr. Anselmo , a la que achaca ‘falta de detalle’, considerando esta última un indicio más de la inexistencia de los servicios que se dicen cobrados

(...) Por consiguiente, a la vista de tal prueba no resulta razonable sostener que la declaración del Sr. Anselmo no permite saber cuáles eran las concretas tareas que llevó a cabo.

Estas declaraciones son corroboradas por el testimonio de don José Ignacio, tanto en lo que se refiere a la relación de confianza con el Sr. Anselmo, el tiempo desde el que venían colaborando, las tareas 20 desarrolladas por dicho mediador y la remuneración pactada. Es verdad que la declaración del Sr. José Ignacio, en sí misma considerada, ofrece pocas garantías de verosimilitud, habida cuenta de ser persona directamente interesada en su condición de accionista y directivo de la compañía recurrente, pero sus manifestaciones resultan creíbles si, además de ser leídas junto con las del Sr. Anselmo, se comparan con las del Sr. Paulino ,

administrador de la compradora, COMPRODESA, quien afirma que aquel primero actuaba en nombre de la vendedora, siendo el que "hizo el trabajo duro" para que el suelo alcanzara el valor por el que lo adquirió y relevándose su intervención determinante para el éxito de la operación.

En suma, a juicio de este Tribunal Supremo, en el caso analizado la Audiencia Nacional ha realizado una valoración no razonable e ilógica de la prueba testifical practicada, incurriendo en infracción del artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que impone a los jueces y tribunales valorar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurren. Los testigos, todos sin excepción, explicaron suficientemente la razón de ser de sus afirmaciones, no pudiendo ser puesta en cuestión su franqueza, no sólo por haber prestado juramento de ser veraces, sino porque ninguno de ellos ocultó su situación personal en relación con el litigio: tanto el Sr. Anselmo, como el Sr. José Ignacio, como, en particular, el Sr. Paulino, que cuando se le preguntó por las relaciones entre aquel primero y BRAYMAR dijo no poder responder por tratarse de vínculos entre terceras personas, que él ignoraba y a los que era ajeno" (F.D. 4º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: el TS desestima el recurso de casación en interés de ley, considerando que, aunque legalmente se posibilita la notificación en Agosto, ésta no será válida si razonablemente se entiende que el interesado se encuentra de vacaciones.

STS (Sección 2ª) de 13 de mayo de 2015, rec. nº 3529/2014.

“En el asunto que resolvemos es patente que la Sala de instancia no ha expresado las razones por las que llegó a la convicción de que la notificación no fue conocida por el interesado y, la que expresa, realización de las notificaciones en el mes de agosto, no pueden ser asumidas como causa excluyente de la validez formal de la notificación, dado que la ley no excluye este mes de la posibilidad de llevar a cabo notificaciones válidas.

Pero por idéntica razón, pormenorizadamente expresada por el Ministerio Fiscal, el órgano jurisdiccional puede no dar validez a notificaciones realizadas en el mes de agosto y en el domicilio del interesado cuando en virtud de las circunstancias concurrentes llega a la convicción de que la notificación no ha llegado a conocimiento del interesado.

Es este el punto en que no es asumible la doctrina que el Abogado del Estado preconiza pues excluye la ‘presunción del órgano jurisdiccional’ (naturalmente en función de los datos obrantes en autos) para dar valor a notificaciones celebradas con el cumplimiento de las formalidades legalmente requeridas.

No parece razonable asumir que la incorrección formal de las notificaciones sea irrelevante cuando el Tribunal llega al convencimiento de que el sujeto pasivo la ha recibido y no otorgar el mismo valor a la convicción del Tribunal cuando opera en

sentido opuesto, es decir, cuando la notificación se ha efectuado de modo formalmente correcto, pero en virtud de las circunstancias concurrentes, apreciadas libremente por el tribunal, se llega a la convicción de que la notificación no ha llegado a conocimiento del interesado” (F.D. 4º) [V.G.G.].

Jurisprudencia: recurso de casación, Impuesto sobre el Valor Añadido: inadmisión por falta de cuantía: acumulación de pretensiones.

STS (Sala 3ª) de 14 de mayo de 2015, rec. nº 1011/2014.

“Conviene, asimismo, traer a la memoria, tal y como previene el art. 41 de la LJCA, que ‘la cuantía del asunto vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo’ (apartado 1); y que en ‘los supuestos de acumulación o ampliación, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor económico de las pretensiones objeto de aquéllas, pero no comunicará a las de cuantía inferior la posibilidad de casación o apelación’ (apartado 3); todo ello, con independencia de que las propuestas de liquidación formuladas por la Administración tributaria hayan generado uno o varios actos administrativos, pues ha de entenderse que es la cuantía individualizada de cada uno de ellos y no la suma de los que la Administración decida en cada caso acumular en uno o en varios procedimientos, la que debe determinar objetivamente la cuantía casacional [por todas, Sentencia de 5 de marzo de 2015, cit., FD Tercero; y de 26 de febrero de 2015, cits., FFDD Cuarto y Primero].

Además, el art. 42.1.a) de la LJCA precisa, a efectos de fijar el valor de la pretensión, que ha de tenerse en cuenta el débito principal, pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, salvo que cualquiera de éstos fuera de importe superior a aquél [entre otras, Sentencia de 26 de marzo de 2015, cit., FD Cuarto; de 19 de marzo de 2014 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 2202/2012), FD Segundo; y de 19 de julio de 2012 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 215/2010), FD Tercero].

Por otro lado, y en lo que al IVA se refiere, existe una reiteradísima doctrina expuesta, entre otras, en la Sentencia de 29 de enero de 2015 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 1543/2013), en la que, con apoyo en lo recogido en el art. 71.3 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, se declara que ‘el período de liquidación del IVA es trimestral o mensual según los casos, por lo que a este período de liquidación habrá de estarse para determinar el importe del recurso de casación’ [FD Cuarto; en idénticos términos, Sentencia de 19 de enero de 2015 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 1313/2014), FD Cuarto; y de 21 de julio de 2014 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 3550/2012), FD Cuarto]” (F.D. 4º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Procedimiento Inspector: prescripción del derecho a liquidar el ejercicio 1998, en supuesto en que excedido el plazo inicial de 12 meses, se produce reanudación formal de las actuaciones inspectoras, en las que vuelve a producirse extralimitación temporal.

STS (Sala 3ª) de 21 de mayo de 2015, rec. nº 2167/2013.

“En definitiva, bajo el presupuesto de que el rebasamiento del plazo máximo de duración legal de las actuaciones no haya determinado la consumación de la prescripción, y en la medida en que el transcurso del plazo máximo de duración de las mismas no determina la caducidad del procedimiento y han de continuar hasta su terminación, esta Sala, bajo el régimen de la Ley 1/1998, aquí aplicable, ha venido a admitir que un acto de reanudación de aquellas, debidamente notificado al sujeto pasivo, determine una nueva interrupción de la prescripción.

Ahora bien, dijimos en la Sentencia de 6 de marzo de 2014 (recurso de casación 6287/2011), que la reanudación de la actuación inspectora ha de someterse también a la limitación de duración máxima de 12 meses, pues, por un lado, no puede ser diferente la consecuencia de la reanudación a la de iniciación de un nuevo procedimiento inspector y, por otro, es patente que la duración del procedimiento no puede quedar al arbitrio de la Inspección, con grave detrimento del principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución y al que, en relación con los procedimientos tributarios, apela la Exposición de Motivos de la Ley General Tributaria vigente.

Por ello, resulta imprescindible resolver si tal como expone la parte recurrida hubo extralimitación de actuaciones inspectoras en esta segunda fase a la que nos venimos refiriendo y para ello resulta imprescindible decidir si las dilaciones que valora la Inspección como imputables al contribuyente tienen este carácter.

Pues bien, ya en el escrito de demanda, la parte actora alegaba que curiosamente la Inspección señalaba como fecha del fin máximo de duración de las actuaciones, una vez añadidos los 109 días de dilaciones imputables al contribuyente, la de 1 de mayo de 2004 -recordemos que la reanudación de actuaciones había tenido lugar en 13 de enero de 2003 y el plazo de doce meses quedaba finalizado en 12 de enero de 2004-, resultando que la notificación del acuerdo de liquidación se produjo el 30 de abril de 2004.

Pero además, se ponían de relieve las siguientes circunstancias impositivas de que las dilaciones se imputaran al contribuyente: a) no advertencia en la diligencia de 7 de marzo de 2003 que el retraso en la aportación de los justificantes solicitados en la comparecencia de 27 de enero de 2003, eran constitutivos de dilación; b) no advertencia del fin de la dilación en la diligencia de 26 de mayo de 2003; c) carácter irrelevante de la documentación no aportada en tiempo según la Inspección - justificante y naturaleza de la transferencia bancaria que con fecha de 22 de enero de 1998 se realizó a favor de Golf Internacional de Benidorm Costa Blanca, S.A., por importe de 3.500.000 ptas.-, en la que se reflejaba un pequeño préstamo entre entidades, 10 que nada tenía que ver con la operación comprobada; y d) la Inspección, tras la diligencia de 7 de marzo de 2003, no volvió a citar a la entidad hasta el 26 de mayo de 2003, casi tres meses después, plazo que excede de lo razonable.

Pues bien, basta con apreciar la intrascendencia de la documentación requerida en relación con la operación comprobada y respecto de la cual, el Abogado del Estado, en el escrito de demanda, se limitó a oponer que ello era una mera opinión de parte demandante y nada alega en el escrito de interposición, para considerar que no existe dilación imputable al contribuyente, lo que permite llegar a la conclusión de que la actuación inspectora fue nuevamente extemporánea, y que, como consecuencia, se produjo la cesación de efecto interruptivo de la prescripción y su consumación respecto del ejercicio 1998” (F.D.2º) [F.H.G.].

Si bien las sociedades y entidades mercantiles rigen y guían su comportamiento por el sentido económico de sus actuaciones, las personas físicas pueden obrar por otros motivos distintos de los puramente económicos.

El hecho de que los recurrentes adquirieran una segunda vivienda con financiación ajena, lejos de confirmar la tesis de la Administración, sirve de prueba para acreditar que el recurrente no gastó una parte considerable de los 500.000 euros, por lo que la cantidad que luego ingresó en el Banco es la misma que previamente había sacado, por todo lo cual procede estimar y anular la resolución recurrida en el particular relativo a la liquidación” (F.D. 5º) [V.G.G.].

Jurisprudencia: la AN estima parcialmente el recurso y sentencia que la desaparición de una sociedad a costa del atosigamiento que supone una liquidación y sanción tributarias finalmente anuladas, supone responsabilidad de la Administración.

SAN (Sección 3ª) de 29 de diciembre de 2014, rec. nº 390/2012.

“(…) para que exista lesión en sentido propio no es suficiente con que exista un perjuicio material, sino que se requiere que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico, y el perjuicio es antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre y cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo. En tal sentido el artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone claramente que ‘sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley’. Es decir, para que concurra el requisito de la lesión a efectos de su resarcimiento como consecuencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de actos administrativos es preciso que la actuación de la Administración no se haya mantenido en unos márgenes de apreciación razonables ni razonados” (F.D. 3º) [V.G.G.].

Jurisprudencia: a los partidos políticos les es exigible la concurrencia de un interés legítimo para poder impugnar un acto: necesidad de una precisa afectación a su esfera jurídica de intereses: invocar la condición de contribuyentes de los parlamentarios del grupo representa un interés excesivamente lejano y nada reconocible.

SAN (Sección 6º) de 22 de enero de 2015, rec. nº 438/2012.

“Procede, con carácter previo, el examen de los dos motivos de inadmisibilidad formulados, la falta de legitimación activa del Partido Político recurrente, que formulan ambas codemandadas, y la inexistencia de actividad fiscalizable, conforme al art. 1 y 25 de la ley jurisdiccional, que formula sólo la Abogacía del Estado. Examinaremos, en primer lugar, esta última, toda vez que requiere un examen previo, por ser antecedente obligado, desde el punto de vista procesal.

La primera se refiere a que el acto impugnado no es fiscalizable en esta jurisdicción conforme al art. 1 y 25 de la ley jurisdiccional, además de no ser competente esta Sala, invocando tácitamente la doctrina del ‘acto político’, y que justificaría la existencia de una causa de inadmisibilidad prevista en el art. 69.c o incluso 69.a de la ley jurisdiccional.

(..) Para el Tribunal Constitucional, eludiendo la alusión nominal al término ‘acto político’; por la de “actividad no sujeta al Derecho Administrativo, entiende que la actividad del Gobierno como órgano constitucional, no significa que la misma quede no sometida al Derecho, sino únicamente que no es fiscalizable ante la jurisdicción contenciosa, conforme al artículo 82 a, hoy 69.a de la Ley jurisdiccional al objeto de evitar una ‘judicialización inaceptable de la vida política’. Se tratan de actos propios del Gobierno como órgano que desarrolla una función de dirección política. No obstante, el Tribunal Constitucional admite su propia jurisdicción cuando de violaciones de derechos fundamentales se trata por aplicación analógica del artículo 42 de la LOTC.

El Tribunal Supremo, aunque en una línea vacilante, ha seguido en un primer momento, los mismos derroteros que el Tribunal Constitucional” (F.D. 2º).

“(..) se considera que a los partidos políticos, sin que estén habilitados por ley para ejercer la acción popular, les es exigible la concurrencia de un interés legítimo para poder impugnar un acto, es decir, una precisa afectación a su esfera jurídica de intereses (F.D. 4)”.

“(..) invocar la condición de contribuyentes de los parlamentarios del grupo representa un interés excesivamente lejano y nada reconocible que engloba una mera defensa de la legalidad. Tampoco cabe defender la intervención previa en sede parlamentaria cuando ello no puede dar a entender que haya habido un reconocimiento expreso de la condición de interesado en el seno de un verdadero procedimiento administrativo ex art.31 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre del Procedimiento Administrativo Común. Y finalmente, defender su interés para evitar lagunas de impugnabilidad constituye un argumento tautológico que oculta la expresión de un mínimo interés jurídico relevante” (F.D. 5º) [V.G.G.].

Jurisprudencia: la AN desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la FEREDE que pretendía incluir una casilla similar a la de la Iglesia Católica en la declaración del IRPF.

SAN (Sala de lo Contencioso, Sección 7º) de 25 de mayo de 2015, rec. nº 1/2015.

“(…) el establecimiento de una casilla equivalente [para la Iglesia Evangélica] requeriría la existencia de un acuerdo similar [al existente entre el Estado español y la Santa Sede], acuerdo que excede con mucho del ámbito competencial de dicho Ministerio [Hacienda y Administraciones Públicas], incluso del de la Administración General del Estado y sobre lo que obviamente no cabe entrar en su análisis por exceder de forma evidente del ámbito de las presentes actuaciones” (F.D. 1º).

“La conclusión a la que se llega, es que establecer un mecanismo recaudatorio para los fines religiosos de la FEREDE, como el que tiene la Iglesia Católica, debe ser consecuencia de la existencia de un convenio, pacto o acuerdo entre el Estado Español y el Organismo representativo de la correspondiente religión que llegue a establecerlo de esa forma, sin que pueda la Administración, o algún Ministerio del Gobierno del momento establecerlo de forma unilateral. En todo caso, en la Ley 24/1999, como manifestación de dichos pactos, se establecen los mecanismos de modificación o ampliación de su contenido, a los que puedan llegar el Estado Español y la FEREDE, mecanismos que deberán ser observados para lograr la finalidad pretendida por la recurrente, y que en todo caso, como queda dicho, y al constituir el derecho de petición un remedio residual cuando pueda adquirirse por otro medio lo que se pretenda, es claro que no se han agotado los trámites ordinarios para llegar a ese reconocimiento pretendido” (F.D. 6º) [V.G.G.].

Jurisprudencia: cabe la posibilidad de aplicar la reducción en el IRPF por arrendamiento de vivienda aunque el arrendador no hubiese declarado tal arrendamiento.

STSJM (Sección 5º) de 3 de octubre de 2014, rec. nº 964/2012.

“(…) En el caso que nos ocupa, para que el interesado reconociese la existencia del rendimiento obtenido del alquiler del inmueble de referencia fue precisa la actuación administrativa, sin embargo no podemos compartir con la Administración el que el texto legal exigiera ineludiblemente que los rendimientos de referencia fueran declarados por el contribuyente, habida cuenta de que dicho presupuesto constituye una obligación inexcusable de todo contribuyente, que, en cumplimiento de sus obligaciones legales, se ha de entender efectuada en todo caso, lo cual no contradice en absoluto la jurisprudencia en materia de interpretación restrictiva de reducciones y deducciones, como pretende el Abogado del Estado. Sin embargo, frente a las argumentaciones referidas de las resoluciones recurridas, hay que puntualizar que la Ley general Tributaria regula de forma separada la declaración tributaria (art. 119 de la Ley General Tributaria) y la autoliquidación (art. 120 de la misma Ley general Tributaria). El artículo 23.2.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas no alude a la autoliquidación, sino que expresamente se refiere a la ‘declaración’, por lo que ha de aplicarse el concepto de declaración que se contiene en el art. 119 de la Ley General Tributaria, que establece que ‘1. Se considerará declaración tributaria todo documento presentado ante la Administración tributaria donde se reconozca o manifieste la realización de cualquier hecho relevante para la aplicación de los tributos. La presentación de una declaración no implica aceptación o reconocimiento por el obligado tributario de la procedencia de la obligación tributaria. 2. Reglamentariamente podrán determinarse

los supuestos en que sea admisible la declaración verbal o la realizada mediante cualquier otro acto de manifestación de conocimiento.’

A mayor abundamiento, de mantener la tesis propuesta por la Administración, llegaríamos al absurdo de que el contribuyente sería sancionado doblemente: negándole la aplicación de la reducción, y, en segundo lugar, con la imposición de la sanción, como en este caso ha pretendido la Administración” (F.D. 2) [V.G.G.].

Jurisprudencia: el TSJM estima el recurso y establece que la toma de decisiones antieconómicas de las personas físicas no permite imputarles per se ganancias patrimoniales no justificadas

STSJM (Sección 5ª) de 5 de noviembre de 2014, rec. nº 1411/2012.

“En el presente caso el patrimonio comprobado en la cuenta corriente del recurrente al inicio del ejercicio 2005 era de 500.000 euros y nueve meses después, y durante ese mismo ejercicio, ese patrimonio seguía siendo de 500.000 euros.

En el Informe al Acta de disconformidad la Administración indica que quedaba acreditado el origen de los 500.000 euros de los que se dispuso el 18 de enero de 2005, pero no queda justificado el origen de los 500.000 euros que fueron ingresados en efectivo el 26 de octubre de 2005.

Expone el informe que no existían argumentos que justificaran las operaciones realizadas, ya que carece de todo sentido económico mantener en caja unas sumas tan elevadas durante más de 9 meses; para la Administración resultaba todavía más extraño, solicitar un préstamo hipotecario de 120.000 euros para la adquisición de una segunda vivienda cuando ‘en teoría’ el matrimonio disponía de efectivo por un importe 5 veces mayor. La Administración además afirmaba que carecía de todo sentido económico mantener en caja unas sumas tan elevadas durante más de 9 meses, y esto lo corroboraba el hecho de que analizando el extracto de su cuenta corriente NUM006 durante los ejercicios 2004 y 2005, el matrimonio en cuanto tiene un excedente de tesorería invertía las cantidades en cualquier forma de activo financiero para obtener una rentabilidad.

Jurisprudencia: el TSJ de Castilla y León estima la demanda presentada y considera que la confianza en los datos fiscales exime a priori de culpabilidad al contribuyente que declara conforme a ellos.

STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª) de 30 de enero de 2015, rec. nº 1321/2013.

“Este elemento subjetivo de la culpabilidad era, especialmente, exigible en cuanto a su acreditación en un caso como el de autos en que la actora se apoyaba, al menos parcialmente, en indicaciones de la propia Agencia Estatal de Administración Tributaria, lo que, sin eliminar ni la obligación de declarar correctamente, ni de actuar diligentemente, sí pone de manifiesto que se ha puesto un interés en

consultar con quien ‘más sabe’ de cómo hacer la declaración. Si el contribuyente se apoya en la previa actuación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, es evidente que, en línea de principio, actúa con diligencia y cuidado y será preciso, más allá del derecho -y la obligación- de revisar las declaraciones por la administración, explicar la razón de que, pese a seguir sus indicaciones, el contribuyente actuó de forma negligente o dolosa. Otra cosa sería tanto como dejar en manos de la administración el poder equivocarse, incluso intencionadamente, al administrado, lo que es inadmisiblemente y la única forma de controlar esa rechazable posible actuación -y otras menos severamente criticables-, conforme lo prevenido en el artículo 106.1 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, por los tribunales es que se explique con detalle qué culpa tiene quien, en principio, sigue los consejos o las indicaciones de la administración. Eso falta clamorosamente en el caso de autos y ello lleva consigo la estimación de la falta de motivación invocada por la actora y determina la estimación de la sentencia y la anulación de la actuación administrativa por ella denunciada” (F.D. 4º) [V.G.G.].

Jurisprudencia: el TSJ Madrid estima parcialmente el recurso al considerar excesiva la exigencia de vinculación exclusiva de los gastos por suministro a la actividad para que sean deducibles.

STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso, Sección 5º) de 10 de marzo de 2015, rec. nº 43/2013.

“Las normas que se acaban de transcribir permiten la afectación parcial de elementos patrimoniales divisibles, siempre que la parte afectada sea susceptible de un aprovechamiento separado e independiente del resto, de modo que nada impide que la recurrente pueda destinar una parte de su vivienda al desarrollo de su actividad económica.

La Administración, con apoyo en la consulta de la Dirección General de Tributos V0801-07, de 17 de abril de 2007, considera que esa afectación parcial faculta al contribuyente para deducir en la parte proporcional los gastos derivados de la titularidad de la vivienda, como son los de amortización, IBI, tasa de basuras, comunidad de propietarios, etc. Sin embargo, conforme a esa misma consulta, sólo considera deducibles los gastos derivados de los suministros (agua, luz, gas, teléfono, etc.) cuando los mismos se destinen exclusivamente al ejercicio de la actividad, no pudiendo aplicarse, en este caso, la misma regla de prorrateo que se aplica a los gastos correspondientes a la titularidad de la vivienda.

Sin embargo, la Sala no comparte este criterio. En efecto, no se discute que la normativa admite la afectación parcial de la vivienda a la actividad económica, por lo que no es lógico negar la deducción de aquellos suministros sin los cuales no es factible esa utilización. Así, al no ser posible determinar el consumo que corresponde a cada uno de los fines a los que se destina el piso, debe admitirse la deducción de tales gastos en la parte correspondiente al porcentaje de afectación a la actividad económica, al igual que ocurre con los gastos inherentes a la titularidad del inmueble, no siendo admisible supeditar la deducción fiscal a la vinculación exclusiva del suministro a la actividad, pues esa exigencia supone introducir

condiciones no contempladas en la Ley para la afectación parcial de inmuebles” (F.D. 6º) [V.G.G.].

VI. DERECHO PENAL

1. PARTE GENERAL

Jurisprudencia: doctrina del TS para determinar la mayoría de edad penal.

STS (Sala 2ª) de 10 de diciembre de 2014, rec. nº 10515/2014.

“(…) -como apunta el Ministerio Fiscal- *la Consulta 1/2009 de la Fiscalía General del Estado...* ‘es preciso indicar que la situación contemplada en el artículo 35 de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social surge en un contexto de ausencia de documentación acreditativa de la identidad y/o de la edad del presunto menor, o de exhibición de títulos con indicios de falsedad o generados en países que de hecho no garantizan la certeza de los datos que sobre la edad del titular figuran en los mismos, por lo que, existiendo *dudas* al respecto y no habiendo otros medios para despejarlas, puede ser necesario acudir a la práctica de ciertas *pruebas médicas* para poder determinar aquélla de modo aproximado’.

Cuando se trata de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito corresponde al juez de instrucción competente realizar las diligencias encaminadas a la determinación de la edad (artículo 375 LECrim y artículo 16.5 de la LO 5/2000). Y es aquí donde entran en el juego escénico los informes médicos sobre cuya base se ha determinado en nuestra causa la edad del recurrente.

(...) Esa comprobación de edad ha acontecido en *nuestro caso* por dos vías: Primero, el informe del *Hospital de Algeciras*, tras la detención, le realizó diversas pruebas radiológicas concluyendo que ‘contaba con la edad de 18 años y seis meses con un margen de error de +/- 6 meses’. Es decir, concluye que en fecha *19 de abril de 2012*, que es cuando se hizo el informe, una semana después de los hechos, tenía esa edad. Como se ve la edad estaría *en el límite*. Segundo, el informe del médico forense *folio 154-*, sobre la base de las pruebas radiológicas de muñecas y manos y el estudio de la dentición, con la presencia de los cuatro molares, determinó que la edad del imputado era de *18 años*, próxima a los 19 años, pero no indicó horquilla de error. Ahora bien, el informe del médico forense es de 24.5.2013, esto es, se hizo *un año después* del primero y un año después de la detención y de que ocurrieran los hechos y en él se concluye que, en ese momento, el acusado tenía ‘una edad que superaba los 18 años y cercana a los 19 años’, luego cuando ocurrieron los hechos su edad sería ‘superior a los 17 años y camino de los 18 años’. Precisando más. Según el informe forense, cuando ocurrieron los hechos, el acusado tenía una edad ‘superior a los 17 años’, según el sistema de análisis radiográfico y de 17 años próximos a los 18 años según el método de la dentición. Ahora la edad, no estaría en el filo de la mayoría, sino que sería menor de 18 años.

Además, el Real Decreto 557/2011, por el que se aprueba el Reglamento de extranjería, ha establecido que ‘en caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años’.

(...) Por lo expuesto y en virtud de la fuerza expansiva de la presunción de inocencia, hay que coincidir con el Ministerio Fiscal, que apoya el motivo, pues considera que no se ha acreditado más allá de la duda razonable que el recurrente cuando cometió el hecho tuviera 18 años. Es más parece que las pruebas médicas sitúan la edad cerca de los 18 años pero sin llegar a ellos” (F.D. 1º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: criterio del TS respecto a la no procedencia de la aplicación de la agravante de parentesco en delitos omisivos.

STS (Sala 2ª) de 18 de diciembre de 2014, rec. nº 1083/2014.

“La jurisprudencia de esta Sala, así lo ha estimado en sentencias núm. 20/2001, de 22 de enero; 988/2006, de 10 de octubre ó 64/2012, de 27 de enero: ‘se excluye la aplicación de la agravante de parentesco cuando se trata de un delito cometido por omisión, cuando ha sido precisamente esa relación de parentesco la que ha determinado la condena de la madre por revestirla de la ‘posición de garante’ respecto de su hija. Y se añade, recordándose otras sentencias, que son precisamente estos mismos deberes derivados de la relación parental los que, como infracción de un especial deber jurídico del autor, conforme a lo expresamente prevenido por el artículo 11 del Código Penal, lo que determina la posición de garante y justifican la condena de la madre de la menor como autora por omisión. Derivar de la misma infracción de los deberes parentales una circunstancia de agravación adicional implica una doble valoración, en perjuicio del reo, de una misma infracción, por lo que vulneraría el principio non bis in ídem” (F.D. 3º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: compatibilidad de la infracción continuada con el concurso medial de delitos

STS (Sala 2ª) de 21 de enero de 2015, rec. nº 1192/2014.

“(…) continuidad delictiva, en este caso, referida al delito de *estafa* aduciendo que no procede aplicar el art. 74 CP cuando se aplica el art. 77 del mismo texto legal, por existir un concurso ideal o medial como en el presente caso. No hay razón para asumir la incompatibilidad que el recurrente denuncia; si la falsedad permite calificarla como continuada, y así es según lo ya razonado; y si las acciones de las estafas son varias, se debe apreciar, como se hace la misma continuidad delictiva, y aplicar la regla penológica del art. 77 CP, que es lo que ha acontecido sin afectar en modo alguno al ‘non bis in ídem’, pues, aun dentro de la ‘mediación’ del concurso, ambos delitos tienen su propia autonomía” (F.D. 9º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: el TS recoge un acuerdo del pleno sobre la aplicación de las reglas del concurso real en supuestos de pluralidad de resultados de muerte, aplicable tanto en casos de dolo directo como de dolo eventual.

STS (Sala 2ª) de 29 de enero de 2015, rec. nº 426/2014.

“(…) La función atribuida a un tribunal de casación, básicamente la de propiciar la unificación interpretativa en aras a asegurar los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, llevó a la Sala encargada de la decisión a instar del Pleno de la Sala II un pronunciamiento de unificación.

El pasado día 20 de enero de 2015, el Pleno no jurisdiccional de la Sala adoptó el siguiente acuerdo: ‘Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, siempre que se realicen a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (art. 73 Cp y 76 Cp), salvo la existencia de regla penológica especial (v.gr. art. 382 del Cp)’.

(…) No es objeto del Acuerdo de unificación los supuestos sobre los que no existe una divergencia jurisprudencial. Así, los supuestos de una unidad natural de acción, que permite aglutinar la pluralidad de resultados sobre un bien jurídico de titularidad única; la concurrencia de una pluralidad de resultados heterogéneos causados por una acción, o de una pluralidad de resultados cometidos por imprudencia. Cuando la acción dolosa se subsume en varios tipos penales (concurso ideal heterogéneo), la subsunción en el art. 77 Cp, es clara y uniforme en su interpretación. También los supuestos que se encuadran en la unidad natural de acción que absorbe los plurales resultados que afectan a un único titular del bien jurídico. Por último, tampoco afecta el Acuerdo a los supuestos de una única acción imprudente causante de varios resultados subsumibles en la misma norma penal, que da lugar a un único delito, o en varias normas penales, en cuyo caso la concurrencia se rige por las normas del concurso ideal, pues única es la infracción de la norma objetiva de cuidado.

El Acuerdo se refiere por lo tanto a los supuestos en los que concurre una unidad natural de acción, realizada dolosamente, de la que resultan varios resultados lesivos, de titularidad distinta, que sean subsumibles en la misma ley penal. En otras palabras, los concursos ideales homogéneos, haciendo especial salvedad de las reglas específicas de concurrencia, como la del art. 382 Cp.

En estos supuestos el criterio acordado resuelve la concurrencia bajo las reglas del concurso real, atendiendo a los criterios antedichos al exponer la posición jurisprudencial. El ‘hecho’ de matar al que se refiere el art. 77 para aplicar el concurso ideal comprende acción y resultado, por lo que existen tantos delitos como titulares de los bienes ofendidos. En el caso de concurrencia de varios ‘hechos’, se aplica el régimen previsto en los artículos 73 y 76 del Código penal, concurso real y expresamente excluido el régimen del concurso ideal del art. 77 Cp. Régimen, por otra parte, no previsto para los supuestos de homogeneidad delictiva, al expresar la regla penológica en referencia al delito más grave, supuesto que no se

produce en los delitos que se subsumen en la misma norma penal” (F.D. 5º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: el TS fija la exclusión de la pena de multa del auto de acumulación de condenas previsto en el art. 76 del CP.

STS (Sala 2ª) de 13 de febrero de 2015, rec. nº 10238/2014.

“(…) El art. 76 del C. penal está previsto únicamente para penas privativas de libertad. Por ello la pena de multa en cuanto tal, está excluida porque puede ser cumplida de forma simultánea (art. 75) y su impago puede ser sustituido por trabajos en beneficio de la comunidad (art.53); por tanto, los días de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, en tanto que son derivados de ésta, no pueden incluirse en la acumulación de penas, la responsabilidad personal subsidiaria está sujeta a condena expresa ante el impago de la multa impuesta, bien de forma voluntaria, bien por vía de apremio, y con esa premisa, deben ser excluidas de toda acumulación aquellas ejecutorias que conlleven únicamente pena de multa no transformada en privación de libertad, dado que tal pena es susceptible de ser cumplida de forma simultánea (como ya hemos dicho) con la privativa de libertad (art. 75), y su impago puede ser sustituido también por otras penas no privativas de libertad, tales como trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente.

(…) habrá que excluir la pena de multa y los días que se habían fijado para caso de impago de la multa de la pena de privación de libertad que se ha tenido en cuenta, como más grave, para determinar el triple de pena a que se refiere el artículo 76.1 del Código Penal (F.D. Único)” [A.C.T.].

Jurisprudencia: el TS sienta los criterios para la determinación de la pena en los supuestos de delito patrimonial continuado.

STS (Sala 2ª) de 30 de abril de 2015, rec. nº 2046/2014.

“(…) Consiguientemente en principio la pena del delito continuado patrimonial se calculará sumando la cuantía de las infracciones y si no existe precepto específico que intensifique la penalidad por la adición de las cuantías deberá aplicarse la regla general del 74.1º, después de aplicada la regla 2ª de ese mismo artículo. Todo ello resulta claramente explicitado en la sentencia 463/2009 de 7 de mayo que señala los siguientes criterios:

‘A) Como primer paso ante un delito patrimonial continuado debemos acudir a la especificidad del nº 2 del artículo 74 del Código Penal , que establece una forma de punición, pero también un mecanismo para determinar la infracción más grave, que en delitos de esta naturaleza se forma adicionando el valor de los distintos quebrantos económicos ocasionados por la continuidad.

B) Si de la suma de las distintas cuantías económicas surge un marco punitivo exasperado diferente, sólo debe aplicarse éste, sin que se recargue la sanción por la continuidad, porque al proceder conforme al nº 2 del artículo 74 se exasperó la pena.

Los casos serían:

B.1) Varias sustracciones o apropiaciones integrantes de falta, originan, por razón de la cuantía, la aparición de un delito.

B.2) Varias infracciones comunes o genéricas por la cuantía (artículo 249 del Código Penal, en materia de estafa, como es el caso concernido) que determinan la aplicación del art. 250.1.6 Código Penal.

B.3) Que nos hallemos ante un delito masa (que el hecho revistiera notoria gravedad y hubiera afectado a una generalidad de personas) regulado en el último inciso del artículo 74-2 Código Penal.

2. Fuera de estos casos cabría aplicar el artículo 74-2 del Código Penal, para determinar la infracción más grave y después recurrir a la norma general (en evitación de agravios comparativos con otras infracciones no patrimoniales) e intensificar la pena en la medida establecida en el nº 1º del artículo 74 pena básica en su mitad superior, que puede alcanzar a la mitad inferior de la superior en grado, todo ello siempre que no se produzca una doble valoración de las conductas, reñidas con el principio "non bis in idem" (...)"(F.D. 5º) [A.C.T.].

2. PARTE ESPECIAL

Jurisprudencia: necesidad del elemento subjetivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, postura del TS.

STS (Sala 2ª) de 15 de diciembre de 2014, rec. nº 512/2014.

“Y es que el tipo subjetivo de los delitos de agresión y abuso sexual lo que exige es el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que voluntariamente se ejecuta, y la conciencia de afectación del bien jurídico.

Generalmente -se añade en la STS 411/2014 - concurrirá también un ánimo tendencial consistente en el propósito de obtener una satisfacción sexual, pero este ánimo no viene exigido por el tipo, y por ello no puede exigirse su acreditación en el ámbito de la presunción de inocencia, pues se puede atentar al bien jurídico protegido, aun cuando no concurra. Por ejemplo, quien penetra violentamente a una mujer por odio, venganza, racismo o represalia por una conducta realizada por sus familiares o allegados, en un conflicto bélico o similar, comete un delito de violación, o agresión sexual, aun cuando en su ánimo no exista propósito alguno de obtener una satisfacción sexual, sino puro odio y deseo de causar daño.

En definitiva, es necesario al menos que concurra el ánimo tendencial de atentar contra el bien jurídico protegido, que lo es la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, aunque no el ánimo de satisfacerse sexualmente con el acto ejecutado por el autor del hecho.

En el caso, es claro que no concurre tal ánimo tendencial de atentar contra el bien jurídico protegido, por estar expresamente excluido por la Audiencia, razón por la cual el motivo no puede prosperar” (F.D. 3º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: Criterios para la aplicación del subtipo atenuado de tráfico de drogas del art. 368.2 del C: doctrina del TS

STS (Sala 2ª) de 18 de febrero de 2015, rec. nº 1514/2014.

“(…) Con la STS 724/2014 de 13 de Noviembre que resume la jurisprudencia de esta Sala en relación a la aplicación de este tipo privilegiado en materia de drogas, puede señalarse las siguientes notas:

1º) El nuevo párrafo segundo del art. 368 del Cpenal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.

2º) Concorre la escasa entidad objetiva --escasa antijuridicidad-- cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como *‘el último escalón del tráfico’*.

3º) La regulación del art. 368.2 C penal no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a esta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.

4º) Las circunstancias personales del culpable -menor culpabilidad- se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

5º) Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

6º) La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista

objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo.

7º) Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la acusada peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma (F.D. 3º)” [A.C.T.].

Jurisprudencia: doctrina del TS sobre los supuestos que suponen ejercicio del derecho a la libertad de expresión frente a aquellos que son manifestación de la llamada doctrina del odio.

STS (Sala 2ª) de 19 de febrero de 2015, rec. nº 1374/2014.

“(…) Reconociendo la ‘tensión que existe entre este delito y el derecho a la libre expresión de ideas y libertad ideológica’, (como expresamente se reconoce en las sentencias de esta Sala 585/2007 de 20 de Junio o 224/2010 de 3 de Marzo), la labor judicial, como actividad individualizada que es en un riguroso análisis, caso por caso, habrá de examinar tanto las ‘concretas frases o expresiones’ producidas así como ‘la ocasión y el escenario’ en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, ‘sin olvidar que el principio favor libertatis’ debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática.

Estas cautelas no pueden ser rebajadas ni debilitadas. La reciente Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de Noviembre (...) sobre la lucha contra el terrorismo, en relación a delitos ligados a actividades terroristas, en su art. 2º estima por ‘tales delitos’, entre otros, la provocación a la comisión de un delito de terrorismo, la captación de terroristas y el adiestramiento de terroristas, figuras que aparecen definidas en el art. 1, siendo relevante retener ‘la prevención que aparece en el Considerando 14 de dicha Decisión Marco en la que textualmente se dice:

(...) La expresión pública de opiniones radicales polémicas o controvertidas sobre cuestiones sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión Marco y en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo....’.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa ‘extramuros del delito de la apología clásica del art. 18 C. penal, pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión’. Zona intermedia que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso. Solo así se puede sostener la constitucionalidad del delito de exaltación.

‘¿Cuál es esa zona intermedia?’

(...) ‘estaría en la interdicción’ de lo que el TEDH (...) califica como ‘el discurso del odio’, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque ‘el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto’, en la intolerancia más absoluta, ‘en la pérdida del pluralismo político’ y en definitiva en ‘la aterrorización colectiva’ como medio de conseguir esas finalidades.

Es claramente un ‘plus cualitativamente distinto’ del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan -STC 176/1995-, y ello es así porque nuestra Constitución no impone un modelo de ‘democracia militante’.

No se exige ni el respeto ni la adhesión al ordenamiento jurídico ni a la Constitución. ‘Nada que ver con esta situación es la alabanza de los actos terroristas o el ensalzamiento de los verdugos’ que integran la médula del delito del art. 578 C penal como ‘elemento positivo’, pero que excluye la incitación directa o indirecta a la comisión de hechos terroristas, como ‘elemento negativo’ (F.D. 3º)” [A.C.T.].

Jurisprudencia: el TS establece los criterios para delimitar el delito de prostitución de menores, frente a la figura conocida como “child grooming”.

STS (Sala 2ª) de 24 de febrero de 2015, rec. nº 1774/2014.

“En el caso analizado no cuestionándose en esta vía casacional la existencia de un concurso de normas deberá aplicarse el precepto penal más grave, conforme a lo dispuesto en el art. 8.4 CP, sin que en contra de lo sustentado en el recurso puede sostenerse que el delito del art. 183 bis sea un precepto específico respecto al art. 187.1 en su modalidad de solicitud a cambio de una remuneración o promesa de una relación sexual con persona -en este caso- menor de 13 años, (...) remuneración o promesa que no se recoge en el art. 183bis CP, por lo que aquel debe ser el aplicado, máxime cuando se trata de un delito de mera actividad o de resultado cortado, sin que sea preciso que la iniciación o dedicación a la prostitución llegue a producirse. El concepto de la corrupción del menor se contempla desde una perspectiva de futuro, pues lo que configura el ilícito penal es el hecho de que el comportamiento del sujeto activo del delito constituya una incitación para que el menor se inicie (aunque sea en un momento posterior en tal actividad o se mantenga en la que ya ejerce). Nos hallamos ante un delito en el que lo importante para su incriminación no es el acto en sí mismo solicitado sino el que pueda servir como vehículo para esa dedicación a la prestación del cuerpo propio para la realización de actos de contenido sexual a cambio de precio u otros favores (FD 1º)” [A.C.T.].

Jurisprudencia: el TS se pronuncia sobre el carácter de los fondos provenientes del dinero de la lotería tras el proceso de privatización del ente a efectos del delito de malversación.

STS (Sala 2ª) de 15 de abril de 2015, rec. nº 1548/2014.

“(…) de forma reiterada y constante, la jurisprudencia de esta Sala ha venido considerando como fondos públicos, los procedentes de las ventas de décimos o boletos de la Lotería Nacional y análogas.

(…) La cuestión que se suscita en este motivo, de indudable importancia jurídica, es la de determinar si el proceso de privatización del Servicio de Loterías del Estado ha tenido efectos en relación al art. 435-1º del Cpenal, y en particular a los titulares de las Administraciones de Loterías. El recurrente se refiere a la Ley de Regulación del Juego 13/2011 de 27 de Mayo.

(…) De entrada hay que decir que según el art. 4 de dicha Ley, ‘la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado, sigue estando sometida a un régimen de control público’ al corresponder al titular del Ministerio de Economía y Hacienda la autorización para la comercialización de las loterías, siendo asimismo el Ministerio quien fija las condiciones de la gestión en los extremos señalados en dicho artículo. Asimismo el art. 19-4º de dicha Ley asigna a dicho Ministerio la autorización para la comercialización de las loterías y para imponer las sanciones correspondientes a las infracciones consideradas muy graves.

Ya en la Exposición de Motivos de la Ley se dice expresamente que ‘(...)se hace necesario mantener la reserva en exclusiva de la actividad del juego de loterías de ámbito estatal a favor de la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado (...)’, por lo que se acuerda que dicha Sociedad siga sometida al control público.

(…) De ello se deriva claramente la condición pública de los fondos desde la perspectiva penal, pues con independencia de que su régimen sea el propio del derecho privado, tal proceso de privatización de la gestión ‘no’ afecta a la naturaleza de las recaudaciones que a todos los efectos debe entenderse que siguen siendo públicos como lo acredita la naturaleza pública de la Sociedad Estatal de Loterías del Estado, S.A., sociedad dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, teniendo como ‘único socio la Administración General del Estado’. Se trata en definitiva de una empresa cuya gestión se rige por el derecho privado pero cuya titularidad pública es innegable por lo que son públicos los fondos que recauda, los que deben ingresarse en una cuenta específica que la Administración Pública señale.

(…) La privatización de la gestión de la Sociedad y su sometimiento al derecho privado no afectó a la naturaleza pública de los fondos lo que justificó el control del Estado y que éste sea el único socio de la Sociedad Estatal” (F.D. 3º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: el TS fija los criterios para determinar la interpretación de la habitualidad en el marco del delito de maltrato y el alcance del bien jurídico protegido.

STS (Sala 2ª) de 20 de abril de 2015, rec. nº 1634/2014.

“(…) El delito de maltrato habitual en el ámbito familiar previsto el artículo 173.2 CP castiga la ejecución de actos de violencia física o psíquica perpetrados de forma asidua sobre sujetos comprendidos en el ámbito familiar o cuasifamiliar, con los que se convive o concurre una vinculación personal persistente. Actos que, desde una perspectiva de conjunto, generan una situación de dominio o de poder sobre la víctima que menoscaba su dignidad, lo que da lugar a un injusto específico que rebasa el correspondiente a cada una de las acciones individuales que integran el comportamiento habitual.

(…) Se trata de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos. Un estado con autonomía propia y diferenciada, que se vertebra sobre la habitualidad, pero en la que los distintos actos que lo conforman sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor.

Por ello ha dicho de manera reiterada esta Sala que el maltrato familiar del artículo 173 CP se integra por la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia en relación a las personas que el precepto enumera, aun cuando aisladamente consideradas fueran constitutivas de falta.

Lo relevante es que creen, por su repetición, esa atmósfera irrespirable o el clima de sistemático maltrato al que ya nos hemos referido.

La habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica que ha originado distintas corrientes interpretativas. La jurisprudencia de esta Sala se ha apartado de la que vinculaba la habitualidad con un número de acciones violentas, que por establecer un paralelismo con la habitualidad que describe el artículo 94 CP a afectos de sustitución de penas, se fijó en más de dos, es decir, a partir de la tercera acción violenta. Gana terreno y se consolida en la doctrina de esta Sala la línea que considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo. La habitualidad así configurada responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal.

Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que de existir, son prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación” (F.D. 2º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: el TS hace una interpretación de las conductas constitutivas de blanqueo de capitales: especial mención al autoblanqueo y a la finalidad de las conductas: diferencias con la receptación.

STS (Sala 2ª) de 29 de abril de 2015, rec. nº 10496/2014.

AUTOBLANQUEO

“(…) ha de reafirmarse que el tipo penal sanciona específicamente el autoblanqueo, (…) la doctrina jurisprudencial ya lo venía entendiendo así (…) el Legislador lo recalcó y precisó, precisamente para solventar la polémica doctrinal existente, en la reforma de 2.010 del Código Penal (LO 5/2010, de 22 de junio) incluyendo expresamente en el art 301 CP una doble modalidad de blanqueo, según la actividad delictiva haya sido cometida por la propia persona que realiza la actividad de blanqueo o por cualquier otra.

La punición autónoma del autoblanqueo, respecto del delito antecedente se justifica (…)

Desde el punto de vista legal:

- a) Mientras en la receptación y en el encubrimiento el Legislador excluye explícitamente a los partícipes del delito previo, esta exclusión no se ha incorporado nunca a la descripción del tipo del blanqueo. Por el contrario desde la reforma de 2010, se sanciona expresamente el blanqueo cometido por el autor del delito previo.
- b) Pese a la proximidad del blanqueo con la receptación, la mayor gravedad del blanqueo para el Legislador es obvia dada la entidad de las penas que respectivamente les conminan.
- c) La mayor autonomía del blanqueo de capitales frente al delito previo, respecto de la receptación y el encubrimiento, resulta de toda ausencia limitativa de la pena del blanqueo a la del delito previo, como se establece para el encubrimiento y la receptación en los arts. 452 y 298.3 CP.

Desde el punto de vista valorativo hay que tomar en consideración:

- a) que la característica principal del blanqueo no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas (…) se sanciona en consideración al ‘retorno’, en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser introducida en el ciclo económico. (…)
- b) El Legislador ha decidido expresamente que el blanqueo de las ganancias procedentes de una actividad delictiva por su propio autor, aun cuando puede también considerarse un acto de aprovechamiento o aseguramiento de las ganancias derivadas del delito antecedente ya condenado, o de autoprotección de su autor, debe sin embargo sancionarse autónomamente en atención a la especial protección que requiere el bien jurídico que conculca, que tutela el orden socioeconómico, y dado su carácter pluriofensivo también protege intereses de la Administración de Justicia, siendo distinto del que tutela el delito al que subsigue.

c) Y sobre todo por entender, que este bien jurídico no ponderado en la sanción del delito inicial, justifica que el blanqueo deba ser objeto de sanción independizada por razones de política criminal, precisamente por constituir la condena del blanqueo un instrumento idóneo para combatir la criminalidad organizada, que directa o indirectamente se apoya en la generación de riqueza ilícita y en su retorno encubierto al circuito legal de capitales (...)” (F.D. 8º).

ESPECIAL MOMENTO SUBJETIVO

“(…) La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 C.P. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido” (F.D. 9º).

DIFERENCIAS CON EL DELITO DE RECEPCIÓN

“(…) la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a los autores del delito a eludir las consecuencias de sus actos, permite, además, distinguir el blanqueo de otros delitos como la receptación.

(…) entre ambos delitos existen relevantes diferencias:

1º) Ambos delitos presuponen un delito precedente que ha producido ganancias a sus autores, si bien la receptación exige que sea en todo caso un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, y el blanqueo puede tener como antecedente cualquier actividad delictiva, no estrictamente patrimonial, por ejemplo el tráfico de estupefacientes o la corrupción urbanística.

2º) En ambos delitos se exige el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes, pero en la receptación se exige además que el receptor no haya participado en la actividad delictiva previa ni como autor ni como cómplice, mientras que en el blanqueo las ganancias blanqueadas pueden proceder de la propia actividad delictiva del blanqueador.

3º) Ambos delitos se refieren a una intervención postdelictiva, pero la actividad que se sanciona tiene una finalidad distinta. En la receptación lo que se prohíbe, esencialmente, es que el tercero se beneficie del resultado de la actividad delictiva previa, o ayude al autor a que se aproveche de los efectos del delito, pero en todo caso con ánimo de lucro propio. En el blanqueo lo que se trata de evitar es que los bienes de origen delictivo se integren en el sistema económico legal con apariencia de haber sido adquiridos de forma lícita, sin que se exija necesariamente ánimo de lucro en la operación específica de blanqueo.

4º) Ambos delitos están sancionados con pena de prisión, con el mismo límite mínimo, seis meses, pero la pena máxima es superior en el blanqueo, seis años

frente a dos años, y además la receptación contiene una limitación punitiva que no existe en el blanqueo: en ningún caso podrá imponerse una pena privativa de libertad que exceda a la señalada al delito encubierto.

El solapamiento puede producirse cuando las conductas de blanqueo recaigan sobre efectos que constituyen el objeto material de un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, ejecutadas por un no interviniente en el delito previo.

En estos casos debe aplicarse el principio de alternatividad del art. 8.4 C.P, sancionando el delito más grave que es el blanqueo, siempre que se trate de un acto idóneo para incorporar las ganancias delictivas al tráfico económico, con el fin de no privilegiar la conducta del sujeto sancionando el comportamiento más leve, pese a resultar afectado el bien jurídico protegido por el blanqueo” (F.D. 11º) [A.C.T.].

VII. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Jurisprudencia: revalorización de pensiones: el TC declara constitucional el RDL 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del Sistema de Seguridad Social, en concreto, en lo referido a decisión de dejar sin efecto el incremento del IPC durante el año 2012.

STC (Pleno) de 5 de marzo de 2015, rec. nº 1114/2013.

a) “Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 9.3 CE —no es un principio general sino que está referido exclusivamente a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales (SSTC 27/1981, 6/1983, y 150/1990 (STC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3). Fuera de estos dos ámbitos, nada impide constitucionalmente al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, entre otras razones porque la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico, lo que resulta inadmisibles — ello, obviamente, sin perjuicio del debido respeto a otros principios consagrados en el art. 9.3 CE —(SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 17; 99/1987, de 11 de junio, FJ 6).

b) La expresión ‘restricción de derechos individuales’ del art. 9.3 CE ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del Título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 6; 131/2001, de 7 de junio, FJ 5; 112/2006, de 5 de abril, FJ 17; 89/2009, de 20 de abril, FJ 4; 90/2009, de 20 de abril, FJ 4; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 10).

c) Lo que el art. 9.3 CE prohíbe es ‘la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad’ (STC 42/1986, de 10 de abril). Como ha reiterado este

Tribunal —la eficacia y protección del derecho individual —nazca de una relación pública o de una privada—dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), o 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9], de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre —relaciones consagradas y afecta a —situaciones agotadas [por todas, STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b)] (STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 17)” (F.J. 4º).

“Pues bien, los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado no proceden a reconocer de forma automática a los pensionistas el derecho a recibir la diferencia entre el IPC estimado y el IPC real, sino que se remiten a la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Esta remisión es entendida por los recurrentes como un mero apunte contable, de manera que la Ley de Presupuestos, a su juicio, deberá limitarse a aprobar el crédito presupuestario correspondiente para hacer frente al pago de la diferencia del IPC en el ejercicio económico siguiente. Sin embargo, si esta hubiera sido la intención del legislador no hubiera sido necesario hacerlo constar expresamente en la ley, pues la necesidad de aprobar la correspondiente partida de gastos en los presupuestos del Estado se deriva de la obligación de pago antes del 1 de abril del ejercicio económico siguiente. En efecto, la Ley General de Presupuestos es un instrumento a través del cual se consigna la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un determinado ejercicio con la finalidad de hacer frente a las consecuencias económicas derivadas de la aplicación de otras leyes. Pero para que esto sea así no es necesario que dichas leyes contengan una remisión expresa a la Ley de Presupuestos. Luego si en este caso el legislador se remite expresamente a ella es porque ha querido otorgar a esa remisión unos efectos que van más allá de la mera obligación de consignar en la misma la correspondiente partida de gastos.

De este modo, el eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre, siendo la Ley de Presupuestos Generales del Estado el instrumento para determinar el quantum de esa actualización. El período de generación de dicha actualización es el año natural, coincidiendo con el ejercicio presupuestario y con el período a que se refiere tanto la pensión como su eventual revalorización y actualización, pero sin poder confundir ese período con la regla de cálculo que prevé la norma (de noviembre del ejercicio anterior a noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización). Es decir, la referencia de noviembre a noviembre es una mera regla de cálculo por razones presupuestarias, pero la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio. Sólo en ese momento podría hablarse de un derecho adquirido a la actualización de la revalorización de las pensiones realizada en los términos previstos en la Ley de Presupuestos. Por ello, cuando se dictó el Real Decreto-ley 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser concretada por la Ley de

Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación” (F.J. 5º).

“Alegan también los recurrentes que la norma cuestionada vulnera el art. 33.3 CE al considerar que ha procedido a una expropiación, con o sin justa causa, pero, en todo caso, sin indemnización a favor de los expropiados. El art. 33.3 CE dispone que —nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública, o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes. Como señala la STC108/1986, de 29 de julio, FJ 20, —no define la Constitución qué deba entenderse exactamente por expropiación de bienes y derechos’, pero dado que el precepto se remite a lo dispuesto por las Leyes’, parece que hay que referirse a la legislación vigente, que acoge un concepto amplio respecto al posible objeto de la expropiación. Pues bien, de acuerdo con esa legislación falta en el art. 2.1 del Real Decreto Ley 28/2012 un elemento indispensable para que pueda calificarse la no actualización de las pensiones de medida expropiatoria, cual es que —sólo son expropiables y, por tanto indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas. Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futurosl (FJ 20)” (F.J. 6º).

(La sentencia cuenta con un Voto particular emitido por dos Magistrados al que se adhieren otros dos, donde se predica la inconstitucionalidad de la norma) [E.T.V].

Jurisprudencia: la Tesorería General de la Seguridad Social no puede llevar a cabo embargos por créditos devengados contra la masa del concurso abierta la fase de liquidación.

STS (Sala 1ª) de 12 de diciembre de 2014, rec. nº 2500/2013.

“La entidad Astilleros de Sevilla, S.A. (ASSA) fue declarada en concurso de acreedores, el día 22 de octubre de 2012. El juzgado que conocía del concurso, abrió la fase de liquidación el 3 de febrero de 2012. El día 15 de mayo de 2012, fue aprobado el plan de liquidación propuesto por la administración concursal. El día 15 de julio de 2012, la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS), por medio de su Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Dirección Provincial de Sevilla, acordó el embargo de una serie de activos de la concursada, entre los que se encontraban derechos de crédito de la concursada y saldos en cuentas corrientes, por un total de 1.659.954,68 euros, que se corresponde con el importe de los créditos contra la masa devengados a favor de la Seguridad Social. Estos embargos fueron notificados a la concursada el 12 de septiembre de 2012. La administración concursal interpuso el incidente concursal en el curso del cual se dictó la sentencia ahora recurrida, en el que se solicitaba el alzamiento de los embargos acordados” (F.D. 1º).

“En principio, conforme al art. 84.3 LC, los créditos contra la masa deben ser satisfechos a su vencimiento, sin perjuicio de que, con la excepciones legales, la administración concursal pueda alterar esta regla ‘cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa’. En esta situación, de suficiencia de bienes y de falta de tesorería o liquidez para el pago de determinados créditos contra la masa, no tiene sentido que se pueda admitir una ejecución separada del patrimonio del deudor concursado a favor de cualquier titular de un crédito contra la masa.

Si no hubiera bienes o derechos suficientes para asegurar el pago de todos los créditos contra la masa, nos encontraríamos en el caso regulado por el art. 176 bis 2 LC. Este precepto impone a la administración concursal, cuando advierta que no habrá bienes suficientes para pagar los créditos contra la masa, que lo comunique al juez y que proceda al pago de acuerdo con un orden de prelación concreto y determinado. En este contexto, también carece de sentido una ejecución contra la masa, si se quiere preservar el orden de prelación legal.

En realidad, el único escenario en que podría admitirse una ejecución de créditos contra la masa es el que se abre con la aprobación del convenio, en que se levantan los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC). Así como el impago de los créditos concursales provocaría la rescisión del convenio y la apertura de la liquidación (art. 140 LC), el impago de los créditos contra la masa daría lugar a su reclamación de pago y, si fuera necesario, la preceptiva ejecución. Sin perjuicio de que también pudiera justificar una acción de incumplimiento del convenio y de apertura de la liquidación.

Sin embargo, una vez abierta la fase de liquidación, y con ella el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones del art. 55 LC, no tiene sentido iniciar una ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales, que, por otra parte, si no se iniciaron antes de la apertura de la fase de liquidación ya no podrá hacerse al margen de la liquidación concursal. Los acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, de acuerdo con las reglas del art. 154 LC , y sin necesidad de instar otra ejecución dentro de la ejecución universal ni acudir al apremio administrativo, en el caso de la TGSS.

En consecuencia, procede casar la sentencia de apelación y confirmar la de primera instancia, pues la TGSS, para la satisfacción de un crédito contra la masa una vez abierta la fase de liquidación del concurso, no podía embargar bienes o derechos de la deudora concursada incluidos en la masa activa. Esos embargos deben entenderse sin efecto y si con su realización la TGSS ha cobrado algo, debe retornarlo a la masa, sin perjuicio de exigir después de la administración concursal el pago de sus créditos contra la masa, de acuerdo con el orden previsto en la Ley Concursal” (F.D. 9º) [E.T.V.].

Jurisprudencia: falta de legitimación activa de la empresa cuando no existe ningún sujeto colectivo que se oponga al despido colectivo y falta de legitimación pasiva de las personas individuales demandadas como tales. En el voto particular se llega a la misma consecuencia, pero se entiende que cuando el periodo de consultas acaba con acuerdo resulta imposible afirmar que la empresa pueda tener un interés judicialmente tutelable en que declare ajustado a derecho la decisión extintiva ex art. 124.3 LRJS, la cual se torna inútil cuando los representantes ya han manifestado su voluntad a través del acuerdo que pone fin a las consultas.

STS (Sala 4ª) de 22 de diciembre de 2014, rec. nº 81/2014.

“(…) por la empresa SDAD. CRS S.A. el 29 de octubre de 2012 se comunicó, a la representación legal de los trabajadores, compuesta por los cinco miembros del comité de empresa, el inicio de negociaciones para la reducción de la jornada a cuatro trabajadores y la extinción de los contratos a los veintiocho trabajadores restantes, iniciándose negociaciones que concluyeron el 12 de noviembre de 2012 por acuerdo en el que se aceptaban las propuestas de la empresa por la mayoría de los representantes de los trabajadores, quienes al día siguiente pidieron su modificación, lo que fue aceptado por la empresa consistiendo el acuerdo definitivo en la extinción de todos los contratos y en adelantar la fecha de esas extinciones al 1 de diciembre de 2012, en lugar de producirse el 13 de enero de 2013. La sociedad empleadora presentó solicitud de concurso voluntario el 30 de noviembre de 2012. El 4 de marzo de 2013 la administradora concursal de la empresa presentó, contra los cinco miembros del comité de empresa, demanda solicitando que se dictara sentencia declarando ajustada a derecho la decisión extintiva colectiva reseñada, pretensión a la que se allanaron tres miembros del comité de empresa y se opusieron dos de ellos” (F.D. 1º).

“Para resolver la cuestión planteada es preciso tener presente que en la empresa demandante existía un comité de empresa compuesto por cinco miembros que en el presente proceso han actuado de forma individual, aunque tres de ellos han mantenido la misma posición, tanto en la instancia como en el recurso, consistente en mantener la validez del acuerdo extintivo alcanzado por la empresa con su comité de empresa, esto es con el órgano representativo y colegiado del conjunto de sus trabajadores (artículo 63-1 del Estatuto de los Trabajadores), órgano de representación legitimado para tomar acuerdos sobre extinciones contractuales (artículos 51-2 y 41-4 del E.T.) siempre que actúe por mayoría de sus miembros (art. 28 de R.D. 1483/2012, de 29 de octubre).

(…) De la dimensión colectiva del proceso que nos ocupa ya se hizo eco esta Sala en su sentencia de 26 de diciembre 2013 (R.O. 28/2013) dictada en un supuesto similar al que nos ocupa. En ella dijimos: ‘Se trata de una modalidad procesal, que es, desde luego, una variante del proceso colectivo, tanto por su objeto que se refiere a los pronunciamientos de carácter general que relaciona el número 2 de este precepto, como por el propio contenido de la sentencia que el propio art. 124.3 define como declarativa. Así se desprende además con toda claridad de las reglas de legitimación de los números 1 y 3 del artículo. Para el proceso colectivo de impugnación están activamente legitimados los representantes legales o sindicales

de los trabajadores y 6 para el proceso de reconocimiento de la procedencia también, aunque pasivamente, los representantes de los trabajadores’.

‘(...) No puede admitirse la existencia de un proceso de impugnación colectiva del despido si no existe un sujeto colectivo que se oponga al despido y que esté en condiciones de hacerlo efectivamente en el proceso. La razón es clara. Si no hay sujeto colectivo en la posición de demandado y no es posible la entrada de los trabajadores individuales, hay que excluir el proceso del art. 124 LRJS, porque en estas condiciones, y, como ya se ha dicho, se puede producir un proceso sin contradicción real del que derive una eventual decisión sobre la procedencia de los despidos que tendrá efecto positivo de cosa juzgada en los procesos individuales. Los trabajadores quedan sin posibilidad efectiva de defensa, pues en el proceso individual la sentencia colectiva lograda sin oposición será vinculante (art. 124.3, in fine, y 13 b)’.

(...) En el caso que nos ocupa, nos encontramos con una demanda formulada por la administradora concursal en nombre de la empresa, contra personas individuales que, aunque son miembros del comité de empresa, han sido demandadas a título personal y han comparecido cada una de ellas de forma individual, sin que hayan actuado de forma conjunta en nombre del comité de empresa, órgano unitario de representación legal de los trabajadores que actúa de forma colegiada y por mayoría de sus miembros (artículos 51-4 y 63-1 del E.T. y 28 del R.D. 1483/2012) en los supuestos de extinciones contractuales colectivas, como el que nos ocupa. Ante la situación descrita procede estimar que la empresa demandante carece de acción para demandar a las personas individuales frente a las que formula pretensión objeto de la demanda, sujetos que no están legitimados pasivamente por carecer de la necesaria dimensión colectiva, al haber sido demandados a título personal y no como órgano de representación de los trabajadores. La falta de legitimación de la empresa para promover el presente proceso colectivo la evidencia el hecho de que no haya sido demandado ningún sujeto colectivo pasivamente legitimado que se oponga a la demanda. Ni se ha demandado al comité de empresa como tal, ni, aunque así hubiera sido, estaría legitimado porque, al haber suscrito el acuerdo que se pretende validar, el proceso carecería de interés actual y real porque ambas partes tendrían el mismo interés, lo que desemboca en la inexistencia de un conflicto colectivo actual y en que la empresa carezca de acción procesal para promoverlo dado que este tipo de proceso sólo puede instarse frente a sujetos colectivos que se opongan al despido colectivo acordado, consensuado o no. La única finalidad del proceso sería extender los efectos positivos de la cosa juzgada a los procesos individuales promovidos por los trabajadores afectados, pero tal extensión no es posible cuando se promueve un proceso sin contradicción real, al ser contraria al principio constitucional de tutela judicial efectiva y sospechosa de un fraude procesal que el artículo 11-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial proscribire” (F.D. 2º).

VOTO PARTICULAR

“Comparto plenamente la decisión de la mayoría que, a la postre, implica rechazar la demanda que trataba de lograr una sentencia que confirmara el acuerdo adoptado

en el periodo de consultas y que, con arreglo al art. 124.3 LRJS, se dirige contra los miembros del comité de empresa.

Ahora bien, los razonamientos de la mayoría se centran en distinguir entre los miembros del comité de empresa, para señalar que la parte empresarial no está legitimada para accionar frente a los miembros individualizados de dicho comité de empresa. De ahí se concluye que lo que sucede es que la empresa no tiene acción, porque tal acción solo está conferida legalmente a sujetos colectivos.

A mi modo de ver, la falta de acción de la empresa no viene motivada por la configuración del sujeto demandado. Ciertamente, la acción ejercitada sólo se ostenta frente a los sujetos colectivos indicados por el legislador, pero la falta de acción no implica falta de legitimación ad procesum, como deduce lo razonado en la sentencia, sino inexistencia de interés jurídico (lo que, puede ser entendido, en todo caso, como legitimación ad causam, es decir, como la relación directa con la relación jurídica controvertida).

En supuestos como el presente, en que el periodo de consultas acaba con acuerdo, resulta imposible afirmar que la empresa pueda tener un interés judicialmente tutelable en que declare ajustado a derecho la decisión extintiva, ex art. 124.3 LRJS. Tal declaración sólo sería exigible frente a los representantes de los trabajadores, lo cual se torna inútil cuando éstos ya han manifestado su voluntad acorde a través del acuerdo que puso fin al periodo de consultas. De ahí que la acción de la empresa de ‘ratificar’ la decisión extintiva esté carente de objeto, en tanto se pretende una declaración de conformidad de quienes ya han otorgado ese beneplácito” [E.T.V.].

Jurisprudencia: la cuantía de la pensión de orfandad no debe incrementarse con el porcentaje de la pensión de viudedad no disfrutada cuando la madre no tiene derecho a la misma por no estar inscrita la convivencia con el causante en el pertinente registro público. Reitera doctrina. Vid. SSTs (Pleno de la Sala 4ª) de 29 de enero de 2014 (recs. 1122 y 3119/2013).

STS (Sala 4ª) de 14 de enero de 2015, rec. nº 447/2014.

“La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora, resuelta ya con reiteración por esta Sala, como enseguida veremos, consiste en determinar si un huérfano, menor de edad y perceptor de la pertinente pensión de orfandad por el fallecimiento de su padre, tiene o no derecho al incremento de dicha pensión en la cuantía equivalente a la de viudedad que no percibe su madre, que vive, porque no había inscrito en el pertinente registro la convivencia de hecho que mantenía con el padre. 2.

El INSS denegó el derecho a ese incremento, pero tanto el Juzgado de instancia como la sentencia de suplicación ahora recurrida lo reconocieron al interpretar que el art. 38.1.1º del Decreto 3158/1966, en la redacción dada por el RD 296/2009, no establece como presupuesto indispensable la orfandad absoluta sino la mera inexistencia de beneficiario de la pensión de viudedad, siguiendo con ello el criterio

de la sentencia de esta Sala del 1 de diciembre de 2011, que cita expresamente” (F.D. 1º).

“El recurso (interpuesto por el INSS) debe ser estimado, de acuerdo con el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, porque la contradicción doctrinal arriba expuesta ha sido resuelta por el Pleno de esta Sala Cuarta en sus sentencias (dos) de 29 de enero de 2014 (R. 1122 y 3119/2013), seguidas ya, entre otras, por las de 6 y 11 de febrero (R. 621/13; 1088/13), 30 de abril (R. 584/13), 1 de julio (R. 1876/13) y 17 de diciembre (1987/13), todas del mismo año 2014, en un sentido plenamente coincidente con el que propone el Ente recurrente, y a esa doctrina debemos atenernos por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

“Concluyen aquellas sentencias del Pleno:

‘En cualquier caso y en resumen, de resolverse del modo pretendido por la actora, se vulneraría la norma que establece para todos los supuestos la exigencia de orfandad absoluta, requisito que está justificado en atención a la especial situación de necesidad que contempla: la inexistencia de algún progenitor que pueda hacerse cargo del huérfano. De otra parte se establecería un trato desigual injustificado si se concediera el acrecimiento a los hijos de ex cónyuges sin derecho a pensión compensatoria y no se concediera en el caso de hijos de cónyuges actuales que no acceden a la pensión de viudedad por cualquier otra causa. Para evitar este trato diferente habría que conceder el acrecimiento en todos los casos en los que, viviendo uno de los progenitores del huérfano, dicho progenitor no hubiera causado derecho a la pensión de viudedad, lo que es manifiestamente contrario a la regulación actual que de modo inequívoco exige en todos los casos la orfandad absoluta. La trascendencia de esta innovación sería además muy amplia, pues incluiría todos los supuestos en que no se causa derecho a la pensión de viudedad por falta de cotización, ya que no se exigen periodos previos en la pensión de orfandad; se acrecería así como regla general aunque no existiera un derecho patrimonial del que pueda derivarse el acrecimiento. Además de esta forma se produciría el establecimiento de una regulación alternativa contraria a la vigente por vía de sentencia que no podría justificarse en atención a la cobertura de una situación específica de necesidad, pues la falta de concesión de la pensión compensatoria puede deberse a que el ex - cónyuge tenga recursos propios suficientes, lo que le permitiría atender al huérfano. Y si para evitar este efecto se estableciera un control de recursos, el órgano judicial estaría asumiendo de nuevo una función reguladora que no le corresponde.

Con toda probabilidad, de *lege ferenda*, la solución más completa e integradora mientras se mantenga la vinculación entre la pensión de orfandad y la de viudedad (lo que corresponde más bien a planteamientos de un concepto de familia tradicional y no tan amplio como el actual) sería incluir en la prestación correspondiente a la primera tanto la situación que constituye orfandad absoluta de derecho -inexistencia de ambos progenitores como la que pudiéramos denominar orfandad absoluta de hecho -cuando el que quede carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad- siendo entonces en este segundo

caso necesario alegar y acreditar tal extremo para reconocer el incremento de la pensión en el porcentaje resultante de la aplicación de dicho precepto, pero lo cierto es que el tenor gramatical del mismo o sentido propio de las palabras (orfandad, según el DRAE, es ‘estado de huérfano’ y a este término lo define en su primera acepción como ‘dicho de una persona de menor edad a quien se le han muerto el padre y la madre o uno de los dos, especialmente el padre’, señalando también en torno al adjetivo ‘absoluto/a’ que equivale a ‘ilimitado’ y a ‘entero, total, completo’) apunta en el caso enjuiciado sólo a una y primera orfandad absoluta, concepto cuya hermenéutica, incluso teniendo en cuenta los elementos a los que también se refiere el art 3.1 del CC , no puede llevar a lo que la norma no dice, en lo que supondría un arriesgado ejercicio entre la interpretación propiamente dicha y la función legislativa, que en virtud del principio de separación de poderes consustancial con un Estado de Derecho, se residencia en otro poder del Estado” (F.D. 2º) [E.T.V.].

Jurisprudencia: el despido de una trabajadora que tenga reducción de jornada por guarda legal de menores no puede ser declarado improcedente, o bien será procedente o de lo contrario se predicará nulo ex art. 55.5 b) ET, aplicándose mutatis mutandi la misma doctrina que sentó el Tribunal Constitucional sobre las trabajadoras embarazadas. Reitera doctrina. Vid. STS 11 de octubre de 2012 (rec. 247/2011).

STS (Sala 4ª) de 20 de enero de 2015, rec. nº 2415/2013.

“La actora es una trabajadora de la Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Energía de la Junta de Extremadura con contrato laboral para obra o servicio determinado cuyo objeto era realizar tareas ‘de apoyo administrativo en documentos y en la incorporación de nuevas tecnologías en el boletín fitosanitario’, contrato que tenía prevista su finalización el 31/12/2008 pero que fue objeto de dos prórrogas sucesivas hasta que el día 13/12/2011 de comunicó a la trabajadora su extinción ‘por finalización del mismo’ con efecto del 31/12/2011. Se da la circunstancia de que, desde el día 26/9/2011, la trabajadora disfrutaba de una reducción de jornada del 50% por guarda de un menor, con reducción proporcional del salario, que ella había solicitado al amparo del art. 37.5 del ET. Por esa razón, al ser objeto de despido lo impugnó solicitando su nulidad -y solo subsidiariamente su improcedencia- al amparo del art. 55.5,b) del ET. El Juzgado de lo Social desestimó la pretensión principal pero estimó la subsidiaria, declarando el despido improcedente por entender que el art. 55 solo regula la forma y efectos del despido disciplinario y que la actora no había sido objeto de tal despido sino simplemente de una extinción por finalización del contrato temporal para obra o servicio determinado, sentencia que es confirmada en suplicación por la sentencia de 13/6/2013 del TSJ de Extremadura, con el siguiente fundamento: ‘la empresa, según consta en el informe emitido por el responsable del servicio de sanidad vegetal (folios 93) a los efectos de resolver la reclamación previa, ha justificado la no prórroga del contrato en tres razones: que, en la actualidad, el boletín fitosanitario ya está disponible en Internet, que se había pasado de 10.000 suscripciones a 2000, y al hecho de que se estuviera implementando un sistema de suscripción electrónica del citado boletín a través de e-mail, por lo que se

consideraba que la obra o servicio para la que fue contratada había terminado, al ser la misma la realización de tareas de apoyo administrativo en documentos y en la incorporación de nuevas tecnologías en la información del Boletín Fitosanitario (folio 93)” (F.D. 1º).

“El recurso debe ser estimado pues la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, que no hace sino reiterar la ya formulada en otras sentencias anteriores dictadas por esta Sala (SS de 17/10/2008, R. 1957/2007; 16/1/2009, R. 1758/2008; 17/3/2009, R. 2251/2008, y varias más), a raíz de la doctrina establecida por la STC 92/2008, de 21/7, en un caso de despido de trabajadora embarazada, con argumentos que, mutatis mutandis, son perfectamente aplicables al caso de la trabajadora que viene disfrutando de reducción de jornada por guarda legal de un menor en el momento de ser despedida. Y, en efecto, así se ha hecho ya en varias sentencias de esta Sala, como en la de 16/10/2012 (R. 247/2011) y en la de de 25/2/2013 (R. 1144/2012), que se aporta como contradictoria. Esa extrapolación de la doctrina constitucional sobre el despido de la mujer embarazada al supuesto del caso de autos se explicita en las recién citadas sentencias en los siguientes términos: ‘a).- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas [léase guarda legal de menor] constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [art. 14 CE] ... b).- Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia [añádase cuidado de hijos menores], hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales... d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada [guarda legal, en el caso ahora tratado] una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental ...’ (STS 06/05/09 -rcud 2063/08 -)... e).- Todo ello lleva a entender que el precepto es ‘configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación’. Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento - en este punto de protección objetiva- de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba ‘superando los niveles mínimos de protección’ previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al ‘despido motivado’ por el embarazo, porque aun siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa ‘finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre’.

La conclusión es clara: una trabajadora que se encuentre en alguna de las circunstancias contempladas en el art. 55.5,b) del ET, que son objeto de especial protección por muchas razones (entre ellas, la conciliación de la vida familiar y laboral) podrá ver extinguido su contrato de trabajo por justa causa debidamente acreditada y comunicada: por ejemplo, por finalización del contrato temporal, o por haber cometido una infracción grave y culpable, lo que dará lugar a un despido procedente. Pero si tal causa no existe o no se acredita -lo que, jurídicamente, es lo mismo- el despido no puede ser declarado, obviamente, procedente; pero tampoco puede ser declarado improcedente sino que, necesariamente, debe ser declarado nulo, lo que, como es sabido, tiene un efecto tutelar superior al del despido improcedente. De ahí el error de la sentencia recurrida. Si el Tribunal a quo consideró que no se trataba de un despido sino de una correcta finalización de un contrato temporal debería haber declarado procedente dicha extinción contractual. Si, por el contrario, la declaró improcedente es porque consideró que no había quedado acreditada tal causa de extinción, pese a que nada de ello se argumenta en la sentencia recurrida, aunque sí en la de instancia, lo cual es ciertamente extraño. Pero, sea como sea, la declaración de improcedencia excluye la de procedencia y, por ende, en aplicación del art. 55.5,b) del ET -con la interpretación constitucional y jurisprudencial que hemos expuesto- no hay más solución correcta que declarar el despido nulo” (F.D. 4º) [E.T.V.].

Jurisprudencia: la falta de interposición de recurso de casación dentro del plazo de 15 días ante el TSJ que resolvió la suplicación supone que el mismo quede desierto y con ello firme la sentencia: no sirve su presentación en plazo en órgano distinto, en este caso ante el propio TS, ni tampoco que se hubiera enviado por fax ante el TSJ competente la primera página del escrito de formalización de recurso y posteriormente, ya fuera de plazo, el escrito entero.

ATS (Sala 4ª) de 25 de febrero de 2014, rec. nº 73/2014 (Queja).

“La única cuestión que trae la parte recurrente a esta queja deriva del hecho de que la misma, en lugar de llevar a cabo lo que indica el art. 223.1 LRJS, presentó el escrito de interposición del recurso en plazo ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, presentando posteriormente el escrito ante el Tribunal Superior, lo que tuvo lugar ya transcurrido el plazo de 15 días previsto legalmente. En concreto:

1) Por Diligencia de ordenación de fecha 16-4-2014, notificada a la parte el 20-5-2014 (folio 83), se tuvo por preparado recurso de casación para unificación de doctrina por FRESENIUS MEDIAL CARE ANDALUCÍA, SAU, y se le concedió un plazo de 15 días para su interposición, que, según indica el Tribunal Superior, finalizaba el 11-6-2014.

2) Con fecha 9-6-2014 se presentó el escrito de formalización del recurso de casación para unificación de doctrina en el Registro del Tribunal Supremo.

3) Con fecha 9-6-2014 se presentó por fax la primera página del escrito de formalización del recurso de casación para unificación de doctrina en el Registro del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), dictándose diligencia en la

misma fecha en la que se indica que se está a la espera de recibir el escrito completo en plazo.

4) Con fecha 12-6-2014 se presentó el escrito de formalización del recurso de casación para unificación de doctrina en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga).

5) El 17-6-2014, se dicta auto por el Tribunal Superior por el que se declara desierto el recurso” (F.D. 1º).

“El art. 223 LRJS indica -apartado 1- que ‘preparado... el recurso, el secretario judicial... concederá ... el plazo común de quince días para interponer el recurso ante la misma Sala de suplicación’; y añade -apartado 3- que ‘de no efectuarse la interposición o si se hubiera efectuado fuera de plazo, quedará desierto el recurso y firme la sentencia’.

De acuerdo con el precepto citado, la nueva ley procesal laboral ha establecido que el trámite de interposición del recurso se lleve a cabo no en la sede del Tribunal Supremo, como prevenía el anterior 221 LPL, sino ante la propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que resolvió la suplicación. Es doctrina reiterada de esta Sala (ATS de 24/1/13 –rec. 121/12 -), que si bien es factible la presentación del escrito en lugar diverso, ello comporta que deba tener entrada oficial en su lugar de destino antes de que haya transcurrido el plazo para recurrir (en este sentido, ATS 22/11/10 -rcud 3286/10 -; 06/04/11 –rcud 8/11 -; y 03/05/12 -rcud 656/12 -). Doctrina ciertamente extensible al trámite de formalización y a las actuales prevenciones de la LRJS y del citado art. 223 LRJS. Y sobre la presentación de los escritos el art. 45 LRJS señala: ‘1.- Cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse... en el servicio común procesal creado a tal efecto, o de no existir éste en la sede del órgano judicial. 2.- En ningún caso se admitirá la presentación de escritos dirigidos al orden social en el juzgado que preste el servicio de guardia’.

En nuestra sentencia de 8 de noviembre de 1994 (Rec. 3992/1992) dijimos: ‘Los escritos procesales han de presentarse en las dependencias judiciales competentes para su recepción, sin que puedan las partes decidir a su conveniencia el lugar de presentación de los escritos, consecuencia de ello es la preclusión de los plazos legales cuando los escritos se presentan ante órganos judiciales o en lugares inadecuados. Ni siquiera interrumpe el plazo la presentación de escritos ante un órgano judicial distinto al que resulte competente para conocer del escrito correspondiente’. En apoyo de esta solución también pueden señalarse las sentencias 41/2001 y 90/2002 del Tribunal Constitucional.

Como hemos afirmado ya en nuestros AATS 5 de diciembre de 2012 (queja 101/12), 18 diciembre 2012 (queja 84/2012), 20 de diciembre de 2012 (queja 96/12) y 2 de julio de 2013 (queja 42/13) ‘los plazos a que se refiere con carácter general el art. 43.3 LRJS son perentorios e improrrogables, salvo supuestos de fuerza mayor que impida cumplirlos, tal y como se añade en el art. 134 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ,...’. Pero dicha circunstancia no concurre en este caso, en que

fue la inadvertencia de la parte la que motivó la presentación equivocada del escrito de interposición del recurso ante este Tribunal, sin ninguna otra circunstancia de hecho excepcional que lo justificase.

En consecuencia, lo que la Ley exige es la presentación en plazo y en el lugar señalado para ello, y en el presente caso la parte no ha acreditado ningún dato que permita afirmar que el escrito de interposición del recurso llegó en forma al órgano judicial adecuado antes de que venciera el plazo, sino, contrariamente, que lo presentó ante órgano distinto” (F.D. 3º).

“Así pues, la parte no presentó el escrito de formalización del recurso de casación para unificación de doctrina ante el órgano correspondiente dentro del plazo concedido. Y si no se lleva a cabo la interposición de este recurso en el plazo indicado es obligado dictar ‘auto poniendo fin al trámite del recurso’, como prescribe con toda claridad el art. 223.3 LRJS: ‘de no efectuarse la interposición o si se hubiera efectuado fuera de plazo, quedará desierto el recurso y firme la sentencia’ [AATS, entre otros, de 09/09/2014 (queja 35/2014), 18/06/2014 (queja 100/2013), y 08/05/2014 (queja 5/2014)]. Procede, por tanto, la desestimación de la queja y la confirmación del auto impugnado” (F.D. 4º) [E.T.V.].

Jurisprudencia: el perceptor de la prestación por desempleo tiene la obligación de poner en conocimiento de la Entidad Gestora la existencia del título en virtud de cual se declara el derecho al cobro de los salarios de tramitación: la consecuencia legal que haya de desprenderse de tal incumplimiento no debe extenderse a la devolución de prestaciones correspondientes a todo el periodo, sino únicamente sobre los días concretos en los que le fueron abonados los citados salarios de tramitación, que son sobre los que existe incompatibilidad: reitera doctrina

STS (Sala 4º) de 2 de marzo de 2015, rec. nº 903/2014.

“Hemos de estar a lo resuelto por esta Sala IV en doctrina unificadora por elementales razones de coherencia, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, que rectifica de forma expresa la tesis mantenida por la STS de 22 de junio de 2009, recurso 3856/2008, partiendo, de que ‘no se trata de dos prestaciones por desempleo distintas, la que se obtiene cuando se produce la situación legal de desempleo protegida -el despido- y la que será fruto de la regularización cuando se conozca el título del que derivan los salarios de tramitación’, la discrepancia que pudiera apreciarse en la actual regulación de la materia debatida ‘ha de resolverse partiendo de la realidad de que la prestación por desempleo tiene su origen en la situación protegida (...), que es el despido (art. 208.1 c) y 209.4 LGSS) de la que no se derivan dos prestaciones diferentes sino una sola, en la que incide después un hecho - la percepción de los salarios de tramitación- que exige su regularización. Por ello, aunque es cierto que incumbe al trabajador la obligación de poner en conocimiento de la Entidad gestora la existencia del instrumento legal, del título en virtud de cual se declara el derecho al cobro de los salarios de tramitación, la consecuencia legal que haya de desprenderse de tal incumplimiento no debe extenderse a la devolución de prestaciones correspondientes al periodo en el que realmente no existía la incompatibilidad porque, por un lado, ciertamente en tal

periodo, a diferencia del anterior incompatible, no se produjo una percepción indebida de la prestación, sino el incumplimiento de la referida obligación legal de comunicar esa situación; y por otro, cumplida la finalidad de la norma de impedir la compatibilidad de las dos percepciones, parece desajustada con la propia regulación legal la devolución íntegra de la totalidad de la prestación, cuando, como se ha dicho, durante el percibo de la prestación en la que no incide esa incompatibilidad existía realmente la inicial situación de desempleo protegida de la que derivó aquella única prestación’ (FD 5º STS 1-2-2011, R. 4120/09).

En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, de todo el periodo en el que percibió prestación de desempleo únicamente le fueron abonados salarios de tramitación, por el FOGASA, durante 150 días, luego estos días son los que no tenía derecho a la percepción de la prestación por desempleo, que es indebida, y, en consecuencia ha de reintegrar al SPEE las cantidades correspondientes a dichos días que han sido indebidamente percibidas, pero no la totalidad de la prestación por desempleo percibida” (F.D. 3º) [E.T.V.].

Jurisprudencia: una limitación proporcionada del uso del correo electrónico a disposición de los sindicatos no vulnera el derecho fundamental a la Libertad Sindical.

STS (Sala 4ª) de 25 de marzo de 2015, rec. nº 118/2014.

“Por medio de un motivo amparado en el art 207 e) de la LRJS recurre en casación la parte actora la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que desestima su demanda en solicitud de declaración de vulneración del derecho a la libertad sindical y de eliminación de cualquier filtro o control previo por parte de la empresa demandada que impida o limite el envío de e-mails desde los servicios de correo de los sindicatos accionantes y su correcta recepción por los trabajadores en los buzones de correo corporativo.

(...) hay que partir del principio, sostenido en la sentencia del TC referida (STC 281/2005) y recogido en la de instancia, de que ‘como sucede con todos los derechos, el de libertad sindical no es un derecho ilimitado’, resultando igualmente intemporal sus afirmaciones de que ‘sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso’ y de que ‘tratándose del empleo de un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de la producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical, debiendo emplearse el instrumento de comunicación, por el contrario, de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto. A tal efecto resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos’.

(...) De todo ello se infiere que existe una regulación específica en la materia que debe ser observada mientras se mantenga, y que finalmente en ella queda igualmente especificado (apartado 4) que ‘el incumplimiento de las normas contenidas en la presente política del uso del correo electrónico determinará la utilización por parte de Aena de las restricciones que considere oportunas’, lo que, en definitiva, viene avalado por la referida doctrina constitucional cuando dice que resultaría lícito desde esa suprema perspectiva que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos, y que no teniendo fundamento el derecho en una carga empresarial expresamente prescrita en el ordenamiento, la utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador.

Los límites, pues, existen y su observancia parece necesaria o cuanto menos oportuna cuando se da también por probado (hecho sexto) que del 17 al 19 de abril se enviaron correos a un total de 11.406 direcciones y que el incremento de destinatarios viene dado por el hecho de que hay usuarios que reciben el correo hasta cinco veces, una aparente desmesura que puede justificar en principio el bloqueo del acceso, reiterado en otras posteriores ocasiones por igual o similar razón, según se relata en los ordinales sucesivos hasta el décimo, siendo asimismo de recordar que según nuestra propia jurisprudencia (SSTS de 3 de mayo de 2011, rec. 114/2010 , y 17 de mayo de 2012, rec. 202/2011) es factible imponer limitaciones si la que se ha establecido no es desproporcionada ni un medio de impedir el uso del derecho sindical, que es lo que en este caso acontece, por todo lo cual el motivo y el recurso han de decaer” (F.D. Único). [E.T.V.].

Jurisprudencia: para poder amortizar un contrato indefinido no fijo y de interinidad por vacante por una Administración Pública hay que acudir a los artículos 51 y 52 c) ET.

STS (Sala 4ª) de 26 de mayo de 2015, rec. nº 391/2014.

“Las actoras prestaban servicios para la entidad demandada en condición con cuestionada de trabajadoras indefinidas no fijas con antigüedades respectivas de 07-07-2003 y 04-08-2003. El 21-11-2012, con efectos a partir del 06-12-2012 se les comunica la extinción de sus contratos por amortización de la plaza con fundamento en que el ‘Consello de Dirección de Agader en sesión de 20-11-2012 a propuesta de su director xeral aprobó la reducción del cuadro de personal a 95 puestos de trabajo, la supresión de 16 centros comarcales coma el de A Paradanta y la amortización de 39 puestos de trabajo, como los de las dos demandantes...” (F.D. 1º).

“En efecto, para la doctrina tradicional de la Sala -resumida por la precitada STS 25-noviembre-2013:

a) La relación laboral ‘indefinida no fija’... queda sometida a una condición resolutoria [provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura], cuyo cumplimiento extingue el contrato por la mera denuncia del empleador y sin

necesidad de acudir al procedimiento contemplado en los arts. 51 y 52 ET... (SSTS SG 27/05/02 -rcud 2591/01-; 02/06/03 -rcud 3243/02-; y 26/06/03 -rcud 4183/02).

b) La doctrina es extensible a los casos en que el puesto desempeñado desaparece por amortización...porque no podrá cumplirse la provisión reglamentaria y habrá desaparecido el presupuesto de la modalidad contractual (SSTS SG 27/05/02 -rcud 2591/01-; 20/07/07 -rcud 5415/05; y 19/02/09 -rcud 425/08).

c) ... entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas, ya que o bien supondría la transformación de hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido..., o bien entrañaría la vinculación de la Administración a la provisión por un titular de un puesto de trabajo que estima innecesario y cuya supresión ya ha acordado (reproduciendo otras muchas anteriores, SSTS 08/06/11 -rcud 3409/10-; 27/02/13 -rcud 736/12-; y 13/05/13 -rcud 1666/12-). Y

d) Estas consideraciones son aplicables a los contratos «indefinidos no fijos», pues - como ya se ha dicho- se trata de contratos también sometidos a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y -por lo tanto- cuando por amortización no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue ex arts. 49.1.b) ET y 1117 CC’.

2.- Pero en la citada STS/IV 24-junio-2014 (rcud 217/2013, Pleno) se ha rectificado el criterio precedente y se ha mantenido que:

a) Los contratos de interinidad por vacante están sujetos al cumplimiento del término pactado [la cobertura reglamentaria de la plaza] y que consiguientemente estamos ante una obligación a término y no ante una condición resolutoria, porque las obligaciones condicionales [arts. 1113 y sigs. CC] son aquellas cuya eficacia depende de la realización o no de un hecho futuro e incierto, en tanto que en las obligaciones a término se sabe que el plazo necesariamente llegará, en forma determinada [se conoce que llegará y cuando ello tendrá lugar] o indeterminada [se cumplirá, pero se desconoce el momento].

b) En la interinidad por vacante estamos en presencia de un contrato a término, siquiera indeterminado, que es el momento en que la vacante necesariamente se cubra tras finalizar el correspondiente proceso de selección;

c) La amortización de la plaza por nueva RPT -permitida por el art. 74 EBEP-, no puede suponer la automática extinción del contrato de interinidad, pues no está prevista como tal, sino que requiere seguir previamente los trámites de los arts. 51 y 52 ET, aplicables al personal laboral de las Administraciones Públicas [arts. 7 y 11 EBEP], y en los que la nueva RPT ha de tener indudable valor probatorio para acreditar la concurrencia de la correspondiente causa extintiva.

d) La doctrina es aplicable igualmente a los trabajadores indefinidos no fijos, cuya extinción contractual está igualmente sujeta a la cobertura de la plaza y -en su caso- a la amortización.

3.- Por ello, -como también ya se ha pronunciado esta Sala en temas similares al ahora enjuiciado, entre otras, en SSTS/IV 7-julio-2014 (rcud 2285/2013), 14-julio-2014 (rcud 2052/2013), 14-julio-2014 (rcud1807/2013), 14-julio-2014 (rcud 2680/2013), 15- julio-2014 (rcud 2057/2013) 15-julio-2014 (rcud 2047/2013), 18-diciembre-2014 (rcud 1790/2013) -, tanto en los supuestos de nuda interinidad por vacante, como en los de su transformación en indefinido no fijo por el transcurso del plazo máximo [arts. 70.1 EBEP y art.4.2 b) del RD 2720/1998]:

a) La amortización de la plaza desempeñada por modificación de la RPT no está legalmente prevista como causa extintiva de estos contratos, porque no está sujetos a condición resolutoria, sino a término; y b) Para poder extinguir los contratos sin previamente haber cubierto reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en los arts. 51 y 52 ET [cauce ya previsto por la DA vigésima ET]” (F.D. 2º) [E.T.V.].

Jurisprudencia: en las demandas por error judicial se precisa agotar los recursos y no es el proceso adecuado para combatir una simple discrepancia en la interpretación normativa y jurisprudencial.

STS (Sala 4ª) de 25 de mayo de 2015, rec. nº 4/2014.

“El procedimiento por error judicial del que trata el art. 293 LOPJ tiene por objeto y finalidad, derivada del art. 121 CE, la de servir de presupuesto para que, quien se ha visto perjudicado por una decisión judicial errónea pueda percibir del Estado la correspondiente indemnización por los daños derivados de aquella actuación. Se trata, por lo tanto de un nuevo proceso y no de un recurso dirigido a revisar la adecuación a derecho de una previa resolución judicial, ni tampoco de una tercera instancia, y en él se ha de probar la producción de un error determinante de una responsabilidad por daños y perjuicios, lo que lógicamente exige que el error sea imputable de forma culpable e injustificada al órgano judicial que lo cometió y que -además- reúna las restantes condiciones legales (SSTS 15/03/05 -proc. 1/02-; 02/06/05 -proc. 2/04-; 17/01/06 -proc. 7/04 -; y 03/11/11 -proc. 7/10-).

(...) En esta misma línea reitera la doctrina jurisprudencial -tanto de esta Sala, como de la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 LOPJ - que el concepto de error judicial contemplado en el art. 121 CE y desarrollado en los arts. 292 y sgs. LOPJ ha de dimanar de una resolución judicial firme injusta o equivocada, viciada de un error patente, indubitado e incontestable, o que incluso, haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas e irracionales, y de este modo sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de ‘error judicial’, quedando fuera de su ámbito propio la meras discrepancias con las resoluciones en que el órgano judicial mantiene un criterio racional y explicable dentro de las reglas de la hermenéutica jurídica, llegando a interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico, por mucho que esté en oposición con la postura del demandante (entre las más recientes, SSTs de 22/06/09 -proc. 6/08 -; 20/01/10 -proc. 1/09 -; 02/07/10 -proc 3/07-; 03/11/11 -proc. 7/10 -; y 09/10/12 -proc. 1/11-)” (F.D. 1º).

“La primera y decisiva causa de desestimación de la presente demanda radica en que la resolución judicial a la que ahora se le atribuye el ‘error’ no fue en su día recurrida, aun cuando contra la misma cabía interponer recurso de Suplicación, tal como expresa e inequívocamente dispone el art. 191.4.d) LRJS, al decir que ‘[p]odrá interponerse recurso de suplicación contra... [l]os autos que decidan el recurso de reposición ... dictados... en ejecución definitiva ... siempre que la sentencia hubiere sido recurrible en suplicación [lo que innegablemente corresponde a la impugnación de alta médica, conforme al art. 191.3.c) LRJS; y que expresamente declaró la sentencia de cuya ejecución se trata], sin que frente a ello quepa argumentar que con la notificación de la resolución se le había indicado a la parte que no podía interponerse recurso alguno, pues aparte de que ello no solamente no consta acreditado y que lo contrario se deduce del propio Auto ‘[notifíquese la presente resolución con información de los remedios procesales que cabe en su contra]’, lo cierto es que esa indicación no hubiera obstado la válida interposición del debido recurso, con lo que puede afirmarse que la parte accionante no ha observado la debida diligencia -imprescindible a los efectos de que tratamos- frente a lo que consideraba un ‘múltiple error’ producido en la ejecución de la sentencia.

En todo caso, la lectura de la demanda nos sitúa en un marco de la simple discrepancia en la interpretación normativa y jurisprudencial, sin que podamos olvidar, como señalamos más arriba, que las meras interpretaciones erróneas [supuesto que la de autos lo fuese, lo que no se evidencia, como observa el argumentado informe del Ministerio Fiscal] han de corregirse exclusivamente mediante los recursos, ya que el error judicial se sitúa en un plano distinto, pues tiene ‘un significado preciso y necesariamente restringido en el sentido de que no toda posible equivocación en el establecimiento de los hechos o en la aplicación del Derecho es susceptible de calificarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especialmente cualificados’ (SSTS 18/03/04 -proc. 8/02-; 19/07/06 -proc. 5/05-; 04/04/07 -proc. 6/05 -; 20/01/10 -proc. 1/09 -; y 03/11/11 -proc. 7/10-)” (FD. 2º) [E.T.V.].

Jurisprudencia: todos aquellos trabajadores que realicen una jornada a tiempo parcial o reducida, empleando en ello el mismo número de días de trabajo que los trabajadores a jornada completa comparables, tiene derecho a percibir el plus de transporte en la misma cuantía que éstos sin descuento o minoración alguna; por su parte, aquellos trabajadores con jornada a tiempo parcial o reducida que empleen para ello menos días de trabajo que los trabajadores a jornada completa comparables tienen derecho a percibir el plus de transporte en proporción a la ratio por los días trabajados.

SAN (Sala de lo Social) de 20 de febrero de 2015, rec. nº 342/2014.

“La Directiva 1997/81 elevó a norma comunitaria el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial que en su cláusula 4 sentó el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo comparables, indicando que ‘por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los

trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas’.

Esta Directiva se traspone al derecho interno a través del art. 12.4.d) ET que establece que: Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

La aplicación del principio de no discriminación se asienta en la dispensa de un igual trato al trabajador a tiempo parcial que al contratado a tiempo completo, quedando justificado un trato diferenciado cuando se trate de derechos cuyo reconocimiento (en su existencia misma o extensión) dependan del tiempo trabajado y aplicando precisamente el tiempo de trabajo de unos y otros como regla de proporcionalidad.

En el presente caso lo que se discute es si los trabajadores contratados a tiempo parcial por esta causa han de recibir el plus de transporte en proporción al menor tiempo que prestan servicios y la conclusión es negativa por las siguientes razones:

- porque el plus de transporte, como indica el art. 41 del convenio, no tiene la consideración de salario y su objetivo es compensar los gastos de transporte y distancia que han de asumir los trabajadores por razón de su asistencia al trabajo

- siendo ésta la razón que justifica el abono de dicha compensación es evidente que quien trabaja a tiempo parcial asume los mismos costes por su asistencia al trabajo que quien trabaja a jornada completa por lo que en éste caso no cabe alegar como lógica regla de proporcionalidad la ratio entre jornada parcial y jornada completa para establecer una diferencia de trato por éste motivo, argumento que escapa a toda razonabilidad y constituye una vulneración del principio de no discriminación salvaguardado por las normas comunitaria y nacional antes referidas.

- a la misma conclusión llega la STS de 17-12-12, rec. 281/11” (F.D. 5º).

“Ahora bien el art. 12.1 ET define el contrato a tiempo parcial del siguiente modo: El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

En consecuencia es posible que en algunos casos el contrato de trabajo se preste a tiempo parcial empleándose en ello un menor número de días de trabajo que los que realiza un trabajador a jornada completa comparable, por lo que el reconocimiento de la igualdad de trato no impide el empleo de la proporcionalidad en función de éste parámetro y así se indicará en el fallo” (F.D. 6º) [E.T.V.].

Jurisprudencia: nulidad del convenio colectivo por falta de legitimidad de los supuestos representantes de los trabajadores que lo suscribieron, puesto que nunca se celebraron elecciones sindicales en la empresa.

SAN (Sala de lo Social) de 2 de junio de 2015, rec. nº 111/2015.

“El art. 18 LEC dispone que cuando el demandado se allane a todo o en parte a todas las pretensiones del acto, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, salvo que el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, en cuyo caso se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante. Así pues, no habiéndose alegado, ni probado consiguientemente, que el allanamiento se hiciera en fraude de ley, supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, procede, sin más trámite, estimar íntegramente la demanda frente a la empresa demandada, puesto que se allanó a la misma” (F.D. 3º).

“Acreditado de modo contundente que en los centros de trabajo de la empresa demandada no se celebraron nunca elecciones sindicales, se hace evidente que los firmantes del convenio colectivo en representación de los trabajadores no estaban legitimados para firmar el convenio, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 87, 88 y 89 ET, por lo que procede anular el convenio, conforme a lo dispuesto en los arts. 163 y siguientes LRJS” (F.D. 4º) [E.T.V.].

VIII. DERECHO PROCESAL

Jurisprudencia: el TS considera ineficaz la declaración de la víctima menor de edad practicada en fase policial sin intervención de la defensa del acusado, no reiterada en instrucción ni en el juicio oral.

STS (Sala 2ª) de 14 de octubre de 2014, rec. nº 466/2014.

“En primer lugar, en los supuestos de menores víctimas de un delito puede estimarse excepcionalmente concurrente una causa legítima que impida su declaración en el juicio oral, y en consecuencia que otorgue validez como prueba de cargo preconstituida a las declaraciones prestadas en fase sumarial con las debidas garantías.

Los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad síquica de los menores en caso de comparecer (acreditadas a través de un informe psicológico, ordinariamente), valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores.

Pero, en estos casos, debe salvaguardarse el derecho de defensa del acusado, sustituyendo la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción, en cuyo desarrollo se

haya preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias.

Lo que constituye, resumidamente, la doctrina consolidada de esta Sala en esta materia” (F.D. 10º).

“Aplicando la doctrina jurisprudencial al caso presente ofrece la peculiaridad de que la menor, que en el momento de los hechos tenía 5 años de edad, solo fue explorada en las dependencias de la Guardia Civil, acompañada de su madre, en el momento de la interposición de la denuncia, sin que en la fase instructora prestara declaración ante la autoridad judicial y las partes, incluida la defensa del acusado, ni por videoconferencia u otro sistema similar previsto en los arts. 325 LECrim, y 229.3 LOPJ, (...) y arts. 433.3 (...), y 707 LECrim, que, hubieran evitado la confrontación visual e incluso la presencia personal de la menor, ni como prueba anticipada o preconstituída por la autoridad judicial con todas las garantías de inmediación y contradicción. Tampoco la víctima fue oída por el Tribunal en el Plenario al no haber sido propuesta su declaración como prueba por el Ministerio Fiscal ni por la defensa (F.D. 15º).

“(…) Lo expuesto viene en su conjunto a poner de manifiesto que puede entenderse vulnerado el precepto constitucional contenido en el art. 24.2 CE , no solo por lo que se refiere a la presunción de inocencia sino a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y a la celebración de un proceso con todas las garantías” (F.D. 16º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: el TS considera que la toma de muestras biológicas del detenido para la práctica de la prueba de ADN requiere el consentimiento de aquel asistido de su letrado, si bien, en caso de incumplimiento, es necesaria la denuncia de la infracción en fase de instrucción.

STS (Sala 2ª) de 11 de noviembre de 2014, rec. nº 289/2014.

“Y, en fin, este es asimismo el criterio acogido por el pleno no jurisdiccional de esta sala, en acuerdo de 24 de septiembre de 2014: la toma de muestras para la práctica de la prueba del ADN con el consentimiento del imputado necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido.

Se trata de un requisito *sine qua non* de validez de la actuación, que no concurrió en este caso, como resulta de la misma sentencia de instancia y de los antecedentes documentados en la causa, a los que se refiere, con particular rigor analítico.

Así las cosas, y puesto que la toma de material biológico de los acusados para la determinación de su ADN no codificante y la posterior inclusión de este en la base de datos policial, no se ajustó a ese requerimiento, en principio, los correspondientes asientos tienen que darse por inexistentes, y lo mismo el posterior cotejo y su resultado” (F.D. 2º).

“Ahora bien, el acuerdo del pleno al que acaba de aludirse contiene un segundo pronunciamiento según el cual, la protesta de invalidez de la inclusión en el registro, igualmente aludida, del ADN de un sujeto, basada en la falta de asistencia letrada a este en el momento de prestar su consentimiento para la obtención del material biológico con esa finalidad, solo será atendible y producirá efectos en otra causa cuando ese cuestionamiento se haya producido durante la fase de instrucción.

En realidad, este acuerdo tiene idéntico fundamento de principio que el de fecha 26 de mayo de 2009, según el cual, cuando la legitimidad de la información de cargo obtenida merced a un medio probatorio, dependa de la de los antecedentes de este producidos en otra causa, el interesado en cuestionarla deberá hacerlo en un momento procesal que permita someter el asunto a un debate contradictorio.

La razón de ser de esta exigencia (...) es doble. En efecto, pues por un lado guarda relación con el deber de buena fe o lealtad procesal consagrado en el art. 11,1º LOPJ, que priva de legitimidad a las tácticas dirigidas a impedir el desarrollo del principio de contradicción, que debería regir de forma incondicionada en relación con la totalidad de las pretensiones parciales. Y, por otro, mira a hacer posible, en caso de negativa del requerido a prestar el consentimiento de la Disposición adicional tercera de la Ley orgánica 10/2007 el recurso a la autorización judicial para la toma de muestras, previsto en la misma.

El examen de las actuaciones pone de manifiesto que la defensa del acusado Eladio, en su escrito de defensa (...), impugnó la documental (...) consistente en el Informe biológico del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, por no constar debidamente acreditado el método utilizado para llegar a las conclusiones que allí se expresan, ni en base a que datos objetivos se efectuó la valoración, y por no haberse respetado en su elaboración las garantías legales. Luego, en el trámite de cuestiones previas (folio 249 del rollo de sala), ambas defensas impugnaron el modo de obtención del material biológico de aquellos que permitió la incorporación de su ADN no codificante al registro policial.

Entiende el tribunal de instancia que el utilizado por las partes fue un tiempo procesalmente hábil, como apto para permitir que la controversia suscitada por la objeción de las defensas hubiera podido desarrollarse con respeto de las reglas de la buena fe procesal. Pero siendo esto cierto, lo es también que, en cambio, concluida la instrucción y dentro ya del juicio oral, en ese momento, no cabía el recurso a la alternativa legal a la que acaba de hacerse referencia. Y tampoco la práctica de otras posibles diligencias de interés para las demás partes en la materia.

Así las cosas, y en este segundo sentido, debe estimarse la impugnación; y, en consecuencia, casarse y anularse la sentencia para que el tribunal de instancia, retrocediendo en las actuaciones, dicte otra incluyendo la prueba genética en el cuadro probatorio” (F.D. 3º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: el TS declara que en el proceso civil de ejecución el ejecutado tiene la carga de alegar la falta de exigibilidad y de liquidez de la deuda como causa de oposición a la ejecución, de modo

que, si no lo hace, no podrá impugnar la deuda objeto de ejecución en un proceso declarativo posterior al amparo del art. 564 LEC.

STS (Sala 1ª) de 24 de noviembre de 2014, rec. nº 2962/2012.

“De una interpretación conjunta y sistemática de las normas aplicables en relación con las precedentes sentencias de esta Sala sobre la materia se desprende, primero, que las circunstancias relativas al vencimiento de la obligación, y por tanto a su carácter exigible, que resulten del propio título no judicial en que se funde la ejecución, o de los documentos que deben acompañarlo, sí son oponibles en el proceso de ejecución; y segundo, que el ejecutado que, habiendo podido oponerlas, no lo hubiera hecho, no podrá promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución.

Aunque ciertamente hay autores de la doctrina científica y resoluciones de las Audiencias Provinciales que sostienen una posición contraria, y que la expresión ‘...a los solos efectos de la ejecución...’, del art. 561 LEC, o la supresión en 2012 de la referencia que contenía el art. 559.1-3º al incumplimiento, en el documento presentado, de los requisitos legales para llevar aparejada ejecución, son argumentos de peso en apoyo de esa posición contraria, también es cierto que la redacción del art. 564 LEC, y sobre todo el control de oficio que los arts. 549, 551 y 552 imponen al juez, llevan a concluir que el ejecutado puede oponer la falta de los requisitos que el juez debe controlar de oficio, entre los que se encuentran los de los arts. 571 a 574 LEC sobre exigibilidad y liquidez de la deuda.

Esta oposición del ejecutado, tratándose de una ejecución fundada en títulos no judiciales, aparecía claramente autorizada por el art. 559.1-3º LEC en su redacción aplicable a este recurso por razones temporales y debe seguir considerándose así, pues aun cuando el artículo se titule ‘Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales’, entre estos han de considerarse comprendidos los resultantes del propio documento o documentos en que se funde la ejecución, es decir, los inherentes al propio título de la ejecución, como son la falta de nacimiento de la obligación por estar supeditada a una condición suspensiva, su carácter no exigible por no haber vencido todavía o, en fin, la falta de aportación de los documentos que prueben la no iniciación de las obras o la falta de entrega de las viviendas en los casos de ejecución fundada en un aval de la Ley 57/1968.

A su vez, la falta de oposición del ejecutado, pudiendo haberla formulado, determinará la improcedencia de promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución seguido contra él, dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el apdo. 2 del art. 400 LEC en relación con su art. 222; y en coherencia con lo anterior, si la oposición sí se formula pero se rechaza única y exclusivamente porque las circunstancias que consten en el propio título no pueden oponerse en el proceso de ejecución, entonces el ejecutado sí podrá promover un juicio declarativo posterior sobre la misma cuestión.

En suma, esta Sala considera que su doctrina jurisprudencial sobre el art. 1479 LEC de 1881 debe ser mantenida en la interpretación del art. 564 de la vigente LEC de 2000” (F.D. 5º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: el TS declara que el acusado no tiene la carga de formular en su escrito de defensa una hipótesis alternativa a la de la acusación, así como que las calificaciones definitivas de la acusación y de la defensa son contenido necesario de la sentencia de instancia.

STS (Sala 2ª) de 26 de diciembre de 2014, rec. nº 1685/2014.

“Pero el de la Audiencia es un punto de vista que carece por completo, no ya de apoyatura legal, que desde luego (arts. 652 y 784 Lecrim), sino también de toda plausibilidad dentro de la lógica del juicio contradictorio. En efecto, este se caracteriza de manera esencial por requerir, en el punto de partida, la formulación de una hipótesis acusatoria; esto es la presentación como efectivamente sucedidos de unos hechos tenidos por subsumibles en uno o varios preceptos del Código Penal, y la atribución a alguien, al que de este modo se busca constituir formalmente en la posición de acusado.

El acusado (como antes aún el imputado), algo bien obvio y que se sabe, está amparado frente a la acusación por el derecho fundamental a la presunción de inocencia, que produce procesalmente el efecto también fundamental, de situar toda la carga de la prueba en el terreno del acusador. Esto quiere decir que el acusado (como en general el imputado) aparte algunas cargas procesales inevitables, frente a la hipótesis acusatoria *no está obligado a nada*, de modo que respetando los tiempos del proceso puede administrar sus recursos defensivos de la forma que mejor le parezca.

Al respecto, una de las opciones tácticas o de método de uso posible, es la formulación de una hipótesis alternativa, dotándola del correspondiente sustento probatorio. Pero otra, investida de la misma legitimidad jurídica, y, según los casos, cabe que de no menor eficacia en el plano dialéctico, podría ser la simple negación o impugnación frontal de lo afirmado de contrario tachándolo de inveraz.

(...) Hay, en fin, un último asunto, no suscitado por el motivo, pero que, por su evidencia y por su relevancia para la arquitectura de la sentencia, no cabe dejar de lado. Es que en la que se examina, en el apartado que figura como de ‘Antecedentes de hecho, único’, al tratar de las conclusiones definitivas de las partes, la sala se limita a darlas ‘por reproducidas’, cuando lo cierto es que el art. 142,3ª Lecrim exige que ‘se consign[en]’ las ‘de la acusación y de la defensa’. Algo de una necesidad por demás obvia, dado que la sentencia debe ser un documento autosuficiente en todos sus extremos, incluido el relativo a la acreditación de la congruencia del fallo con las peticiones de las partes. Así, la incumplida no es una mera exigencia de índole formal sino que afecta materialmente a la propia dinámica interna de la resolución, ya que es haciéndola efectiva como el principio de contradicción penetra en su interior, y esto es lo que permitirá apreciar si el tribunal se ha movido o no dentro

de los límites del objeto de la causa fijados por las pretensiones parciales, y si ha dado respuesta a esta en todos los aspectos relevantes.

Así las cosas, es claro que las conclusiones definitivas de las partes no pueden darse `por reproducidas´, sino que tienen que *reproducirse*. Idealmente, con transcripción literal también de las respectivas versiones de los hechos, tal y como resulten finalmente establecidos por cada una de aquellas, de donde resultará a su vez el ámbito dentro del que, en la materia, deberá moverse el juzgador” (F.D. 1º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: el TS declara que la motivación de la valoración de la prueba debe referirse también a la prueba de descargo esgrimida por la defensa del acusado.

STS (Sala 2ª) de 29 de enero de 2015, rec. nº 847/2014.

“(…) la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa. De suerte que una sentencia cuya decisión esté fundada en el análisis solo de la prueba de cargo o de la de descargo no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE (SSTS 485/2003, de 5-4; 540/2010, de 8-6; 1016/2011, de 30-9; y 249/2013, de 19-3).

Pues bien en la sentencia de instancia no existe alusión ni referencia alguna a las pruebas de descargo ofrecidas por el acusado: su propia declaración insistiendo en que las relaciones sexuales fueron consentidas, y la prueba pericial de los médicos forenses Liebena y Murall.

(…) Pruebas a las que podía añadirse la falta de pronunciamiento sobre la posible incidencia de los hechos de la ausencia de lesiones a nivel perianal y en paredes vaginales, que se hace constar en el informe de urgencias del Hospital Trias i Puyol en el mismo día de los hechos, y en el informe forense de sanidad de 13.1.2009, ratificado en el plenario.

(…) Siendo así se considera infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el apartado relativo a la motivación de las resoluciones (arts. 24.1 y 120.3 CE). Por lo cual se estima el motivo segundo en relación con el primero, y aunque el pedimento de los motivos se circunscribe a pedir la anulación de la sentencia y que sea este Tribunal Supremo quien con segunda sentencia absuelva a dicho acusado, en virtud de la doctrina expuesta, hemos de limitar los efectos de la decisión del recurso a declarar la nulidad pedida de la sentencia de instancia, pero denegando el pedimento de absolución que se limitará a reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarla, a fin de que se dicte por el tribunal de instancia otra nueva en que se suplan y enmienden las omisiones de motivación que hemos expuesto como determinantes de la vulneración de esa garantía (en el mismo

sentido SSTs. 273/2010 de 3.3; 631/2012 de 9.7; 698/2013 de 25.9)” (F.D. 1º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: el TS considera posible plantear la nulidad de la cláusula de redondeo del préstamo hipotecario en un juicio declarativo posterior al procedimiento del art. 131 LH.

STS (Sala 1ª) de 11 de febrero de 2015, rec. nº 249/2006.

“Se alega que en el contrato de préstamo hipotecario se pactó una cláusula abusiva cual es la del redondeo al alza, cuya impugnación fue rechazada en la sentencia recurrida al entender que debió esgrimirlo dentro del procedimiento del art. 131 de la LH, como causa de nulidad el título. En la sentencia recurrida, en apoyo de su tesis se citan las sentencias de esta Sala de 23 de febrero de 1996 y 18 de julio de 2002. Las sentencias citadas por la resolución recurrida para entender que la cuestión de la cláusula de redondeo debió plantearse en el seno del procedimiento del art. 131 de la LH, no son dictadas en un procedimiento hipotecario, sino en procedimiento de juicio ejecutivo, en interpretación del derogado art. 1479 de la anterior LEC, por lo que la doctrina que de la misma emana no es de aplicación a un procedimiento tan rigorista como el del art. 131 de la LH, con causas de oposición tasadas y recogidas en el derogado art. 132 de la LH.

Aceptada la posibilidad del plantear en un juicio declarativo posterior la nulidad de la cláusula de redondeo, debemos declarar que la Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las ‘fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto, con base en los artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato’.

(...) Dicha cláusula, en lo que se refiere al redondeo deberá tenerse por no puesta, dado que la declaramos, expresamente, como abusiva, en línea con la doctrina jurisprudencial expuesta, en interpretación del art. 10 bis de la Ley 26/1984 de 19 de julio, vigente a la fecha de formalización del contrato” (F.D. 8º).

“(…) Estimada la declaración de abusividad de la cláusula de redondeo, declaramos la nulidad parcial del procedimiento del art. 131 de la LH nº 337 de 1997, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Arganda del Rey, en el sentido de declarar que en la liquidación de intereses se tenga por no puesta la cláusula de redondeo en la escritura de préstamo hipotecario, por lo que en el cómputo de los mismos no se podrá tener en cuenta la mencionada cláusula de redondeo al alza, manteniéndose la validez del procedimiento en cuanto al resto de los actos procesales” (F.D. 12º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: el TS estima improcedente la denegación en la segunda instancia de la práctica de prueba testifical, que había sido admitida en la primera instancia, pero que no llegó a practicarse por causas no imputables a la parte proponente.

STS (Sala 1ª) de 24 de febrero de 2015, rec. nº 336/2013.

“El segundo motivo se formula al amparo del artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...), mientras que el tercero se formula al amparo del mismo artículo 469.1, apartados 3º y 4º, y se fundamenta en la denegación de la práctica de prueba testifical en segunda instancia que fue oportunamente solicitada.

En cuanto a la prueba testifical denegada, hay que tener en cuenta lo siguiente:

a) Dicha prueba fue admitida en la audiencia previa si bien no se practicó en el acto del juicio por la incomparecencia de los testigos.

b) Se solicitó por la parte demandada su práctica como diligencia final y el Juzgado la denegó mediante auto de fecha 13 de abril de 2011; auto que fue recurrido en reposición que fue desestimada por nueva resolución de fecha 27 de mayo siguiente.

c) Se instó la práctica de dicha prueba en segunda instancia, lo que fue rechazado por la Audiencia Provincial mediante auto de fecha 22 de diciembre de 2011, que igualmente fue recurrido en reposición que resultó desestimada por nuevo auto de 10 de febrero de 2012. La Audiencia sostuvo, para rechazar la práctica de dicha prueba, que no se acomodaba a las exigencias del artículo 460.2.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues se requiere en dicha norma que la prueba no hubiera podido practicarse en primera instancia ‘ni siquiera’ como diligencia final, y en el caso presente lo que sucedió es que el Juzgado no estimó necesaria su práctica como tal diligencia final.

Tales argumentos no pueden ser compartidos, pues entonces sería de mejor condición el caso de la prueba indebidamente denegada en primera instancia (artículo 460.2.1ª) que el de la prueba admitida, y no practicada, con la negativa a acordarla como diligencia final, pues cabría reproducir la petición ante la Audiencia en el primer caso y no en el segundo.

(...) En el caso presente, dado que la parte demandante solicitaba una declaración sobre la improcedencia de la resolución contractual operada por la demandada, basada precisamente en sus incumplimientos, y la referida demandada se oponía a la demanda precisamente por esos incumplimientos llegando incluso a formular reconvencción para la declaración de que la resolución estaba bien hecha -la cual no fue admitida en tanto que no venía a aumentar el objeto del proceso- es claro que no puede aceptarse la argumentación de la Audiencia que sostiene la imposibilidad de entrar a conocer de la excepción de contrato defectuosamente cumplido por falta de su articulación mediante reconvencción, extremo al que se refería la prueba denegada.

Ello comporta la estimación del recurso por infracción procesal con las consecuencias previstas en el artículo 476.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (F.D. 3º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: el TS declara que el “recurso” extraordinario de revisión penal es el medio idóneo en el ordenamiento procesal penal para garantizar la efectividad de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por los tribunales españoles de derechos fundamentales reconocidos en el CEDH.

STS (Sala 2ª) de 12 de marzo de 2015, rec. nº 20385/2012.

“(…) Esta Sala en auto de 5/11/14 autorizando un recurso de revisión similar al que nos ocupa, Revisión 20321/13, decíamos: ‘es esta nueva situación derivada tanto de la Doctrina del TC como por la ratificación por parte de España que obliga a dar efectividad a la Sentencia del TEDH a favor del solicitante de la revisión y ante la constatación de la inexistencia de cauce procesal en la Ley para la ejecutividad de dicha Sentencia y con el fin de tomar una decisión general que ofrezca seguridad jurídica, lo que compete a esta Sala como intérprete último de la legalidad ordinaria penal, el 21 de octubre de 2014, se reunió el Pleno no jurisdiccional de la Sala para abordar esta cuestión y se adoptó por unanimidad el acuerdo de que ‘en tanto no exista en el Ordenamiento Jurídico una expresa precisión legal para efectividad de las Sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de derechos fundamentales de un condenado por los Tribunales Españoles, el Recurso de Revisión del Art. 954 de la LECrim cumple este cometido’.

Es sabido que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado desde hace tiempo la doctrina de que cuando, por el Tribunal de Apelación se pretende la revocación de la Sentencia absolutoria y su sustitución por otra de condena debe estar presente el acusado en la Vista Oral de la Segunda Instancia para ser oído en ella, apreciando si no se cumple esta condición, vulneración del derecho a un proceso justo y equitativo.

Tanto el TC como esta Sala han acogido esta doctrina y consideran que puede vulnerarse el derecho a un proceso con todas las garantías cuando la Sentencia condenatoria revocando la anterior absolutoria no ha tenido en cuenta los principios de inmediación y contradicción de trascendental incidencia en el derecho de defensa y en general en todo el proceso penal, más todavía, si la Sentencia de instancia se apoya en la valoración exclusiva de la prueba personal.

A tenor de lo argumentado, es claro que procede estimar el recurso de revisión y declarar la nulidad de la sentencia dictada el 30 de octubre de 2006 en el Rollo 78/06 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, por la que se condenó a Delia como autora de un delito de alzamiento de bienes” (F.D. 2º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: el TS considera, por un lado, que debe realizarse una interpretación extensiva del motivo de revisión contemplado en el art. 954. 4 LECrim, aplicándolo en casos de aparición de nuevas pruebas que acrediten la no concurrencia de las agravantes apreciadas en la sentencia de condena y, por otro lado, estima que en dichos casos determinantes de nulidad parcial, el TS debe asumir la instancia para reducir la pena impuesta.

STS (Sala 2ª) de 18 de mayo de 2015, rec. nº 20032/2015.

“(…) Cuando se trata del supuesto previsto en el art. 954,4º de la ley procesal que es el aquí invocado, es preciso que se trate de nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que demuestren la inocencia del condenado. Las nuevas pruebas deben serlo efectivamente, bien porque antes no existieran o porque fueran conocidas después, y deben demostrar la inocencia del condenado o justificar la imposición de una pena menos grave o más beneficiosa para el reo. No se trata por lo tanto de elementos probatorios que permitan nuevas argumentaciones en pro de la inocencia del entonces condenado, sino de nuevas pruebas que la evidencien desvirtuando totalmente las pruebas que en su día se tuvieron en cuenta para la condena. La doctrina de esta Sala, en sentencia 27 de Julio de 1994, ha incluido en el ámbito del Art. 954.4º Ley de Enjuiciamiento Criminal, los supuestos de no concurrencia de agravantes acreditados fuera de toda duda, admitiendo por tanto la viabilidad de la revisión para aminorar la penalidad en virtud de la no concurrencia de esa agravante, siempre que se basen en hechos nuevos o nuevos elementos de prueba (F.D. 1º).

“En el supuesto aquí analizado concurren estas excepcionales y nuevas circunstancias que acreditan que Emilio no había sido condenado con anterioridad por varios delitos de robo y en consecuencia no concurren los presupuestos fácticos para apreciar la agravante de reincidencia en la medida que, después de la firmeza de la sentencia de condena dictada el 29 de enero de 2014 , en la ejecutoria se ha acreditado 3 que la hoja histórico penal valorada no se correspondía con la de Emilio , lo que evidencia una abierta contradicción con los hechos que se dan por probados en la sentencia recurrida y la inexistencia de la agravante de reincidencia” (F.D. 2º).

“La singularidad del supuesto de Revisión que analizamos dificulta el sentido del desenlace. En los supuestos plenamente ajustados al contenido previsto en el art. 954.4 LECrim, la sentencia de Revisión ha de consistir en la declaración sin más de la nulidad de la sentencia para, en su caso, iniciarse nueva causa, si procede”.

(…) Está claro que la anulación corresponde a esta Sala Segunda: es contenido inexcusable de la estimación de una demanda de revisión. La duda surge a la hora de dilucidar si las consecuencias de esa nulidad parcial (en este caso reindividualización penológica) han de ser también proclamadas por éste órgano o por el de instancia. El art. 959 de la Ley Procesal dispone que la Sala, tras la tramitación del Recurso conforme a la normativa procesal de la casación por infracción de ley, dictará Sentencia que será irrevocable. Con esa base se puede entender que esta Sala está autorizada para resolver definitivamente la cuestión deducida sin reenviar la causa al órgano jurisdiccional que dictó la resolución a

anular parcialmente. La aplicación analógica de las disposiciones del recurso de casación apuntan en igual dirección.

Consecuentemente procede dictar un Fallo que abarcará no solo la declaración de nulidad parcial de la sentencia revisada en cuanto a la circunstancia de reincidencia que ha de ser borrada. Eso ha de arrastrar también la sustitución de las penas. Es un debate poco útil plantearse si la fórmula ha de plasmar en una doble sentencia como invitaría a hacer la supletoriedad expresa del recurso de casación por infracción de ley; o basta con una única sentencia que declare la nulidad y seguidamente extraiga las oportunas consecuencias. Esta segunda, más ágil, es la que seguiremos como se hizo en otros supuestos (ver sentencia 736/2012, de 2 de octubre y los precedentes que en ella se citan).

Procede la estimación del recurso de revisión declarando la nulidad parcial de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal 1 de Gijón, de fecha 29/1/14 dictada en el Procedimiento Abreviado 438/13 suprimiendo la agravante de reincidencia y en consecuencia modificando la pena impuesta que debe corregirse en virtud de ausencia de agravante imponiendo la pena de 6 meses, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la misma” (F.D. 3º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: el TS declara que las sentencias dictadas en segunda instancia de un juicio verbal tramitado por razón de la cuantía por la Audiencia Provincial constituida de forma unipersonal por un solo magistrado no es una resolución recurrible en casación.

ATS (Sala 1ª) de 27 de mayo de 2015, rec. nº 788/2014.

“El recurso de casación no puede prosperar porque tramitado el proceso por razón de la cuantía fijada en 5332,06 euros, la Audiencia Provincial debió resolver constituida con un sólo Magistrado.

(...) La nueva configuración del recurso de casación, respecto a la contenida en la LEC 1881- en la redacción inicial de la LEC permite concluir que este recurso se estableció contra las sentencias dictadas por un órgano colegiado. La identificación del término Audiencias Provinciales con órganos colegiados está en consonancia con la introducción en la LEC de la modalidad de recurso de casación consistente en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, pues solo puede hablarse de jurisprudencia de las Audiencias Provinciales si nos referimos a ellas como órganos colegiados.

Tras la última reforma del recurso de casación, por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, se mantiene en el artículo 477 LEC la referencia expresa a las Audiencias Provinciales y se potencia de manera extraordinaria el recurso de casación por existencia de interés casacional. No hay en esta reforma referencia alguna que permita deducir que se haya querido establecer el acceso a la casación de las sentencias dictadas en apelación por un solo magistrado, en los supuestos que contempla el artículo 82.2.1.º.II LOPJ . Esta omisión de referencia expresa a estas sentencias puede razonablemente ser interpretado en el

sentido de que su intención es excluir estas sentencias del recurso de casación. A esta conclusión se llega, partiendo de dos razonamientos:

i) Si se pretendía que esas sentencias tuvieran acceso a la casación se hacía necesaria una disposición expresa, ya que implica un cambio en la configuración inicial en la LEC del recurso de casación que -como se ha dicho- se contempló contra las sentencias dictadas por órganos colegiados.

ii) Y -la razón más significativa- la finalidad perseguida con la reforma de la LOPJ, efectuada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que introdujo la modificación en el artículo 82.2.1.º II LOPJ, y por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal. En las Exposiciones de Motivos de ambas normas está plasmada la intención del legislador de reducir el tiempo de respuesta en los litigios y especialmente clara es la Exposición de Motivos de la primera de estas leyes. En ella se declara expresamente que se ha reformado el artículo 82 [LOPJ] para la tramitación de los recursos de apelación frente a las resoluciones dictadas por los Jueces de Primera Instancia en procesos seguidos por los trámites del juicio verbal por razón de la cuantía, que serán resueltos por un solo magistrado, designado por turno de reparto. Con ello se logrará reducir el tiempo de respuesta en la segunda instancia en conflictos que, por tratarse de asuntos que no revisten especial complejidad, no precisan ser resueltos por un órgano colegiado.

En definitiva, la finalidad perseguida con las citadas reformas -ante el silencio de la ley- es contraria a una interpretación extensiva de la procedencia del recurso, frente al criterio restrictivo seguido en la última reforma en materia de recursos respecto a los litigios seguidos por razón de la cuantía de escasa relevancia, como se pone de manifiesto por la limitación del recurso de apelación establecida en el artículo 455.1 LEC” (F.D. 2º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: el TS recuerda los criterios jurisprudenciales sobre el error facti, rechazando que en los documentos invocados en el caso, entre ellos los dictámenes sobre la credibilidad del testimonio de una menor, sean capaces de alterar el factum.

STS (Sala 2ª) de 21 de mayo de 2015, rec. nº 2164/2014.

“2. El enfoque del motivo no se ajusta a los criterios jurisprudenciales o exigencias para la prosperabilidad de un motivo por error facti, que una vez más nos vemos obligados a recordar: A) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos. 4 B) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. Sobre esta cuestión podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se entienden por tales aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma. C) Que el documento en sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente

del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia. D) Que el supuesto error patentizado por el documento no esté a su vez desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración en conciencia de conformidad con el art. 741 L.E.Cr. E) Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el sumario o en el rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia. F) Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del asunto, por lo que no cabe la estimación del motivo si este sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificarlo (STS. 765/04 de 14 de junio). G) A los anteriores, ha de añadirse, desde una perspectiva estrictamente procesal, la obligación que compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo -art. 855 L.E.Cr.- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02) pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la STS 332/04 de 11 de marzo, es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del mismo que demuestren claramente la equivocación en la que se dice incurrió el Tribunal (STS 465/2004 de 6 de abril y 1345/2005 de 14 de octubre). 3. Respecto a las pruebas documentales, primera y segunda han servido para acreditar la existencia del delito y la autoría del acusado, pero de ellas, que el Tribunal los tuvo en cuenta y valoró adecuadamente, no se deriva que exista una continuidad delictiva o que se haya cometido el delito de provocación sexual. Respecto a los dictámenes periciales, como bien apunta el Fiscal el perito es un simple auxiliar en el ejercicio de la función jurisdiccional y sus dictámenes no pueden desplazar la capacidad de decidir acerca de la concurrencia de los elementos del tipo o para proclamar o negar la autoría del acusado. En suma, los dictámenes periciales, sobre la credibilidad de un testimonio, en este caso de una menor, simplemente expresan una opinión que por sí sola no puede desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Tribunal sentenciador no ha obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable. En conclusión, los documentos invocados no son capaces de alterar el *factum* y el tribunal los tuvo en cuenta, pero en ningún caso, por sí solos, son suficientes para acreditar lo que el recurrente pretende. El motivo debe rechazarse (F.D. 2º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: el TS estima el recurso extraordinario por infracción procesal por lesión del derecho de defensa, ya que, aunque el demandado había solicitado asistencia jurídica gratuita, incluidos abogado y procurador de oficio, y la suspensión del curso de las actuaciones, la suspensión no se acordó ni se le notificó sino después de haberse celebrado la audiencia previa y dictado la sentencia, la cual había interpretado la inasistencia como renuncia voluntaria a su defensa, impidiéndosele al demandado intervenir en la fijación del objeto del proceso y de los demás extremos propios de este acto.

STS (Sala 1ª) de 8 de junio de 2015, rec. nº 1552/2013.

“En efecto, se denuncia en el recurso, al amparo del artículo 469.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, cuando la infracción determine la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión. Concretamente, se funda en la infracción del artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regulador de la audiencia previa al juicio, y de los artículos 23 y 31 de la misma Ley, respecto a la comparecencia en juicio por medio de procurador y dirección letrada; infracción que ha sido cometida por el Juzgado que conoció de la reclamación, al haber denegado la suspensión del curso del procedimiento solicitada a través de la comparecencia ante el tribunal, celebrándose esta sin haberse notificado al demandado la resolución por la que no estimó su solicitud y por tanto sin asistencia del mismo.

Los hechos sucedieron como se dicen en el recurso, es decir, se había solicitado asistencia jurídica gratuita y abogado y procurador de oficio y la suspensión del curso de las actuaciones; la suspensión no se acordó y la resolución que así lo acuerda no le fue notificada sino después de haberse celebrado la audiencia previa y dictado la sentencia, impidiéndole intervenir en la fijación del objeto del proceso y de los demás extremos propios de este acto, como el propio reconocimiento del documento privado que fundamenta la acción de condena, con el efecto de que (la) sentencia recurrida consideró esta inasistencia como renuncia voluntaria a su defensa y a "exponer una versión diferente a la descrita por la Sra. Teresa en su demanda, lo que viene a corroborar los hechos expuestos en la misma y en la presente resolución, hechos que son los que el propio contrato refleja" ; extremos que no pudo denunciar en ninguna de las instancias por el propio desarrollo de los hechos en el procedimiento: en la primera, porque ya se había dictado la sentencia. En la segunda, porque el demandado no formuló recurso de apelación, al haberle sido favorable la sentencia dictada” (F.D. 1º).

“La consecuencia de lo expuesto es la nulidad de lo actuado y reposición de las actuaciones al estado y momento en que se cometió la infracción, es decir, al momento anterior a la celebración de la audiencia previa al juicio, con citación de las partes” (F.D. 2º) [R.B.P.].