

PRAXIS JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES



Revista Semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 3
Enero 2016

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

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
ABOGADO, PROFESOR ASOCIADO DE LA UNIVERSIDAD
DE VALENCIA

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. 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.C.H.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.

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

F.H.G.: Dr. Fernando Hernández Guijarro, Abogado; Profesor Asociado de la Universidad de Valencia.

C.N.A.: Doña. Carmen Navarro Alapont, Estudiante en Prácticas del IDIBE.

L.N.M.: Dra. Linda Navarro Matamoros, Profesora Contrada Doctor Interina del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Murcia.

J.I.R.: José Ibáñez Roselló, Abogado.

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

S.R.LL.: 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.....	6
1. Derechos de la Personalidad	7
2. Derecho de Familia.....	26
3. Obligaciones y Contratos.....	43
4. Responsabilidad Civil.....	49
5. Derecho de Sucesiones.....	50
II. Derecho Mercantil.....	57
1. Derecho de Sociedades.....	57
2. Derecho de Seguros.....	63
3. Derecho Concursal.....	70
4. Propiedad Intelectual e Industrial.....	80
5. Títulos Valor.....	88
III. Derecho Administrativo.....	91
IV. Derecho Penal.....	102
V. Derecho Tributario.....	106
VI. Derecho Procesal.....	122
VII. Derecho Internacional Privado.....	126

I. DERECHO CIVIL

1. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Jurisprudencia: intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen por fotografías tomadas en una playa y en la piscina de una urbanización privada; interpretación del concepto de “lugar público”.

STS (Sala 1ª) de 10 de febrero de 2014, rec. nº 2298/2011.

“(…) La notoriedad pública no priva al sujeto del derecho a mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afectivas, sin que su conducta en su actividad pública elimine el derecho a la intimidad de su vida personal, si por propia voluntad decide mantenerla alejada del conocimiento general, ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que se reserva.

En el caso presente (...) las fotografías de los demandantes fueron obtenidas clandestinamente por un reportero profesional de los especializados en este tipo de captación de imágenes (paparazzi), y sin que dichos demandantes abrieran su ámbito reservado al público conocimiento.

Se sostiene, en la formulación del motivo, que nos encontramos:

1º.- En un caso, ante unas fotografías obtenidas en un lugar público, por tanto ante la excepción del artículo 8.2 a) de la LO 1/1982.

2º.- En otro caso, ante unas fotografías captadas de dos personajes públicos en la piscina de la zona común de una urbanización, cuyo acceso es compartido con terceras personas ajenas a los demandantes, y por tanto, ante un espacio no asimilable al del domicilio familiar.

Insiste la parte recurrente en que nos encontramos ante personas de indudable relevancia pública e interés informativo en el sector de la prensa de sociedad, y en consecuencia ante una de las excepciones legales a la protección del derecho a la propia imagen (artículo 8.2. a de la LO 1/1982) y, por tanto, en ambos casos ante el ejercicio legítimo y constitucional del derecho a la libertad de información del artículo 20.1. d) de la Constitución Española.

No obstante, el juicio de ponderación que en cada caso ha de efectuarse respecto de la prevalencia de cada uno los derechos fundamentales en conflicto - información, por un lado, e intimidad e imagen, por otro ha de inclinarse en este caso a favor de la protección de los derechos de los demandantes.

Así, respecto de las fotografías tomadas en la playa, hay que distinguir, por un lado aquellas en las que aparecen juntos ambos demandantes de aquellas otras en que únicamente aparece la demandante doña Teodora.

No cabe duda de que don Camilo es un personaje público muy conocido por su condición de matador de toros y que, en consecuencia, podría reconocerse en su caso la prevalencia del derecho de información sobre el derecho a la propia imagen al encontrarse en un lugar abierto al público, como es la playa; doctrina que se aplica a partir del contenido del propio artículo 8.2.a) de la LO 1/1982, que establece como excepción a la intromisión en la propia imagen los casos de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público (sentencia de esta Sala de 12 junio 2009, entre otras muchas). Se podría incluso justificar como prevalente 4 el derecho de información respecto de las fotografías en que aparecen juntos ambos demandantes, pero no en cuanto a aquellas otras en que figura únicamente doña Teodora, ya que en la misma no concurre la condición de personaje público y, en su caso, no resulta de aplicación la excepción señalada.

Respecto de las fotografías obtenidas en la zona de piscina de la urbanización donde residen los demandantes, es claro que no se trata de un lugar abierto al público en el sentido a que se refiere el artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982.

Esta Sala, en sentencia núm. 1144/2008, de 28 noviembre, ya señaló que la interpretación que ha de merecer la excepción de hallarse la persona fotografiada ‘en un lugar abierto al público’ ha de ser finalista y no meramente literal; y que a este respecto (...) no cabe entender como ‘lugar abierto al público’ todo aquél al que cualquier persona pueda tener acceso en un momento determinado sino el que resulta de uso normal por una generalidad de personas que acceden a él fuera del ámbito estricto de su vida privada y que comporta que, en tal supuesto, la persona pública, despojada en tal caso de su derecho a disponer de la propia imagen, haya de soportar simplemente las molestias que pueda causarle la captación y reproducción de su figura física sin su consentimiento.

En igual sentido se pronuncia la sentencia núm. 332/2010, de 24 mayo que, con cita de la anterior, reitera que ‘el interés público cede ante el derecho de toda persona a una protección efectiva en el ámbito estricto de su vida privada ante el acoso y persecución que soportan en razón a su notoriedad, en aquellos casos en los que buscan expresamente esa privacidad frente a una posible captación y reproducción de su imagen. Y es que una cosa es que los personajes con notoriedad pública ven inevitablemente reducida su esfera de intimidad, y otra distinta que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorizado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (SSTC 134/1999 ; 115/2000), doctrina predicable igualmente del derecho a la propia imagen (Sentencia de 12 de julio de 2002 , entre muchas más), siendo lo relevante

en este caso que no prestaron consentimiento expreso o tácito ni a la obtención de las fotos y a la publicación ulterior de las mismas, y que no es posible exigir un aislamiento espacial extraordinariamente gravoso de estas personas para poder disfrutar de la privacidad a la que también tienen derecho ante el acoso de determinados medios de comunicación’.” (F.D. 3º) [C.N.A.].

Jurisprudencia: vulneración del derecho a la propia imagen como consecuencia de la difusión televisiva sin consentimiento de grabaciones obtenidas mediante cámara oculta.

STS (Sala 1ª) de 29 de abril de 2014, rec. nº 2357/2011.

“(…) La jurisprudencia declara, en síntesis, que el empleo de la cámara oculta se caracteriza porque las personas cuya actuación es grabada se comportan con una naturalidad que en otro caso no tendrían; que la autorización al periodista para entrar en el lugar de trabajo del sujeto afectado no puede ser interpretada como consentimiento a la grabación y menos aún a la difusión de lo grabado; que la intimidad no está necesariamente condicionada por el lugar; y en definitiva, que en estos casos hay intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen porque se priva al sujeto afectado de su derecho a decidir. No obstante, se admite que el uso de la cámara oculta pueda ser legítimo cuando lo justifique el interés público en el conocimiento de los hechos y ese medio sea imprescindible para obtener la información y, además, proporcionado para que la lesión de los derechos fundamentales sea la menor posible.

La doctrina del Tribunal Constitucional, por su parte, destaca ‘la especial capacidad intrusiva del medio específico utilizado para obtener y dejar registradas las imágenes y la voz de una persona’ (STC 12/2012, FJ 6) y que ‘una determinada forma de captación de la información, o de presentación de la misma, puede llegar a producir al mismo tiempo tanto una intromisión ilegítima en la intimidad como una vulneración del derecho a la propia imagen o, incluso, una lesión al derecho al honor, o bien puede afectar únicamente a alguno de ellos’ (STC 12/2012, FJ 5). Puntualiza que ‘aun cuando la información hubiera sido de relevancia pública, los términos en que se obtuvo y registró, mediante el uso de una cámara oculta, constituyen en todo caso una ilegítima intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen’ (…). A modo de síntesis, la STC 74/2012, remitiéndose a la STC 12/2012, declara que ‘con independencia de la relevancia pública de la información que se pretenda obtener y difundir, la captación videográfica inconsentida de imágenes mediante la utilización de cámaras ocultas para su posterior difusión, también inconsentida, en que aparezca plenamente identificado el afectado, no resulta necesaria ni adecuada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información [art. 20.1.d) CE], al existir, con carácter general, métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional’ (FJ 2)” (F.D. 7º).

“(…) La desestimación (...) obedece, de un lado, a que se grabó y difundió la imagen del demandante no solo sin su conocimiento, y por tanto sin su consentimiento, sino incluso contra su manifiesta voluntad de no conceder ninguna entrevista a los reporteros que conversaron con él, mostrándose sus rasgos físicos de una forma que permitía identificarlo plenamente; y de otro, a que mediante el procedimiento de la cámara oculta se invadió su intimidad al grabarle en unas actitudes y gestos, y empleando un lenguaje, que evidentemente, y para comprobarlo basta con el visionado de la grabación, no habría empleado nunca en una entrevista voluntariamente concedida por él.

Con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, la ilegitimidad de la intromisión no resulta excluida por la circunstancia de que la grabación se hiciera en un lugar abierto al público como era la galería de arte del demandante, pues ‘la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado’ (STC 12/2012, FJ 5), y la galería de arte del demandante, pese a estar abierta al público, era su centro de trabajo en el que, por tratarse de un espacio bajo su control, podía manifestarse con toda espontaneidad, como ciertamente hizo al desconocer que estaba siendo grabado.

Finalmente, tampoco la finalidad perseguida con el reportaje justificaba el sacrificio de los derechos fundamentales del demandante a la intimidad personal y a la propia imagen porque, pese al indudable interés general y relevancia pública de los temas tratados, el mismo resultado se habría conseguido dejando constancia de que el demandante no había querido hablar, como así se hizo con otro de los antiguos miembros de ETA al que también se pretendió entrevistar.

En suma, aunque la jurisprudencia de esta Sala, más que la doctrina del Tribunal Constitucional, permita entender que el procedimiento de la cámara oculta puede no ser ilegítimo si resulta proporcionado al interés público de los hechos registrados (STS 16-1-2009, FJ 3º, párrafo último), pues no cabe descartar que mediante el mismo se descubran casos de corrupción política o económica al más alto nivel que deban ser conocidos y transmitidos a la opinión pública con la contundencia inherente a la grabación de la imagen y la voz, es indiscutible que esa proporción entre fines y medios no se daba en el presente caso, como por sí mismo demuestra el pobre resultado de la grabación difundida” (F.D. 8º) [C.N.A.].

Jurisprudencia: intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen: divulgación de fotos del demandante, captadas sin su consentimiento mientras caminaba por las instalaciones de un hospital y cuando se encontraban en el interior de una urbanización privada.

STS (Sala 1ª) de 10 de julio de 2014, rec. nº 323/2012.

“(…) El derecho a la propia imagen atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública y a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia

imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad - informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde (...). El derecho a la propia imagen se encuentra sujeto a limitaciones derivadas de los demás derechos fundamentales, de las leyes (arts. 2.1 y 8 de la Ley Orgánica 1/82), de los usos sociales (art. 2.1) o de la concurrencia de singulares circunstancias, diversas y casuísticas, de variada índole subjetiva u objetiva, que, en un juicio de ponderación y proporcionalidad, excluyen la apreciación de la ilicitud o ilegitimidad de la intromisión (STS de 12 de marzo de 2014, recurso núm. 2365/2011).

(...) En cada caso concreto y atendiendo al peso relativo de todos los derechos enfrentados, esa preeminencia en abstracto de las libertades de expresión e información puede llegar a revertirse a favor de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

(...) Para que pueda considerarse justificada una intromisión en los citados derechos fundamentales (honor, intimidad y propia imagen) es preciso que la información o la expresión se refiera a asuntos de relevancia pública o interés general, ya por la propia materia a la que se refiera la noticia o el juicio de valor, o por razón de las personas, esto es, porque se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (...) -la cual se reconoce en general por razones diversas, no solo por la actividad política, también por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias-, sin que, desde el punto de vista de la libertad de información, a la hora de valorar el interés general informativo, sea absolutamente determinante la naturaleza y contenido de los programas o publicaciones o su calidad televisiva, la cual no puede excluir 'a priori' su trascendencia para la formación de una opinión pública libre -que no sólo depende de programas o publicaciones en los que se aborde directamente información sobre temas políticos o se promueva la expresión de opiniones sobre estos, sino de todos aquellos que, cualquiera que sea su objeto o su formato, sean susceptibles de influir sobre la opinión pública-, sin perjuicio de que deba dispensarse una baja protección a la información que busca solo la satisfacción del interés o la simple curiosidad que suscita el conocimiento de la vida íntima de las personas a las que, en determinados círculos sociales, se atribuye especial relevancia. En esta línea el Tribunal Constitucional, en su reciente STC 19/2014 afirma que los hechos sobre los que se informe 'deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada (STC 12/2012, FJ 4), lo que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento (STC 134/1999, FJ 8, entre otras muchas) (STC 190/2013, de 18 de noviembre, FJ 6) y que sólo tras haber constatado la concurrencia de esta circunstancia resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático (en este sentido, STC 29/2009, de 26 de

enero , FJ 4)’ y también que ‘si bien es aceptable que el concepto de interés noticiable sea aplicado a los programas de entretenimiento, dicho carácter del medio o de las imágenes publicadas no permite eludir ni rebajar la exigencia constitucional de relevancia pública de la información que se pretende divulgar al amparo de la libertad de información. De aceptarse ese razonamiento, la notoriedad pública de determinadas personas -que no siempre es buscada o deseada- otorgaría a los medios de comunicación un poder ilimitado sobre cualquier aspecto de su vida privada, reduciéndolas a la condición de meros objetos de la industria de entretenimiento’.

(...) En cuanto al derecho a la propia imagen, entre las circunstancias que deben tomarse en cuenta en la ponderación destaca la determinación de la intensidad con la que se afecta el derecho a la propia imagen tomando en consideración su dimensión teleológica (SSTC 156/2001, FJ 6; 144/2003, FJ 5 y 72/2007, FJ 3) cuya trascendencia viene también puesta de relieve por el hecho de que, con carácter general, en los casos de fotografías difundidas públicamente, el canon de relevancia que permite la afectación sobre el derecho a la propia imagen ha de ser necesariamente más tenue que el que faculta a una intromisión en los derechos al honor o a la intimidad, en la medida en que es también menor la consecuencia lesiva sobre la dignidad que tiene en sí misma la mera reproducción gráfica de la representación externa de una persona (ATC 176/2007, de 1 de marzo, FJ2). También debe valorarse la conducta previa del afectado por la difusión no consentida de la propia imagen, ‘como ocurre cuando la propia y previa conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con él’ (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5 ; 14/2003, de 28 de enero , FJ 5). En esta línea, el TC ha declarado en otras ocasiones, ‘aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de esa relevancia pública, pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad que adquiera su figura y sus actos’ (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 7) (...). Sin embargo, el TC otorga mayor protección a la propia imagen tras negar relevancia informativa a fotografías o imágenes que se limitan a revelar aspectos íntimos, de nula trascendencia para la comunidad, con el fin único de satisfacer la curiosidad ajena, generada por los propios medios de comunicación, precisando la STC 19/2014 , con cita de la STC 83/2002 , que ese interés ‘no debe ser confundido con un interés público digno de protección constitucional’ pues ‘No cabe identificar indiscriminadamente interés público con interés del público, o de sectores del mismo ávidos de curiosidad.’” (F.D. 6º).

“(...) El juicio de ponderación debe partir de lo dicho al respecto de que solo se justifica el mantenimiento de la posición prevalente de la libertad de expresión si esta viene referida a asuntos de interés general o relevancia pública, respecto de lo cual la reciente jurisprudencia del TC viene afirmando en supuestos de conflicto

con el derecho a la propia imagen y con el derecho a la intimidad que ‘no cabe identificar indiscriminadamente interés público con interés del público, o de sectores del mismo ávidos de curiosidad. Curiosidad que, lejos de justificar una merma del derecho a la intimidad, es de la que ha de quedar a salvo ese ámbito de reserva personal constitucionalmente protegido’ (STC 19/2014, con cita de la STC 7/2014).

(...) El juicio de ponderación también ha de atender a si resulta o no posible apreciar la concurrencia de la excepción que contempla el artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/82 , que excluye que el derecho a la propia imagen resulte afectado por su captación, reproducción o publicación por cualquier medio en supuestos en que dicha imagen venga referida a personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y cuya imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. Como ha recordado la reciente STS de 10 de febrero de 2014, recurso núm. 2298/2011 , ‘la interpretación que ha de merecer la excepción de hallarse la persona fotografiada en un lugar abierto al público ha de ser finalista y no meramente literal; y que a este respecto, como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, no cabe entender como lugar abierto al público todo aquél al que cualquier persona pueda tener acceso en un momento determinado sino el que resulta de uso normal por una generalidad de personas que acceden a él fuera del ámbito estricto de su vida privada y que comporta que, en tal supuesto, la persona pública, despojada en tal caso de su derecho a disponer de la propia imagen, haya de soportar simplemente las molestias que pueda causarle la captación y reproducción de su figura física sin su consentimiento’. Esto significa que ‘el interés público cede ante el derecho de toda persona a una protección efectiva en el ámbito estricto de su vida privada ante el acoso y persecución que soportan en razón a su notoriedad, en aquellos casos en los que buscan expresamente esa privacidad frente a una posible captación y reproducción de su imagen. Y es que una cosa es que los personajes con notoriedad pública ven inevitablemente reducida su esfera de intimidad, y otra distinta que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorizado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (SSTC 134/1999; 115/2000), doctrina predicable igualmente del derecho a la propia imagen (Sentencia de 12 de julio de 2002 , entre muchas más), siendo lo relevante en este caso que no prestaron consentimiento expreso o tácito ni a la obtención de las fotos y a la publicación ulterior de las mismas, y que no es posible exigir un aislamiento espacial extraordinariamente gravoso de estas personas para poder disfrutar de la privacidad a la que también tienen derecho ante el acoso de determinados medios de comunicación’.

Este conjunto doctrinal permite apreciar la vulneración del derecho a la propia imagen del actor pues constituye un hecho probado que (...) se divulgaron fotos del demandante captadas sin su consentimiento mientras caminaba por las instalaciones de un hospital y (...) cuando se encontraban en el interior de una

urbanización privada. Además del nulo interés o relevancia general que tenían esas informaciones gráficas, en tanto que en el caso de la imagen de la pareja se limitaban a revelar una relación sentimental que tenían perfecto derecho a mantener reservada, y que (...) no aportaba ningún dato de interés, a la inexistencia de relevancia se suma la no concurrencia de las excepciones legales pues la doctrina contenida en la STS de 10 de febrero de 2014 descarta la concurrencia de la referida excepción del art. 8.2.a) LO 1/1982 cuando las fotos se obtienen en ‘el espacio de uso común de una urbanización privada, al que lógicamente tienen acceso en exclusiva los habitantes de dicha urbanización y las personas que les acompañan en un momento determinado. Es a la observación de estos últimos a la que se expone el personaje público mediante la utilización de dichas instalaciones (en este caso la piscina y su entorno) que comparte con ellos, sin que tal presencia pueda justificar la reproducción de su imagen en una revista de amplia difusión mediante fotografías captadas a distancia y sin su consentimiento’. Y otro tanto puede afirmarse de las fotos obtenidas en el parking de un hospital, pues no hacen mención alguna a la actividad profesional del actor ni a hecho alguno de interés público, sino que le representan -como reconoció el propio fotógrafo que las comentó durante su intervención- mientras caminaba en una actividad de carácter puramente privado como era visitar a su esposa que se encontraba ingresada, aspecto que por más que pudiera despertar la curiosidad ajena no cabe confundir con un interés público general y menos aún, cuando para su obtención ha quedado constancia del acoso sufrido” (F.D. 7º) [C.N.A.].

Jurisprudencia: intromisión ilegítima en la propia imagen de una víctima de atentado terrorista por la publicación de un reportaje periodístico sin consentimiento de sus representantes legales.

STS (Sala 1ª) de 2 de octubre de 2014, rec. nº 979/2012.

(...) Como tiene establecido el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, el derecho a la propia imagen ‘pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual. En definitiva, lo que se pretende, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas (ATC 28/2004, FJ 3). En consecuencia, la facultad otorgada por este derecho consiste, en esencia, en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial,

científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde (SSTC, además de las dos anteriormente citadas, 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2 y 83/2002, de 22 de abril, FJ 4). Y lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación’ (STC de 21 de octubre de 2013, Fundamento Jurídico Sexto).

(...) Para este Tribunal tampoco cabe ninguna duda de la identificación de la misma, que bien se cuida la propia periodista de realizar, cuando en la primera página del reportaje, y aludiendo a la fotografía que la está ilustrando afirma que ‘la primera cama de la fila de la izquierda, vestida con una colorida mantita decorada con un Piolín, está ocupada por una joven de 29 años (no es difícil, aunque nadie quiera decir, intuir que es ella; las otra mujeres que están postradas en la sala evidencian mucha más edad). Hace hoy justo tres años que se sumergió en esta suerte de profunda inconsciencia. La historia de Alejandra...’.

Por último, en relación al interés público, recordar que para ilustrar un reportaje, no es necesario vulnerar los derechos de una paciente, inerte ante su dramática situación, totalmente indefensa, y saltándose todos los controles que han querido establecer sus padres para que no se exhiba su precaria situación.

Jurisprudencia: derecho a la intimidad y a la propia imagen: intromisión ilegítima derivada de la emisión de fotografías de un torero durante una capea en finca privada tomadas sin consentimiento en un programa televisivo.

STS (Sala 1ª) de 14 de octubre de 2014, rec. n.º 2327/2012.

“(...) el motivo primero y segundo del recurso deben ser estimados, atendiendo a la ponderación que esta Sala considera debe realizarse en la confrontación entre el derecho a la información de la parte recurrida y el derecho a la imagen e intimidad del demandante recurrente. En esta ponderación se ha atendido a los siguientes elementos:

1º) El interés público de la información.

El demandante es una persona con proyección pública. Un examen de las circunstancias del caso revela que (...) puede ser considerado como una persona con proyección pública, en el sentido de que goza de gran celebridad y conocimiento público, pero esta celebridad no deriva del ejercicio de funciones públicas o de la realización de actividades de especial trascendencia política o económica, sino por ser un conocido matador de toros, hijo y nieto de toreros (STS de 17 de junio de 2009, RC n.º 558/2005), que goza de celebridad derivada

de su posición social, de su condición de torero y de su asiduidad en los medios informativos dedicados a la crónica social.

(...) Sin embargo, este hecho no puede suponer en sí una patente de corso para los medios informativos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia *Mosley contra Reino Unido* (10-05-2011) afirmaba que ‘la prensa no debe traspasar los límites que establece, entre otras, la protección de los derechos de los demás’, incluidos los requisitos de obrar de buena fe y sobre la base de unos hechos veraces y ofrecer una información ‘fiable y precisa de acuerdo con la ética periodística’. Desde la perspectiva del contenido de la información, en esta misma sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se afirmaba que si bien el público tiene derecho a acceder a una amplia variedad de publicaciones que abarquen distintos campos, en los reportajes que tienen por objetivo satisfacer la curiosidad de un público en particular en relación con los aspectos de la vida privada de una persona, el interés público que justifica la injerencia ha de ‘centrarse en si la publicación atiende al interés público, y no si el público puede tener interés en leerla’. En este caso, la información que se transmite a través de la fotografía, es la de un personaje público, de profesión torero, frente a una res en posiciones propias de su profesión. Desde esta perspectiva, puede decirse, al ir conectado con su profesión, existiría un interés público en difundir unas imágenes de un torero toreando. En esta línea el Tribunal Constitucional, en su reciente STC 19/2014 afirma que los hechos sobre los que se informe ‘deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada’ (STC 12/2012 , FJ 4).

(...) Sin embargo, la información no afecta solo a la imagen de un torero en posiciones propias de su profesión, sino que se trata de un torero en una capea celebrada en una finca particular, y en un evento de carácter privado, afectando así a su intimidad. La circunstancia relativa al carácter privado del acto, puede deducirse de los propios comentarios realizados por la demandada, que (...) permiten enmarcar las fotografías en un determinado contexto, al afirmar que las imágenes fueron captadas en una finca particular. También apoya esta valoración la vestimenta utilizada por el recurrente, ropa de calle y no el típico traje de luces de su profesión, las imágenes de las personas que pueden apreciarse en una de las fotografías, sentadas en sillas, en una terraza de la finca, que no en un tendido, con vistas a la plaza anexa al edificio, en tono distendido, en posiciones propias de quienes acuden a un acto privado. El carácter privado del acto impide por este hecho que pueda considerarse prevalente el derecho de información, al suponer la entrada en un ámbito íntimo de la persona, por muy relacionado con su profesión que esté, en el que el espectáculo ofrecido fue reservado para aquellos que, dentro de su esfera íntima el demandante decidió, sin que consintiera que dicha información gráfica se difundiera públicamente.

(...) El interés público, en la medida que afecta al ámbito privado de una persona, resulta escaso. En esta valoración habría que añadir, coincidiendo con la sentencia recurrida, que desde la perspectiva del tipo de programa en el que se insertan las

fotografías, el interés también resulta relativo al tratarse de un programa de crónica social, en el que la información dada tiene una finalidad de entretenimiento, menos susceptible de influir en la formación de la opinión pública libre.

(...) 3º) En relación al derecho a la propia imagen, lo que se protege es el aspecto físico de una persona, incluso cuando en función de las circunstancias no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación. En el supuesto de que la libertad de información colisione con el derecho a la propia imagen, si bien el consentimiento (artículo 2.2) es presupuesto legitimador de la intromisión en los derechos de la personalidad, y por tanto, también en el derecho a la propia imagen, no puede ignorarse que es doctrina constante y pacífica de esta Sala que para apreciar la existencia de dicho consentimiento es preciso que sea expreso, por escrito o por actos o conductas de inequívoca significación, y que verse tanto sobre la obtención de la imagen como sobre su concreta publicación en un determinado medio de comunicación social, sin que sea admisible desviar el objeto del consentimiento.

(...) Además, la apreciación del carácter ilegítimo del ataque precisa que pueda descartarse la concurrencia de las excepciones que contemplan los tres apartados del artículo 8.2 de la Ley 1/82, en particular, que los 7 hechos no puedan subsumirse en el supuesto de hecho del apartado a) que conduce a no reputar ilegítima la captación, reproducción o publicación de imágenes referidas a personas que ejercen cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, siempre que la imagen se obtenga en acto público o lugar abierto al público, pues en esos casos no resulta relevante la ausencia de consentimiento, teniendo dicho esta Sala al respecto (STS de 21 de octubre de 1997, con cita de la STC 99/1994 de 11 de abril) que en caso de ser apreciada dicha excepción ‘hace decaer el derecho a la propia imagen a favor del derecho a la libertad de información cuando su objeto sea de interés público o verse sobre personas de notoriedad pública y siempre que la información divulgada se realice en el ámbito público’. (...) El Tribunal Constitucional otorga mayor protección a la propia imagen tras negar relevancia informativa a fotografías o imágenes que se limitan a revelar aspectos íntimos, de nula trascendencia para la comunidad, con el fin único de satisfacer la curiosidad ajena, generada por los propios medios de comunicación, precisando la STC 19/2014, con cita de la STC 83/2002, que ese interés ‘no debe ser confundido con un interés público digno de protección constitucional’ pues ‘no cabe identificar indiscriminadamente interés público con interés del público, o de sectores del mismo ávidos de curiosidad’.

Los argumentos esgrimidos por la parte recurrente para defender su derecho a la imagen, se encuentran todos vinculados con su intimidad, que se ha considerado vulnerada, al considerar acreditado que las imágenes fueron tomadas en un acontecimiento privado, en una finca privada. Este hecho, al no estar amparado por la exención de que la imagen se tomara en un acto público o lugar abierto al público, determina, al faltar el consentimiento del actor para su difusión en un

medio televisivo de alcance nacional, que se haya producido también una intromisión en la imagen del recurrente” (F.D. 7º) [C.N.A.].

Jurisprudencia: derecho a la intimidad y a la propia imagen: intromisión ilegítima derivada de la publicación en prensa rosa de fotografías en desnudo tomadas clandestinamente en una sala solitaria.

STS (Sala 1ª) de 23 de junio de 2015, rec. nº 2409/2013.

“1. Teniendo en consideración que (...) se le ha estimado por la sentencia de instancia la intromisión en el derecho a la propia imagen por la captación de fotografías en un lugar solitario, buscado de propósito para asegurarse la privacidad, la cuestión se contrae a si tales hechos suponen también una intromisión en su derecho de intimidad (...) Lo que se plantea, en síntesis, es que las imágenes publicadas no sólo han vulnerado el derecho a la propia imagen, sino también su derecho a la intimidad corporal por concurrir los presupuestos para considerar que se ha producido una intromisión ilegítima. El actor en su trayectoria profesional ha mantenido determinadas partes de su cuerpo dentro de su ámbito íntimo y si aquí se encontraba desnudo obedecía al contexto en que se produjo la captura fotográfica, a saber, una playa solitaria buscada de propósito que fue lo que le indujo a desprenderse del bañador.

2. Sobre la intromisión ilegítima no sólo en el derecho a la propia imagen sino también en el derecho a la intimidad mediante los mismos hechos se ha pronunciado la Sala. En la sentencia de 12 septiembre 2011, Rc. 941/2007 se recogía que hubo intromisión en el derecho a la intimidad de los demandantes porque las imágenes los representaban en momentos que la mayoría de las personas, y también los demandantes, reservan para sí mismas, sin exponerlos a la curiosidad ajena. La sentencia de 24 julio 2012, Rc. 280/2010, concluye que en el análisis de los derechos fundamentales en colisión hay que partir de la prevalencia del derecho a la libertad de información en un Estado Democrático de Derecho, añadiendo que las imágenes publicadas podían tener interés público, aunque débil en la ponderación, que es el interés propio de los medios pertenecientes al género del entretenimiento, plenamente admitido por los usos sociales, para el que puede ser noticia el físico de una reconocida actriz, pero la difusión de las imágenes captadas de forma furtiva de su cuerpo semi-desnudo en un lugar apartado supone una intromisión ilegítima en su imagen y en su intimidad. Consecuencia de lo razonado es que si concurren en el supuesto que se enjuicia, a juicio de la sentencia de instancia, los presupuestos para considerar que ha existido una intromisión ilegítima en el derecho del actor a la propia imagen también se ha de estimar la intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad.

El motivo se estima” (F.D. 9º).

“(…) la valoración de la prueba supera el test constitucional de racionalidad (...) pues, con independencia de que la sala tuviese carácter público, lo cierto es que las

fotos se captaron furtivamente en un lugar apartado buscado de propósito para tomar el sol y bañarse con privacidad.

Recoge la STS de 18 noviembre 2008, Rc. 29/2004 que: ‘efectivamente la imagen de los demandantes fue obtenida de modo clandestino, y publicada sin su consentimiento, cuando se encontraban en un lugar que, por su naturaleza, era escasamente frecuentado, lo que de propósito habían buscado para sustraerse a la curiosidad ajena y poder desenvolverse libremente en un ámbito de privacidad; sin que, desde luego, su derecho fundamental a la salvaguarda de la propia imagen pueda decaer frente a lo que, con el mayor de los desprecios al daño causado, constituye un atentado a tales derechos movido por un ánimo en el que, evidentemente, prevalece el interés puramente lucrativo.’ (F.D. 11º) [C.N.A.].

Jurisprudencia: derecho al honor y a la propia imagen: intromisión ilegítima derivada de la difusión televisiva de un reportaje de investigación sobre fraude a compañías aseguradoras con proyección de imágenes.

STS (Sala 1ª) de 29 de junio de 2015, rec. nº 145/2013.

“(…) El motivo segundo, fundado también en infracción del art. 20 de la Constitución, impugna la apreciación de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, alegándose que el rostro del demandante aparecía pixelado, lo que impedía su reconocimiento. Se alega al respecto que el derecho a la propia imagen debió ser analizado como derecho independiente y autónomo respecto del derecho al honor, y que en la afectación de la propia imagen como derecho fundamental constituye un presupuesto la ‘reconoscibilidad’, esto es, que la persona pueda ser identificada, lo que no pudo suceder en este caso por aparecer la imagen del Sr. Rafael pixelada, de modo que el demandante no podía ser reconocido salvo por su círculo más íntimo.

(…) el demandante-recurrido ha alegado que el derecho a la propia imagen es un derecho que goza de autonomía y que puede ser vulnerado simultáneamente con el derecho al honor, así como que en este caso la circunstancia de que se pixelaran las imágenes del demandante no es obstáculo para apreciar la vulneración de dicho derecho fundamental, dado que pudo ser identificado, de manera que el dato no controvertido de que solo pudo serlo por un grupo de personas perteneciente a su círculo íntimo solo ha de valorarse en el plano de la reparación del daño, pues de no haberse pixelado su imagen, la indemnización habría tenido que ser de mayor cuantía” (F.D. 3º).

“(…) la jurisprudencia viene diciendo que pretende tutelar ‘la representación gráfica de la figura humana visible y reconocible, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción’ (STS de 14 de mayo de 2010, rec. nº 1570/2007), a fin de ‘impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad - informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o

difunde' (STS de 7 de mayo de 2014, rec. nº 1978/2011), tratándose de un derecho autónomo que no cabe confundir con una de las manifestaciones del honor en sentido objetivo, esto es, la 'imagen pública', la consideración pública, la reputación o la idea que los demás tienen de uno mismo (así lo ha entendido esta Sala, por ejemplo, en recientes SSTs de 1 de julio de 2014, rec. nº 3006/2012, y 23 de julio de 2014, rec. nº 462/2012).

(...) se discute si el hecho de que el demandante solo pudiera ser reconocido por su círculo más íntimo ha de excluir la existencia de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen o, por el contrario, si como entendió la sentencia recurrida, se trata de una circunstancia que no impide apreciar la vulneración y que solo tiene incidencia a la hora de cuantificar el daño ocasionado por la intromisión.

(...) En relación con el derecho a la propia imagen, la doctrina de esta Sala (por ejemplo, SSTs 4 de febrero de 2014, rec. nº 2229/2011, y 31 de mayo de 2010, rec. nº 1651/2007) viene afirmando que la escasa relevancia no impide que la intromisión se haya realizado, 'pues la identificabilidad no se mide en relación con la reconocibilidad por un círculo mayor o menor de personas, bastando incluso que lo sea en el ámbito más íntimo familiar o de allegados' (STS de 31 de mayo de 2010, rec. nº 1651/2007), por más que pueda tomarse en consideración para la determinación del daño y su indemnización, ya que uno de los parámetros que debe ser tenido en cuenta es la difusión (STS 4 de febrero de 2014, rec. nº 2229/2011)" (F.D. 4º) [C.N.A.].

Jurisprudencia: derecho a la propia imagen: intromisión ilegítima derivada de la publicación de una fotografía de un menor tomada por su tío para ilustrar un reportaje sobre exhibición de cetrería.

STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 2015, rec. nº 2895/2013

"(...) Lo que plantea el recurso es si la publicación en un medio de difusión cultural de una fotografía en la que aparece el menor, hijo de la actora, en brazos de una familiar intentando acariciar a un ave rapaz es constitutivo de vulneración del derecho a la propia imagen del menor. La respuesta es afirmativa.

(...) Ni la forma en que se obtuvo el fotograma, ni el contenido visual de la imagen, que fue elegida para su publicación por cuanto resultaba estéticamente bella y atractiva, ni la finalidad de la publicación y su repercusión, son datos que pueden ser valorados. La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce en virtud del artículo 4 LPJM por la inclusión de la imagen del menor en una revista con independencia de los fines perseguidos por su publicación o de que pudiera o no afectar a la reputación del afectado, lo que permitiría entrar en juego la vulneración de otros derechos fundamentales, como el honor y la intimidad personal. El acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del uso de la imagen

en atención a sus fines (STS 19 de noviembre 2008), lo que no es del caso, y el derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (SSTS 27 de marzo 1999; 24 de abril de 2000; 19 de noviembre 2008).

Tampoco lo justifica el hecho de que la fotografía fuera obtenida por el tío del menor. Lo decisivo es la entrega de esta fotografía de un codemandado a otro sin que se acredite la existencia del consentimiento necesario para su publicación” (F.D. 2º) [C.N.A.].

Jurisprudencia: intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de una menor por la publicación de fotografías no pixeladas, tomadas sin consentimiento del progenitor en un lugar público: la notoriedad pública de los progenitores no se comunica automáticamente a los menores.

SAP de Huelva (Sección 3ª) de 8 de junio de 2014, rec. nº 8/2013.

“(…) El artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, dispone que ‘Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley’: ‘5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2’. La lectura del artículo 8.2 nos permite comprobar que respecto de la hija menor de edad Palmira no nos encontramos en ninguna de las excepciones, pues obviamente se refiere a mayores de edad el apartado a) cuando permite ‘Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público’. Por tanto, el punto de partida indica que la publicación de fotografías de menores se trata de un acto contrario al artículo 7.5 de la L.O. 1/1982, en cuanto no está autorizada por los representantes legales de los menores la captación ni la reproducción de esas fotografías.

(…) En suma, para que la captación, reproducción o publicación por fotografía de la imagen de un menor de edad en un medio de comunicación no tenga la consideración de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982), será necesario el consentimiento previo y expreso del menor (si tuviere la suficiente edad y madurez para prestarlo), o de sus padres o representantes legales (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982), si bien incluso ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho a la propia imagen del menor si la utilización de su imagen en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses (art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996).

No pueden los demandados ampararse en una supuesta accesoriedad de la imagen de la menor o en la notoriedad de los personajes que aparecen en la fotografía, en función de lo establecido en el artículo 8.2 de la LO 1/1982 que indica que no se

reputarán intromisiones ilegítimas cuando la imagen aparezca como meramente accesoria o cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte en lugares abiertos al público o en derecho a la libertad de información para eludir lo que se considera una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la menor. En efecto, no puede en modo alguno considerarse que la imagen de la menor sea accesoria respecto de la de su padre, desde el momento en que la información se centra en que la imagen de la menor aparece con carácter principal, esto es, con el mismo protagonismo, al menos, que el padre, integradas en la información misma, como razona la sentencia apelada; la ‘imagen accesoria es aquella que se encuentra dentro de un reportaje gráfico de manera secundaria e intrascendente, no como imagen principal’, de modo que, en este caso, no podría concurrir, en modo alguno, la excepción a la existencia de intromisión ilegítima del artículo 8.2c) de la Ley 1/1982, al que se remite el 7.5 de la misma ley, con arreglo al que ‘el derecho a la propia imagen no impedirá la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria’.

La notoriedad pública o popularidad o el carácter de personajes públicos de los padres, como ‘factor modulador de la intensidad del derecho a la intimidad y a la propia imagen’, no se comunica automáticamente a los hijos menores que, como tales menores, y teniendo en cuenta la Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 2/2006, de 15 de marzo, citada por las impugnantes, tienen derecho al mismo grado de protección que cualquier menor frente a la curiosidad ajena, y la captación y reproducción de la imagen de los progenitores con sus hijos en lugares públicos no excluye la ilicitud de la intromisión en el derecho a la imagen de los menores, ni alberga la actuación de las demandadas en el ámbito constitucionalmente protegido de su libertad de información porque, aun cuando los hechos que relata en el reportaje tuvieran cierto interés para el público al que se dirige la publicación, la notoriedad pública de los padres, en cuanto no se comunica con automatismo a los hijos menores, ni se transfieren aquellos efectos moduladores a éstos, ni cabe apreciar notoriedad o proyección pública a los menores por su mera condición, no autoriza al medio de comunicación para ilustrar las informaciones o reportajes con las fotografías de dichos menores reconocibles en cuanto que, para informar a sus lectores de los hechos a que se refieren los reportajes, bastaba con ocultar, de forma efectiva, el rostro de los menores, ya que la divulgación de su fisonomía resultaría innecesaria al fin pretendido con la información publicada.

El hecho de que las fotografías se tomen en lugar público es también intrascendente en este caso.

(...) Del mismo modo, el hecho de que la imagen de la menor fuera ya conocida no permite publicar nuevas fotografías suyas prescindiendo de ese consentimiento. Existe, por tanto, vulneración del derecho a la propia imagen de la menor” (F.D. 2º) [C.N.A.].

Jurisprudencia: la difusión de una fotografía tomada con el consentimiento de la actora, sin que ésta conociera su finalidad posterior de difusión con fines publicitarios, conlleva una vulneración del derecho a la propia imagen: el consentimiento para su captación no conlleva autorización para su difusión.

SAP de La Rioja (Sección 1ª) de 30 de septiembre de 2014, rec. nº 162/2014.

“(…) Como señala la sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, nº 125/2010, de 15 de marzo, ‘El artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, establece que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto consentimiento expreso.

El consentimiento al que se refiere la ley presupone un suficiente y cabal conocimiento del fin para el que va a emplearse la imagen aceptada, de forma que, con base a dicho conocimiento, se pueda decidir sobre si se otorga o no permiso para que la misma sea utilizada. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de veinticuatro de Diciembre de 2003, señala que ha de concurrir para tener en cuenta el hecho excluyente relevante de responsabilidades que el consentimiento se presente expreso, lo que implica haber alcanzado del autorizante pleno conocimiento del destino de la fotografía, por haber mediado información previa suficiente; la Sentencia del Tribunal Supremo de veinticuatro de Abril de 2000, declara que el consentimiento debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre su concreta publicación en un determinado medio de comunicación social; y la de tres de Diciembre de 2008, afirma que la falta de información sobre el alcance mismo de que iba a gozar la difusión de la imagen captada, atañe al núcleo esencial del derecho fundamental.

Ahora bien, la exigencia de que el consentimiento sea expreso, no implica una derogación del principio de libertad de forma en los contratos, previsto en el artículo 1258 del Código Civil; (Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, 2ª, dieciséis de Abril de 2003); como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de veinticinco de Noviembre de 2002, no es necesario que se otorgue por escrito, y puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas.

En última instancia, es de advertir, al respecto, que la prueba de dicho consentimiento corresponde a quien lo alega, con base en lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.’

(…) En todo caso, partiendo de haber existido consentimiento de la actora en que se tomara la fotografía de que se trata, el consentimiento prestado en la captación no puede extenderse sin más a los actos posteriores de difusión; el acto de captación, reproducción o publicación se individualiza, requiriéndose autorizaciones separadas que legitimen una conducta concreta; y especialmente cuando las imágenes se utilizan para publicitar actividades comerciales, o

meramente publicitarias para captar usuarios para la prestación de servicios. Tal consentimiento no se ha acreditado concurrente en el caso que nos ocupa.

Señalar también que, en cuanto al derecho a la propia imagen, no concurren las circunstancias exculpatorias del artículo 8.2 de la L.O. 1/1982, puesto que ni se utiliza una caricatura de la actora, sino su clara, distinguible e inconfundible imagen; ni ésta es meramente accesoria a otro suceso o acaecimiento público, ni, pese a que la imagen se capta en lugar abierto al público, con lo que en principio podría haber sido vista por cualquier persona, tampoco concurre el requisito legal de que la actora sea una persona que ejerza un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública; y, en todo caso, además, el carácter notorio o proyección pública de la profesión no puede entenderse en sentido amplio, dando cabida a cualquier profesión que eventualmente pudiera suscitar un interés, sino en sentido restrictivo, en atención al carácter excepcional de la norma y a la finalidad tuitiva de la misma en relación con los derechos que regula.

Por tanto, ha de confirmarse la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la actora, asumiendo las consideraciones al efecto incluidas en la sentencia recurrida” (F.D. 1º) [C.N.A.].

Jurisprudencia: la pronta rectificación de una noticia periodística no implica la inexistencia de intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la propia imagen, aunque sí la atenuación del daño y la correspondiente responsabilidad.

SAP de Lugo (Sección 1ª) de 9 de octubre de 2014, rec. nº 310/2014.

“(…) Su autor reconoció que había incluido una fotografía del demandante por error, confundiendo su identidad con la de uno de los detenidos en una operación policial, por lo que, el actor sufrió claramente una intromisión ilegítima en su derecho al honor y propia imagen, que si bien fue reparada parcialmente a través de la diligente rectificación de la noticia al día siguiente, causó un daño moral al demandante, más grave si cabe por su profesión de guardia civil, que hace nacer el derecho a ser indemnizado a pesar de que se produjese la mencionada rectificación. Al respecto debe tenerse en cuenta la propia resolución del Tribunal Constitucional citada por la parte apelante en la que se indica expresamente que el derecho de rectificación no suplanta la debida protección del derecho al honor, aunque sí la atenúa. (STC 30-03-1992)” (F.D. 4º).

“(…) La rectificación de la noticia al día siguiente de la publicación de la noticia, en cuanto fue advertido el error, y en unas circunstancias de publicidad similares, acredita la causación del daño si bien debe tenerse en cuenta que su entidad se minoró gracias a la diligencia profesional del periodista que supo rectificar de modo conveniente el error cometido, por lo que la indemnización que correspondería al actor habrá de verse minorada conforme a la doctrina jurisprudencial contenida entre otras en la STS 05-07-2004” (F.D. 5º) [C.N.A.].

Jurisprudencia: la autonomía de los derechos al honor y a la propia imagen conlleva su ponderación individualizada en el conflicto con la libertad de información y puede conducir a estimar la vulneración independiente de cada uno de ellos: publicación periodística de fotografías de un detenido sin pixelar, al cual se le imputan hechos delictivos todavía no enjuiciados.

SAP de Madrid (Sección 14ª) de 30 de diciembre de 2014, rec. nº 614/2014.

“(…) Es cierto que, a pesar de condenar a la empresa responsable del periódico por intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad y propia imagen, en su fundamentación jurídica solamente se recoge como lesionado el derecho al honor, aunque alude como unos de los elementos que conducen a la condena de la demandada el que se publicara la fotografía del demandante, mediante la que se le identifica físicamente cuando no se trata de un personaje público, lo que nos deja duda del alcance de la interpretación que se ha hecho de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En la STC 12/2012 se indica que ‘ha de recordarse que los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen, al igual que el derecho al honor reconocido en el mismo precepto constitucional, tienen sustantividad y contenido propio en nuestro ordenamiento, de modo que ninguno queda subsumido en el otro’. Es perfectamente factible, pues, que determinada actuación sea constitutiva de una vulneración del derecho al honor, y, sin embargo, no sea constitutiva de una agresión en los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

(…) El artículo 18.1 CE reconoce, junto al derecho al honor y el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen. Y para delimitar su contenido, no estará de más remitirnos de nuevo al Diccionario de la RAE en el cual se puede leer que imagen es ‘la figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa’. Como derecho fundamental de la personalidad, hemos de entender, por tanto, que imagen es la figura humana; o por decirlo de otra forma, el conjunto de cualidades físicas que determinan la apariencia externa de una persona y que permiten la identificación de la misma. Como tiene establecido el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias este ‘bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual. En definitiva, lo que se pretende, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas (ATC 28/2004, FJ 3). En consecuencia, la facultad otorgada por este derecho consiste, en esencia, en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde (SSTC, además de las dos anteriormente citadas, 81/2001, de 26 de

marzo, FJ 2 y 83/2002, de 22 de abril, FJ 4). Y lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación’ (STC de 21 de octubre de 2013, Fundamento Jurídico 6º)” (F.D. 6º).

“(…) La libertad de información por medio de la imagen gráfica tiene la misma protección constitucional que la libertad de comunicar información por medio de palabras escritas u oralmente vertidas y por ello no procede dar a la publicación de una fotografía un tratamiento distinto al que merece el conjunto de la información (STC 132/1995, 11 de septiembre, FJ 6). De ahí que, ‘en la ponderación mediante la que ha de resolverse la colisión de los derechos en conflicto -el de la libertad de información y el de la propia imagen-, siempre atendiendo a las circunstancias concurrentes, no debe darse a la fotografía un tratamiento distinto del que merece la información en su conjunto a la que se encuentra vinculada; de manera que, para que ceda el derecho a la propia imagen frente a la libertad de información, es necesario que, además de ser ésta veraz, exista un interés público en la captación y difusión de la imagen y, además, que dicho interés, a la vista de las circunstancias concretas, se considere constitucionalmente prevalente respecto del interés del perjudicado en evitar la divulgación de su imagen’ (STS de 5 de febrero de 2009)” (F.D. 8º).

“(…) Las noticias publicadas tienen evidente interés público, pues se trata de un tema de especial sensibilización en la opinión pública que tiene relevancia general y del que la opinión pública merecía estar informada. Al tratarse de información concerniente a procesos judiciales penales, no solo concurre el interés público en su difusión sino también el interés general, pues el interés público o general de la noticia se considera implícito en cualquier información que afecte a hechos o sucesos de relevancia penal.

(…) El mismo criterio debemos adoptar sobre el derecho a la propia imagen, recordando que el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982 indica que ‘el derecho a la propia imagen no impedirá: c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria’, concepto con el que la Ley hace referencia ‘a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico’ (STS de 19 de octubre de 1992), no concurriendo cuando no guarda relación con el contenido de la información escrita (STS de 19 de octubre de 1992) pero si en otro caso (SSTS de 21 de octubre y 28 de octubre de 1966, 7 de julio y 25 de septiembre de 1998, 27 de marzo de 1999 y 23 de abril de 2000).

Por otra parte, por la cierta similitud de los supuestos de hechos, podemos hacer referencia a la STS de 28 de diciembre de 1996 , que indicó que ‘la publicación simultánea, junto al texto escrito de la noticia, de la fotografía de un individuo que había sido objeto de acusación por el Ministerio Fiscal, como presunto autor de

un delito de violación, en un juicio oral celebrado con audiencia pública, no puede considerarse como atentatoria a la propia imagen de dicha persona (con total independencia del resultado favorable o adverso de dicho juicio), sino que ha de estimarse como una más de las excepciones a que se refiere el número 2 del artículo 8 de la Ley Orgánica 1/82, cuyos apartados son meramente enunciativos y no pueden considerarse como una relación exhaustiva y cerrada a cualquier otra procedente excepción.

(...) En orden al derecho a la propia imagen, la veracidad es inmanente salvo que se manipule la representación gráfica lo que no acontece en el presente caso.

(...) En conclusión, la consideración de las circunstancias concurrentes conduce a estimar que la libertad de información debe prevalecer sobre la vulneración del derecho a la imagen del demandante, aunque debemos aceptar que se ha vulnerado su honor al imputarle en los titulares de los reportajes periodísticos, sin respetar la presunción de inocencia y con ello la exigencia de veracidad, ser responsable de los lesiones que causaron la muerte a una menor de tres años” (F.D. 9º) [C.N.A.].

2. DERECHO DE FAMILIA

Jurisprudencia: El Auto de homologación por el que se reconoce eficacia civil a la resolución dictada por el Tribunal Eclesiástico por la que se declaraba la nulidad del matrimonio no adopta nuevas medidas y reconoce las ya dictadas en la sentencia de divorcio. Tal resolución no fue objeto de recurso y devino firme, sin que con posterioridad se haya producido cambio sustancial de las circunstancias que justifique su modificación.

STS (Sala 1ª) de 28 de abril de 2015, rec. nº 395/2014.

[Recurso extraordinario de infracción procesal] “(...) Aunque se articulan tres motivos, todos ellos aluden, en esencia a una sola queja jurídica, a saber la apreciación errónea que hace la sentencia de instancia de la excepción de cosa juzgada. (...) (F.D. 3º).

“Es cierto que el artículo 778 de la LEC al regular la eficacia civil de resoluciones de los Tribunales Eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio nato y no consumado prevé dos clases de procedimiento según se pida o no junto a la eficacia civil la adopción o modificación de medidas.

(...) También lo es que, en el caso enjuiciado se aprecia que el actor fue el que instó ante los Tribunales del Estado el divorcio y se mostró conforme con la pensión compensatoria para, más adelante, acudir no a los tribunales estatales sino a los eclesiásticos postulando una nulidad fundada en una causa de la que era consciente desde el inicio de su unión matrimonial.

Alcanzada ésta insta ante la jurisdicción estatal la homologación de la sentencia eclesiástica de nulidad.

El Juzgado de Primera Instancia número seis de Málaga dictó Auto el 22 julio 2010 acordando reconocer eficacia civil a resolución dictada por el Tribunal del Obispado de Málaga el día 29 diciembre 2009 por la que se declaró la nulidad del matrimonio celebrado en Málaga el día 24 diciembre 1976.

(...) Sin embargo dicha resolución fue más allá del simple reconocimiento mencionado al recoger expresamente que ‘en cuanto a la adopción de medidas no se solicita ninguna por cuanto no existen hijos menores y las condiciones del divorcio fueron reguladas por la sentencia dictada...’.

De ello se desprende con total claridad que la resolución da por cierto que la no solicitud de medidas obedece a la existencia y vigencia de las que se acordaron en la sentencia de divorcio.

(...) Tal resolución devino firme sin que la parte recurrente acudiese a ningún remedio procesal para dejar sin efecto tal consideración; de forma que se reservase para otro procedimiento la adopción o modificación de medidas que interesarse a causa de la reconocida eficacia civil de la sentencia eclesiástica.

(...) Esta Sala no entra en la bondad del contenido de este Auto sino sólo en su firmeza, siendo por ello cosa juzgada, pero no porque el recurrente no hiciese uso de todos los alegatos fácticos y jurídicos que tenía a su disposición (artículo 400 LEC) sino por haber aceptado la vigencia y eficacia de las medidas que fueron acordadas en la sentencia de divorcio, de forma que cualquier modificación sólo vendrá justificada por la existencia de un cambio sustancial posterior de las circunstancias existentes cuando devino firme el Auto de 22 julio 2010.2 (F.D. 4º).

“Procede, pues, desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y, por ende, el de casación que venía condicionado a la estimación del anterior” (F.D. 5º) [P.M.R].

Jurisprudencia: El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden: el principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.

STS (Sala 1ª) de 18 de mayo de 2015, rec. nº 2302/2013.

“El Ministerio Fiscal formula recurso de casación por interés casacional contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid -Sección 1ª- que limita el uso de la vivienda familiar, atribuida a la esposa, como custodia de un hijo común del matrimonio, ‘hasta el momento de liquidación de la sociedad de gananciales con un límite máximo de 3 años’.

(...) La sentencia, señala el Ministerio Fiscal en su recurso, es contraria a la doctrina de esta Sala (SSTS 1 de abril 2011, que fija doctrina, 14 de abril o 5 de septiembre de 2011), sobre la no limitación temporal del uso de la vivienda familiar cuya atribución regula el artículo 96 del CC; todas ellas sostienen que no cabe la atribución del uso del domicilio con carácter temporal en medidas definitivas en los procesos matrimoniales o de regulación de relaciones paterno filiales por ruptura de una unión de hecho” (F.D. 1º).

“El recurso se estima.

(...) El art. 96 CC establece - STS 17 de octubre 2013 - que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art.233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011).

(...) Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, no solo se opone a lo que establece el art. 96.1 CC, sino que se dicta con manifiesto y reiterado error y en contra de la doctrina de esta Sala, incluida la sentencia de 17 de junio de 2013, según la cual "hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios...

Nada de esto se produce en el presente caso en el que la vivienda tiene carácter familiar y no existe ninguna otra vivienda que permita dar cobertura a los intereses del hijo, salvo la que resulte de una hipotética venta de la actual y compra de una nueva que permita su alojamiento transcurridos unos años" (F.D. 2) [P.M.R.].

Jurisprudencia: El TS declara que la ponderación de las circunstancias contempladas en el artículo 97 del CC para el establecimiento de la pensión compensatoria y en su caso su cuantía, debe realizarse con prudencia, ponderación y criterios de certidumbre. El reconocimiento del derecho a pensión compensatoria, incluso con un límite temporal no impide el juego de los artículos 100 y 101 del CC.

STS (Sala 1ª) de 2 de junio de 2015, rec. nº 507/2014.

“(…) Las circunstancias que prevé el artículo 97 CC o factores en él contemplados (SSTS 14 de febrero 2011, Rc. 523/2008; 27 de junio 2011, Rc. 599/2009) tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitan fijar la cuantía de la pensión. Pero a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar la cuantía de ella el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia, ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, como recoge la sentencia de 10 febrero 2005, Rc. 1876/2002, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que, es ajena a lo que se ha denominado ‘futurismo o adivinación’”.

5. Si se aplica esta doctrina al motivo enjuiciado este debe ser estimado, pues toda la motivación de la sentencia recurrida sobre la venta de la vivienda, compra de otra más pequeña y obtención de liquidez, ‘ratio decidendi’ esencial de ella, opera sin unos elementos fácticos sólidos para poder llevar a cabo ese juicio prospectivo, pues, con independencia del futurible o adivinación de la superación de la crisis económica e inmobiliaria, aunque así fuese se echa en falta un estudio de mercado singular de la vivienda en cuestión que justifique esa operación a cinco años que se aventura.

Las circunstancias ya mencionadas de la recurrente lejos de conducir a una previsión favorable de una fácil reinserción en la función reequilibradora de la pensión en el modo decidido, indican más bien lo contrario.

(...) Por tanto, constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC ‘si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas -alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC)’” (F.D. 3º) [S.R.I.L.].

Jurisprudencia: Cuando la modificación de la medida que afecta a la pensión compensatoria consiste en una mera suspensión transitoria, la misma puede empezar a desplegar sus efectos desde la interposición de la demanda sin infringir por ello la doctrina según la cual en la modificación de medidas los efectos se despliegan desde que se dictan de acuerdo con el artículo 775.3 de la LEC.

STS (Sala 1ª) de 17 de junio de 2015, rec. nº 2368/2013.

“Motivo primero y único. De la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, establecida en interpretación del art. 106 del Código Civil sobre la improcedencia de la retroacción de los efectos de una resolución estimatoria en los procesos de modificación de medidas definitivas establecidas por sentencia anterior. Sentencias de 3-10-2008, núm. 917/2008, dictada en recurso 2727/2004 y de 26-10-2011, núm. 721/2011, dictada en recurso 926/2010.

Se desestima el motivo.

Se alegó por el recurrente que la resolución recurrida infringió la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala de 3 de octubre de 2005 y 26 de octubre de 2011, en las cuales se establece que en los supuestos de modificación de medidas, los efectos se despliegan desde que se dictan, de acuerdo con el art. 775.3 de la LEC.

Ciertamente esta Sala ha desarrollado la doctrina mencionada con relación a las pensiones alimenticias, para supuestos de modificaciones con vocación de permanencia;

(...) Sin embargo, en el presente caso nos encontramos con una propuesta de modificación de pensión compensatoria que puede dilatarse en el tiempo, pero que, sin duda, será transitoria y subsistirá mientras dure la incapacidad laboral del Sr. Millán, en definitiva se trata de una mera suspensión.

Debe declarar esta Sala que en la resolución recurrida no se da eficacia retroactiva a sus pronunciamientos sino que en base a la transitoriedad de la solución acordada, y para evitar una respuesta judicial tardía se valora la fijación de una

fecha compatible con la demanda, de tal manera se responde al necesario equilibrio que con legitimidad solicita el demandante.

Por tanto, debe desestimarse el recurso al no infringir la doctrina jurisprudencial, dado que en ésta el pronunciamiento sobre alimentos es referido a un cambio prolongado, mientras que en el presente supuesto (pensión compensatoria) predomina la transitoriedad, sin que el suceso pueda calificarse de fugaz o efímero” (F.D. 2º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: La extinción de alimentos de la hija mayor de edad ha de apreciarse por el Tribunal tras el análisis de la concreta potencialidad de la hija para insertarse laboralmente. La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular cuando no existen hijos menores dependientes exige la acreditación de que su interés sea el más necesitado de protección.

STS (Sala 1ª) de 17 de junio de 2015, rec. nº 1162/2014.

“El presente procedimiento versa sobre modificación de medidas de alimentos de la común hija (...) y sobre el cese de la adscripción de la vivienda familiar” (F.D. 1º).

“Alega la recurrente que se viola la doctrina jurisprudencial al dejar sin efecto la pensión de alimentos a la hija mayor de edad, por el mero hecho de su edad y formación académica, sin tener en cuenta su capacidad concreta de encontrar trabajo.

(...) Este motivo debe desestimarse, pues en la sentencia recurrida, se respeta la doctrina jurisprudencial, sin perjuicio de entender en cuanto valoración probatoria que la hija no tiene obstáculo alguno para insertarse laboralmente, dada su edad y excelente formación académica (licenciatura y estudios en el extranjero).

La referida doctrina jurisprudencial ha de ser aplicada al caso concreto y de ello puede deducirse que no está vedado al tribunal de segunda instancia apreciar, conforme a derecho, la concreta potencialidad de la hija, que ha sido lo que ha realizado la Audiencia Provincial, con arreglo a parámetros lógicos y jurídicos” (F.D. 4º).

“Alega la recurrente que se desafecta el uso de la vivienda por el solo motivo de suprimir la pensión alimenticia para la hija mayor de edad. Invoca la sentencia de esta Sala de 5 de septiembre de 2011, en cuanto cita el art. 96 del C. Civil, para posibilitar que se fije un plazo prudencial al cónyuge cuando las circunstancias fueran aconsejables, si su interés fuese el más necesitado de protección.

(...) Para poder estimar el presente motivo de recurso, se habría hecho necesario que la recurrente hubiese razonado su posición de mayor necesidad, lo que no ha hecho, más que en referencia a la estancia de la hija, mayor de edad, en la vivienda.

Consta en las actuaciones que ella es funcionaria, él pensionista (con minusvalía) y que la vivienda es privativa del que fue su esposo, por lo que no se puede apreciar que el interés de ella sea el más necesitado de protección” (F.D. 5º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: Con la finalidad de garantizar la eficacia de la medida de protección adoptada y atendiendo al interés superior del menor, la Entidad Pública tiene competencia para suspender las visitas y las relaciones del menor con la familia biológica.

STS (Sala 1ª) de 18 de junio de 2015, rec. nº 722/2014.

“(…) ‘La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada’” (F.D. 3º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente.

STS (Sala 1ª) de 23 de junio de 2015, rec. nº 1097/2014.

“(…) la sentencia de apelación, estimando en parte el recurso de la madre demandante, decidió incrementar el importe de la pensión alimenticia hasta la suma de 1.000 euros mensuales y, en lo que ahora interesa, fijar la fecha de su devengo en el momento de la demanda. Justificó esta última decisión diciendo: ‘En lo que concierne a la retroacción de los alimentos la aplicación del artículo 148 del código civil sin duda permite conceder alimentos desde que se interpone la demanda debiendo recordar en todo caso que la recurrente formula en su momento demanda de medidas cautelares y aunque nada insta sobre el particular en aquel trámite-por no existir discrepancias en su momento y al discutir solamente aspectos del régimen de visitas,-es lo cierto que procede determinar la retroacción de los alimentos, a los fines de cubrir las necesidades del menor y en atención a las posibilidades del obligado al pago, y todo ello aunque el menor tuviera, en parte, la cobertura de tales aspectos con los recursos de la madre, notablemente inferiores, en todo caso, a los del demandado, según lo ya razonado anteriormente, lo que en este punto determina la revocación de la sentencia recurrida y la estimación del recurso que así se plantea, y ello sin perjuicio del cómputo de las cantidades que se hubieren entregado’” (F.D. 1º).

“El demandado recurre en casación este último pronunciamiento, alegando al respecto, y, en síntesis, -motivo único del recurso de casación-, que dicha solución de otorgar efectos retroactivos a la suma finalmente reconocida en segunda instancia en concepto de pensión alimenticia, fijando su devengo en la fecha de la demanda, vulnera el art. 148 CC y contradice tanto la jurisprudencia de esta Sala como el criterio de distintas Audiencias Provinciales. En síntesis, lo que defiende la parte recurrente es que la única cuantía que puede retrotraerse a la presentación de la demanda es la fijada en la resolución dictada por el juzgado de primera instancia sobre la pensión alimentos de los hijos menores de edad, pero en ningún caso la suma posteriormente fijada por la sentencia de segunda instancia, cuya eficacia debe comenzar a partir del momento en que se dictó esta última resolución. (...)

El Ministerio Fiscal ha interesado la estimación del recurso con base en el actual criterio jurisprudencial, que dice recogido, entre otras, en SSTS de 26 de marzo de 2014, rec. nº 1088/2013, y 19 de noviembre de 2014, rec. nº 785/2012. (...)” (F.D. 2º).

“Como indica en el Ministerio Fiscal, esta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional sobre la misma cuestión jurídica que ahora se suscita en recientes SSTS de 26 de marzo de 2014, rec. nº 1088/2013, y 19 de noviembre de 2014, rec. nº 785/2012.

Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía (este sería el presente caso).

-En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011 , 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013 , según la cual ‘debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda’. Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.

-En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, rec. nº 1088/2013, que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que ‘cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que

podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente». Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los «los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo’ , y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que ‘los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta’ , razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente” (F.D. 3º).

“(…) En cuanto al fondo del asunto, la aplicación de esta doctrina impide conceder a los alimentos, en la suma fijada por la Audiencia, efectos desde demanda, ya que nos encontramos ante el segundo de los supuestos que identifica la doctrina analizada, en el que existe una pensión alimenticia ya declarada y que ha venido siendo percibida por el hijo menor de edad y en el que lo que se discute es la efectividad de la modificación de la cuantía, que no puede retrotraerse a la demanda sino que ha de surtir efecto únicamente a partir de la fecha de la sentencia que acordó dicha modificación. Tal conclusión no encuentra paliativo en la circunstancia -que se aduce por la parte recurrida- de que el verdadero precepto aplicable a la controversia no es el 148 CC, único citado como infringido en casación, sino el art. 106 CC, pues la mención de aquel y no de este es lógica consecuencia de que la sentencia recurrida lo citara al fundamentar jurídicamente el pronunciamiento que se impugna.

En consecuencia, se casa la sentencia en este concreto pronunciamiento y se reitera como doctrina la siguiente: ‘cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente”’ (F.D. 4º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: la interpretación de los artículos 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la 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 (Sala 1ª) de 26 de junio de 2015, rec. nº 469/2014.

“(…) Se formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación (…)” (F.D. 1º).

[Recurso extraordinario por infracción procesal] “Se formulan tres motivos. En el primero se citan como infringidos los artículos 216 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la exhaustividad y congruencia de las sentencias, ya que no se ha valorado en interés de la menor, basándose exclusivamente en un hecho, como es el que no ha pasado tiempo suficiente desde que se firmó el primer convenio, como para que haya cambio de circunstancias, y porque no ha tenido en cuenta todos los hechos, pruebas y pretensiones. También cita los artículos 217 y el 218.2 de la misma Ley, sobre carga de la prueba, motivación y porque la sentencia no ha sido congruente con la demanda y las pretensiones solicitadas, especialmente sobre el dossier parental que aportó en cuanto a la idoneidad del padre para ejercer la custodia compartida, educación y cuidado de la hija.

En el segundo, la infracción versa sobre las reglas de la buena fe procesal. En su argumentación se formulan varios interrogantes sobre el conocimiento de los saldos e ingresos de la madre, pruebas en ambas instancias, no señalamiento para deliberación y fallo y valoración de los informes sobre idoneidad del padre para el cuidado de la hija. Finalmente en el tercero se citan los artículos 24, 14 y 32 de la CE, relacionados con la situación personal de la niña y proporcionalidad de los alimentos.

Todos ellos se desestiman.

(…) La sentencia valora el interés del menor, otra cosa es como la hace, lo que se verá al examinar el recurso de casación. Lo hace para negar que este interés sea distinto del que ambas partes tuvieron en cuenta en el convenio regulador, aprobado judicialmente, en el que dejaron a la niña bajo la custodia y guarda de la madre con un amplio régimen de visitas a favor del padre.

(…) La sentencia no hace uso del artículo 217 de la LEC para imputar al recurrente las consecuencias negativas de una ausencia de prueba sobre unos determinados hechos sobre discriminación por razón de sexo alegados en la demanda, en la vista y en la apelación, evaluación del equipo psicosocial y aportación de pruebas sobre la situación económica de la madre, pudiendo haberlas obtenido fácilmente mediante la averiguación patrimonial que si hicieron al padre. La vulneración de este precepto se produce únicamente en los supuestos

en que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia (por el tribunal, y no por la parte), se atribuyen los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad, lo que no sucede en este caso.

(...) Es doctrina de esta Sala que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una resolución fundada en derecho que aparezca suficientemente motivada.

(...) La sentencia permite conocer tanto a la parte que ahora recurre como a este Tribunal las razones por las que ha sido desestimada su pretensión sobre guarda y custodia compartida. (...)” (F.D. 2º).

[Recurso de casación] “El recurso de casación se justifica por concurrencia de interés casacional, y se desarrolla a partir de los siguientes puntos: a) infracciones legales; b) jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y c) normas con menos de cinco años de vigencia. Conviene señalar que el suplico del recurso interesa la casación de la sentencia para que se acuerde la guarda y custodia compartida de la hija menor; se establezca una pensión de alimentos acorde con la realidad familiar y que se recuerde a todos los operadores jurídicos que la doctrina que se fije es de obligado cumplimiento para los juzgados de familia y Audiencias provinciales de todo el país, salvo a los que tienen derecho foral o autonómico propio.

A pesar de esta aparente mezcla de cuestiones, lo que realmente se plantea es la atribución de la guarda y custodia compartida sustituyendo el régimen de guarda y comunicaciones que venía establecido en la sentencia anterior. Con esta finalidad cita como infringidos los artículos 92, 68, 97 del Código Civil; artículos 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989; artículos 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; artículo 120.3 de la Constitución Española y artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de derechos Humanos. Cita también algunos artículos que no son propios de este recurso, sino del extraordinario por infracción procesal, como los artículos 286 y 751 de la LEC; otros que tampoco están en el enunciado del motivo, como los artículos 1 y 14 CE, sin que nada se argumente sobre el artículo 97, sobre pensión compensatoria.

Todo el esfuerzo argumental viene referido tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial a la guarda y custodia compartida, con invocación, además, de la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales que justifica con citas tanto de sentencias de distintas Audiencias como de esta propia Sala, que están en contradicción con la que se recurre, y que, por razones obvias, estas últimas serán las que se tendrán en cuenta.

El recurso, en lo que respecta a lo que se expone, se va a estimar.

(...) 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 , definen ni

determinan, 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’.

Pues bien, lo que la sentencia dice es que ambas partes convinieron las medidas que habían de regir en el futuro sus relaciones y en ellas se dispuso que la menor permaneciera bajo el cuidado cotidiano de su madre, por lo que no resulta oportuno la modificación de la medida, alterando una situación ‘que se viene desarrollando de forma adecuada y que responde a lo querido por los progenitores’. Nada más dice. Nada dice que el padre es ‘buen padre de familia’, como señala el juzgado en la sentencia que ratifica la Audiencia, circunstancia que no se niega ni se discute, y nada argumenta tampoco sobre la evolución natural de la menor desde que el convenio se aprueba hasta ahora especialmente referida a un momento importante como es para la niña el del inicio de su etapa escolar, y la menor dependencia de sus padres.

La sentencia solo ha valorado el convenio regulador anterior sin tener en cuenta este cambio de circunstancias que propician un régimen de custodia distinto, como tampoco ha tenido en cuenta el hecho de que en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad.

(...) La sentencia no concreta el interés de la menor, en la forma que esta Sala ha señalado con reiteración. La sentencia petrifica la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido.

(...) Por consiguiente, la valoración del interés de la menor Esmeralda no ha quedado adecuadamente salvaguardado. La solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta los parámetros necesarios, y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior” (F.D. 4º).

“Por lo que se refiere a los alimentos, el recurrente solicita pagar doscientos euros al mes; cifra insuficiente. Lo pactado en el convenio fueron mil cincuenta euros, además de otras prestaciones económicas.

En principio el régimen de guarda y custodia comporta que cada progenitor, con ingresos propios, atienda directamente los alimentos cuando tenga consigo a la hija. El problema surge cuando existen diferencias sustanciales en los ingresos y recursos de uno con reparto al otro y no es posible cumplir la regla de atemperar los alimentos a las necesidades de los hijos y recursos de los padres -artículo 93 CC- especialmente en el momento en que estos permanecen bajo la custodia del menos favorecido, como ocurre en este caso, en el que la diferencia de ingresos de

uno y otro es sustancial, lo que determina que el padre vendrá obligado a satisfacer en este concepto la cifra de quinientos euros al mes (...)” (F.D. 6º).

“[...] Se reitera como doctrina la siguiente: ‘la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la 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’” (Fallo, 6º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo considera que es posible la revisión casacional de las decisiones acerca de fijar un límite temporal a la pensión compensatoria o bien establecer su carácter vitalicio únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia.

STS (Sala 1ª) de 8 de septiembre de 2015, rec. nº 2591/2013.

“(...) las SSTs de 9 y 17 de octubre de 2008 (RC núm. 516/2005 y RC núm. 531/2005), 28 de abril de 2010 (RC núm. 707/2006) y 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), afirman que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia.

(...) en la sentencia recurrida no se analiza con acierto el concepto de desequilibrio, pues no se valoran las posibilidades de acceso al mercado laboral de D.ª Natalia, no se pondera su estado de salud, que el Juzgado calificó de precario y que no fue tenido en cuenta al fijar la pensión compensatoria, todo ello nos lleva a declarar que no procede aceptar la temporalidad de la pensión, sino mantener el carácter indefinido fijado en la sentencia de Primera Instancia” (F.D. 4º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: La discrepancia entre los progenitores acerca del sistema de guarda y custodia, monoparental o compartida, no puede llevar a excluir éste último, y ello con independencia de que dicha circunstancia sea valorada en el informe psicosocial, que debe ser analizado y cuestionado jurídicamente, como cualquier otra prueba pericial.

STS (Sala 1ª) de 9 de septiembre de 2015, rec. nº 545/2014.

“(…) Lo que se pretende es aproximar este régimen [el régimen de custodia compartida] 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. (Sentencia 2 de julio de 2014, Rec.1937/2013.

En el presente caso, la Audiencia provincial y los propios progenitores se reconocen capacidad y aptitud para desempeñar sus funciones con los tres hijos. Ambos reconocen el cariño que los hijos tienen por el otro; extremos que confirma el informe psicosocial del perito judicial. No consta afectación psicológica de los menores.

El perito judicial concluye que convendría mantener la custodia de la madre, para evitar nuevas adaptaciones y solo estimaría la custodia compartida si hubiese acuerdo entre las partes.

La Audiencia Provincial tras analizar la prueba sustenta su decisión:

1. En el informe psicosocial del perito judicial.
2. En el convenio regulador no ratificado.

En cuanto al informe psicosocial declara esta Sala, (...) que la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores.

(...) las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (sentencia de 18-11-2011, rec. 1728/2009).

En cuanto a la importancia que el tribunal de apelación confiere al convenio regulador, no ratificado, debemos recordar que mientras no se acepte por las partes solo es un elemento de negociación que puede ser ratificado o no, sin que

de ello puedan derivarse consecuencias perjudiciales para quien no lo firmó (art. 1261 C. Civil)” (F.D. 2º).

“(…) A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

- a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia” (F.D. 3º). [S.R.LL.]

Jurisprudencia: El cambio de residencia del titular de la custodia no es determinante de un cambio en la misma. Sólo si dicho cambio de residencia afecta de manera negativa a los intereses del menor, podría conllevar un cambio de la guarda y custodia.

STS (Sala 1ª) de 10 de septiembre de 2015, rec. nº 797/2014.

“(…) Como indica la STS de 29 de abril de 2005, RC nº 420/1998 , la casuística jurisprudencial ha permitido plantear objeciones a la valoración de la pericial efectuada en la sentencia impugnada cuando a) se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 10 noviembre 1994, 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002), b) se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002, 13 diciembre 2003, 9 junio 2004), o se adopten criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 28 enero 1995, 18 diciembre 2001, 19 junio 2002), c) se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falsee de forma arbitraria sus dictados o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial (SSTS de 20 febrero 1992 , 28 junio 2001, 19 julio 2002, 28 febrero 2003, 30 noviembre 2004), y, d) se efectúen apreciaciones arbitrarias (SSTS de 3 marzo 2004) o contrarias a las reglas de la común experiencia (SSTS 24 diciembre 1994 y 18 diciembre 2001).

En relación con la eficacia de la prueba de peritos, esta Sala tiene declarado (STS de 22 de febrero de 2006, RC nº 1419/1999) que el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados no vincula a jueces y tribunales, que pueden apreciar ésta según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a las conclusiones del perito (STS de 16 de octubre de 1980), de las que pueden prescindir (STS de 10 de febrero de 1994).

(...) Tras el análisis de todos los informes, en la sentencia recurrida se llega a la conclusión de que los menores estaban en su origen bajo la custodia de la madre, comúnmente acordada, no apreciando circunstancias excepcionales para alterar el sistema, pese al cambio de residencia de la madre a Sitges, pronunciamiento que también se funda en el trabajo de la madre que le permite un mayor contacto con los menores y en la aptitud de ambos progenitores, razonamientos todos ellos ajustados a derecho y a la lógica, basado en pruebas periciales practicadas en la instancia y otras, con inmediatez, ante la propia Audiencia Provincial” (F.D. 2º).

“(...) en la sentencia recurrida se ha velado por el interés de los menores, analizando exhaustivamente la situación de los mismos, partiendo de la aptitud de ambos progenitores, pero concluyendo que la guarda y custodia por la madre era la mejor opción posible, dado que esa fue la situación adoptada, de común acuerdo, por ambos miembros de la pareja, al iniciarse la crisis, unido a que la profesión de la madre como maestra le permitía una mejor adaptación a los horarios de los menores, sin necesidad de acudir al apoyo externo, del que el padre sí ha precisado al regentar un negocio familiar.

En la sentencia recurrida se entiende que el cambio de residencia no tiene que ser necesariamente perjudicial para los menores. En la misma resolución se valora que en las Islas Baleares residían tíos, abuelos paternos y maternos que facilitaban el contacto de los menores con ambas familias, pero pese a ello se entiende que la mejor posición de la madre para atenderlos justificaba la autorización del cambio de residencia.

(...) se trata de equilibrar, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores, dado que nunca podrá ser igual que antes de la crisis y por ello se confiere un amplio régimen de visitas al padre, (...) por lo que lejos de anular la figura paterna, le reconoce un papel relevante” (F.D.4º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: Custodia individual en la legislación valenciana: interés superior del menor.

SAP Alicante de 13 de febrero de 2015, rec. nº 573/2014.

“En la necesidad de optar entre la custodia materna o paterna, en los casos en los que, como en el presente, ambos progenitores demuestran interés por el cuidado de su hijo y denotan facultades para asumirla, para determinar cuál es la opción que mejor preserva el interés de estos, la Sala al igual que el Juzgador de instancia debe asesorarse del informe imparcial y objetivo que emiten los profesionales en la materia, quienes por su formación están en mejores condiciones de determinar en cada caso concreto cuál debe ser el régimen más adecuado. A este respecto, el informe pericial psicológico obrante en los folios 115 y siguientes emitido por D^a. Eloisa, se decanta por mantener el régimen de atribución de la guarda y custodia a favor de la madre, no apreciando circunstancias que justifiquen la recomendación de la custodia paterna ni tampoco compartida dadas las actuales condiciones del menor el cual presenta una inadaptación social, emocional e incluso escolar, lo

que, un cambio en la custodia sería perjudicial y negativo para el mismo, por lo que no es aconsejable el citado cambio” (F.D. 2º) [J.B.D].

Jurisprudencia: Custodia compartida en la legislación valenciana: importancia del informe pericial psicológico.

SAP Alicante de 14 de abril de 2015, rec. nº 61/2015.

“[...] valorando el resultado de la prueba practicada en las actuaciones, muy especialmente el contenido y conclusiones obrantes en el informe pericial psicológico, informe que además ha valorado muchos de los factores del artículo 5 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y teniendo en cuenta que la excepcionalidad desde la entrada en vigor de la Ley la constituye el establecimiento de un régimen de convivencia a un solo progenitor, entendemos que existen razones suficientes para que en interés de la menor se concluya que resulta mejor el régimen de guarda y custodia compartida, por lo que procede rechazar el recurso interpuesto por la demandada Doña Reyes en relación a la atribución a esta de la custodia de las menores” (F.D. 3º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: Uso de vivienda familiar en caso de divorcio conforme a la legislación civil valenciana: criterio de atribución, limitación temporal y compensación al progenitor no usuario.

SAP Valencia de 4 de mayo de 2015, rec. nº 145/2015.

“En relación con el uso de la vivienda, pide la apelante que se asigne al hijo, y que los litigantes sean quienes deban turnarse en el uso para el disfrute de los periodos de estancia con el hijo. Esta pretensión no es aceptable porque los cambios en el uso de la vivienda son un semillero de conflictos entre los progenitores, que pueden repercutir negativamente en la tranquilidad del hijo, una apreciación que manifestó en el acto de la vista la perito psicóloga redactora del informe. Tampoco procede prolongar el uso de la vivienda por la demandada hasta la mayoría de edad del hijo, al amparo del artículo 6 de la ley 5/2.011, porque se considera que el plazo de dos años es el adecuado para que las partes puedan liquidar la vivienda común y rehacer sus vidas uno con independencia del otro, habida cuenta de que ambos cuentan con medios de vida propios, y pueden proporcionar alojamiento al hijo sin necesidad de afectar a este uso por tanto tiempo la vivienda que fue familiar. Tampoco procede poner a cargo de la demandada el pago de los impuestos, seguros y gastos ordinarios de la vivienda como compensación por su uso, porque tal cosa supone desvirtuar la obligación de los propietarios de pagar los gastos que afecten a la propiedad del inmueble, y de quien tenga el uso los derivados del mismo. Por otro lado, la cuantía de la compensación es moderada y puede ser atendida con los recursos con los que

cuenta la apelante, que percibe unos 1.100 euros al mes, según dijo ella misma en la vista” (F.D. 3º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: Compensación por el uso de la vivienda familiar en la legislación valenciana: fijación del importe y cómputo de la suma adicional a la que se tendría derecho como contribución a los gastos ordinarios de los hijos.

SAP Valencia de 27 de abril de 2015, rec. nº 138, 2015.

“Habida cuenta del desequilibrio económico entre los litigantes, es razonable no aumentar el importe de la compensación, y entender que la suma adicional a la que tendría derecho el demandado (de la que no hay certeza por la incertidumbre acerca de la exacta condición jurídica de la vivienda) se computa como contribución a los gastos ordinarios de los hijos, tal como permite el penúltimo inciso del artículo 6-1 de la ley 5/2.011” (F.D. 2º) [J.B.D].

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Jurisprudencia: El TS defiende al poderdante, anulando escrituras de préstamo con garantía hipotecaria realizadas por apoderado que actuaba con poderes revocados, en detrimento del tercero de buena fe que contrató con este.

STS (Sala 1ª) de 22 de enero de 2015, rec. nº 2334/2013.

“(…) En concreto se solicitaba la nulidad de tres escrituras, todas ellas otorgadas por don Teodosio en virtud de un poder otorgado por su madre, doña Coro, ante el Notario de Villajoyosa el día 14 de mayo de 1999, que fue revocado ante el Notario de Altea, don Salvador Pastor Pérez, en fecha 14 de junio de 2000, y debidamente notificado a don Teodosio el día 20 de junio de 2000, quien no entregó la copia autorizada del poder.” (F.D.1º)

“(…) Si el poder se hubiese otorgado para contratar con determinadas personas, su revocación no podría perjudicar a éstas si no se les hubiera hecho saber, cómo dispone el artículo 1734 del Código Civil.

Ahora bien, si se trata de un mandato general, que es el caso, la revocación si puede perjudicar a los terceros, salvo que concurra el supuesto excepcional previsto en el artículo 1738 del Código Civil, que, según doctrina de la Sala, requiere buena fe por parte de mandatario y tercero.

(…) interpreta el artículo 1738 del Código Civil en el sentido de exigir para su aplicación la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata el mandatario haya actuado de buena fe, o sea que desconociera la anterior extinción del mandato, condición que se da en el supuesto que enjuiciamos; y en segundo lugar, que dicho mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante o la concurrencia de cualquier otra de las causas que hacen cesar el mandato, condición esta que no concurre en el

presente supuesto en el que el mandatario usó el poder cuando le había sido debidamente notificada su revocación.

Por ello la tesis de la sentencia, en aras a la ultra actividad del mandato por razón exclusivamente de la buena fe del tercero resulta incomprensible con el propio texto de la norma y doctrina de la Sala que lo interpreta.

Al no ser aplicable dicho precepto lo realizado por el mandatario tras la extinción del mandato (STS de 24 de octubre de 2008) es nulo (artículo 1259 CC) y como tal no vincula al mandante (artículo 1727 CC) y deja al mandatario como responsable frente al tercero (artículo 1725 CC).” (F.D.3º) [J.I.R.].

Jurisprudencia: Obligaciones pecuniarias e imposibilidad sobrevenida de la prestación: cláusula ‘rebus sic stantibus’: pérdida de la fuente principal de ingresos: improcedencia.

STS (Sala 1ª) de 19 de mayo de 2015, rec. nº 721/2013.

“6. No pudiendo plantearse, pues, tratándose de deudas pecuniarias, la imposibilidad subjetiva -insolvencia- ni la objetiva o formal, concluye la doctrina que no es posible imaginar que si la imposibilidad obedece a caso fortuito pudiera tener como efecto la extinción de la obligación” (F.D. 7º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: Resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación de entrega: “aliud pro alio”: obligación restitutoria del inmueble libre de cargas: la cancelación de la hipoteca constituida para abono del precio debe cancelarla el comprador.

STS (Sala 1ª) de 2 de junio de 2015, rec. nº 1296/2013.

“3. (...) [S]e debe entender que en la obligación (...) de restitución recíproca, se incluye la de devolver el derecho de propiedad del local, con la hipoteca cancelada, que no es otra cosa que debe quedar tan libre de cargas como le fue entregado a la compradora al tiempo del contrato y su consumación” (F.D. 2º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: Mandato representativo y actuación contraria a los intereses del mandante: ilicitud de la causa de los negocios concertados por el mandatario: improcedencia.

STS (Sala 1ª) de 10 de junio de 2015, rec. nº 2732/2013.

“2.- Los móviles que individualmente pudiera tener el mandatario al celebrar, en nombre y representación de sus mandantes, los contratos con los demás demandados cuya nulidad se pretende, no pueden determinar la existencia de una causa ilícita ni, por tanto, la nulidad de los contratos, en tanto que tales móviles espurios, incluso delictivos, que se atribuyen a dicho mandatario no han sido

compartidos o al menos aceptados por las otras partes de los contratos celebrados. Por tanto, tales móviles no pueden elevarse a la categoría de causa ilícita ni pueden determinar la nulidad de los contratos” (F.D. 7º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: Responsabilidad civil médico-sanitaria derivada de intervención odontológica. Consentimiento informado. Obligación de medios.

STS (Sala 1ª) de 17 de junio de 2015, rec. nº 1275/2013.

“(…) El consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo; 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005; 15 de noviembre 2006; 7 de mayo de 2014), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. La información es más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma, que en la asistencial (SSTS 21 de octubre de 2005; 4 de octubre 2006; 29 de junio 2007; 27 de septiembre 2010; 20 de enero 2011).

Dice la sentencia de 20 de noviembre de 2009, y reiteran las de 3 de marzo de 2010, 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014, que ‘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 (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007, 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014)” (F.D. 5º) [E.A.P.].

Jurisprudencia: Culpa contractual. Indemnización de daños y perjuicios. Ámbito de la responsabilidad del deudor de buena fe.

STS (Sala 1ª) de 29 de junio de 2015, rec. nº 1553/2013.

“(…) Es cierto que el artículo 1107 del Código Civil dice en su primer párrafo que ‘los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.....’, y sostiene la parte recurrente que ni en el presente proceso, ni en el que resolvió previamente la sentencia del Tribunal Supremo, se ha declarado que BEC actuara dolosamente, por lo que ha de tenérsele por deudor de buena fe conforme a la presunción legal”.

Es cierto que las sentencias de primera instancia y de apelación no han precisado si la parte demandada ha de ser considerada deudor de buena fe a los efectos previstos en el artículo 1107 del Código Civil pese a que en la demanda y en la contestación ambas partes mantuvieron posturas contrapuestas sobre tal extremo. También es cierto que la sentencia de primera instancia sí contenía una expresión indicativa de la mala fe de la demandada al decir (fundamento de derecho segundo) que ‘la finalidad de la deuda indemnizatoria es reponer al perjudicado en el mismo estado o situación que tenía al sufrir el daño, eliminando las consecuencias de éste, de modo que, la entidad del resarcimiento (según el artículo 1106 del Código Civil), presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo”’.

Ahora bien, incluso aceptando la condición de deudora de buena fe de la entidad demandada BEC, no puede aceptarse su posición contraria a admitir que los daños a cuya indemnización ha sido condenada son consecuencia de su incumplimiento y podían haber sido previstos antes de su producción”.

El lenguaje que el Código Civil emplea en dicha norma no se entiende si no se relaciona con sus orígenes, pues se trata de una regla general, tomada del artículo

1.150 del Código napoleónico, sobre la base de una serie de casos expuestos por el jurista Pothier, de los que se deducía que ‘no se debe tomar en cuenta más que el daño sufrido respecto a la cosa o al hecho que era objeto de la obligación y no los que el incumplimiento de la obligación hubiera, además, ocasionado al acreedor en sus otros negocios o en sus otros bienes’, lo que el legislador ha incorporado al párrafo primero del artículo 1.107 del Código Civil para limitar las consecuencias indemnizatorias en el caso del deudor de buena fe”.

Pero aun cuando en el caso se acepte la aplicación del párrafo primero del artículo 1107, existe relación causa-efecto e imputabilidad jurídica del daño puesto que la actuación de la demandada BEC al no admitir que se había producido una transacción comprometía todo el patrimonio de la demandante por lo que los daños sufridos por el mismo como consecuencia del incumplimiento se desarrollaron en el ámbito de las obligaciones asumidas y no cumplidas, siendo por otro lado previsibles en el ámbito negocial” (F.D. 3º) [E.A.P.].

Jurisprudencia: Cláusulas Generales y condiciones de incorporación: intereses de demora en cláusula no negociada: carácter abusivo: nulidad y efectos sobre el contrato

STS (Sala 1ª) de 7 de septiembre de 2015, rec. nº 455/2013.

Condiciones de incorporación:

“3.- En el caso enjuiciado, la mención a las condiciones generales que integraban el contrato estaba redactada de un modo claro, se encontraba inmediatamente antes del lugar destinado a la firma de los adherentes en las condiciones particulares, y recogía la entrega a los adherentes del documento en que se contenían. Asimismo, se hacía una identificación precisa de las condiciones generales que integraban el contrato. Por lo expuesto, las exigencias de incorporación de las condiciones generales establecidas en el art. 5, en relación al 7, de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación se han cumplido” (F.D. 3º).

Cláusulas abusivas

“8.- (...) [E]l interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado (...), por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (...).”

“9. (...) La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales (...)” (F.D. 5º).

Efectos sobre el contrato

“6.- (...) [L]a consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser la moderación de dicho recargo hasta un porcentaje que se considere aceptable (...) ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal o cualquier otra de las normas que prevén el interés de demora en determinados sectores de la contratación. Pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, porque ese es el contenido de la cláusula considerada abusiva, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada (...)” (F.D. 6) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: Responsabilidad civil médica: omisión del deber de información al paciente.

STS (Sala 1ª) de 8 de septiembre de 2015, rec. nº 2247/2013.

“ (...) [I]ncluso si el resultado adverso -recuperación de peso- se produjo por actuaciones propias de la paciente, tampoco de ello fue informada de tal forma que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre las consecuencias de la intervención y de la materialización de un riesgo y la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud de la paciente. La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal es la información que recibe, lo que le permite adoptar la solución más favorable a sus intereses (F.D. 3º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: Contrato de compraventa y cláusula resolutoria expresa: denegación de subrogación en préstamo hipotecario: legitimación de las partes.

STS (Sala 1ª) de 16 de septiembre de 2015, rec. nº 895/2013.

“(…) [L]a condición resolutoria no iba enfocada a una declaración de incumplimiento del contrato, pues ni la parte vendedora ni la compradora eran responsables de la denegación de la subrogación, que, en este caso, solo dependía de la entidad bancaria.

(...)

[N]o se distingue en la redacción contractual que queden excluidos los compradores de la posibilidad de invocar la resolución (Sentencia de esta Sala de 12 de abril de 2013, rec. 2063/2010, sobre denegación de subrogación en los préstamos hipotecarios)” (F.D. 3º) [J.A.T.C.].

4. RESPONSABILIDAD CIVIL

Jurisprudencia: Responsabilidad civil médica. Falta de información a una gestante y nacimiento de un niño con graves defectos congénitos.

STS (Sala 1ª) de 15 de septiembre de 2015, rec. nº 2675/2013.

“Sostiene el recurrente que la sentencia indemniza al menor por el padecimiento que le supone la vida, sin que en nuestro ordenamiento jurídico sea posible imputar al médico los daños sufridos por malformaciones no diagnosticadas, siendo titular de la facultad de acudir al aborto eugenésico la gestante.

El recurso se desestima, no sin precisar, en repuesta a los argumentos de la recurrente, que el objeto del proceso autoriza el recurso de casación por razón de la cuantía pues se formula por la suma total con la que han sido indemnizados los demandantes, con independencia que la incidencia que en la tramitación del recurso haya podido tener la desestimación de alguno de los motivos.

Es cierto, aunque no se cite en el recurso, que la sentencia de esta Sala de 23 de diciembre de 2007 descarta la viabilidad de la acción conocida como wrongful life señalando: 1º) que el daño ocasionado por esta falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes, a los que se ha ocasionado un daño moral al verse privados de la información necesaria para poder tomar de forma adecuada sus decisiones, y 2º) que debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la sentencia de 5 junio 1998, que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo (así mismo STS de 19 junio 2007). Ahora bien, en la demanda no ha sido ejercitada esta acción y la sentencia estima la acción entablada exclusivamente por los padres y a ellos solos indemniza como consecuencia del daño ocasionado, en la que incluye el dolor que sufren como propio por el estado de su hijo (...)” (F.D. 2º) [E.A.P.]

Jurisprudencia: Acción de responsabilidad civil extracontractual por daños frente a empresa de mantenimiento de semáforos. Doctrina del riesgo.

STS (Sala 1ª) de 22 de septiembre de 2015, rec. nº 1905/2013.

“(…) La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC (SSTS 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre

las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006, 5 de abril de 2010) y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La aplicación de la doctrina del riesgo, cuya entidad está en consonancia con la importancia de los daños que pueden ocasionarse, se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas, en una posición procesal más gravosa en el ámbito probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico, que facilitan las reclamaciones de los perjudicados debilitando la respuesta exculpatoria de la entidad titular del servicio (STS 28 de julio 2008).

En el caso examinado, la existencia de una responsabilidad nacida del riesgo creado no puede ser acogida fundándose en la evolución de la jurisprudencia de esta Sala dirigida a objetivar la responsabilidad corrigiendo ‘el excesivo subjetivismo con que venía aplicándose el artículo 1902 CC’. La responsabilidad de tipo subjetivo es el sistema común de responsabilidad. Se requiere la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, o lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen legalmente previstas en la ley (SSTS de 3 abril 2006, 23 de mayo 2008), tras considerar probado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el mismo de daño, culpa y relación de causalidad. Sí puede ser estimada esta responsabilidad como infracción de la doctrina de esta Sala a partir del riesgo creado mediante la manipulación de unas señales semafóricas sin adoptar las precauciones necesarias a dicha actividad pues riesgo hay en el movimiento de coches y personas sin el adecuado control de las mismas, como hay el consiguiente reproche culpabilístico cuando dos semáforos incompatibles se ponen al mismo tiempo en verde, tras la intervención del operario” (F.D. 2º) [E.A.P.].

5. DERECHO DE SUCESIONES

Jurisprudencia: Derecho de sucesiones. Nulidad de las cláusulas testamentaria otorgada por el causante a favor del confesor. Artículo 752 del Código Civil. Directrices de interpretación y doctrina jurisprudencial aplicable. Impugnación de testamento, incapacidad.

STS (Sala 1ª) de 19 de mayo de 2014, rec. nº 230/2014.

[En el recurso se debate la cuestión de la nulidad de las cláusulas testamentarias otorgadas por el causante a favor del confesor y se desarrollan las directrices de interpretación y la doctrina que la jurisprudencia aplica].

“(…) El recurso trae causa de la demanda interpuesta por el albacea testamentario y heredero de su difunta tía contra una congregación religiosa por la que se pretendía que se declarase nula y sin ningún valor ni efecto la disposición tercera del testamento que había otorgado la finada el 3 de noviembre 2006, en virtud de

la cual legaba a la mencionada congregación religiosa, de la que era miembro el confesor de la testadora, la cantidad de 1 millón de euros; a su vez, la entidad religiosa formuló reconvencción por la que solicitaba la declaración de validez de la disposición testamentaria y la condena al pago de un millón de euros más los intereses legales desde la fecha de la demanda.

(...) La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda y estimó la demanda reconvenccional, condenando a los demandados reconvenidos en forma solidaria al pago del legado del millón de euros, más intereses legales y costas.

(...) La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación de los actores, reconociendo que fue asistida la finada por el mismo confesor que fue su director espiritual desde una época tan lejana como 1964, con lo que dada su vinculación durante el largo periodo de tiempo mantenía una estrecha relación religiosa y de amistad. Pese a ello, se desestima la pretensión actora al entender que la justificación de la disposición testamentaria habría que encontrarla en la vinculación que la testadora tenía con la congregación religiosa demandada, no olvidando que la cláusula tercera litigiosa fue redactada casi dos años antes de su fallecimiento “(F. D 1º).

“(...) La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha desestimado el recurso de casación interpuesto por los herederos de la finada, estableciendo cuáles han de ser las directrices de interpretación del art. 752 CC, que prescribe la falta de efecto de las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, su iglesia o instituto.

(...) La finalidad del precepto es preservar la voluntad realmente querida por el testador de posibles e ilícitas captaciones de la misma; de acuerdo con esta idea general, se sientan las premisas interpretativas generales a tener en cuenta cuales son la necesidad de interpretación flexible conforme a la realidad social del momento, la debida ponderación con el criterio de conservación de los negocios jurídicos y la preservación de la libre voluntad querida por el testador.

(...) La Sala concluye que no se puede estimar la interpretación literal y automática del artículo propuesta por los recurrentes, ya que ha quedado acreditado que la testadora falleció en pleno uso de sus facultades mentales, pudiendo haber modificado sus disposiciones testamentarias cuando hubiese querido, así como que fue una constante en su vida el querer favorecer a su iglesia como beneficiaria del testamento; sin embargo, lo verdaderamente concluyente para la Sala es que el momento del otorgamiento del testamento no se corresponde con el padecimiento de la última enfermedad grave de la testadora sino con una dolencia cardiaca crónica que venía arrastrando desde hace diez años, resultando la causa de la muerte, acaecida un año y medio después del otorgamiento, los trastornos derivados de una operación de cadera agravados por la edad y los problemas cardiacos referidos.

(...) También resulta desestimado el motivo segundo del recurso referido a la vulneración del art. 884 CC, ya que lo discutido no son los frutos e intereses del legado, sino el derecho que asiste al demandado a ser indemnizado por los perjuicios derivados del retraso injustificado en la entrega de dicho legado, retraso injustificado que la Sala declara acreditado “(F. D 2º) [M.E.C.C].

Jurisprudencia: Acción de rescisión por lesión de más de la cuarta parte en la porción hereditaria que se le adjudicó en la partición realizada respecto del caudal relicto del causante.

STS (Sala 1ª) de 22 de junio de 2015, rec. nº 476/2014.

[En el recurso se debate la cuestión de la acción de rescisión de la partición hereditaria y se resuelve el recurso contra la resolución de la Audiencia Provincial de Tenerife de 13 de diciembre de 2013].

“(…) Doña Isabel interpuso demanda de juicio ordinario contra sus hermanos don Florián, doña Paulina, doña Yolanda y don Laureano, en ejercicio de la acción de rescisión por lesión de más de la cuarta parte en la porción hereditaria que se le adjudicó en la partición realizada respecto del caudal relicto de su madre, doña Nicolasa, fallecida el 3 de octubre de 2009. En el testamento abierto, otorgado por la causante en fecha 5 de septiembre de 2006 ante el Notario don Mario Morales García, bajo el número 2.371 de su protocolo, se designaba contador partidor y se disponía que la parte del caudal no adjudicado por legados fuese repartido por partes iguales entre los cinco hijos, instituidos como herederos testamentarios (cláusula séptima del testamento). El contador partidor otorgó en fecha 11 de febrero de 2010 escritura por medio de la cual se protocolizaba la partición y se adjudicaban individualmente todos los bienes inmuebles y muebles, resultando cinco lotes a los que se les asignó un valor idéntico de 704.000 euros.

(…) La demandante se consideró perjudicada por dicha partición en más de la cuarta parte del valor que le correspondía e interés del Juzgado que se dictara sentencia por la cual se declarara rescindida dicha partición dejando sin efecto las operaciones realizadas, así como proceder a realizar una nueva partición ajustada a los valores reales, salvo que los coherederos accedieran a indemnizarle en el daño causado cifrándose la lesión, según la prueba documental y pericial acompañada, en 776.145,89 euros o en aquella cantidad que resultase de las pruebas practicadas” (F.D. 1º).

“(…) El primer motivo del recurso se formula al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 218 de la misma Ley por falta de motivación, aunque posteriormente se alude en el desarrollo del motivo a incongruencia omisiva. Sostiene la parte recurrente que la sentencia no tiene en cuenta el hecho de que el único bien de cierto valor que se le adjudicó por el contador-partidor, la finca denominada ‘DIRECCION000’, que supone más del 70% del valor de su lote, tenía en realidad un valor muy inferior al asignado tanto en el cuaderno particional como en la pericial de la parte contraria

(495.259 euros y 496.195,97 euros, respectivamente), lo que significa una lesión superior al 25% a que se refiere el artículo 1074 del Código Civil . La razón, según la recurrente, es que se trata de un terreno urbanizable, pero tal como ha quedado suficientemente probado su valor ha de ser considerado como muy inferior ya que se trata de un bien de naturaleza litigiosa sobre el que pende un proceso judicial relativo a la posesión de una franja del mismo cuya cuantía asciende a 133.280,44 euros. Así lo hizo constar el propio contador-partidor en el cuaderno particional, aunque establece que ‘con respecto al procedimiento detallado en el apartado 5D.2, el mismo continuará a instancia de aquel heredero al que se le asigne la finca del litigio (DIRECCION000), y las consecuencias del citado procedimiento recaerán en el citado heredero, ya que el único beneficio que se puede obtener del mismo es la recuperación de la posesión de una franja de la finca’”.

(...) En el cuaderno particional efectivamente no se tuvo en cuenta la pendencia del litigio haciéndose constar que el procedimiento continuará a instancia de aquel heredero al que se asigne la finca en litigio (DIRECCION000) y las consecuencias del citado procedimiento recaerán en el citado heredero, ya que el único beneficio que se puede obtener del mismo es la recuperación de la posesión de una franja de la finca. Si, como ahora se sostiene, tal apreciación era discutida y constituía cuestión litigiosa, debió hacerse constar así en la demanda y no plantearla con posterioridad.

(...) La improcedencia de plantear cuestiones nuevas constituye doctrina reiterada de esta Sala pues no pueden suscitarse extemporáneamente aquellas que no fueron incluidas en el debate procesal con posibilidad de contradicción adecuada, dado que además en este caso se ignora el resultado del pleito seguido sobre la finca y, en consecuencia, la incidencia que eventualmente pudiera tener sobre el valor de la misma” (F.D. 2º) [M.E.C.C].

Jurisprudencia: Derecho de sucesiones. Interposición conjunta de la acción de impugnación del testamento por preterición de heredero forzoso y de la acción de petición de herencia. Interpretación sistemática y orden de aplicación de las acciones de preterición de heredero y petición de herencia. Legitimación ad causam y motivación de la sentencia. Sucesión intestada. Acción de petición de herencia y nulidad de testamento.

STS (Sala 1ª) de 23 de junio de 2015, rec. nº 2408/2013.

[El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación que cabe realizar en orden a la preferencia del ejercicio de la acción pertinente en un supuesto en donde concurren la acción de impugnación del testamento por preterición de heredero forzoso y la acción de petición de herencia y se resuelve el Recurso contra la Resolución de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 16 de septiembre de 2013].

“(...) El presente procedimiento tiene su origen en una demanda de juicio ordinario interpuesta por don Prudencio en su propio nombre y en beneficio de la

comunidad hereditaria del finado padre don Borja, que integra con sus hermanos don Carlos Antonio y don Celso, frente a doña Valentina, hija extramatrimonial reconocida por don Guillermo, en testamento otorgado el 13 de septiembre de 1963, en el cual, asimismo, la instituye como heredera. Interesa la parte demandante la declaración de que don Borja, padre del demandante y de sus dos hermanos, ha sido preterido en la herencia de su padre don Guillermo; interesa también la declaración del derecho del demandante y sus hermanos como legítimos sucesores de su padre, a la sucesión del fallecido don Guillermo, y consecuencia de lo anterior, que se reconozca a favor del demandante y de sus hermanos el derecho a percibir la porción de la herencia que le corresponde por la legítima y con cargo a los bienes que integren el caudal hereditario del causante don Guillermo. La parte demandada se opuso a la demanda y asimismo formuló demanda reconventional, solicitando la nulidad del testamento anterior en donde se reconocía como hijo extramatrimonial a don Borja.

(...) La sentencia dictada en primera instancia desestimó tanto la demanda principal como la reconvenición, considerando que la acción ejercitada en el presente procedimiento era de preterición y no de petición de la herencia, y que tal acción se hallaba prescrita, por aplicación bien del plazo de prescripción de cuatro años previsto para las acciones de anulabilidad y rescisión, bien el de cinco años por analogía con el supuesto contemplado en el art. 646 CC, o bien por el plazo de quince años del art. 1964 CC. En atención a que habrían transcurrido en exceso dichos plazos, habida cuenta de la fecha del fallecimiento de don Guillermo, el 22 de diciembre de 1971, y la fecha de interposición de la demanda de desahucio frente a los padres de los ahora demandantes.

(...) La sentencia dictada en segunda instancia estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revocando la sentencia dictada en primera instancia. Concluyó, en resumen, contrariamente a lo resuelto en primera instancia, que ejercitada acumuladamente la acción de preterición y la acción de petición de herencia, el examen del plazo de prescripción de la acción ejercitada hay que referirlo a la acción de petición de herencia, y que esta acción, pese a que no venga específicamente regulada en el Código Civil, tiene un plazo de prescripción de 30 años. En esta línea, sostiene que dicho plazo ha de empezar a computarse desde el año 1981, en el que la ahora parte apelante inició el procedimiento de desahucio por precario, en su condición de heredera del Sr. Guillermo, en relación con los bienes que venía poseyendo el padre de los demandantes. Interpuesta la presente demanda en 2006 resulta claro que no han transcurrido treinta años, por lo que la acción no se encuentra prescrita” (F.D. 1º).

“(...) Como se ha anticipado en el inicio del recurso, los motivos primero y segundo plantean la cuestión de fondo que técnicamente presenta este caso, esto es, el régimen de aplicación que cabe establecer en el ejercicio conjunto de la acción de preterición de heredero forzoso en sede testamentaria y la propia acción de petición de herencia, particularmente de la posible correlación transitiva en el ejercicio de las mismas. De ahí que la sentencia concuerda con la decisión de la

Audiencia, a favor del reconocimiento del juego autónomo y diferenciado de cada acción.

(...) Así, en primer lugar, a propósito de la ineficacia testamentaria por la preterición de un heredero forzoso (814 del Código Civil), debe tenerse en cuenta que, pese al tenor literal del precepto, la acción que se ejercita no se incardina, en sentido técnico, en el marco de una acción de nulidad que provoque la invalidez estructural de lo ordenado por el testador sino que responde, más bien, a la dinámica de las acciones o medidas de resolución propias de la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima. De ahí que la causa de la impugnación no sea otra que la propia preterición del heredero forzoso, esto es, heredero legitimario, y que la ineficacia resultante se dirija funcionalmente a purgar los efectos que resulten lesivos de cara al derecho que le asiste al heredero preterido como legitimario del causante. En todo caso, el ejercicio de la acción de preterición de heredero forzoso no condiciona o impide el curso de las otras acciones que también le asisten al heredero en la defensa de sus derechos hereditarios.

En segundo lugar, y al hilo de lo expuesto, conviene recordar que, en relación con la acción de petición de herencia, si bien no viene regulada en nuestro Código Civil, sí que resulta claramente referenciada (artículos 192, 1016 y 1021 del Código Civil), nos encontramos ante una verdadera acción que trae causa directa de la propia cualidad del título de heredero, como expresión máxima de su condición, frente a cualquier poseedor de bienes hereditarios que la niegue. En el presente caso, a mayor abundamiento, dicha acción de petición de herencia se realiza en el ámbito de la sucesión intestada y por el cauce del derecho a la legítima dada la condición de heredero forzoso de don Borja, del que trae causa la parte actora.

(...) Finalmente en el tercer motivo del recurso de casación, la parte recurrente plantea una prescripción adquisitiva que resulta de imposible estimación. Esta conclusión descansa no sólo en lo ya justificado por la sentencia de la Audiencia, entre otros argumentos, el de no haberse opuesto tempestivamente esta circunstancia en el escrito de contestación a la demanda, sino también porque, sobre todo, no concurren los requisitos objetivos de la prescripción de diez años alegada por la parte recurrente. En efecto, desde el cómputo de la misma, esto es, desde la interposición de la demanda de desahucio por precario (año 1981) no puede sostenerse la aplicación, sin más, del artículo 1957 del Código Civil (buena fe y justo título) pues, sin duda, aparte de faltar el presupuesto de la posesión de los bienes hereditarios, acreditada en parte a favor del hijo preterido, la prescripción alegada tampoco es, en ningún caso, bajo una posesión ‘pública y pacífica’ (artículo 1941 del Código Civil), habida cuenta del título de heredero opuesto en contrario en el citado procedimiento de desahucio” (F.D. 3º) [M.E.C.C].

Jurisprudencia: Nulidad de testamento. Falta de capacidad del testador.

STS (Sala 1ª) de 26 de junio de 2015, rec. nº 185/2014.

[La sentencia resuelve el recurso contra la Resolución de la Audiencia Provincial de la Coruña. De 15 de noviembre de 2013, tratándose como fondo de la cuestión, la nulidad del testamento, por falta de capacidad del testador].

“(…) 1. La representación procesal de Doña Josefina Interpuso demanda de juicio ordinario de acción de nulidad de testamento contra Doña Elena, solicitando que se declare la nulidad del testamento otorgado por don Balbino el día 10 de enero de 2008, por falta de capacidad de otorgante y, por tanto, nula la institución de heredero a favor de la señora Elena y nulas de pleno derecho las disposiciones de bienes que esta pudiera haber hecho en tal cualidad, y se declare válido y subsistente, el testamento otorgado por don Balbino el día 13 de julio de 2001. 2. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 14 de marzo de 2013 por la que se desestimaba la demanda por entender que no existía prueba contundente e inequívoca de que en la fecha del otorgamiento el deterioro cognitivo que sufría el testador le privase absolutamente de juicio, debiendo prevalecer la presunción legal de capacidad. La parte demandada propuso como prueba testifical la del notario ante quién se otorgó el testamento y la de la notaría ante la que el testador otorgo un poder el 7 de abril de 2008. Tales pruebas fueron inadmitidas e interpuesto recurso de reposición por la parte proponente fue desestimado y esta hizo constar su protesta. 3. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación de la parte actora, alegando, en esencia, como motivo del mismo el error en la valoración de la prueba, sin que la parte demandada, al formular su escrito de oposición al recurso, propusiese la práctica de prueba en aplicación del artículo 461 en relación con el 460 ambos de la ley de Enjuiciamiento Civil. Correspondió el conocimiento del recurso a la Sección número 3 de la Audiencia Provincial de A Coruña que dictó sentencia el 15 de noviembre de 2013 por la que, estimando el recurso de apelación, con revocación de la apelada, estimaba en todos sus términos la demanda formulada” (F.D. 1º).

“(…) La sentencia del tribunal de apelación inicia su discurso lógico reconociendo la presunción *iuris tantum* de la capacidad del testador, que basada en el *favor testamenti* establece el artículo 662 CC que se ve corroborada por la aseveración notarial sobre capacidad (artículos 685 y 696 del CC), por lo que adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella se ha de pasar, mientras no se demuestre cumplidamente su incapacidad en vía judicial. A continuación entra en la valoración de la prueba practicada y concluye en la falta de capacidad de don Balbino antes del otorgamiento del testamento de 10 de enero de 2008. Se basa para ello, con la debida motivación en: 1) Informe del centro de reconocimientos médicos los días 9 y 11 de noviembre de 2007, 2) Informe del médico de cabecera que le venía tratando desde el año 1998, emitido el 2 de enero de 2008, 3) Audiencia realizada a don Balbino en julio de 2008, así como en el informe del médico forense del mismo mes en el marco del procedimiento de incapacitación de don Balbino en el que se dictó sentencia declarando su incapacidad el 29 de octubre de 2008” (F.D. 1º).

“(…) La decisión de la Sala basada en la doctrina en la materia a saber que indica que: a) que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; c) que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre, y d) que por ser una cuestión de hecho la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia. Esto último es esencial en el presente supuesto pues la sentencia recurrida ha motivado de forma completa y cabal que en el testador concurría incapacidad para otorgar testamento en el momento en el que lo otorgó, y esta declaración del estado mental es inamovible en casación. Esta no es una tercera instancia”, sin que se pugne con el juicio de capacidad a cargo del Notario, su buena fe, su prestigio y su profesionalidad. Procediendo a la desestimación del motivo casacional” (F. D 6º) [M.E.C.C].

II. DERECHO MERCANTIL

1. DERECHO DE SOCIEDADES

Jurisprudencia: Contrato de sociedad civil. Momento de valoración del patrimonio social de la sociedad en curso de extinción. Doctrina jurisprudencial aplicable.

STS (Sala 1ª) de 14 de enero de 2015, rec. nº 2168/2012.

(…) “La cuestión discutida que se plantea a esta Sala, es si, por razón de equidad, dicha doctrina jurisprudencial puede ser modificada en atención (...) al considerable tiempo transcurrido desde que se produjo la disolución de la sociedad (año 2001) y la aún, hoy pendiente, liquidación de la misma (año 2012). Modificación que se opera, además, al margen del contexto dialéctico que presenta la cuestión, esto es, el momento referido a la liquidación o a la disolución de la sociedad, mediante un procedimiento que cabe calificar de mixto, es decir, se parte del valor del patrimonio social al tiempo de la disolución para proceder, acto seguido, a la actualización de su importe con relación a la fecha más próxima posible a la división y adjudicación del mismo.

(…) La ratio normativa (razón normativa) que preside la interpretación sistemática de los preceptos a considerar, esto es, el ya citado artículo 1708 del Código Civil, en relación a los artículos 1045 y 1074 del mismo Cuerpo legal, no permite el juicio o la valoración de equidad. Del mismo modo, por seguir el razonamiento planteado, que la valoración del carácter excepcional de las circunstancias tampoco permite configurar la aplicación de la excepción más allá de los límites de confirmación de la regla general, esto es, vulnerando la razón última o núcleo

conceptual de la misma; de modo que el planteamiento de la sentencia de la Audiencia no puede ser compartido por esta Sala.

(...) Es doctrina jurisprudencial que la disolución de la sociedad no equivale, por sí sola, a su completa extinción inmediata, pues determina la apertura del pertinente proceso o periodo de liquidación en el que la sociedad subsiste y conserva, si con anterioridad la tuviera, su personalidad jurídica como sociedad en situación de liquidación. De modo, que sigue conservando los rasgos característicos del modelo de sociedad diseñado por el Código Civil.

(...) El criterio rector o central de la distribución o reparto de pérdidas o ganancias viene establecido por la voluntad de los socios; (...) cuando nada se ha convenido, caso que nos ocupa, el Código Civil, fuera de toda razón de equidad que no traiga causa de un fundamento normativo establece, como régimen subsidiario, el relativo a la partición de la herencia (1708 del Código).

(...) Por tanto, la dilación entre el momento de disolución de la sociedad y la liquidación de la misma, aparte de no ser un hecho tan infrecuente en la práctica, no puede ser tomada como un factor que justifique el cambio del criterio normativo decantado por la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Todo ello, sin perjuicio del correcto inventario del patrimonio social existente al tiempo de la disolución, de la debida rendición de cuentas, en su caso, y de la posible responsabilidad en la que pueda incurrir el socio que, contrariamente al principio de buena fe, obstaculice o retrase, de forma indebida y con abuso de derecho, el curso normal de la liquidación de patrimonio social que proceda” (F.D. 3º) [P.R.P.].

Jurisprudencia: Contrato de promesa de compraventa de acciones de futura sociedad. Demanda de cumplimiento del contrato, reconvencción de resolución

STS (Sala 1ª) de 4 de marzo de 2015, rec. nº 563/2013.

“(…) De la propia exposición de este motivo del recurso se desprende no que haya producido una errónea valoración de prueba, como error patente, sino que las propias declaraciones de hechos de la sentencia recurrida hacen deducir que la posición jurídica de la UTE es incorrecta y da lugar a un incumplimiento. Es decir, no es que valore patentemente mal la prueba de los hechos, sino que de los hechos que declara deduce una consecuencia jurídica incorrecta, lo cual sí es objeto del recurso de casación” (F.D. 2º).

(…) En el caso presente, es preciso recordar el texto del artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que consagra el principio de la *perpetuatio iurisdictionis*; que desarrollan también los artículos 412, que no permite alteraciones en la demanda y 413

(…) Se debe partir como probado que la UTE no cumplió el contrato quebrantando gravemente el plazo, no es un mero retraso circunstancial o

accesorio, sino tan elevado que ISOLUX opta por la resolución. Y no puede aceptarse la conclusión jurídica -no hecho probado- que ‘no ha existido incumplimiento que legitime la resolución, sino una mera demora o retraso, que no afecta a las expectativas económicas del contrato’. No puede aceptarse porque un incumplimiento tan notorio y en unas condiciones económicas tan elevadas no puede dar lugar al cumplimiento forzoso de un contrato.

(...) Se advierte que la sentencia recurrida ha errado al aplicar incorrectamente el artículo 1124 del Código civil, fundamento del presente motivo de casación. Como ha resaltado la jurisprudencia, tan solo el sujeto cumplidor puede exigir la aplicación del artículo 1124 y sí puede exigirla quien incumple (así, no abona el precio) porque la otra parte ha incumplido (sentencia de 1 de octubre 2010, que cita otras muchas anteriores), que es el caso presente (...) lo que se deduce de los hechos probados es que se ha producido, al tiempo de presentar la demanda, la frustración del fin del contrato” (F.D. 3º) [P.R.P.]

Jurisprudencia: sociedades cooperativas. Acción de responsabilidad contra consejeros del Consejo Rector.

STS (Sala 1ª) de 10 de marzo de 2015, rec. nº 506/2013.

(...) Conforme prevé el art. 149.3 de la ley nacional de cooperativas, el derecho estatal será en todo caso supletorio del derecho autonómico en esta materia, por lo que aquél se aplicará para cubrir eventuales lagunas o supuestos para los que no sea posible encontrar norma jurídica en la propia ley autonómica. Ni en la legislación estatal ni en la autonómica de Castilla-León de cooperativas, según se ha visto, existe una responsabilidad de los miembros del Consejo rector equiparable a la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital para el supuesto de que no se convoque la Junta de socios de existir causa de disolución. Por ello, no cabe, a falta de una remisión legal clara y específica, realizar una aplicación extensiva del régimen de responsabilidad previsto en el art. 367 LCS a otras formas asociativas, salvo que la ley autonómica así lo hubiera previsto expresamente” (F.D. 3º).

(...) En el desarrollo del motivo se invoca el art. 51.2 d) y 3 de la ley autonómica de cooperativas que remite al art. 43 de la ley nacional, y que prevé la responsabilidad ‘por daños causados’, que ‘se regirá por lo dispuesto para los Administradores de las sociedades anónimas’. De tales preceptos no cabe inferir que sea aplicable a los administradores de las cooperativas el régimen íntegro de responsabilidad de las sociedades de capital, pues, como se ha indicado precedentemente, la ‘responsabilidad por daños’ aquí contemplada no puede identificarse con la responsabilidad objetiva por incumplimiento del deber legal de convocar la asamblea, que precisa una previsión legal expresa.

(...) Todas las expresadas circunstancias en las que pretende apoyar su pretensión, la sentencia recurrida las ha desvirtuado con ocasión de desestimar la exigencia de

responsabilidad objetiva por no convocar la Asamblea de socios a tenor de la prueba practicada, pero, además, no tienen encaje en la pretensión ejercitada, con carácter subsidiario, de exigir la responsabilidad individual de los consejeros, pues no guardan la necesaria relación de causalidad las conductas descritas y el daño directamente producido al demandante” (F.D. 4º). [P.R.P.]

Jurisprudencia: Acción de responsabilidad por deudas contra los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada por falta de convocatoria de junta general al concurrir causa de disolución.

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

“(…) 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.

(…) 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 (...) 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.

(…) 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) [P.R.P.].

Jurisprudencia: Sociedad cooperativa. Liquidación del reembolso por baja de socio. Improcedencia de una nueva liquidación por la sociedad.

STS (Sala 1ª) de 16 de septiembre de 2015, rec. nº 1766/2014.

“La sentencia de la Audiencia Provincial en su fundamento jurídico segundo expone, ante las alegaciones del apelante de que ‘no se trataba de una liquidación definitiva’ que ‘El Tribunal no comparte la tesis de la cooperativa demandada y ahora apelante, en tanto que las comunicaciones efectuadas a la demandante fijan con meridiana claridad el importe a retornar al socio como consecuencia de su baja y el plazo en que debía efectuarse el retorno, intentando modificar aquella los términos del debate tal y como quedó planteado en primera instancia, con flagrante infracción de la prohibición de introducir cuestiones nuevas prohibidas en el art. 456 de la LEC’, afirmación que sustenta en el texto de la contestación a la demanda en la que se mantenía que ‘pese haberse reconocido un derecho de reembolso de la cantidades aportadas por importe de 34.786,07 euros, lo cierto es que no se tuvo en cuenta a la hora de emitir dicho reconocimiento el art. 14 de los Estatutos regulador de las consecuencias de la baja’.

De lo expuesto se colige que la *ratio decidendi* de la sentencia no fue la resultancia de valorar si se deben o no repercutir al socio cooperativista que causa baja, en todo caso, las pérdidas sufridas por la cooperativa y los presupuestos precisos para su repercusión, cuestión sobre la que el recurrente soporta su interés casacional. La sentencia de apelación desestimó el recurso en aplicación de la doctrina de los actos propios porque el socio demandante reclamó el importe de la liquidación que le fue comunicado por la cooperativa. Dice así la sentencia que ‘practicada la liquidación por el consejo rector y comunicada al socio que causa baja, la cooperativa no puede efectuar ya otras deducciones cuando aquél reclama el importe una vez vencido el plazo, y ello con independencia de que pudiera o no haberlas hechos cuando practicó aquella (...) comunicada la liquidación, era el socio-y no la propia cooperativa- el que podía impugnarla, resultando inadmisibles que consentida aquella por el socio pretenda modificarla la cooperativa cuando se le reclame judicialmente, lo que constituye no solo una manifiesta vulneración del principio de la buena fe, sino también la transgresión del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos.’. (F.D. 2º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Impugnación de acuerdos sociales. Denegación para transmitir participaciones sociales con prestación accesorias.

ATS (Sala 1ª) de 16 de septiembre de 2015, rec. nº 1581/2014.

“(…) El *recurso de casación* se interpone al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC. La mercantil recurrente alega interés casacional fundado en la necesidad de fijar jurisprudencia sobre el contenido y alcance de los arts. 86.1, 88 y 108 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 22 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, como norma de vigencia inferior a

cinco años y no existir jurisprudencia aplicable relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Se estructura en dos motivos. El motivo primero por infracción de lo dispuesto en el artículo 86.1 puesto en relación con los artículos 88 y 108 todos ellos del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 22 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en relación todo ello con el contenido y alcance, determinación de las prestaciones accesorias, los artículos 1261, 1256, 1283 y 1288 del CC y los principios constitucionales de libre asociación y libertad de empresa recogidos en los artículos 22 y 38 de la Constitución.

La entidad recurrente en este motivo argumenta la infracción normativa que alega, sobre la ambigüedad e indeterminación de la cláusula estatutaria que contiene la prestación accesorias, en concreto en el artículo 23 de los Estatutos Sociales. Alega que la falta de determinación y concreción no puede suponer una restricción absoluta a la transmisibilidad de las participaciones sociales.

En este motivo la parte recurrente construye el interés casacional sobre la cuestión jurídica que plantea eludiendo que la sentencia recurrida atiende a las siguientes circunstancias:

La acción ejercitada es de impugnación del acuerdo (relativo al punto primero del orden del día) de la Junta General Extraordinaria de 7 de noviembre de 2012.

El artículo 23 de los Estatutos de la Sociedad, sobre prestaciones accesorias (en cuya indeterminación y falta de concreción se basa el interés casacional) fue aprobado por unanimidad en su día en la Junta celebrada el 24 de mayo de 2011, con el voto favorable de la parte ahora recurrente sin que se formulara impugnación en su momento.

Nada obsta a que la actora pueda transmitir las participaciones sociales dando cumplimiento al contenido de la prestación accesorias en cuya redacción e incorporación a los estatutos sociales participó voluntariamente (según resulta de la valoración del informe).

La sentencia en la interpretación del Estatuto no atiende a la indeterminación y falta de concreción del contenido de una cláusula estatutaria no impugnada, ni con base a la misma declara una prohibición de transmisión de participaciones sociales, pretendiendo la parte recurrente una tercera instancia, una interpretación de una cláusula estatutaria acorde a sus intereses sobre la que sustenta la impugnación de un acuerdo posterior.

El motivo segundo por infracción de las normas sustantivas y de la jurisprudencia en relación con la cesión de los contratos y los artículos 1205, 1209, 1211, 1256, 1258 y 1259 del Código civil.

En este motivo la mercantil recurrente mantiene que la sentencia deja imprejuizada la alegación respecto a la infracción de los preceptos citados en

relación con la cesión de la prestación accesoria. Alega infracción de la Jurisprudencia sobre la cesión de contratos que se contiene en las sentencias de 9 de septiembre de 2002 (recurso no 1046/1997) o 28 de octubre de 2011 (recurso no 344/2011).

Este motivo no puede prosperar por inexistencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que se formula con carácter genérico como relativa a la cesión de los contratos, y que sólo podría incidir en el fallo eludiendo la *ratio decidendi* de la sentencia.

La mercantil recurrente en este motivo plantea cuestión jurídica sobre la que la Audiencia Provincial no se pronuncia, resultando inexistente el interés casacional que no puede incidir en la resolución del litigio respetada la *ratio decidendi* de la sentencia de la Audiencia Provincial, que considera en síntesis, que las alegaciones sobre la cesión del contrato a un tercero que no es parte en la litis y siendo la acción ejercitada la de impugnación de un acuerdo social, no inciden en la resolución del proceso” (F.D. 2º) [P.G.P.].

2. 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.].

Jurisprudencia: Préstamo hipotecario y contrato de seguro de vida vinculado: domiciliación bancaria y falta de saldo: impago de la prima: extinción del contrato.

STS (Sala 1ª) de 10 de septiembre de 2015, rec. nº 1778/2013.

“11.- (...) [D]el contrato de cuenta corriente no se desprende que el banco tuviera obligación de retener el recibo devuelto ante la falta de saldo suficiente, ni que pudiera volver a cargarlo cuando existiera posteriormente saldo para su cargo. Por el contrario, la cuenta donde se cargaban las primas no aceptaba ningún cargo si no existía saldo suficiente. Razón por la cual, el banco no infringió la norma específica aplicable, siendo la mencionada en el recurso (el art. 1719.2 CC) genérica a estos efectos, pues el contenido del mandato en relación con el pago de los recibos domiciliados en la cuenta se regía por lo convenido en el contrato de cuenta corriente.

(...)

[Además] el Banco (...) no recibió ninguna instrucción (...) sobre la prioridad del cargo de las primas del seguro de vida respecto de los demás recibos (...)” (F.D. 11º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: Seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor: impago de la primera prima o prima única y extinción del contrato: fijación de doctrina: necesidad de notificación fehaciente al asegurado.

STS (Sala 1ª) de 10 de septiembre de 2015, rec. nº 544/2013.

“5.- “(...) Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber dirigido al tomador del seguro un correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho que permita tener constancia de su recepción, por el que se notifique la resolución del contrato” (F.D. 3º) [J.A.T.C.].

Jurisprudencia: seguro de incapacidad absoluta permanente. Alegación infructuosa de incumplimiento por el tomador del art. 10 LCS por realizar la valoración de la prueba a destiempo.

STS (Sala 1ª) de 16 de septiembre de 2015, rec. nº 1455/2014.

“(…) Respecto al primer motivo del recurso, por infracción del art. 10 de la LCS, y como se desprende del contenido del escrito formalizador del mismo, el interés casacional se proyecta sobre aspectos fácticos diversos a los considerados por la Audiencia Provincial en su resolución. La parte recurrente discrepa de la valoración probatoria realizada por el Tribunal de apelación considerando que, contrariamente a aquella, quedó probado que el tomador, en el momento de la suscripción del seguro, omitió dolosamente su adicción al tabaco, una ADVI a la cocaína y el padecimiento de una diabetes mellitus tipo 2, hechos que difieren de los estimados probados en la resolución judicial recurrida que asienta su pronunciamiento parcialmente estimatorio en la falta de prueba sobre tales padecimientos y adicciones a la fecha de la firma del contrato, abundando en que ‘no existe en la totalidad de la documentación médica relativa al infarto padecido por el demandante en el año 2002 del que se derivó su incapacidad laboral mención alguna que permita concluir que el infarto encuentra su causa en el consumo de cocaína vía intravenosa ni en el consumo de tabaco’. De ello se deduce que el recurrente configura su recurso mostrando su disconformidad con la valoración de la prueba y sin respetar la base fáctica de la resolución recurrida ni el *thema decidendi*. Únicamente a través de una nueva y favorable valoración de la prueba practicada y de las circunstancias concurrentes, -valoración que excede ampliamente del objeto del recurso de casación, en el cual únicamente se ha constatar la infracción de las normas sustantivas aplicables sin alteración de los hechos que la sentencia recurrida haya fijados como debidamente probados-, cabría la aplicación de la doctrina jurisprudencial destacada por la parte recurrente por lo que el interés casacional invocado es inexistente y artificioso concurriendo la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2, 3º en relación con el art. 477.2, 3º, ambos de la LEC” (F.D. 3º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: seguro de vida. Omisión del deber de declaración del riesgo.

ATS (Sala 1ª) de 16 de septiembre de 2015, rec. nº 1708/2014.

“(…)En nuestro caso la parte recurrente sustenta que la demandante ocultó en el cuestionario de salud que padecía la enfermedad de Crohn, responsable de la incapacidad permanente y absoluta, actuando de mala fe, por lo que debe quedar exonerada de la obligación de abonar el capital previsto en dicha póliza para el caso de incapacidad permanente absoluta.

La demandante negó que hubiera ocultado la información y alegó que había comunicado verbalmente que padeciera enfermedad de Crohn al empleado de la entidad CAI cuando suscribió el seguro, aunque el empleado no lo

hizo constar en el cuestionario de salud, y que ni ella ni su esposo se dieron cuenta al firmar la póliza.

Pues bien, la parte recurrente elude en su argumentación que el tribunal sentenciador en ningún momento considera acreditado que la actora ocultara dicha información al empleado que rellenó el cuestionario. Lo que la sentencia recurrida considera acreditado, tras la valoración de la prueba, es que la suscripción de la póliza se llevó a cabo de forma mecánica, rutinaria y formalista, equivalente a la falta de una verdadera y mínimamente seria presentación del cuestionario, lo que determina la imposibilidad de que la asegurada incurriera en mala fe.

La Audiencia Provincial tiene en cuenta que el referido cuestionario de salud fue suscrito por un empleado de la entidad, que lo cumplimentaba directamente en el ordenador, y que no obra en autos; que únicamente la póliza recoge un apartado ‘cuestionario de salud’, inserto en la póliza; y que la actora ya acudió a la oficina de la CAI, preguntando si podía cobrar la prestación cuando el INSS le reconoció una situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión, indicándosele que únicamente procedía por la Incapacidad Permanente Absoluta, y que la aseguradora continuó cobrando la prima anual hasta que, reconocida a la demandante la situación de incapacidad permanente absoluta, la demandante solicitó la presentación asegurada, en cuyo momento se le devolvió la prima, al considerar nulo el contrato.

En definitiva, la doctrina que alega como infringida discurre al margen de los hechos probados y de la razón decisoria que en estos se sustenta, suscitando un interés artificioso y por ende, inexistente” (F.D. 3º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: indemnización por mora del asegurador. Interpretación de la cláusula de intereses del art. 20 LCS.

STS (Sala 1ª) de 11 de septiembre de 2015, rec. nº 1784/2013.

“(…) Dice la sentencia de 28 de septiembre de 2011 que "La mera diferencia entre lo pedido en la demanda y lo acordado en la sentencia hace ya tiempo que dejó de considerarse por la jurisprudencia de esta Sala, salvo casos excepcionales de diferencias extraordinarias, como una causa que justifique el impago por la aseguradora y la exima por ello de los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (STS 7-10-03 cuyo criterio ratifican las SSTs 14-3-06, 24-7-08, 17-3-09, 7-5-09 y 24-11-10 entre otras).

A ello cabe añadir que la razón del mandato legal radica no sólo en evitar el perjuicio para el asegurado o perjudicado que deriva del retraso en el abono de la indemnización, sino también en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación (SSTS 12 de marzo de 2001, 7 de octubre de 2003). En suma, como señala la sentencia de 12 de febrero de 2009, no basta la mera incertidumbre acerca de la cantidad a pagar por la aseguradora, sino que, en términos generales, es preciso valorar, fundamentalmente, si la resistencia de ésta a abonar lo que, al menos con seguridad, le correspondía, está o no justificada, o el retraso en el pago le es o no imputable, siendo lo decisivo.

Y es el caso que, no solo se conocía la causa de la obligación del pago, sino que se pretendió reducir este de forma unilateral a una suma muy alejada de la reclamada y de la fijada por la sentencia recurrida, sin que tampoco procediera al pago o consignación de la cantidad ofrecida por lo que la negativa de la aseguradora recurrente a cumplir con su deber de satisfacer la prestación frente al perjudicado, pagando o al menos consignando el importe mínimo, no encuentra justificación alguna” (F.D. 2º). [P.G.P.].

Jurisprudencia: impago de la primera prima o prima única en el seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor. Falta de acreditación por la aseguradora de la comunicación por falta de pago.

STS (Sala 1ª) de 10 de septiembre de 2015, rec. nº 544/2013.

“(…) el art. 20.2 (la solicitud y la proposición del seguro de suscripción obligatoria) del mismo Reglamento dispone: ‘la proposición del seguro de suscripción obligatoria hecha por la entidad aseguradora o su agente vinculará a la aseguradora por el plazo de quince días. Una vez aceptada la proposición por el tomador, se entenderá perfeccionado el contrato, *quedando siempre a salvo*, en caso de impago de la primera prima por culpa del tomador, *el derecho del asegurador a resolver el contrato, mediante escrito dirigido al tomador por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho*, o exigir el pago de la prima en los términos del artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro. Aceptada la proposición por el tomador, el asegurador deberá entregar la póliza de seguro en el plazo de diez días’ (énfasis añadido).

3. Este es el supuesto que debe proyectarse en el presente recurso, esto es, si la opción que dice escogida el recurrente, es decir, la de la resolución a que se refiere el párrafo primero del art. 15 de LCS, ha sido debidamente

realizada. La respuesta debe ser, según lo expuesto, reglamentaria y, por tanto, jurídicamente, negativa.

Para resolver la póliza del seguro obligatorio no basta con acreditar la culpa del tomador en caso de impago de la prima, para lo que es suficiente la prueba de falta de fondos en la cuenta designada para atender el recibo. En el presente caso, el propio conductor reconoció, en el juicio que contra él y el propietario del vehículo siguió el Consorcio, el impago mediante la aportación de una comunicación de la entidad de crédito que le intimaba a la reposición de fondos. Esta Sala, en SSTS núm. 783/2008 de 4 de septiembre y 17 de octubre de 2008, ha considerado suficiente para acreditar la culpa del tomador, el impago del recibo presentado por la compañía con cargo a la cuenta designada por el tomador, devuelto por falta de fondos.

Pero la falta de pago de la primera prima antes de la ocurrencia del siniestro no produce el efecto *‘ope legis’* de liberar al asegurador de su obligación de indemnizar, como señala el recurrente en su escrito. No basta para resolver el contrato del seguro obligatorio por impago de la primera prima demostrar la culpa del tomador, sino que, como señala el precepto reglamentario transcrito (art. 20.2), frente a terceros, es necesario acreditar, además, la comunicación recepticia dirigida al tomador del seguro declarando resuelto y sin efecto alguno el contrato, lo que se adecua a las exigencias normativas para que pueda producir el efecto de quedar liberada la aseguradora de su obligación de indemnizar. Hasta tanto no se acredite haber efectuado tal comunicación, frente a terceros, el impago de la primera prima o prima única es inoponible frente a quien ejercita la acción directa del art. 76 LCS, por subrogación, como es el supuesto contemplado en el presente caso” (F.D. 3º). [P.G.P.].

3. DERECHO CONCURSAL

Jurisprudencia: Demanda incidental por calificación de acreedores concursales como ordinarios en lugar de contingentes con privilegio especial por un crédito refaccionario, conforme al art. 90.1.3º LC. La falta de inscripción en el Registro del buque sobre el que concurre el crédito refaccionario justifica su calificación como ordinario, pues no cumple los requisitos exigidos para ser privilegiado (art. 90.2 LC).

STS de 21 de mayo de 2015, rec. nº 534/2013.

“(…) Para la resolución del presente recurso interesa destacar los siguientes antecedentes acreditados en la instancia:

‘1. The Royal Bank of Scotland, N.V., Sucursal en España (en adelante RBS) interpuso demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores presentada por la administración concursal de Astilleros de Huelva, S.A. (en adelante la concursada o ASHA) solicitando la calificación del crédito derivado de la construcción del buque 845 como contingente con privilegio especial, de conformidad con lo establecido en el art. 90.1.3o LC , al tratarse de un crédito refaccionario, en lugar de un crédito ordinario como figuraba en la lista de acreedores?’.

Los administradores concursales se opusieron al cambio de calificación del crédito solicitado al entender que le faltaba el requisito exigido por el art. 90.2 LC, según el cual para que los créditos mencionados en los números 1o a 5o del propio precepto pueden ser clasificados con privilegio especial deberán estar constituidos con los requisitos y formalidades previstas en su legislación específica. En el presente caso, el acreedor tan sólo pudo acreditar una solicitud de anotación de crédito refaccionario en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Huelva a favor de la entidad SSDV, de fecha 25 de febrero de 2010, por importe de 50.623.824 euros y dos escritos de subsanación, solicitando al inscripción del buque 845 en el Registro y documentación acreditativa de la identificación societaria de SSDV. La mera solicitud de anotación, señalan, sin que aparezca inscrito el crédito refaccionario, no puede dar lugar al privilegio especial que solicitan” (F.D. 1º).

“(…) El fundamento del privilegio del acreedor refaccionario, señalábamos en la STS 207/2014, de 22 de abril de 2015 ‘descansa en la idea de que el aumento de valor que la cosa financiada experimenta, obedece al desembolso patrimonial hecho por el acreedor refaccionario. Si la cosa o el bien cuyo valor ha experimentado un aumento de valor se distribuyera por un igual entre todos los acreedores, éstos se habrían enriquecido a costa del acreedor refaccionario (...) la competencia del juez del concurso, para examinar el carácter privilegiado del crédito, no le impide el examen de lo que constituyen los requisitos legales para que se le reconozca este privilegio entre los que se encuentran los previstos en el apartado 2 del art. 90 LC con independencia de las cuestiones registrales que excedan de la meramente formal calificación que corresponde al Registrador’.

‘En efecto, para que el acreedor pretenda tener la garantía sobre el objeto con el carácter de refaccionario para merecer la calificación que le reconoce el art. 90.1.3 o y 90.2 es necesario que se cumplan todos los requisitos y condiciones que establece la legislación hipotecaria (arts. 42.8 , 59 a 64 , 92 a 96 LH y arts. 166.7 , 155 a 160 y 197.5 RH) y las especialidades previstas en la Ley de Hipoteca Naval para que surta efecto en el Registro (arts. 16 , 20 a 24 LHN)’.

2. En el momento de la comunicación del crédito a la administración concursal (24 de mayo de 2010) y la calificación como crédito contingente ordinario por esta, no se observa que se den los requisitos y formalidades previstos en la legislación que acabamos de exponer precedentemente. A pesar de que la solicitud de anotación del crédito refaccionario es de 25 de febrero de 2010, anterior a la declaración de concurso de los Astilleros de Huelva (el 12 de marzo de 2010), ocurre que en la fecha de solicitud no constaba en el Registro Mercantil la inscripción principal, nada menos que la del buque 845, equivalente a la inmatriculación de la finca, que es el acto por virtud del cual se tiene acceso al Registro y constituye el punto de arranque del historial jurídico del buque.

Obsérvese que, en el presente caso, no es hasta el 23 de abril de 2010, que se presenta al Registro la *solicitud de inscripción del buque 845*, entre otros extremos, que debe ser subsanada el 6 de julio de 2010 completando la identificación del mismo, sus características y planos, etc.

Por tanto, lo que cierra el Registro, hasta subsanar los defectos, *es la solicitud de inscripción del buque* y no la anterior anotación del crédito refaccionario sobre un buque inexistente, a efectos registrales y sobre el que se pretende una garantía refaccionaria. La inscripción principal, es la correspondiente a la propiedad de la nave (art. 16 de la Ley de Hipoteca Naval, entonces vigente).

Deberá tenerse en cuenta que el art. 26 LHN señalaba que la anotación del crédito refaccionario contendrá, entre otros extremos, el valor dado a la nave, antes de consignar las cantidades que han de entregarse para la refacción. Pero ello no es posible si precisamente no existe inscrita la propiedad del buque y su identificación.

Cuando la administración concursal procede a la calificación de los créditos en el preceptivo informe, debe referirse a las formalidades y requisitos existentes en el momento en que se dicta el auto de declaración de concurso (12 de marzo de 2010), y en aquella fecha no aparecía el crédito refaccionario a nombre del recurrente, que lo fue el 29 de julio de 2010. La anotación que cerraba el Registro no era la de la solicitud de anotación del crédito refaccionario sobre un buque inexistente registralmente, como pretende el recurrente, sino, por el principio de tracto sucesivo (art. 20 LH) la solicitud de inscripción del buque de fecha 23 de abril de 2010, posterior también a la declaración de concurso, a la confección del informe y a la interposición de la demanda incidental.

Por las razones expuestas debemos desestimar los motivos que fundan el recurso de casación” (F.D. 4º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Calificación de concurso culpable. Retraso en la solicitud del concurso por los administradores y agravación de la situación de insolvencia.

STS de 21 de mayo de 2015, rec. nº 1560/2013.

“(…) La segunda causa por la que declara el concurso culpable es el retraso en la solicitud de concurso. En concreto, se declara probado que los administradores conocían la situación de insolvencia de la sociedad, por lo menos, desde el día 30 de octubre de 2005, y no se solicitó el concurso hasta el día 7 de septiembre de 2007. La Audiencia, después de razonar que este retraso, al amparo del art. 165.1º LC , permite presumir el dolo o la culpa grave, pero no que con dicha conducta se hubiera agravado el estado de insolvencia, declara probado que en este caso el retraso agravó el estado de insolvencia, cuando menos por los recargos de demora e intereses respecto de la deuda de la Seguridad Social que ascendía a más de 600.000 euros, y del resto de las deudas, entre las que se encontraba el préstamo hipotecario, que por dejar de abonarse justificó a la postre la ejecución del bien hipotecado, que era el de mayor valor de la sociedad.

En realidad, calificar culpable el concurso por retraso en su solicitud, al amparo de la presunción de dolo o culpa grave del art. 165.1 LC, supone integrar esta presunción con la causa de calificación culpable regulada en el art. 164.1 LC. De acuerdo con este precepto, en este caso, el concurso se declara culpable porque la insolvencia se agravó debido a un comportamiento de los administradores de la sociedad, realizado con dolo o culpa grave. Este comportamiento fue el retraso en la solicitud. De tal forma que el agravamiento de la insolvencia, como consecuencia del retraso en la solicitud, constituye uno de los elementos objetivos y subjetivos de esta causa de calificación culpable, en realidad el más preponderante, con arreglo al cuál podía articularse la justificación de la responsabilidad por déficit del art. 172.3 LC (en su redacción original, aplicable al caso).

La sentencia de la Audiencia, al declarar probado que el retraso en la solicitud de concurso agravó la situación de insolvencia, no sólo justificó la calificación culpable del concurso, sino también la condena al pago del 20% de los créditos no satisfechos con la liquidación, ajustándose a la jurisprudencia de esta Sala” (F.D. 6º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: calificación del concurso como culpable. El incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso implica una presunción iuris tantum, que no puede ser contrariada por la existencia de meras dudas planteadas por el afectado.

STS (Sala 1ª) de 1 de junio de 2015, rec. nº 656/2014.

“Siendo la causa de la calificación del concurso como culpable el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, y alcanzando este deber a todos los administradores sociales, no es preciso un razonamiento específico que justifique que se considere personas afectadas por la declaración de concurso a todos los administradores sociales...” (F.D. 3º.3).

“(…) Si el recurrente solo ha solicitado la plena desestimación de las pretensiones de la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, por considerar que el concurso era fortuito, el tribunal de apelación, al rechazar esta pretensión y calificar el concurso como culpable, no estaba obligado a revisar todos y cada uno de los pronunciamientos condenatorios de la sentencia apelada, hubieran sido o no expresamente impugnados por los recurrentes, y con independencia de que estos hubieran motivado la impugnación de los mismos” (F.D. 3º.4).

“Los órganos de instancia gozan de un margen de discrecionalidad para realizar determinados pronunciamientos (como, por ejemplo, la duración de la inhabilitación en la sentencia que califique el concurso como culpable). No habiéndose optado por una duración máxima ni mínima de la sanción, no se entiende exigible una especial motivación para imponer tal medida, dado que la misma es consecuencia ineludible de la calificación del concurso como culpable y de la declaración de determinadas personas como especialmente afectadas por tal calificación” (F.D. 3º.5).

“Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción ‘iuris tantum’ (que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario) en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la agravación de la insolvencia (F.D. 5º.1).

“Se trata, por otra parte, de una consecuencia lógica del principio ‘id quod plerumque accidit’ (lo que normalmente sucede), puesto que el retraso en solicitar la declaración del concurso suele provocar una agravación de la insolvencia del concursado, por lo que sin necesidad de tal presunción legal, la carga de la prueba de que tal agravación no se ha producido recaería también sobre las personas afectadas por la calificación por cuanto que se trataría de un hecho excepcional” (F.D. 5ª.2) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Presunción de concurso como culpable por ausencia de solicitud de los administradores en el momento en que se encontraba en situación de insolvencia. La presunción de culpabilidad requiere ser combatida por una presunción de falta de dolo o culpa, sin que baste las meras dudas.

STS de 1 de junio de 2015, rec. nº 1449/2013.

“(…) 1.- Es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que el art. 165.1 de la Ley Concursal es una norma complementaria de la del artículo 164.1. Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción ‘iuris tantum’ (que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario) en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la agravación de la insolvencia (sentencias de esta Sala núm. 259/2012, de 20 de abril; 255/2012, de 26 de abril; 298/2012, de 21 de mayo; 459/2012, de 19 de julio, 122/2014, de 1 de abril, y 275/2015, de 7 de mayo).

2.- Se trata, por otra parte, de una consecuencia lógica del principio ‘id quod plerumque accidit’ (lo que normalmente sucede), puesto que el retraso en solicitar la declaración del concurso suele provocar una agravación de la insolvencia del concursado, por lo que sin necesidad de tal presunción legal, la carga de la prueba de que tal agravación no se ha producido recaería también sobre las personas afectadas por la calificación por cuanto que se trataría de un hecho excepcional.

“(…) 1.- El motivo parte de la existencia de una admisión de dudas en la sentencia apelada que no es tal, puesto que en esta se fija como fecha de la insolvencia el 1 de noviembre de 2005, y no se afirma que existan dudas al respecto.

2.- Las dudas no pueden ‘pesar más que la presunción’, como pretenden los recurrentes, puesto que justamente la presunción supone una inversión de la carga de la prueba, de modo que si no existe una prueba adecuada de la inexistencia de dolo o culpa grave y de que el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso no agravó la insolvencia del deudor (y tal ocurre cuando existen dudas), la presunción no resulta destruida” (F. D. 5º y 7º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Calificación culpable del concurso. Supuestos art. 164.2 como presunciones iuris et de iure. Basta con la concurrencia del supuesto, siendo irrelevante que hubiera agravado o generado la situación de la insolvencia.

STS de 17 de septiembre de 2015, rec. nº 2072/2013.

“(…) El precepto legal que se denuncia infringido es el art. 164.1 LC. Este precepto no ha sido directamente aplicado por la sentencia recurrida para justificar la calificación culpable del concurso. Esta calificación culpable se basó en tres conductas. Las dos primeras, la existencia de doble contabilidad y las inexactitudes graves en la información suministrada al solicitarse el concurso de acreedores, son dos conductas tipificadas en los ordinales 1º y 2º del apartado 2 del art. 164 LC. Estas conductas tipificadas en el apartado 2 del art. 164 LC no exigen, para que su apreciación pueda justificar la calificación culpable del concurso, que hayan generado o agravado la insolvencia, sino que en cada caso se hayan cumplido los presupuestos legales de cada uno de los tipos, conforme a su específica regulación legal. Por esta razón resulta irrelevante la denuncia de que no se ha acreditado la generación o agravación de la insolvencia.

En cuanto a la tercera causa, el incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso, que el art. 165.1º LC regula como primer supuesto en que se presume el dolo o la culpa grave, tal y como ha sido interpretado por la Sala, que extiende a la presunción a la agravación de la insolvencia, traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia. El motivo se limita a denunciar que no se ha justificado la generación o agravación de la insolvencia, cuando respecto de esta tercera conducta se presume que el retraso ha agravado la insolvencia, por lo que el recurrente debería haber justificado que esto no fue así en este caso.

Por otra parte, la mención inicial, que denuncia la infracción del art. 164.1 LC porque la sentencia recurrida omite ‘la necesaria expresión de los criterios que llevaron al tribunal a condenar a los administradores de la sociedad al pago de las deudas sociales’, carece de sentido, pues si se pretendía impugnar la sentencia por esa razón, el precepto que debería haberse invocado como infringido debería haber sido el art. 172.3 LC (en la redacción vigente al tiempo de la apertura de la sección de calificación, antes de que se reformara por la Ley 38/2011, de 10 de octubre)” (F.D. 8º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Acción de reintegración. Hipoteca otorgada por el concursado. Abuso de derecho en el ejercicio de la acción de reintegración.

STS de 15 de septiembre de 2015, rec. nº 2207/2013.

“(…) En el presente caso, sin excesivo esfuerzo, puede colegirse que la solicitud voluntaria de la declaración de concurso y el ejercicio de la acción rescisoria ejercitada (ex art. 71 LC) iban dirigidas exclusivamente a la rescisión de la hipoteca que la hermana otorgó a favor de la recurrente, como contragarantía del aval prestado por ésta con ocasión de un crédito concedido a la sociedad de su hermano, Comercial Rafael Ribas, S.L.

Varios son los elementos que concurren en el presente supuesto: (i) el exiguo pasivo concursal de 3.551,44 euros obedece a una serie de gastos e impuestos que ocasiona el piso propiedad de la concursada, que si bien aparecen a nombre de las entidades suministradoras, no por ello se imputan al referido piso; (ii) el piso aparece ocupado, en régimen de precario, por un hermano (Feliciano), que, conforme queda acreditado en autos, se comprometió a atender aquellos gastos; (iii) la administración concursal no hizo gestión alguna para cobrar del precarista los gastos del piso, que constituye prácticamente todo el pasivo ordinario; (iv) tampoco la administración concursal intentó resolver la situación de precario del ocupante del piso, para, posteriormente, arrendarlo a tercero, lo que hubiera supuesto que el arrendatario se hiciera cargo de los gastos, y obtener unas rentas que acaso podrían permitir atender las cuotas del préstamo; (v) siendo debidos los gastos que integran el pasivo ordinario por el ocupante, propiamente la concursada, Da Sabina , no se hallaba en situación de insolvencia (art. 2 LC), faltando el requisito objetivo para que fuera declarada en declaración del concurso; (vi) el recurrente no pudo oponerse a la declaración de concurso, al desconocer que posteriormente iba a dirigirse la administración concursal contra él, con el fin de obtener la rescisión de la garantía hipotecaria que gozaba como consecuencia del aval prestado en la operación de crédito concedido a una sociedad de su hermano Dimas ; y (vii) Isba no recibió de la administración concursal un requerimiento extrajudicial para tratar de alcanzar un acuerdo amistoso; (viii) la hipoteca fue constituida por Dimas usando un poder muy amplio concedido por la hermana monja, concursada; (ix) la hipoteca se concedió al banco como contragarantía del aval prestado por la hermana, ahora concursada, con ocasión de un crédito concedido a la sociedad de su hermano, comercial Rafael Ribas, S.L.

Ciertamente, las acciones rescisorias que contempla el art. 71 LC tratan de proteger la masa activa del concursado en beneficio de la masa pasiva. Pero en el presente caso, tanto la presentación del concurso de acreedores como,

posteriormente, el ejercicio de la acción rescisoria, supone una anormalidad e inmoralidad en el ejercicio del derecho y una antisocialidad del daño a tercero que se hubiera evitado, empleando una mínima diligencia por parte del hermano de la concursada, D. Dimas, primero y, posteriormente, por parte de la administración concursal, en la gestión de la masa pasiva. Sencillamente reclamando el importe de las deudas del piso a su ocupante o resolviendo el precario.

Por ello, el motivo se estima y declaramos la nulidad por abuso de derecho del ejercicio de la acción rescisoria, privándole de los efectos perseguidos. La aplicación restrictiva, excepcional y extraordinaria de la institución (STS de 22 de junio de 2010), en el presente caso, queda sobradamente justificada” (F.D. 5º.2). [P.G.P.].

Jurisprudencia: Efectos de la declaración de concurso sobre el contrato de leasing. Naturaleza jurídica del leasing y reconocimiento de las obligaciones pendientes.

STS de 17 de septiembre de 2015, rec. nº 2216/2013.

“(…) Para determinar si la relación jurídica nacida del contrato de arrendamiento financiero sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, por estar pendientes de cumplimiento obligaciones recíprocas a cargo de las dos partes, habrá que atender a las cláusulas válidamente convenidas, en cada caso, por los contratantes.

La sentencia de la Audiencia Provincial parte de que el contrato de leasing que sirve de fundamento a la demanda incidental de Caja Laboral no establece obligaciones a cargo de la misma que se encuentren pendientes de cumplimiento en el momento de declaración del concurso, e incluso reproduce una cláusula del contrato en la que se libera a la arrendadora financiera de cualquier responsabilidad respecto de la idoneidad, funcionamiento o rendimiento de los bienes objeto del contrato, y se subrogaba al arrendatario financiero en todos sus derechos frente al proveedor o fabricante en orden al saneamiento por evicción o vicios ocultos de dichos bienes y en orden a la exigencia de cumplimiento de las garantías de toda índole ofertadas por el proveedor o fabricante.

La recurrente no ha combatido adecuadamente este extremo, fundamental para la conclusión a que llega la Audiencia Provincial de que cuando tuvo lugar la declaración del concurso solo quedaban obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la concursada, pues solo realiza consideraciones abstractas sobre lo que considera propio de la naturaleza del contrato de leasing.

Se alega en el recurso que tras la declaración de concurso el arrendador estaba obligado a dejar al arrendatario financiero el bien de su propiedad, a permitir el goce pacífico de la cosa arrendada, a no impedir el uso de la cosas por el arrendatario, y a recibir la renta pactada. En cuanto a esto último, no es admisible la pretensión de convertir lo que es un derecho del arrendador financiero, cobrar la renta, en una obligación recíproca respecto de la obligación que tiene el arrendatario financiero de pagarla. Respecto del resto de obligaciones, como hemos declarado en las sentencias ya citadas, solo constituyen, a efectos del artículo 61 Ley Concursal, un deber de conducta general, implícito en el principio ‘pacta sunt servanda’ [los pactos deben ser cumplidos], en su contenido sustancial ya cumplido con la propia entrega y, en todo caso, insuficiente, por sí solo, para atribuir al crédito de la arrendadora el tratamiento de crédito contra la masa en el concurso que la recurrente pretende.

También sería insuficiente a tales efectos la obligación de transferir la titularidad del bien al arrendatario una vez que este ejercite la opción de compra y pague la cuota correspondiente al valor residual. Es una obligación de la arrendadora que tan sólo nace en caso de que el arrendatario, después de haber pagado todas las cuotas, decida hacer ejercicio de ella. Esta compraventa no es un mero acto de ejecución del contrato de leasing, sino un negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, en este caso del arrendatario al hacer uso de la opción de compra.

5.- Tampoco el argumento relativo a la incidencia de las modificaciones introducidas en el art. 61.2 de la Ley Concursal por la Ley 38/2011 puede fundar la estimación del recurso. Como ya declaramos en la sentencia núm. 652/2014, de 12 de noviembre, las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no suponen una innovación que modifique el régimen jurídico expuesto en los anteriores párrafos.

La interpretación que ha de darse a la nueva redacción del art. 61.2 de la Ley Concursal, y en concreto al último inciso en el que hace mención a los contratos de arrendamiento financiero, es que si del análisis del concreto contrato de leasing concertado por la concursada resultan obligaciones pendientes de cumplimiento también para el arrendador financiero tras la declaración de concurso, será aplicable el régimen previsto en dicho precepto para la resolución en interés del concurso del contrato de leasing pendiente de cumplimiento por ambas partes. Pero no puede entenderse, como pretende la recurrente, que dicha modificación legal tiene por consecuencia atribuir en todo caso al contrato de leasing la naturaleza de contrato de tracto sucesivo en el que las obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes subsisten a lo largo de la vigencia del contrato, sea cual sea la

regulación convencional que resulte de las cláusulas del contrato suscrito por las partes.” (F.D. 3º.4 y5) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Efectos de la declaración de concurso sobre el contrato de leasing. Naturaleza jurídica del leasing y reconocimiento de las obligaciones pendientes.

STS de 11 de septiembre de 2015, rec. nº 2198/2013.

“(…) El art. 76.1 LC declara que: ‘constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiriera *hasta la conclusión del procedimiento*’ (énfasis añadido).

El inventario es, junto a la lista de acreedores, uno de los documentos que deben adjuntarse al Informe de la administración concursal (art. 82.1º LC).

Ambos documentos -inventario y lista de acreedores-, informan a los acreedores de la situación patrimonial del deudor. Tal función, es relevante al permitir a los acreedores tener información suficiente, bien en la fase de convenio que les permita evaluar con criterios objetivos las distintas propuestas de convenio que pudieran plantearse, bien en fase de liquidación que permita conocer el grado de satisfacción de sus créditos en la realización de los bienes y derechos, en el orden legalmente establecido

Por ello, aún por una presunta omisión -que no la hubo-, cualquier bien, en este caso, un crédito, debe ser reclamado, cobrado y distribuido entre los acreedores, siendo de responsabilidad de la administración concursal realizar todas las gestiones judiciales y extrajudiciales necesarias para su efectividad, ‘hasta la conclusión del concurso’.

2. Sentado lo anterior, la sentencia recurrida, hace referencia a las distintas gestiones llevadas a cabo por la administración concursal frente a la demandada recurrente, por lo que, abierta la fase de liquidación, se informaron de todas las incidencias sobre el préstamo reclamado en los informes trimestrales que la administración concursal remitía al Juzgado, como refiere el fundamento de derecho tercero y que, en su parte bastante, ha sido reproducido textualmente en el fundamento anterior (apartado 4).

Pero aunque no se hubiera informado la reclamación de la deuda contraída por el demandado, ni hubiera sido inventariado, el crédito del concursado contra la demandada, podía reclamarse judicialmente.

3. En el presente caso, ya cumplida la condición suspensiva a que estaba sujeta la reclamación del préstamo, y finalizada la fase común del concurso,

la deuda reclamada no pudo ser incluida en la lista o relación de pleitos. Pero, a los efectos expuestos, es intrascendente e irrelevante a los efectos que acabamos de exponer” (F.D. 3º). [P.G.P.].

4. PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

MARCAS

Jurisprudencia: En un procedimiento por infracción marcaria, un bajo grado de similitud entre los productos o servicios cubiertos puede ser compensado con un elevado grado de similitud entre las marcas y a la inversa.

STS (Sala 1ª) de 18 de abril de 2015, rec. nº. 1621/2013.

“(…) 1. En la mencionada sentencia de 20 de enero de 2013 señalamos, con cita de otras del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia, que el riesgo de confusión debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes y, al fin, la impresión de conjunto que los signos confrontados puedan producir en el consumidor medio, el cual normalmente los percibe como un todo, sin detenerse a examinar los diferentes detalles; que la apreciación global del riesgo de confusión implica una cierta interdependencia de los factores tomados en consideración y, en particular, la similitud entre las marcas y la existente entre los productos o los servicios cubiertos, dado que un bajo grado de similitud entre los productos o servicios cubiertos puede ser compensado con un elevado grado de similitud entre las marcas y a la inversa; que ello no excluye que ciertos elementos puedan tener tal importancia que determinen tanto la concurrencia de riesgo de confusión como su inexistencia, por ser dominantes en la valoración global, ya que ésta no impide que, en particular, se tomen en consideración para darles la importancia que merezcan, aquellos elementos distintivos que resulten los dominantes en el conjunto.

2. Pues bien, pese a lo que se afirma en el primer motivo del recurso de casación de Kiowamoda, S.L., el Tribunal de apelación ha seguido punto por punto esos criterios.

3. En particular –habiendo ganado firmeza el pronunciamiento de primera instancia sobre la validez de las marcas tridimensionales de Camper, S.L., que había negado la ahora recurrente en la reconvención–, el Tribunal de apelación, tras declarar que no hay obstáculo para que un signo constituido por la forma del producto pueda constituir marca comunitaria, siempre que se cumplan los requisitos de distintividad y de representación gráfica, afirmó que ‘los criterios de valoración del carácter distintivo de las mismas

no son distintos de los que se aplican a otras categorías de marcas'; y, en particular, respecto de los elementos con fuerza distintiva que la recurrente señala como no suficientemente valorados –esto es, las suelas del calzado y las denominaciones “Camper” y “Fleximax”–, en la sentencia recurrida se declaró que las marcas comunitarias de Camper, S.L. no contienen elemento denominativo que sea “perceptible en el registro” y, desde luego, que constituya “factor decisivo de su distintividad”, así como que ‘el modelo 5000 Fleximax reproduce los elementos esenciales y más distintivos de las marcas de la actora (...), pues en ella la suela, la puntera redonda y alzada y el resultado del conjunto gráfico, constituyen los elementos esenciales que reproduce el calzado de la mercantil demandada’” (F.D. 6º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: Es extemporánea la alegación en el acto del juicio de la nulidad del diseño, por falta de novedad y de carácter singular basada en la divulgación de un dibujo reseñado en una patente que no había sido invocado en la fase de alegaciones.

STS (Sala 1ª) de 20 de mayo de 2015, rec. nº. 2143/2013.

“(...) 1. 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.

2. 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 reconvenición, 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) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: La falta de novedad puede ser explícita, derivada de cuanto se expone explícitamente en el documento anterior, o implícita, si a partir del documento anterior, el experto en la materia hubiera inevitablemente llegado a un resultado comprendido en los términos de la reivindicación.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 18 de junio de 2015, rec. nº. 2287/2013.

“(…) 1. Las anterioridades derivadas del estado de la técnica susceptibles de perjudicar la novedad de la invención del actor deben ser apreciadas una por una y comparadas con la invención sin tener en cuenta nada más que su contenido. Este juicio comparativo debe hacerse individualmente con cada una de las anterioridades, sin que sea lícito determinar la falta de novedad de una invención a partir de la combinación de varios elementos precedentes.

2. Un documento anterior destruye la novedad del objeto reivindicado que derive directamente y sin ambigüedad del documento, incluyendo cualquier elemento que para un experto en la materia esté implícito en lo explícitamente mencionado en el documento. En este sentido, cabe afirmar que la falta de novedad puede ser explícita, derivada de cuanto se expone explícitamente en el documento anterior, o implícita, en el sentido de que, reproduciendo las enseñanzas del documento anterior, el experto en la materia hubiera inevitablemente llegado a un resultado comprendido en los términos de la reivindicación.

3. Al respecto, conviene matizar que, al juzgar sobre la novedad, la afirmación de que una descripción implícita puede ser también suficiente si conduce inevitablemente al experto a la invención posterior, debe entenderse referida al proceso lógico por el cual se extrae de la lectura de lo explícito la presencia de lo implícito en la descripción, esto es, la inevitabilidad se predica de la deducción. Por el contrario, cuando lo que se afirma es que del estado de la técnica se deduce, se deriva, resulta de él o conduce inevitablemente a una invención posterior, nos adentramos en el terreno de lo evidente o muy evidente para el experto, es decir, a la actividad inventiva necesaria para ejecutar la invención (...).” (F.D. 8º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: En el conflicto entre marca o nombre comercial y denominación social, desde la perspectiva de la acción de infracción del signo marcario, lo relevante es precisar

en qué ha consistido el uso de la denominación social en tráfico, pues de ello dependerá la existencia o no de infracción (no todo uso es constitutivo de infracción).

STS (Sala 1ª) de 6 de julio de 2015, rec. nº. 2318/2013.

“(…) 1. La denominación de una persona jurídica, especialmente en el caso de las sociedades mercantiles, es susceptible de ser empleada como signo distintivo, cuando sea asociado por el público al crédito o reputación que, a su juicio, merecen los productos o servicios que ofrece la empresa.

2. (...) En este sentido, el art. 34.2 LM , al regular el alcance del “Ius Prohibendi” que se reconoce al titular de la marca, se dirige al uso por terceros del signo registrado en el tráfico económico. Esta limitación del “Ius Prohibendi” al uso del signo en el tráfico económico del art. 34.2 LM guarda relación con el propio concepto legal de marca, que según el art. 4 LM debe servir para identificar “en el mercado” los productos o servicios de una empresa de los de otras. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 11 de septiembre de 2007, (C- 17/2006), entiende que la denominación social se emplea para distinguir productos o servicios, en el sentido del art. 5.1 de la Directiva, no sólo ‘cuando un tercero pone el signo constitutivo de su denominación social (...) en los productos que comercializa’, sino también cuando lo utiliza ‘de manera que se establezca un vínculo entre el signo constitutivo de la denominación social (...) y los productos que comercializa o los servicios que presta (...)’.

3. De este modo, en el conflicto entre marca o nombre comercial y denominación social, desde la perspectiva de la acción de infracción ejercitada por el titular del signo marcario, lo relevante es precisar en qué ha consistido el uso de la denominación social en tráfico. Si este uso se limita a la inclusión de la denominación social para identificarse la sociedad en una factura, contrato o cualquier otra documentación, de tal forma que, conforme a las prácticas leales en materia comercial, no puede desprenderse que con ello se pretenda generar en el mercado la percepción de un vínculo o conexión entre la denominación social y los productos o servicios en que consiste su actividad empresarial, en ese caso no existirá infracción del signo marcario” (F.D. 5º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: La infracción de un derecho de marca no puede justificarse en el hecho de un bajo grado de comercialización del producto ni en el desconocimiento de la notoriedad de la marca que se infringe.

SAP de Cáceres (Sección 1ª) de 1 de junio de 2015, rec. nº. 201/2015.

“1. (...) Se alega que Tous es conocedora de que en las grandes naves de los polígonos industriales de Madrid y Badajoz se comercializan productos que puedan hacer daño a su marca, debiendo dirigirse contra los propietarios de dichas naves por las grandes cantidades de productos que se venden por todo el país y parte del extranjero, pero no contra la recurrente.

Pues bien, este motivo no puede prosperar, porque consta plenamente acreditado que las recurrentes comercializaban en los establecimientos de su propiedad, entre otros muchos productos, “ositos” imitando a los registrados por la parte actora, con gran similitud entre los verdaderos y los de imitación, y lo hacía vendiendo los mismos a un bajo precio, obteniendo el correspondiente beneficio, siendo evidente la lesión causada a los derechos de exclusiva registrados, marcas españolas números 1.593.251 y 2.876.372 de los modelos industriales 135, 127 y 149837 y propiedad intelectual, propiedad de la parte actora.

2. Ciertamente, también puede dirigirse la actora frente a los titulares de las naves que venden al por mayor los “ositos falsos”, si realmente comercializan objetos amparados por dichas marcas, pero ello no es óbice para que también puedan dirigir las acciones frente a las apelantes que, aunque a menor escala, también comercializan los mismos objetos, imitando a los verdaderos, en el entendimiento de que la semejanza entre productos y marca es tan evidente que casi es identidad y que en todo caso genera riesgo de confusión, por asociación, en el consumidor o usuario.

3. Además, el desconocimiento invocado carece de eficacia jurídica por el carácter notorio de la marca como previene el Art. 42, 2 de la Ley de Marcas, con una naturaleza de marcada responsabilidad objetiva en caso de marcas notorias o renombradas, y otro tanto cabe decir del diseño industrial, al amparo del Art. 54. 2 de la LPJDI se establece la culpa o negligencia como uno de los presupuestos de la acción de indemnización de daños y perjuicios, y se aprecia concurrente esta culpa en caso de diseños con prestigio y conocimiento general, por cuanto el Art. 55. 3 de dicha Ley establece como criterio a tener en cuenta, la notoriedad o implantación en el mercado de tal diseño (...). (F.D. 3º) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: El titular de una marca puede prohibir su uso por un tercero aun cuando dicho uso no menoscabe la función esencial de la marca, siempre que dicho uso menoscabe o pueda menoscabar otra de las funciones de la marca.

SAP de Alicante (Sección 8ª, Tribunal de Marca Comunitaria) de 15 de septiembre de 2015, rec. nº. 129/2015.

“1. La siguiente alegación del recurso se refiere a la inexistencia de infracción habida cuenta de que no existe un uso a título de marca porque la forma concreta de comercialización de los perfumes de GRUPO SAPHIR no menoscaba la función esencial de la marca consistente en garantizar el origen empresarial del producto al no sugerir ni al minorista ni al consumidor final vinculación empresarial de ningún tipo.

2. Es reiterada la doctrina del Tribunal de Justicia (entre otras, SSTJUE 18 de junio de 2009 C-487/07, 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08 y, 25 de marzo de 2010 C-278/08) en la que destaca que el titular de una marca puede prohibir su uso por un tercero aun cuando dicho uso no menoscabe la función esencial de la marca, que es indicar la procedencia de los productos o servicios, siempre que dicho uso menoscabe o pueda menoscabar otra de las funciones de la marca, entre las que se mencionan las de comunicación, de inversión o publicidad.

3. En nuestro caso, es evidente que atendidas las concretas condiciones de comercialización de los productos por parte de GRUPO SAPHIR no es posible vulnerar la función de garantía de la procedencia de las marcas de las actoras porque queda claro que los perfumes son de GRUPO SAPHIR y tratan de imitar la fragancia de los perfumes identificados con las marcas de las actoras.

4. Sin embargo, es evidente que con la difusión de las listas de equivalencia y con la concreta forma de exponer los productos en los expositores mediante etiquetas donde se refiere la marca a la que imita la fragancia del perfume se perjudica la función de comunicación de su reputación, prestigio, goodwill que es inherente a las marcas de las actoras y de las que pretende apropiarse GRUPO SAPHIR para promocionar sus productos; dicho en otros términos, la inserción de las marcas de las actoras en la línea de negocio de perfumes de equivalencia "empuja" a la adquisición de sus productos al hacerlos más atractivos (...)" (F.D. 7º) [F.CH.R.]

SIGNOS DISTINTIVOS Y COMPETENCIA DESLEAL

Jurisprudencia: Es extemporánea la alegación en el acto del juicio de la nulidad del diseño, por falta de novedad y de carácter singular basada en la divulgación de un dibujo reseñado en una patente que no había sido invocado en la fase de alegaciones.

STS (Sala 1ª) de 20 de mayo de 2015, rec. nº. 2143/2013.

“(...) 1. 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.

2. 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 reconvenición, 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) [F.CH.R.].

Jurisprudencia: El retraso en el ejercicio de la acción de cesación por el titular de un signo distintivo no será considerado “retraso desleal” cuando, pese a la aparente tolerancia del mismo en el uso del signo por un tercero, se haya producido un cambio sustancial de las condiciones y circunstancias que motivaron el presunto consentimiento inicial.

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 30 de junio de 2015, rec. nº. 218/2014.

“1. Por regla general, el ejercicio tardío de las acciones en defensa del derecho, en determinadas circunstancias, puede resultar abusivo si la tolerancia del titular, durante un período de tiempo relevante, ha permitido al infractor creer razonablemente que tales acciones ya no iban a ser ejercitadas y que, por tanto, podía contar con la aquiescencia del titular. Pero, para ser apreciado el abuso de derecho, será necesario ponderar no sólo el período de tolerancia relevante, sino también, en particular, las circunstancias del uso del signo o denominación distintiva que en el tráfico haya venido realizando el presunto infractor (aplicaciones, ámbito territorial, intensidad del uso...), pues la tolerancia se predica respecto del uso en esas circunstancias concretas.

2. Asimismo, el retraso en el ejercicio de las acciones ha de ser desleal y en este sentido el exceso en el ejercicio del derecho ha de producir una lesión

injustificada en la posición ganada por el presunto infractor, que el ejercicio de la acción tiende a destruir o abatir (así, cuando, por haber confiado el tercero que el titular toleraba el uso del signo, desarrolla un esfuerzo promocional y alcanza cierta posición concurrencial, causándole el ejercicio tardío del derecho un daño que pudo ser evitado si el titular hubiera activado oportunamente su derecho). Esa lesión o daño, en todo caso, ha de ser ilegítimo, puesto que el retraso desleal en el ejercicio de los derechos subjetivos se configura en nuestro ordenamiento como una manifestación del abuso de derecho, de modo que se ha de exigir la anormalidad en su ejercicio y la ausencia de un interés serio y legítimo (SSTS de 20 de julio de 1996, 28 de junio de 2000, 13 de junio de 2002).

3. En consonancia con lo expuesto, el ejercicio tardío no será desleal cuando exista una justa causa que lo justifique, en particular cuando se haya producido un cambio sustancial de las condiciones y circunstancias que motivaron la inicial tolerancia del titular, justificativas, en fin, de la reacción ante las nuevas circunstancias de uso. Por esa razón la STS de 3 de febrero de 2003 (ROJ: STS 634/2003), contemplando un supuesto susceptible de ser objeto de esta doctrina (en el marco de acciones por violación de marca), atiende a las causas que pueden justificar ese retraso y, por apreciar una modificación sustancial de las circunstancias que inicialmente motivaron la tolerancia previa del titular, termina por descartar el ejercicio abusivo del derecho (...). (F.D. 20º, 21º y 22º) [F.CH.R.].

PATENTES

Jurisprudencia: El titular de una patente puede ejercitar sus derechos de resarcimiento por el uso no autorizado de su patente aunque esta ya no esté en vigor, siempre que el derecho de exclusiva haya expirado dentro los cinco años inmediatamente anteriores al ejercicio de dicho derecho.

SAP de A Coruña (Sección 4ª) de 31 de julio de 2015, rec. nº. 249/2015.

“1. Como ya indicamos en ocasiones anteriores, como el actor al momento de la presentación de la demanda ya no es titular de ningún derecho de exclusiva que la patente le confiera, carece de acción para pretender la cesación de actos infractores, o la remoción, el embargo, o la publicación de una sentencia condenatoria (art. 63 en relación con el artículo 50 de la LP). Cualquiera puede, desde que la invención pasó al dominio público, explotarla o utilizarla sin reclamar consentimiento del inventor o de su cesionario.

2. Pero ello no significa, que el titular de la patente no pueda ejercitar sus derechos mientras no prescriba su acción, que el art. 71.2 de la LP fija en cinco años inmediatamente anteriores al ejercicio de la acción de reclamación de los daños y perjuicios derivados de una infracción producida durante el periodo de vigencia del derecho de exclusiva (...).” (F.D. 4º) [F.CH.R.].

5. TÍTULOS VALOR

Jurisprudencia: Reclamación del importe de una letra de cambio aceptada y entregada al promotor en concepto de pago de parte del precio aplazado de una vivienda sujeta a la Ley 57/1968. Inadmisibilidad de la oposición del comprador (deudor cambiario) al banco descontante como excepción personal, la previa resolución del contrato que sirvió de causa a la emisión de dicho título por incumplimiento imputable a la vendedora.

STS de 18 de junio de 2015, rec. nº 2172/2013.

“(…) Esta Sala ha tenido ocasión recientemente de fijar doctrina sobre la misma controversia en STS de Pleno de fecha 25 de noviembre de 2014, rec. nº. 1176/2013, dictada en un asunto en el que también fue libradora de las letras descontadas la promotora ‘Fadesa Inmobiliaria, S.A.’ y descontante el ‘Banco Popular’.

Entonces, como en el presente caso, la sentencia de apelación confirmada por esta Sala revocó la de primera instancia y estimó la demanda al considerar que el comprador, aceptante de la letra, no podía oponer a la entidad bancaria demandante las vicisitudes de la relación contractual que dio lugar a su emisión. Planteada, en suma, la incompatibilidad de las exigencias de la Ley 57/1968 con la abstracción propia del régimen de los efectos cambiarios librados para el pago de cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción cuando el tenedor de la letra es ajeno a la relación causal, y la existencia de contradicción entre resoluciones de distintas Audiencias Provinciales, la jurisprudencia que fijó el Pleno (de la que debe partirse en este caso) se puede sintetizar así:

1. Siguiendo el criterio seguido por esta Sala en casos idénticos o similares (sentencias de 24 de abril de 2014, recursos nº 177/2013, 2830/2012, 2946/2012 y 2209/2012), no cabe que el demandado- aceptante de las letras de cambio pueda oponer al banco descontante la excepción del artículo 67 de la LCyCh, en relación con su artículo 20, alegando el incumplimiento por parte del promotor-librador de sus obligaciones derivadas de la Ley 57/1968.

2. Para que el demandado-aceptante de las letras de cambio pueda oponer al banco descontante la excepción del artículo 67, párrafo primero, de la LCyCh, en relación con su artículo 20, es necesario poder demostrar la *exceptio doli*, es decir, que el banco hubiera intervenido en el contrato subyacente ‘aunque sea de modo encubierto o en connivencia con las partes o confabulando con el librador o como testaferrero; pero de no darse los supuestos a que se ha hecho mención, la letra funciona como título causal en las relaciones entre librador y tomador, entre endosante y endosatario y entre librador y librado, y como título abstracto en las demás (STS no 1201/2006, de 1 de diciembre. En parecido sentido SSTs 1119/2003, de 20 de noviembre; 366/2006, de 17 de abril; 1201/2006, de 1 de siembre; 130/2010, de 28 de marzo, entre otras muchas)’.

3. Las obligaciones que prevé la Ley 57/1968 se imponen a ‘las personas físicas y jurídicas que promueven la construcción de viviendas destinadas a domicilio o residencia familiar’ y se refiere a las ‘entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma’. Pero en ningún caso son obligaciones que se impongan al banco descontante. En este sentido, se recuerda que el objeto de garantía respecto de viviendas en construcción sujetas a la Ley 57/1968 fue ampliado a raíz de la modificación introducida por la disposición adicional primera de la LOE, comprendiéndose a partir de entonces no solo las entregas de dinero sino también los pagos anticipados mediante cualquier efecto cambiario. En consecuencia, la garantía de recuperación de las cantidades anticipadas debe extenderse ahora también a cualquier otro importe que figure en efectos cambiarios, puesto que de lo contrario no se daría el objetivo perseguido en el párrafo primero de la referida disposición adicional primera de la LOE , de modo que el comprador se encuentra facultado para reclamar de su avalista o asegurador -con cargo al aval o al seguro previsto en la Ley 57/1968- también los importes representados en las letras de cambio, siendo nulo de pleno derecho cualquier acuerdo que limite ese derecho irrenunciable (conforme a lo dispuesto en el artículo 7 Ley 57/1968 , se trata de preceptos de, *ius cogens* , de derecho necesario).

4. Mientras el legislador no establezca para los efectos cambiarios librados para el pago de cantidades anticipadas en la compra de viviendas una previsión similar a la contenida en el artículo 11 de la derogada Ley de Crédito al Consumo de 1995 o en el artículo 24 de la vigente Ley 26/2011, permitiendo al obligado cambiario oponer frente al tenedor del efecto cambiario las excepciones causales que tuviera frente al vendedor de la vivienda, no puede aceptarse la tesis del recurrente.

Al resultar la sentencia recurrida conforme con dicha doctrina, el motivo debe ser desestimado. Es un hecho probado que la letra se emitió

válidamente, que se endosó también válidamente y que fue descontada por el banco demandante y reclamada al aceptante tras su vencimiento, sin que el comprador demandado, que pretendió y pretende oponer al tenedor del título el incumplimiento resolutorio de la promotora, demostrara la *exceptio doli*, ni se haya demostrado su desprotección al constituir también un hecho probado que existía un aval prestado por la entidad ‘Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona’, con vencimiento muy posterior al propio vencimiento del título cambiario, que comprendía en la garantía el importe de la letra descontada, cuyo abono no se ha exigido a la entidad avalista” (F.D. 4º) [P.G.P.].

III. DERECHO ADMINISTRATIVO

Jurisprudencia: El Tribunal Constitucional enjuicia la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de Abril que modificó la Ley Orgánica de Universidades de 2001.

STC (Pleno) de 22 de julio de 2015, rec. nº 6084-2007.

“Una de las principales innovaciones realizadas por la LOU en el sistema de acceso a los cuerpos docentes universitarios, respecto de como se preveía en la LORU de 1983 (arts. 35 a 43), consistió en introducir como requisito previo para optar a un concurso de provisión de plaza de funcionario, siempre que la persona no perteneciera aún a dicho cuerpo, la superación de un control de evaluación de su actividad docente, investigadora y de gestión. Para ello los interesados debían concurrir a pruebas llamadas de ‘habilitación que se resolvían por comisiones especializadas previa convocatoria al efecto, con numerus clausus de habilitados en proporción al número de plazas vacantes (arts. 57 a 62 LOU y Real Decreto 774/2002, de 26 de julio, por el que se regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a cuerpos de funcionarios docentes universitarios y el régimen de los concursos de acceso respectivos).

La Ley Orgánica 4/2007 ha mantenido el mismo modelo, si bien suprimiendo las pruebas de habilitación, de modo que en sus arts. 57 a 60 ha venido a confiar esa fase previa de evaluación, que ahora se denomina de ‘acreditación’, a agencias externas. Agencias que ya actuaban —y siguen haciéndolo— en la evaluación previa para la selección del profesorado contratado, ex arts. 50 a 52 en relación con los arts. 31.3 y 32 LOU, habiendo tenido ocasión este Tribunal de declarar la constitucionalidad de esta concreta faceta de actividad de tales agencias [SSTC 131/2013, de 5 de junio, FJ 8 b); 134/2013, de 6 de junio, FJ 6; y 107/2014, de 26 de junio, FJ 3].

La regulación actual de la ‘acreditación’ sitúa a ésta, de modo inequívoco, como un trámite anterior al acceso a los cuerpos docentes, sin que pueda confundirse con dicho acceso si bien, al servir como condicionante directo de éste, obliga a

considerar las consecuencias que de ello se derivan en los términos que luego se concretarán. Así, el art. 57.1 LOU —según la Ley Orgánica 4/2007— establece que: ‘El acceso a los cuerpos de funcionarios docentes universitarios mencionados en el artículo 56.1 exigirá la previa obtención de una acreditación nacional’; y el art. 2 del Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios, dice: ‘La finalidad del procedimiento es la obtención del correspondiente certificado de acreditación que constituye el requisito imprescindible para concurrir a los concursos de acceso a los cuerpos de profesorado funcionario docente a que se refiere el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre’.

Ni la LOU, ni el citado Real Decreto 1312/2007, contienen disposición alguna que reconozca al candidato que obtiene la habilitación/acreditación, por este único hecho, la condición de funcionario del cuerpo para el que ha presentado su solicitud. La normativa de desarrollo del régimen del profesorado universitario (el Real Decreto 898/1985, de 30 de abril; así como el Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones, ambos reformados pero todavía vigentes), tampoco contempla para los evaluados positivamente la adquisición de los derechos y deberes que legalmente se anudan a la posesión de la correspondiente categoría funcional; por el contrario, aquéllos mantienen la situación profesional que tenían.

(...) Al garantizarse en todo caso el derecho a participar de los primeros, quienes de tal guisa todavía no forman parte del cuerpo al que pertenece la plaza vacante, dichos concursos han de calificarse por fuerza, según el rótulo de la propia ley indica respecto de ellos, como auténticos concursos ‘de acceso’.

Con esta consideración, y atendiendo a la doctrina constitucional ya referenciada, resulta plenamente exigible que dichos concursos se regulen de manera uniforme por el Estado, tanto en lo que atañe a los requisitos esenciales de las comisiones de selección (art. 62.3 impugnado), como al contenido de las pruebas que han de celebrarse (art. 62.4 impugnado), sin que estos aspectos puedan quedar sometidos a la libertad de cada universidad pues no opera sobre ellos el derecho fundamental del art. 27.10 CE, según aclara la misma doctrina, como veíamos” (F.D. 6º).

“Pero el vigente sistema de acreditación se aparta de esos modelos, hasta el punto de que el número de acreditaciones concedidas no guarda relación alguna con la posible existencia de plazas vacantes actuales o futuras en un plazo calculado. Por el contrario, es un hecho notorio que el actual sistema de acreditación ha conducido a que obtenga el correspondiente certificado de acreditación un número tan elevado de aspirantes que desborda el del número de plazas que previsiblemente puedan quedar vacantes no solo a corto, sino a medio y largo plazo, de modo que la relación entre la obtención de la acreditación y los posteriores concursos para el acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios, no puede predicarse en términos de un único procedimiento de selección.

Confirma la anterior apreciación el hecho de que el procedimiento de acreditación descarta cualquier aspecto de concurrencia competitiva que pueda frenar la obtención del correspondiente documento de acreditación en atención a un número de plazas previsiblemente vacantes en un plazo razonable. El objeto de la evaluación no equivale, en modo alguno, al examen propio de un acceso, ni aquella se realiza por una comisión de profesores del cuerpo. Se trata solamente de verificar que el aspirante cumple con un determinado nivel de investigación, docencia y gestión universitaria, conforme a los parámetros generales aprobados por el Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre (modificado por el Real Decreto 415/2015, de 29 de mayo) y desarrollados por las agencias de evaluación externa” (Voto particular) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo zanja el litigio planteado por un juez sustituto que es cesado por la incorporación a su destino de un Juez de Adscripción Territorial (JAT).

STS (Sala 3ª) de 30 de junio de 2015, rec. nº 894/2014.

“Se comprenderá entonces que el problema pasa a ser el de qué ha de entenderse por ‘titular’ del Juzgado, y si puede serlo cualquier Juez de carrera que sea asignado o nombrado, por cualquier procedimiento, y en cualquier momento, para servir el órgano. (...) Por lo tanto, el Juez que puede remover en cualquier momento al Juez sustituto que cubre la vacante de un Juzgado por carencia de titular es el Juez nombrado para esa vacante de manera ordinaria, es decir, mediante las formalidades y el procedimiento propio del concurso (artículo 326.2 y siguientes de la LOPJ)” (F.D. 6º).

“Declaramos el derecho (...) a percibir una cantidad equivalente a las retribuciones que le hubieran correspondido como sustituto del Juzgado (...), con sus intereses legales (...). Declaramos asimismo su derecho a que le sean reconocidos los derechos administrativos de cómputo a efectos de antigüedad y trienios y de alta y cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, disfrute de vacaciones anuales y permisos, que se habrían correspondido si hubiera permanecido en el desempeño de cargo de Juez sustituto” (Fallo de la Sentencia) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo considera discriminatorio exigir un examen de idiomas como causa eliminatoria para el turno libre, y no para los de promoción interna.

STS (Sala 3ª) de 2 de julio de 2015, rec. nº 1593/2014.

“(…) En consecuencia, la capacidad ha de exigirse a todos, a quienes pretenden ser funcionarios por el turno libre, y a quienes acceden desde la vía de la promoción, desde su condición de funcionario. Ello es una exigencia del principio general de eficacia administrativa y de defensa del interés público, que ha de

prevalecer en su caso. Desde esta perspectiva, es evidente que si como se razona por la Administración, el conocimiento de un idioma extranjero, para la Escala de Técnicos de Gestión de la citada Universidad es imprescindible, dada nuestra integración en la Unión Europea, para quien accede a la misma por proceso selectivo libre, no tiene sentido que no lo sea para quien accede desde la condición de funcionario. En consecuencia la diferencia no es razonable y sosteniendo la recurrente, sin rechazo por la Administración, que de haber sido considerado el requisito del conocimiento del inglés, como mérito y no como requisito habría sido seleccionado, procede entender que se le ha vulnerado el derecho de igualdad alegado y que deban levantarse los efectos de dicha vulneración.

(...) Por otra parte, al tratarse de un acto nulo de pleno derecho, que puede impugnarse en cualquier momento, como tiene declarado esta Sala, el actor puede impugnar las bases, aunque no las haya impugnado directamente” (F.D. 3º).

“(…) la anulación del acto impugnado en cuanto excluye a la demandante de la relación de personas que deben ser nombrados funcionarios en prácticas, así como el derecho de la recurrente a ser nombrada funcionaria en prácticas y, de superarlas, a recibir el nombramiento definitivo, con efectos desde la fecha en que lo fueron el resto de los opositores, de no haber sido excluida, con abono de las retribuciones dejadas de percibir y los intereses procedentes” (F.D. 4º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo reconoce el derecho de una opositora, miembro de la Iglesia Cristiana, a ser examinada del conocimiento de lengua gallega en un momento no comprendido entre la puesta de sol del viernes y la puesta de sol del sábado.

STS (Sala 3ª), de 6 de julio de 2015, rec. nº 1851/2014.

“3. Los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas convocadas para el ingreso en las Administraciones Públicas, que hayan de celebrarse dentro del periodo de tiempo expresado en el número anterior, serán señalados en una fecha alternativa para los fieles de las Iglesias a que se refiere el número 1 de este artículo, cuando no haya causa motivada que lo impida.

(...) Los criterios de interpretación admitidos en Derecho nos ayudan a concluir que la regla en estos casos debe ser el uso de una fecha alternativa y la excepción la negativa a ello y que, como todas las reglas excepcionales, ha de ser objeto de un entendimiento restrictivo. Asimismo, sabiendo que la doctrina del Tribunal Constitucional ha reiteradamente afirmado el mayor valor de los derechos fundamentales y llamado a interpretar el ordenamiento jurídico de la manera más favorable a su efectividad, postulados estos tan consolidados que excusan de la cita de sentencias que los proclamen, esa anterior conclusión se ve reforzada y converge con las razones anteriores hacia la ulterior afirmación de que la causa que impida celebrar en fecha alternativa la prueba o examen ha de tener entidad suficiente y que la Administración la ha de poner de relieve con precisión.

Llegados a este punto, no cabe sino decir que, en este singular caso, la Junta de Galicia no ha identificado una causa que posea la entidad necesaria para imponer la solución que el legislador ha considerado como excepción. No lo ha hecho porque, tal como resulta de los elementos presentes en el proceso, es evidente que existen soluciones alternativas que permiten conciliar los derechos en conflicto: la práctica seguida por la UNED de ofrecer la posibilidad de examinarse en fechas distintas y con exámenes diferentes, muestra que pueden evaluarse los conocimientos aun con pruebas distintas del mismo nivel de exigencia, práctica que es técnicamente viable y una realidad admitida legalmente y utilizada en todos aquellos procesos selectivos en los que, por ejemplo, se prevén pruebas orales consistentes en la respuesta a temas elegidos. O la observada por el Ministerio de Sanidad.

Además sucede que en ocasiones en las que se ha planteado el conflicto entre la situación personal concreta de un aspirante que no le permitía realizar en condiciones de igualdad una determinada prueba, esta Sala no ha encontrado obstáculo para acceder a su solicitud de efectuarla en un momento distinto al inicialmente previsto en la unidad del acto ni en el llamamiento único [sentencias de 14 de marzo de 2014 (casación 4371/2012) y 27 de abril de 2009 (4595/2005)]. Y aunque esas sentencias consideraban supuestos relacionados con la maternidad inminente o con impedimentos físicos derivados de una intervención quirúrgica, no hay obstáculo para tenerlas en cuenta a los efectos indicados porque muestran que la unidad del acto o el llamamiento único en procesos selectivos no poseen por sí solos entidad bastante para prevalecer frente a un derecho fundamental” (F.D. 6º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo asienta algunos criterios para comprender las figuras de protección previstas en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, que forman parte de la Red Natura 2000.

STS (Sala 3ª), de 8 de julio de 2015, rec. nº 2692/2013

“En el primer motivo de casación se asegura que el Tribunal a quo ha infringido lo establecido en los artículos 41.1 y 43 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, porque, contrariamente a lo declarado por aquél, la declaración de Zona de Especial Protección para las Aves debe fijar o señalar las medidas para evitar las perturbaciones y permitir la conservación del hábitat, a pesar de lo cual el suelo, comprendido en la delimitación de Zona de Especial Protección para las Aves, está, según se ha acreditado, urbanizado y edificado, habiendo sido excluido como Lugar de Importancia Comunitaria (LIC), razones por las que no es idóneo para ser incluido en la ampliación decidida por el acuerdo impugnado.

Disiente en este primer motivo de casación la representación procesal de la recurrente del parecer de la Sala de instancia por aceptar ésta la legalidad de la

declaración de ampliación de la Zona de Especial Protección para las Aves sin justificación explícita y por haber entendido que en tal declaración no es necesario establecer las medidas de protección adecuadas.

El motivo no puede ser estimado porque la Sala sentenciadora declara abiertamente que la Administración ha justificado debidamente la concurrencia en la zona de valores ornitológicos, según expresa en los tres últimos párrafos del fundamento jurídico cuarto, transcrito en el antecedente tercero de esta nuestra, después de valorar el informe emitido en la vía previa que obra en el expediente, el estudio presentado con la demanda y el informe aportado por el representante de la Administración al contestarla.

En cuanto a las concretas y singulares medidas de protección, el Tribunal de instancia, interpretando lo establecido concordadamente en los artículos 43, 44 y 45 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, ha llegado a la conclusión de que la declaración de Zona de Especial Protección para las Aves comporta la mera delimitación de un ámbito geográfico, que no origina por sí limitación alguna del derecho de propiedad de los interesados, pues tales limitaciones derivaran, en su caso, de las medidas de conservación que se establezcan en los posteriores planes o instrumentos de gestión conclusión que es acorde con el sistema legalmente establecido, que no exige, en contra del parecer de la representación procesal de la recurrente, que la declaración de Zona de Especial Protección establezca las concretas medidas protectoras o de conservación, pues, al disponer que se establecerán en ellas medidas para evitar las perturbaciones y para conservación del hábitat, es evidente que no se refiere al acuerdo de declaración sino a las zonas delimitadas, respecto de las que, conforme a lo dispuesto en el apartado a) del artículo 45.1 de la citada Ley 42/2007, se fijarán las medidas de conservación necesarias a través de adecuados planes o instrumentos de gestión” (F.D. 3º).

“Además, esta Sala del Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de si los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales y los Planes Rectores de Uso y Gestión están sujetos a Evaluación de Impacto Ambiental, habiendo llegado a la conclusión, en nuestra Sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014 (recurso de casación 4573/2012), de que ‘la exigencia de evaluación ambiental estratégica de planes y programas impuesta por el ordenamiento comunitario europeo e interno español excluye precisamente aquellos planes que tienen como genuina finalidad la protección ambiental de un lugar o zona concretos, ya que, como es lógico, estos planes colman las exigencias de evaluación ambiental que para otros planes y programas exige tanto nuestro ordenamiento interno como el comunitario europeo’ (...)” (F.D. 7º).

“(…) Si en el futuro, con ocasión de la aprobación del plan o instrumento de gestión de la referida zona, se estableciesen limitaciones para los propietarios del ámbito desarrollado urbanísticamente, éstos podrán ejercitar los derechos y acciones de que se consideren asistidos legalmente, pero la mera inclusión del suelo, propiedad de la recurrente, como Zona de Especial Protección para las

Aves no representa una alteración significativa del régimen jurídico aplicable al mismo cuando se acometió por dicha entidad mercantil recurrente su desarrollo urbanístico en calidad de Agente urbanizador, y, por tanto, este sexto motivo de casación tampoco puede prosperar” (F.D. 8º *in fine*) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo resuelve el conflicto por el que una Administración autonómica requiere al Estado para que finalice su pasividad en el mantenimiento de carreteras, de las que es titular.

STS (Sala 3ª), de 28 de julio de 2015, rec. nº 3710/2012.

“Así pues, la exigencia de la Ley y reglamento andaluces a los titulares de vías de comunicación que transcurran por zonas forestales de que mantengan libres de matorrales y desechos las correspondientes zonas de servidumbres no supone imponer al Estado nada que no esté habilitado a hacer según su propia normativa de carreteras; o, incluso que no esté obligado a hacer, puesto que la limitación a la propiedad privada que supone la creación de la zona de servidumbre tiene, como exclusivo fundamento, el mejor servicio a la carretera, lo que requiere que la Administración mantenga dicha zona acondicionada a dicha finalidad” (F.D. 3º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo pone en duda la legalidad de la CNMC y pide opinión a la Unión Europea.

ATS (Sala 3ª) de 3 de julio de 2015, rec. nº 506/2013.

“Las dudas que justifican el reenvío prejudicial giran, por un lado, en torno a las condiciones de ‘independencia’ de las autoridades nacionales de regulación en materia de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, a las que se refiere el artículo 3, apartados 2 y 3 bis de la Directiva 2002/21/CE, modificada por la Directiva 2009/140/CE. En concreto, se debate si dichas condiciones han de ser análogas a las requeridas para las autoridades nacionales de control de protección de datos personales según el artículo 28 de la Directiva 95/46/CE y si el cese anticipado de sus consejeros, en los términos en que ha tenido lugar, pudiera afectar a aquella independencia.

La Sala alberga también dudas sobre la compatibilidad con el derecho de la Unión Europea de la existencia de un solo organismo de supervisión y regulación, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en lo sucesivo, CNMC), creado por la Ley 3/2013, que agrupa las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados con anterioridad por diversos organismos, esto es, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de

Medios Audiovisuales. La creación se justifica en el preámbulo de la Ley 3/2013 por razón de la amplitud de las competencias atribuidas a cada uno de estos organismos supervisores y la necesidad de coordinación, de eficacia y de optimizar las economías de escala y garantizar el enfoque consistente en la regulación en todas las industrias de la red.

(...) En segundo lugar las dudas de la Sala se refieren a la existencia de razones suficientes para considerar si, con ocasión de una reforma legal que reordena la organización general de los órganos reguladores, es posible no respetar la totalidad del mandato de los Consejeros y Presidente de la CMT inicialmente previsto. Antes de que transcurrieran seis años desde su nombramiento se puso fin, de forma anticipada, a dicho mandato, sin que los titulares del órgano hubieran incurrido en ninguna de las causas legales de cese, siendo debido éste, como única razón, a la aprobación de la nueva Ley 3/2013. El concepto de ‘independencia’ se ha interpretado por el Tribunal de Justicia en el sentido que se extiende al respeto del mandato legal.

(...) Adicionalmente, las dudas se extienden a la cuestión de saber si la noción de independencia de la autoridad de regulación ha de ser interpretada a la luz de las consideraciones efectuadas en la sentencia de 8 de abril de 2014 (C-288/2012) del Tribunal de Justicia, en relación a un organismo supervisor de la protección de datos” (F.D. 4º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia ante un triple silencio procesal: del particular que no afianza, la Administración que no ejecuta, y el Tribunal contencioso que se abstiene de adoptar alguna resolución.

STS (Sala 3ª) de 9 de octubre de 2015, rec. nº 3890/2013.

“(…) la solución a la cuestión controvertida exige dar respuesta a un solo interrogante: si el plazo de prescripción de la acción de cobro ha de considerarse o no interrumpido mientras se sustancia un proceso jurisdiccional en el que se ha adoptado la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto recurrido, condicionándola a la prestación de caución, en los casos en los que la garantía no ha sido aportada por el interesado. O, expresado en otros términos, si ha de reputarse en tales casos no suspendida cautelarmente la ejecutividad del acto (postura de la parte actora en la instancia y de la sentencia recurrida) o, por el contrario, vigente esa misma suspensión mientras que el Tribunal competente no adopte una decisión expresa alzando la medida cautelar por falta de constitución de la garantía a la que se condicionó su eficacia (posición del Abogado del Estado).

(...) Pero entendemos también que tiene lugar la interrupción de la prescripción en el caso especial que se somete a nuestra consideración, esto es, cuando el órgano judicial suspende con garantía la ejecución de la sanción, no fija plazo para la prestación de la caución, ésta no se constituye durante la tramitación del

proceso y el Tribunal no adopta decisión alguna (levantando o manteniendo la suspensión) ante la falta de aportación de la garantía o la caución.

(...) En primer lugar, la efectividad de la suspensión acordada por el auto de medidas cautelares dependía exclusivamente de la conducta del peticionario de la suspensión, que era el obligado a prestar la caución fijada, de manera que fue el propio beneficiario de la medida cautelar el que no dio cumplimiento a la condición impuesta por el Tribunal para que pudiera llevarse a efecto la decisión adoptada. El interesado, de este modo, obtuvo un claro provecho de su incumplimiento, pues consiguió que la sanción no se ejecutara durante la tramitación del proceso iniciado por él mismo. No parece admisible, por tanto, que se pretenda ahora obtener de esa inactividad procesal una segunda utilidad, consistente nada menos en la exoneración definitiva (por prescripción) del pago de una sanción declarada ajustada a Derecho por el Tribunal Supremo.

En segundo lugar, aceptar la tesis contraria provocaría un problema, difícilmente resoluble, en relación con la fijación del *dies a quo* del plazo prescriptorio. Si, como hemos dicho, la Administración no puede ejecutar el acto hasta que consta un pronunciamiento en el incidente de medidas cautelares y si en este mismo incidente se ha acordado la suspensión con garantía pero sin fijación de plazo para constituirla, ¿cuándo debe entenderse que la falta de prestación de caución ha privado de eficacia a la suspensión inicialmente acordada? En otras palabras, ¿cuándo debe presumir la Administración que la garantía ya no se prestara y que la decisión cautelar ha de entenderse que ha quedado sin efecto? El problema se acentúa, además, cuando la Sala competente no ha adoptado decisión alguna en relación con la repercusión en el incidente cautelar de la inactividad del interesado” (F.D.3º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo concreta el contenido del ‘escrito de conclusiones’.

STS (Sala 3ª) de 21 de octubre de 2015, rec. nº 3756/2013.

“El art. 64.1 de la LJCA es categórico, el escrito de conclusiones no tiene por finalidad la impugnación de trámites ya precluidos o combatir deficiencias producidas en la tramitación del procedimiento, sino en exclusividad realizar un resumen -alegaciones sucintas- de los hechos alegados, de las pruebas y de los fundamentos jurídicos que apoyen las pretensiones; este es el contenido del escrito de conclusiones, y no un escrito a modo de réplica a la contestación a la demanda con planteamiento de cuestiones nuevas, tal y como hizo la parte recurrente” (F.D. 5º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo entierra el dogma de la discrecionalidad técnica con la que el Tribunal Calificador y la Audiencia Nacional dan por válido el criterio de la Administración al valorar la respuesta correcta

STS (Sala 3ª) de 28 de octubre de 2015, rec. nº 2946/2014.

“Sin embargo, nada tiene que ver el acierto jurídico de una pregunta test, con la discrecionalidad, y son numerosas las sentencias de esta Sala que de un lado confirman la anulación de preguntas por ser erróneas o confusas, como hace frecuentemente el propio Consejo General del Poder Judicial, como las que estiman los recursos planteados contra la mismas y acuerdan su anulación, y ello además sin necesidad de prueba alguna, al tratarse de cuestiones jurídicas. En el presente caso, (...) a tenor de lo dispuesto en el artículo 160 y 161 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario la concesión o denegación del permiso solicitado por el interno corresponde a la Junta de Tratamiento y solo si se concede por ésta, se elevara dicho acuerdo, junto con el Informe del Equipo Técnico, al Juez de Vigilancia o al Centro Directivo, según se trate de internos clasificados en segundo o tercer grado de tratamiento, respectivamente, para la autorización correspondiente. En consecuencia se establece un procedimiento bifásico en el que la concesión le corresponde a la Junta de tratamiento, y la autorización posterior a la autoridad judicial o administrativa. Es evidente que como sostiene la recurrente, que no contestó la pregunta al considerar según dice en su recurso que todas las contestaciones eran erróneas, que la pregunta estaba mal formulada y debe anularse.

La consecuencia ha de ser la de estimar el presente recurso de casación, y dictar otra sentencia que estime el recurso contencioso-administrativo con retroacción de actuaciones a la vía administrativa para que el Tribunal Calificador efectúe una nueva lista de aprobados, teniendo en cuenta la anulación de la pregunta cuestionada, a los solos efectos de determinar si, con esa eliminación el recurrente habría superado o no el proceso selectivo, y en este caso proceder a tener por superado el mismo, con todas las consecuencias económicas y administrativas favorables y sin que afecte a los demás opositores”. (F.D. 3º)

“Que no procede la imposición de las costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la ley jurisdiccional, pero si imponer las costas de la primera instancia a la Administración demandada hasta la cantidad máxima de 1000 euros, siguiendo la práctica habitual en este tipo de recursos” (F.D. 4º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: La Audiencia Nacional sanciona a una entidad extranjera por ofertar juegos no autorizados por la Dirección General de Ordenación del Juego, siendo esta una web dirigida a consumidores españoles

SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 19 de octubre de 2015, rec. nº 423/2014.

“(…) la propietaria y operadora de las páginas web a través de las cuales se lleva a cabo la actividad objeto de sanción es SK PROCESSING LTD, como así aparece en todas las páginas junto a sus datos de identificación, la cual es por tanto el

sujeto infractor en el caso que nos ocupa, siendo intrascendente el servidor mediante el que se realiza tal actividad, de conformidad con el art. 38 de la Ley de Regulación del Juego, antes transcrito” (F.D.4º)

“En suma, no cabe sino reiterar que tales pruebas se obtuvieron por el inspector actuante en el ejercicio de sus funciones y, como se ha dicho, con el objeto de verificar si era posible jugar en el sitio web desde territorio español, es decir, a través de una IP española, con lo que comprobó que pudo depositar y apostar dinero sin problema alguno, obteniendo con ello evidencias suficientes de la oferta de juego ilegal en territorio español, esto es, de la actividad por parte de la actora que sanciona como falta muy grave el art. 39 LRJ antes referido, ya que carecía del título habilitante indispensable. Y así el inspector actuante realizó exactamente los trámites indispensables exigidos en cada página para acceder a los juegos, lo que en forma alguna se considera ilegal o ilegítimo” (F.D.5º)

“(…) confunde la demandante el aspecto contractual de su actividad, sometido a las normas de Derecho privado que le sean de aplicación, con la dimensión administrativa de dicha actividad, en la que se inscribe la vulneración, por parte de aquella, de una norma de Derecho interno, la Ley 13/2011, que como se dice en la resolución sancionadora obliga a todo operador que quiera ofertar juego en territorio español, independientemente de donde tenga su domicilio, a obtener previamente la preceptiva licencia” (F.D.6º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal se adentra en el control de la discrecionalidad técnica en la valoración del ejercicio de las oposiciones y concursos.

STJ de Galicia (Sala de lo Contencioso) de 12 de junio de 2015, rec. nº 10/2015.

“En consecuencia, hemos de estimar el recurso y dejar claras las excepcionales circunstancias que apreciadas en su conjunto nos llevan a ‘levantar el velo’ de la inmunidad de la discrecionalidad técnica en este singular caso:

- a) Prueba escrita que deja huella de preguntas y respuestas (no se trata de un examen ‘oral’ con preguntas y respuestas espontáneas sin constancia detallada).
- b) Prueba de contenido jurídico-administrativo teórico, contando la Sala con conocimientos y especialización sobrada para valorarlo (no se trata de una prueba práctica que admite distintas perspectivas o soluciones abiertas).
- c) Prueba sobre tema jurídico-administrativo de contenido básico, teórico y común a manuales, temarios y libros, siendo sencilla la predeterminación de la respuesta correcta, con escaso espacio para la discrecionalidad de respuestas alternativas (no se trata de temas jurídico-administrativos científicamente controvertidos, doctrinalmente complejos, novedosos o sin enfoque unívoco).
- d) Perspectiva de control del derecho de igualdad en cuanto al derecho a que el nivel de rendimiento exigido para el aprobado sea el mismo sin perversiones

aplicativas a la baja.

e) Ausencia de motivación específica de la valoración del ejercicio de la reclamante, y resolución estereotipada de la reclamación.

En esas circunstancias se desvanece la presunción de aplicación de igual criterio de superación del segundo ejercicio por el Tribunal calificador, y apreciando la arbitrariedad en la aplicación del criterio de valoración, se alza en cambio la necesaria extensión del aprobado del ejercicio a favor de la recurrente, por evidenciar un rendimiento claro y notoriamente por encima del rendimiento e, por evidenciar un rendimiento claro y notoriamente por encima del rendimiento demostrado por al menos dos de los aspirantes aprobados demostrado por al menos dos de los aspirantes aprobados” (F.D. 6º) [B.A.S.].

IV. DERECHO PENAL

Jurisprudencia: El TS fija los criterios para la construcción de la coautoría en un supuesto de ‘pactum sceleris’.

STS (Sala 2ª) de 13 de octubre de 2015, rec. nº 10164/2015.

“(…) Con respecto al denominado pactum sceleris’ la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que, en los delitos dolosos, la común responsabilidad de los partícipes se basa en el acuerdo entre los distintos intervinientes en la acción, pero sustancialmente en la ejecución de un reparto de papeles con aportaciones causales recíprocas que dan lugar a lo que se ha denominado la imputación conjunta o recíproca de la acción.

Esta Sala ha valorado la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito. 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél. 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por éste, no bastando el simple conocimiento. 4) Que cuando intervengan los que no hubieran concurrido a los actos de iniciación ya no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho; 5) que la coautoría presupone la común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevarla a efecto, siendo esencial la unidad de conocimiento y voluntad de aquéllos como elemento subjetivo, junto al objetivo de la puesta en práctica de la acción conjunta, debiendo tener la actuación de cada uno la entidad y relevancia precisas que definan al delito; 6) que la coautoría debe ir acompañada en su vertiente subjetiva por dolo directo o eventual; que el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para llevar a efecto la realización de un plan delictivo por ellos trazado, establece entre los que se conciertan un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que

sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se le asigne; y 7) que la jurisprudencia actual rompe con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo de autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito. Por este motivo, la jurisprudencia se ha acercado cada vez más a un concepto de autoría fundado en la noción del dominio del hecho, para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si se ha ‘tomado parte directa’ en la realización de la acción típica, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho.

Toda participación en la comisión del hecho delictivo-para implicar una responsabilidad criminal- ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría. El otro elemento - el objetivo-, se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal. Sobre esta base, diversas han sido las tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos. Así, cabe hablar de la denominada teoría del ‘acuerdo previo’ (‘*pactum scealeris*’ y reparto de papeles), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación.

Otra teoría es la del ‘dominio del hecho’ (en cuanto posibilidad de *interrumpir* a voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos *actúa y deja actuar* a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúen de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante, en definitiva, es que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos. Lo único verdaderamente decisivo, en suma, es que la acción de coautor signifique un aporte causal a la realización del hecho propuesto. La doctrina habla en estos supuestos de ‘imputación recíproca’ de las distintas contribuciones causales, en virtud de la cual todos los partícipes responden de la ‘totalidad’ de lo hecho en común.

(...)

En el caso enjuiciado, el dominio funcional del hecho lo está en la ideación conjunta del acto criminal, la preparación de elementos para llevarlo a cabo, incuestionablemente de forma igualmente conjunta, el dirigirse hasta el lugar de los hechos de manera combinada y de común acuerdo, con su presencia en el mismo, el conocimiento por parte de todos de que uno de los autores porta un cuchillo, que en el ‘factum’ se expresa que «pensaba utilizar si la misma [la moradora de la vivienda] detectaba su presencia», luego el curso causal que ocurrió más tarde, esto es, el apuñalamiento de la víctima se presentaba así como algo previsible si la anciana se apercebía de su presencia, ya que era de todo punto lógico que había que neutralizar la mayor o menor resistencia que pondría con seguridad para ser asaltada.

(...)

En definitiva, quien interviene en un robo violento, proyectando su ejecución, conociendo que existen uno o varios moradores en la vivienda, portando armas para lograr intimidar o, en su caso, neutralizar la posible resistencia de las víctimas, interviniendo con distribución de funciones en sus pormenores, proyectados o ejecutados conforme se desarrollan los acontecimientos, es coautor de los diversos delitos cometidos, en virtud del llamado principio de imputación recíproca, salvo que lo finalmente ejecutado entre en el curso de una desviación completamente imprevisible.

De manera que la simple presencia convierte al concurrente en coautor aunque no realice físicamente todos los actos ejecutivos de apropiación de bienes ajenos, con tal que exista acuerdo previo, reparto de papeles -incluso el propio acompañamiento- y dominio funcional del hecho, en el sentido de aquietamiento ante su realización sin desistir en su aportación criminal. Satisface mejor la teoría del dominio funcional del hecho (sin desistir de la acción en momento alguno) el fundamento de la autoría conjunta, que la comisión por omisión, por estar los implicados en situación de garante, ante un riesgo previo creado por el autor (art. 11, b del Código penal), sobre todo en los delitos de realización instantánea, siendo la comisión por omisión más propia de los delitos permanentes, todo ello sin perjuicio de su aplicación en casos puntuales.

En el caso enjuiciado, entraba dentro de lo previsible que quien portaba un cuchillo terminara por usarlo para neutralizar la resistencia de la víctima, o el aviso o alerta que pudiera realizar a terceros.” (F.D.4º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: El TS afirma la aplicación imperativa de la medida de libertad vigilada en delito de abuso sexual

STS (Sala 2ª) de 14 de octubre de 2015, rec. nº 2215/2014.

“(…) el art 192 CP, como reconoce la sentencia impugnada, dispone expresamente que a los condenados a penas de prisión por uno o más delitos contra la libertad o indemnidad sexuales se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, siendo la duración de la medida de cinco a diez años si el delito fuera grave. Conforme al art. 33 del CP, son graves los delitos cuya pena de prisión supera los cinco años. El art. 183 del CP, dispone la pena de dos a seis años de prisión por abusos sexuales a menores. Por lo tanto, se trata de un delito grave.

Asimismo el art 106 2º establece que el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena de privación de libertad impuesta ‘siempre que así lo disponga de forma expresa el Código’ (en la actualidad en supuestos de terrorismo y delincuencia sexual) y

siempre quiere decir siempre, no solo cuando lo estime conveniente el Tribunal sentenciador.

El propio Código prevé expresamente una eventual excepción, limitada a los delitos menos graves cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, en cuyo caso se deja a discreción del Tribunal imponer o no la medida en atención a la menor peligrosidad del autor. Excepción que es manifiesto que no concurre en el caso actual, *por lo que la imposición de la libertad vigilada es imperativa*.

En segundo lugar la exigencia de contar con informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad, es claro que se refiere, en caso de delincuentes sexuales como el aquí enjuiciado, a la fase de aplicación de la medida, una vez cumplida la pena previa de privación de libertad. Así se deduce de lo dispuesto en el art 106 2º, que es el específicamente aplicable a estos supuestos, al señalar expresamente que al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia, por el procedimiento previsto en el art 98, que incluye la valoración de los referidos informes, elevará una propuesta al Tribunal sentenciador que, *en este momento concretará el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones que habrá de observar el condenado*.

Esta interpretación se deduce del propio texto de la ley, y además de la consideración lógica de que cuando puede contarse con dichos informes es precisamente cuando el condenado ya ha estado cumpliendo su pena privativa de libertad, y no con anterioridad al enjuiciamiento, momento en el que puede estar en libertad, se presume inocente y todavía no está sometido ordinariamente a la asistencia de facultativo o profesional alguno.

En consecuencia, es en el momento en que debe comenzar la ejecución de la libertad vigilada –ultimado el cumplimiento de la pena- cuando ha de realizarse la valoración inicial para fijar las condiciones y contenido concretos de la medida, y un seguimiento posterior para decidir sobre su mantenimiento, cese, sustitución o suspensión, conforme a los arts. 97 , 98, y 106.2 º y 3º CP.” (F.D. 5º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: Responsabilidad del partícipe en un supuesto de exceso del autor. Doctrina del TS.

STS (Sala 2ª) de 16 de octubre de 2015, rec. nº 10221/2015.

“(…) no ha existido prueba que sustente que la acción homicida se hallaba comprendida o abarcada por el dolo eventual de la recurrente, en definitiva, que el exceso en el cumplimiento del encargo fuese una desviación previsible para la inductora, por ello los jurados no incluyeron en los hechos probados que la acusada hubiese aceptado o admitido como posible el resultado de muerte de Conrado.

Al no poderse afirmar que en la acusada Celestina concurriera dolo eventual en relación a la muerte de Conrado, ello excluye la desviación previsible y asumida por la acusada que se defiende en la sentencia recurrida.

Sin embargo (...) no puede decirse lo mismo con respecto al dolo eventual en relación a un delito de lesiones puesto que la acusada tenía que representarse como muy probable que la acción de ‘dar un escarmiento’ a la víctima y sustraerle el dinero que tuviera, implicaba un riesgo elevado de que se causaran lesiones de una entidad subsumible en el artículo 147 del Código Penal, como que se usaran armas, como así sucedió, en consecuencia sí se aprecia el dolo eventual en un delito de lesiones tipificado en el artículo 148 de ese texto legal, sin que existan datos o elementos que permitan sostener que ese conocimiento de que había un elevado índice de probabilidad de que se produjeran lesiones abarcase asimismo la total indefensión de la víctima como exige la alevosía, por lo que no procede la aplicación de esa circunstancia.” (F.D. 1º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: Dolo eventual frente a culpa consciente, criterios en la jurisprudencia del TS

STS (Sala 2ª) de 21 de octubre de 2015, rec nº 10432/2015.

“(...) resulta conveniente delimitar el concepto de dolo eventual en relación a la culpa consciente y en este sentido es oportuno recordar los criterios en que la calificación jurídica de la Sala de instancia se ha apoyado

El dolo eventual esta Sala lo ha ido construyendo sobre la tesis de la probabilidad y el consentimiento, por lo que tal dolo exigiría la doble condición de que:

- 1) El agente conozca o se represente la alta probabilidad o riesgo serio y elevado de producción del resultado que su acción contiene.
- 2) Que además se acepte o asuma esa eventualidad, decidiendo ejecutar la acción dañosa.

Actualmente ha evolucionado la doctrina de esta Sala hacia el concepto normativo, que pone el acento en el concreto peligro de lesión del bien jurídico protegido. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el consentimiento o aceptación de resultado, y desde luego la decisión del autor está vinculada a tal resultado.

En consecuencia concurrirá el dolo eventual en quien ‘conociendo que su conducta genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, se hace cargo de que *hay un elevado índice de probabilidad* de que se produzca’.

Pues bien, en nuestra hipótesis el resultado hemos de concretarlo en la pérdida o inutilización de un ojo, y si no resultaba difícil presagiar una lesión en la cara de la persona que se encontraba detrás del cristal de la puerta, es razonable representarse también que una esquirla del cristal le prive de la funcionalidad de un ojo.

Así pues, la posibilidad de lesión del rostro entra dentro de los resultados posibles y esperables, y si eso es así, los ojos son una parte delicada del rostro y no es extraño prever que alguno de los trozos de cristal alcanzase a ese órgano, como así fue. En el hecho concurrió, por tanto, dolo eventual.” (F.D. 3º) [A.C.T.].

V. DERECHO TRIBUTARIO

Jurisprudencia: El TC desestima el recurso de amparo al considerar que el hecho de que una actividad económica se considere ficticia, no impide a la Administración sancionar por incumplimiento de las obligaciones de facturación.

STC (Pleno) de 25 de junio de 2015, rec. amparo nº 6280/2012.

“(…) aquellas personas que no estén expresamente obligadas a expedir facturas, y aun así las expidan, como lo son aquellos contribuyentes del IRPF que no obtienen rendimientos de actividades económicas de ninguna clase (y mucho menos determinados en régimen de estimación objetiva, como en el caso enjuiciado), estarían violando los arts. 1.1 y 26 del Reglamento de obligaciones de facturación; esto es, estarían incumpliendo el deber de expedir facturas. De este modo, los incumplimientos de las obligaciones de facturación a que se refiere el art. 201.1 LGT podrían llevarse a cabo, por un lado, por omisión por parte de las personas expresamente obligadas a ello (empresarios y profesionales); y, por otro, por comisión por parte de las personas implícitamente no autorizadas normativamente.

Resulta, pues, evidente que, si de conformidad con la resolución sancionadora el recurrente no ha realizado actividad económica alguna siendo todas las operaciones que se decían realizadas irreales, éste no tenía autorización normativa para expedir facturas y, en consecuencia, su conducta puede razonablemente subsumirse en el tipo infractor relativo al ‘incumplimiento de las obligaciones de facturación’ (art. 201.1 LGT). Y parece razonable porque, si no ha habido una efectiva prestación de servicios, no podía facturar, ni desde un punto de vista subjetivo ni desde una óptica objetiva, de tal modo que los trabajos cuya existencia se niega son los que pueden servir luego como fundamento de una prohibición cuyo incumplimiento lleva aparejado la comisión de la infracción controvertida. Una vez que la Administración tributaria consideró inexistente la actividad pretendidamente realizada, actuó de forma correcta, como es, el imponer una sanción por el incumplimiento de las obligaciones de facturación” (F.D. 3º).

“(…) dentro de las posibles interpretaciones del precepto y desde la limitada perspectiva de nuestro control, como señalan tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado, la subsunción de la conducta consistente en expedir facturas falsas dentro de la modalidad agravada de la infracción controvertida relativa a la expedición de facturas con datos falsos o falseados, no puede considerarse que violente los términos del precepto aplicado, ni desde la perspectiva literal, ni desde el punto metodológico, ni, en fin, desde el prisma axiológico, pues, como señalan uno y otro, una factura falsa, por no responder a realidad alguna, no es sino una factura con todos sus datos falsos” (F.D. 4º) [V.G.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre la renta de las personas físicas: Base imponible. Régimen de estimación objetiva singular. Impuesto sobre el valor añadido. Régimen simplificado. Exclusión de ambos regímenes por cambiar el epígrafe del impuesto sobre actividades económicas en el que debe tributar por sus actividades empresariales, del 501-3 al 501-1.- La exclusión produce sus efectos a partir del ejercicio siguiente, cuando los tiene en la matrícula del impuesto sobre actividades económicas.

STS (Sala 3ª) de 16 de julio de 2015, rec. nº 271/2014.

“La tesis de la Inspección de los Tributos, ratificada por la sentencia recurrida, consiste en entender que superándose los límites establecidos en esa ‘nota’ el sujeto pasivo viene obligado a darse de baja en el epígrafe 501.3, incluido en el régimen de estimación objetiva del impuesto sobre la renta de las personas físicas y en el régimen simplificado del impuesto sobre el valor añadido, y darse simultáneamente de alta en el epígrafe 501.1, excluido de dichos regímenes, lo que debe producir efectos en el mismo ejercicio (2006, en este caso). La tesis de las sentencias de contraste es que los efectos en esos regímenes deben posponerse hasta el ejercicio siguiente.

Pues bien, el artículo 10.1 del Real Decreto 243/1995 de 17 de febrero, por el que se dictan normas para la gestión del impuesto sobre actividades económicas y se regula la delegación de competencias en materia de gestión censal de dicho impuesto (BOE de 8 de marzo de 1995), establece: “[l]a declaración de baja o de variación, referente a un período impositivo, surtirá efecto en la matrícula del período impositivo inmediato siguiente”.

Es claro pues que, a los efectos del impuesto sobre actividades económicas, superar en el ejercicio 2006 los límites de la ‘nota’ al epígrafe 501.3 no impedía seguir considerando al sujeto pasivo matriculado en ese epígrafe durante todo el ejercicio, por lo que cabe perfectamente sostener que los efectos de la superación de los precitados límites se deban posponer al ejercicio siguiente en los impuestos sobre la renta de las personas físicas y el valor añadido, aplicando los artículos 36, apartados 1.e) y 2, del Reglamento de este segundo y 32.2 del Reglamento del primero, que han sido arriba reproducidos, tal y como acontece cuando los límites superados en el ejercicio eran los fijados en la Orden Ministerial de ‘módulos’ que

desarrollaba los regímenes de estimación objetiva y simplificado, cuando no está en cuestión que el sujeto pasivo no se había dado de alta en el ejercicio 2006 y venía realizando esas actividades empresariales antes del comienzo del mismo.

Con más motivo en el concreto caso, donde no sólo es que el Sr. Narciso viniera realizando antes del ejercicio 2006 actividades empresariales incluidas en el epígrafe 501-3 y tributando por ellas en «módulos» tanto en 2004 como en 2005, sino que además había sido favorable la comprobación por la Unidad de Módulos sobre el sometimiento y la adscripción de su actividad empresarial en esos dos ejercicios.

Por lo razonado, debemos acoger en parte este recurso de casación para la unificación de doctrina, en cuanto ataca la sentencia impugnada por ratificar las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, a las que se hará mención más adelante, al confirmar las liquidaciones tributarias a las que también haremos referencia a continuación.” (F.D. 4º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Responsabilidad subsidiaria de administrador social. Caducidad de la potestad sancionadora frente a la sociedad deudora por incumplimiento del plazo del mes previsto en el artículo 49.2 J) del Reglamento General de Inspección de los Tributos de 1986. Incidencia respecto del responsable subsidiario, que obliga a tener por inexistentes las sanciones impuestas al deudor principal por infracciones graves, con la consiguiente declaración de nulidad del acuerdo de derivación.

STS (Sala 3ª) de 16 de julio de 2015, rec. 4095/2013.

“(…) la doctrina correcta es la que se contiene en las sentencias de contraste, que declaran que el art. 49.2 j) del Reglamento de la Inspección, antes de la modificación operada por la ley 53/2002, de 30 de diciembre, obligaba, en todos los casos, a notificar al sujeto pasivo la iniciación del procedimiento sancionador dentro del plazo de un mes, bien desde la firma del acta de conformidad, bien desde la presentación de las alegaciones al acta en disconformidad o desde la finalización del término para ser formuladas.

A la luz de esta doctrina el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto debe estimarse con anulación de la sentencia impugnada, lo que comporta, a su vez, la estimación del recurso contencioso administrativo interpuesto, con declaración de nulidad de las sanciones impuestas al deudor principal y derivadas al recurrente, al haberse iniciado el procedimiento sancionador una vez expirado el plazo de un mes desde que venció el plazo de alegaciones al acta de disconformidad.

Debe precisarse la consecuencia de la nulidad de las sanciones, como solicita la parte, es que respecto del responsable subsidiario se hayan de tener por inexistentes las sanciones impuestas por infracciones graves en relación al Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 1998, 1999 y 2000” (F.D. 4º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Procedimiento Inspector: Advertencia de las consecuencias de las dilaciones. Advertencia inicial. No es necesaria una advertencia individualizada de los efectos del posible incumplimiento.

STS (Sala 3ª) de 20 de julio de 2015, rec. n° 1524/2014.

“(…) es perfectamente acorde con la normativa y el espíritu de la garantía temporal que fijado un plazo para la realización de las actuaciones inspectoras y advertida la parte con carácter general y al comienzo de éstas sobre las consecuencias en cuanto al cómputo de las dilaciones derivadas del incumplimiento por los sujetos pasivos de sus obligaciones de comparecer o de aportar los documentos requeridos, la norma invocada no tiene por qué interpretarse en un sentido de exigir que haya de reiterarse en todas y cada una de los requerimientos y diligencias, en las que concurra alguna de aquellas circunstancias, a la vista de que tampoco se trata de una consecuencia extravagante en un discurrir de sentido común de los acontecimientos, que por eso imponga como elemento necesario una repetición -no por eso desaconsejable- de una advertencia sobre un extremo intrínsecamente lógico, cual es el de que los retrasos no dependientes de la conducta dilatoria de la propia Administración no deben de imputarse a ésta. En este sentido, a salvo circunstancias particulares, se debe considerar que, hecha la clara y precisa advertencia inicial, nada se opone, a nivel normativo, a que sea aplicado a cada uno de los retrasos por incomparecencia o no aportación íntegra de la documentación requerida la regla general de la imputación de las dilaciones consecuentes a los contribuyentes incumplidores.

Cuando se dispone que las solicitudes que no figuren íntegramente cumplimentadas no se tendrán por recibidas a efectos del cómputo hasta que no se cumplimenten debidamente, lo que se advertirá al interesado, debe interpretarse como que la advertencia se refiere al hecho de que no se ha cumplimentado la documentación requerida, pero no es una exigencia general de advertencia de los efectos del incumplimiento del plazo (fijación de plazo que sí es obligatoria).

En definitiva, la concesión del plazo ha sido considerada como esencial por la Jurisprudencia emanada de esta Sala, pero eso no puede interpretarse como que también sea preciso, junto a la concesión del plazo, una advertencia individualizada de los efectos del posible incumplimiento (Cfr. SSTS de 14 de mayo de 2015, rec. cas. unificación de doctrina 2164/2014 y de 15 de junio de 2015, rec. de cas. unificación de doctrina 1762/2014, entre otras)” (F.D. 2º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Recurso de Casación: La sentencia de instancia declaró inadmisibile el recurso por no acreditarse acuerdo adoptado por el órgano estatutariamente competente para decidir el ejercicio de la acción procesal (art. 45.2.d) LJCA). Se acompañó un escrito con intención de cumplir con la exigencia y en conclusiones se argumentó sobre la suficiencia de dicho escrito al tratarse de administrador solidario de la sociedad.

STS (Sala 3ª) de 20 de julio de 2015, rec. nº 879/2014.

“Es esta una cuestión suscitada y resuelta por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, expuesta en las SSTS de 5 de noviembre de 2008 y 3 de marzo de 2010 (Rec. 233/2007), de las que se concluye que tras la Ley de 1998, cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento acreditativo de haberse adoptado el Acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel Acuerdo.

Es preciso distinguir entre el poder de representación en favor del procurador y el acuerdo corporativo para recurrir pues el Tribunal Supremo en una reiterada jurisprudencia (STS, Sala Tercera, Sección 3, de 3 de Marzo del 2010 (Recurso: 233/2007) apoyándose en anteriores pronunciamientos (STS de 5 de noviembre de 2008 (recurso nº 4755/2005) y de 26 de noviembre y 23 de diciembre de 2008 , 18 de febrero y 5 de mayo de 2009) ha señalado al respecto que ‘... Una cosa es, en efecto, el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyen tal facultad...’.

Ahora bien, el Tribunal de instancia, en este caso, no parece haber tenido en cuenta las alegaciones de la demandante en su escrito de conclusiones antes transcritas, en relación con la causa de inadmisión debatida y con el valor de la certificación acompañada al escrito presentado el 28 de enero de 2011, así como la doctrina jurisprudencial sobre la subsanabilidad de la omisión apreciada, de modo que, si, a juicio, de dicho Tribunal, era insuficiente para acreditar que el acuerdo de ejercitar la acción pertinente había sido adoptado por el órgano social estatutariamente competente, debió dar lugar a que se otorgara un plazo de subsanación conforme a indicaciones precisas en tal sentido.

Sólo por esta única razón, lo procedente es la estimación del recurso anulando la sentencia objeto de recurso en cuanto acuerda la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo sin dar la oportunidad de subsanar la insuficiencia que implícitamente aprecia el Tribunal de instancia en el referido documento” (F.D. 5º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto de Sociedades. Deducibilidad de dotación para amortizaciones. Interpretación de lo que debe entenderse por puesta en condiciones de funcionamiento, a efectos de la deducibilidad fiscal de dotación para amortizaciones en el Impuesto sobre sociedades “Dies a quo”. Entrada efectiva en funcionamiento y periodo de pruebas.

STS (Sala 3ª) de 9 de noviembre de 2015, rec. 2360/2013.

“En definitiva, esta Sala, como antes la de instancia, tiene que compartir el criterio de la Administración según el cual está suficientemente acreditado en el expediente la existencia de un periodo de pruebas y que sólo tras superar este periodo, los elementos patrimoniales están en condiciones de participar de forma plena y con regularidad en el proceso productivo de la entidad, por lo que debe entenderse como fecha de puesta en condiciones de funcionamiento de los bienes objeto de amortización, la de octubre de 2001, fecha en que finaliza el periodo de prueba que ha permitido la consecución de los objetivos proyectados de producción y calidad.

I.- Como sostiene el Abogado del Estado las normas fiscales tienen un concepto de ‘puesta en funcionamiento’ común para determinar el inicio de la amortización de un bien que integra en inmovilizado material y para las reparaciones extraordinarias de ese mismo bien.

El artículo 1.4 del RIS señala que la amortización queda supeditada a que el activo haya sido puesto en condiciones de funcionamiento, ese mismo precepto establece también que ‘los elementos patrimoniales del inmovilizado material deberán amortizarse dentro del período de su vida útil’, viniendo definida la ‘vida útil’ en la Resolución del ICAC de 30/07/1991 anteriormente citada como ‘...el período durante el cual se espera razonablemente que el bien inmovilizado va a producir rendimiento normalmente...’, de lo que resulta que la amortización sólo puede producirse cuando el activo está en condiciones de funcionamiento, tiene lugar dentro de la ‘vida útil’ del mismo, entendida como ‘vida productiva’ generadora de rendimientos normalizados y no irregulares.” (F.D. 2º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Expropiación forzosa finalizada con convenio en virtud del cual el Ayuntamiento satisface el importe de la indemnización mediante la entrega de un bien inmueble. Operación exenta para el adquirente.

STS (Sala 3ª) de 11 de noviembre de 2015, rec. nº 2998/2013.

“Por lo que respecta a la adquisición por parte del Ayuntamiento, estaría sujeta al Impuesto sobre Transmisiones, pero exenta, ante el beneficio subjetivo que el art. 45.I A a) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales otorga al Estado y a las Administraciones Públicas Territoriales.

En cuanto a la compensación que recibe el propietario del inmueble ocupado con la atribución de aprovechamientos urbanísticos en otra localización territorial, por constituir el justiprecio en especie que recibe el propietario del terreno afectado, como consecuencia de la expropiación, hay que considerarla también exenta, en cuanto constituye la indemnización a que se refiere el art. 33.3 de la Constitución.

Conviene recordar que el art. 49 de la Ley de Expropiación Forzosa declara libres de todo tipo de gravámenes tributarios los justiprecios expropiatorios, lo que tiene sentido ya que la expropiación es la máxima limitación del derecho de propiedad

en interés público, pues se desprende de sus bienes al propietario contra su voluntad, no teniendo el deber jurídico de soportar un sacrificio mayor del que, de por sí, ya supone la expropiación, y de ahí el derecho a percibir la contraprestación que corresponda al valor real de los bienes, bien en dinero, bien en especie sin que pueda verse reducido por la aplicación de las normas tributarias.

Por tanto, exigir el Impuesto de Transmisiones al expropiado, como pretende la Comunidad recurrente, supondría no cumplir íntegramente el mandato constitucional que prohíbe la privación de bienes y derechos sin la correspondiente indemnización. Por ello, el Tribunal Constitucional valora la indemnización expropiatoria como equivalente económico y como garantía patrimonial (sentencias, entre otras, de 2 de diciembre de 1983 y 19 de diciembre de 1986).

Podría alegarse que el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones no reconoce esta exención, pero ello puede justificarse ante la existencia de la norma especial que contiene la Ley de Expropiación Forzosa, en su art. 49.

Tampoco cabe invocar la doctrina sentada por esta Sala a partir de su sentencia de 3 de mayo de 2006 pues se refiere a la adquisición de los bienes expropiados por el beneficiario si se trata de un particular.

Por lo expuesto, partiendo de la naturaleza expropiatoria de la ocupación directa no es posible aceptar la doctrina que se postula, lo que comporta la desestimación del recurso.

Los razonamientos transcritos sirvieron para desestimar el recurso de casación en interés de la ley interpuesto por el Letrado de la Comunidad Autónoma de la Rioja, que pretendía que la adquisición llevada a cabo por el particular no estaba exenta del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

Pues bien, los mismos argumentos de la especialidad de la norma de expropiación forzosa, y de mandato constitucional de que la expropiación forzosa tenga lugar mediante indemnización y, por ello, sin mayor carga que la que supone la privación del bien, son de aplicación igualmente al presente caso, en el que, según consta en el expediente, el proceso expropiatorio finalizó con Acta de mutuo acuerdo, ocupación y justiprecio.” (F.D. 5º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto de Sucesiones. Reiteración de actos: determinación de la base imponible mediante un primer procedimiento de comprobación de valores anulado y posteriormente por un procedimiento de verificación de datos, también anulado.

STS (Sala 3ª) de 16 de noviembre de 2015, rec. nº 434/2014.

“Cierto es que el procedimiento de verificación de datos no es un procedimiento de comprobación de valores en sentido estricto (si lo fuera, no existiría debate).

Pero también lo es que se trata de un procedimiento de comprobación -en este caso de bases- que, eso sí, se agota con el mero control de carácter formal de la declaración presentada y de su coincidencia con los datos provenientes de otras declaraciones o en poder de la Administración. Y en todo caso, si dicho procedimiento termina mediante liquidación, ésta deberá ser motivada (artículo 133.1.b), si bien también puede concluir mediante iniciación de un procedimiento de comprobación limitada o de inspección (artículo 133.1.e)).

Pues bien, como ya ha quedado señalado, en el presente caso, a una primera comprobación de valores anulada por falta de motivación, siguió una segunda actuación de la Administración, utilizando en vez de cualquier de los modos que conducen a aquella, el procedimiento de verificación de datos, en el que, sin motivación ni justificación alguna, aplicó valores del año 2001 a un supuesto en que el devengo del Impuesto se produjo en el año 1997 o, lo que es lo mismo.

Por tanto, el error padecido en el único dato que debía ser objeto de comprobación por la Administración, esto el contraste de los datos declarados con los obrantes en poder de la Administración, no debe hacer perder de vista la falta de motivación de la actuación administrativa.

Dicho de otra forma: en la determinación de la base del Impuesto de Sucesiones - o como dice la sentencia, en la valoración del hecho imponible-, la Administración autonómica llevó a cabo una primera comprobación, que fue declarada huérfana de motivación -no discutida- y, posteriormente, acudiendo al procedimiento de verificación de datos, se incurrió en el mismo defecto formal, al margen del error sufrido en cuanto a la aplicación del elemento intertemporal.

Lo expuesto debe llevarnos a la conclusión de que no existe identidad de situaciones, pero si similitud entre ellas y si el principio constitucional de seguridad jurídica es aplicable en el caso de comprobaciones de valor inmotivadas, no se llega a entender cuál puede ser el argumento que impida aplicar al presente caso el mismo principio, que es, en definitiva, el que abre paso a toda nuestra jurisprudencia sobre este particular y que antes ha quedado resumida.

Por ello, debemos confirmar el criterio de la sentencia impugnada al aplicar la doctrina de esta Sala, a través del principio de ‘identidad de razón’.” (F.D. 3º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Base imponible. Rendimiento de actividades económicas: criterios de imputación de ingresos y gastos, regla general y regla especial para el caso de rentas sobre las que ha habido pendencia judicial. Interpretación del artículo 14.1.b) y 2.a) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2004 y del artículo 6.1 de su Reglamento de desarrollo, aprobado en 2004.

STS (Sala 3ª) de 27 de noviembre de 2015, rec. nº 364/2014.

“Con carácter general, la imputación de ingresos y gastos en el impuesto sobre la renta de las personas físicas se hace, tratándose de rendimientos de actividades económicas, conforme a lo dispuesto en el impuesto sobre sociedades, sin perjuicio de las especialidades que reglamentariamente puedan establecerse. Así lo disponía en el artículo 14.1.b) del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004. En desarrollo de tal previsión legal, el artículo 6.1 del Reglamento del citado impuesto dispuso que los contribuyentes que desarrollen actividades económicas aplicarán a las rentas derivadas de dichas actividades, exclusivamente, los criterios de imputación temporal previstos en el texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (BOE de 11 de marzo), y sus normas de desarrollo.

Acogiéndose a estas normas, la Administración, con la anuencia de la Sala de instancia, considera que el precio aplazado de la operación debe imputarse al ejercicio 2006, fecha en que se transmitió la parcela nº NUM001, pues conforme a la regulación del impuesto sobre sociedades los ingresos y los gastos se imputan en el periodo impositivo en el que se devenguen, atendiendo a la corriente real de bienes y servicios que los mismos representen, con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera (artículo 19.1).

Entiende, no obstante, el recurrente que cuando no se hubiera satisfecho la totalidad o parte de una renta por encontrarse pendiente de resolución judicial la determinación del derecho a su percepción o su cuantía, los importes no satisfechos se imputarán al periodo impositivo en que aquélla adquiera firmeza, por así disponerlo el artículo 14.2.a) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En su opinión, la interpretación que realiza la Sala de instancia del artículo 6.1 del Reglamento es contraria a la Ley, debiendo entenderse que esta disposición sólo alcanza a los contribuyentes que deban regirse por la regla general del artículo 14.1 y no a aquellos respecto de los que haya de aplicarse alguna especial del artículo 14.2.

Hemos de darle la razón. El artículo 14.1 contiene las reglas generales de imputación de ingresos y gastos en el impuesto sobre las renta de las personas físicas, para los rendimientos del trabajo, los derivados de actividades económicas y las ganancias y pérdidas patrimoniales [respectivamente, letras a), b) y c)]. En relación con los segundos, remite a la normativa del impuesto sobre sociedades, sin perjuicio de las especialidades que reglamentariamente pudieran establecerse, cuyo texto refundido, aprobado en el año 2004, disponía con carácter general el criterio del devengo (artículo 19.1). El apartado 2 del artículo 14 contempla hasta diez reglas especiales de imputación, que excepcionan o matizan la regla general. La primera de ellas se refiere a las rentas que no hubieren sido satisfechas en todo o en parte por encontrarse pendiente de resolución judicial la determinación del derecho a su percepción o su cuantía, en cuyo caso se imputarán al ejercicio en que la sentencia adquiera firmeza [letra a)]. Debe repararse que en esta letra, a diferencia de otras [como la b)], no se distingue entre las clases de rentas referidas en el apartado 1. De modo que, en principio, alcanza a las del trabajo, a

las derivadas de actividades económicas y a las variaciones patrimoniales.

Como quiera que donde la ley no distingue no cabe que lo haga el intérprete (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), en principio habría que concluir que la regla especial del artículo 14.2.a) se aplica también a los rendimientos de actividades económicas a que se refiere el artículo 14.1.b)” (F.D. 5º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto de Sociedades. Deducibilidad de dotación para amortizaciones. Interpretación de lo que debe entenderse por puesta en condiciones de funcionamiento, a efectos de la deducibilidad fiscal de dotación para amortizaciones en el Impuesto sobre sociedades "Dies a quo". Entrada efectiva en funcionamiento y periodo de pruebas.

STS (Sala 3ª) de 9 de noviembre de 2015, rec. 2360/2013.

“En definitiva, esta Sala, como antes la de instancia, tiene que compartir el criterio de la Administración según el cual está suficientemente acreditado en el expediente la existencia de un periodo de pruebas y que sólo tras superar este periodo, los elementos patrimoniales están en condiciones de participar de forma plena y con regularidad en el proceso productivo de la entidad, por lo que debe entenderse como fecha de puesta en condiciones de funcionamiento de los bienes objeto de amortización, la de octubre de 2001, fecha en que finaliza el periodo de prueba que ha permitido la consecución de los objetivos proyectados de producción y calidad.

I.- Como sostiene el Abogado del Estado las normas fiscales tienen un concepto de ‘puesta en funcionamiento’ común para determinar el inicio de la amortización de un bien que integra en inmovilizado material y para las reparaciones extraordinarias de ese mismo bien.

El artículo 1.4 del RIS señala que la amortización queda supeditada a que el activo haya sido puesto en condiciones de funcionamiento, ese mismo precepto establece también que ‘los elementos patrimoniales del inmovilizado material deberán amortizarse dentro del período de su vida útil’, viniendo definida la ‘vida útil’ en la Resolución del ICAC de 30/07/1991 anteriormente citada como ‘...el período durante el cual se espera razonablemente que el bien inmovilizado va a producir rendimiento normalmente...’, de lo que resulta que la amortización sólo puede producirse cuando el activo está en condiciones de funcionamiento, tiene lugar dentro de la ‘vida útil’ del mismo, entendida como ‘vida productiva’ generadora de rendimientos normalizados y no irregulares” (F.D. 2º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Expropiación forzosa finalizada con convenio en virtud del cual el Ayuntamiento satisface el importe de la indemnización mediante la entrega de un bien inmueble. Operación exenta para el adquirente.

STS (Sala 3ª) de 11 de noviembre de 2015, rec. nº 2998/2013.

“Por lo que respecta a la adquisición por parte del Ayuntamiento, estaría sujeta al Impuesto sobre Transmisiones, pero exenta, ante el beneficio subjetivo que el art. 45.I A a) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales otorga al Estado y a las Administraciones Públicas Territoriales.

En cuanto a la compensación que recibe el propietario del inmueble ocupado con la atribución de aprovechamientos urbanísticos en otra localización territorial, por constituir el justiprecio en especie que recibe el propietario del terreno afectado, como consecuencia de la expropiación, hay que considerarla también exenta, en cuanto constituye la indemnización a que se refiere el art. 33.3 de la Constitución .

Conviene recordar que el art. 49 de la Ley de Expropiación Forzosa declara libres de todo tipo de gravámenes tributarios los justiprecios expropiatorios, lo que tiene sentido ya que la expropiación es la máxima limitación del derecho de propiedad en interés público, pues se desprende de sus bienes al propietario contra su voluntad, no teniendo el deber jurídico de soportar un sacrificio mayor del que, de por sí, ya supone la expropiación, y de ahí el derecho a percibir la contraprestación que corresponda al valor real de los bienes, bien en dinero, bien en especie sin que pueda verse reducido por la aplicación de las normas tributarias.

Por tanto, exigir el Impuesto de Transmisiones al expropiado, como pretende la Comunidad recurrente, supondría no cumplir íntegramente el mandato constitucional que prohíbe la privación de bienes y derechos sin la correspondiente indemnización. Por ello, el Tribunal Constitucional valora la indemnización expropiatoria como equivalente económico y como garantía patrimonial (sentencias, entre otras, de 2 de diciembre de 1983 y 19 de diciembre de 1986.

Podría alegarse que el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones no reconoce esta exención, pero ello puede justificarse ante la existencia de la norma especial que contiene la Ley de Expropiación Forzosa, en su art. 49.

Tampoco cabe invocar la doctrina sentada por esta Sala a partir de su sentencia de 3 de mayo de 2006 pues se refiere a la adquisición de los bienes expropiados por el beneficiario si se trata de un particular.

Por lo expuesto, partiendo de la naturaleza expropiatoria de la ocupación directa no es posible aceptar la doctrina que se postula, lo que comporta la desestimación del recurso.

Los razonamientos transcritos sirvieron para desestimar el recurso de casación en interés de la ley interpuesto por el Letrado de la Comunidad Autónoma de la Rioja, que pretendía que la adquisición llevada a cabo por el particular no estaba exenta del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

Pues bien, los mismos argumentos de la especialidad de la norma de expropiación forzosa, y de mandato constitucional de que la expropiación forzosa tenga lugar

mediante indemnización y, por ello, sin mayor carga que la que supone la privación del bien, son de aplicación igualmente al presente caso, en el que, según consta en el expediente, el proceso expropiatorio finalizó con Acta de mutuo acuerdo, ocupación y justiprecio” (F.D. 5º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto de Sucesiones. Reiteración de actos: determinación de la base imponible mediante un primer procedimiento de comprobación de valores anulado y posteriormente por un procedimiento de verificación de datos, también anulado.

STS (Sala 3ª) de 16 de noviembre de 2015, rec. nº 434/2014.

“Cierto es que el procedimiento de verificación de datos no es un procedimiento de comprobación de valores en sentido estricto (si lo fuera, no existiría debate). Pero también lo es que se trata de un procedimiento de comprobación -en este caso de bases- que, eso sí, se agota con el mero control de carácter formal de la declaración presentada y de su coincidencia con los datos provenientes de otras declaraciones o en poder de la Administración. Y en todo caso, si dicho procedimiento termina mediante liquidación, ésta deberá ser motivada (artículo 133.1.b), si bien también puede concluir mediante iniciación de un procedimiento de comprobación limitada o de inspección (artículo 133.1.e)).

Pues bien, como ya ha quedado señalado, en el presente caso, a una primera comprobación de valores anulada por falta de motivación, siguió una segunda actuación de la Administración, utilizando en vez de cualquier de los modos que conducen a aquella, el procedimiento de verificación de datos, en el que, sin motivación ni justificación alguna, aplicó valores del año 2001 a un supuesto en que el devengo del Impuesto se produjo en el año 1997 o, lo que es lo mismo.

Por tanto, el error padecido en el único dato que debía ser objeto de comprobación por la Administración, esto el contraste de los datos declarados con los obrantes en poder de la Administración, no debe hacer perder de vista la falta de motivación de la actuación administrativa.

Dicho de otra forma: en la determinación de la base del Impuesto de Sucesiones - o como dice la sentencia, en la valoración del hecho imponible-, la Administración autonómica llevó a cabo una primera comprobación, que fue declarada huérfana de motivación -no discutida- y, posteriormente, acudiendo al procedimiento de verificación de datos, se incurrió en el mismo defecto formal, al margen del error sufrido en cuanto a la aplicación del elemento intertemporal.

Lo expuesto debe llevarnos a la conclusión de que no existe identidad de situaciones, pero sí similitud entre ellas y si el principio constitucional de seguridad jurídica es aplicable en el caso de comprobaciones de valor inmotivadas, no se llega a entender cuál puede ser el argumento que impida aplicar al presente caso el mismo principio, que es, en definitiva, el que abre paso a toda nuestra jurisprudencia sobre este particular y que antes ha quedado resumida.

Por ello, debemos confirmar el criterio de la sentencia impugnada al aplicar la doctrina de esta Sala, a través del principio de ‘identidad de razón’.” (F.D. 3º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Base imponible. Rendimiento de actividades económicas: criterios de imputación de ingresos y gastos, regla general y regla especial para el caso de rentas sobre las que ha habido pendencia judicial. Interpretación del artículo 14.1.b) y 2.a) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2004 y del artículo 6.1 de su Reglamento de desarrollo, aprobado en 2004.

STS (Sala 3ª) de 27 de noviembre de 2015, rec. nº 364/2014.

“Con carácter general, la imputación de ingresos y gastos en el impuesto sobre la renta de las personas físicas se hace, tratándose de rendimientos de actividades económicas, conforme a lo dispuesto en el impuesto sobre sociedades, sin perjuicio de las especialidades que reglamentariamente puedan establecerse. Así lo disponía en el artículo 14.1.b) del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004. En desarrollo de tal previsión legal, el artículo 6.1 del Reglamento del citado impuesto dispuso que los contribuyentes que desarrollen actividades económicas aplicarán a las rentas derivadas de dichas actividades, exclusivamente, los criterios de imputación temporal previstos en el texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (BOE de 11 de marzo), y sus normas de desarrollo.

Acogiéndose a estas normas, la Administración, con la anuencia de la Sala de instancia, considera que el precio aplazado de la operación debe imputarse al ejercicio 2006, fecha en que se transmitió la parcela nº NUM001, pues conforme a la regulación del impuesto sobre sociedades los ingresos y los gastos se imputan en el periodo impositivo en el que se devenguen, atendiendo a la corriente real de bienes y servicios que los mismos representen, con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera (artículo 19.1).

Entiende, no obstante, el recurrente que cuando no se hubiera satisfecho la totalidad o parte de una renta por encontrarse pendiente de resolución judicial la determinación del derecho a su percepción o su cuantía, los importes no satisfechos se imputarán al periodo impositivo en que aquella adquiera firmeza, por así disponerlo el artículo 14.2.a) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En su opinión, la interpretación que realiza la Sala de instancia del artículo 6.1 del Reglamento es contraria a la Ley, debiendo entenderse que esta disposición sólo alcanza a los contribuyentes que deban regirse por la regla general del artículo 14.1 y no a aquellos respecto de los que haya de aplicarse alguna especial del artículo 14.2.

Hemos de darle la razón. El artículo 14.1 contiene las reglas generales de

imputación de ingresos y gastos en el impuesto sobre las renta de las personas físicas, para los rendimientos del trabajo, los derivados de actividades económicas y las ganancias y pérdidas patrimoniales [respectivamente, letras a), b) y c)]. En relación con los segundos, remite a la normativa del impuesto sobre sociedades, sin perjuicio de las especialidades que reglamentariamente pudieran establecerse, cuyo texto refundido, aprobado en el año 2004, disponía con carácter general el criterio del devengo (artículo 19.1). El apartado 2 del artículo 14 contempla hasta diez reglas especiales de imputación, que excepcionan o matizan la regla general. La primera de ellas se refiere a las rentas que no hubieren sido satisfechas en todo o en parte por encontrarse pendiente de resolución judicial la determinación del derecho a su percepción o su cuantía, en cuyo caso se imputarán al ejercicio en que la sentencia adquiera firmeza [letra a)]. Debe repararse que en esta letra, a diferencia de otras [como la b)], no se distingue entre las clases de rentas referidas en el apartado 1. De modo que, en principio, alcanza a las del trabajo, a las derivadas de actividades económicas y a las variaciones patrimoniales.

Como quiera que donde la ley no distingue no cabe que lo haga el intérprete (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), en principio habría que concluir que la regla especial del artículo 14.2.a) se aplica también a los rendimientos de actividades económicas a que se refiere el artículo 14.1.b)” (F.D. 5º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: La AN, basándose en la doctrina del TS, estima el recurso considerando que es necesaria la aprobación del instrumento de ordenación que contenga la ordenación detallada de una parcela para que se pueda considerar un inmueble con carácter urbano y, con ello, se pueda girar el IBI.

SAN (Sala de lo Contencioso, Sección 6º) de 3 de julio de 2015, rec. nº 434/2012.

“(…) Y en lo que es doctrina extrapolable al presente caso indicaremos lo que se indica en el fundamento de derecho sexto y séptimo, poniendo de relieve la falta de coherencia que supone la utilización de los criterios urbanísticos en contra del ciudadano a efectos tributarios considerándolo urbano o urbanizado y su diferente aplicación a efectos de valoración indemnizatoria privándole de tal carácter.

Así, expresa el FJ 6º: ‘Antes, por el contrario, hay que entender que el legislador catastral quiso diferenciar entre suelo de expansión inmediata donde el plan delimita y programa actuaciones sin necesidad de posteriores tramites de ordenación, de aquel otro que, que aunque sectorizado carece de tal programación y cuyo desarrollo urbanístico queda pospuesto para el futuro, por lo que a efectos catastrales sólo pueden considerarse suelos de naturaleza urbana el suelo urbanizable sectorizado ordenado así como el suelo sectorizado no ordenado a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo. Antes de ese momento el suelo tendrá, como dice la sentencia recurrida, el carácter de rústico...’.

Y en el FJ 7º se dice también: ‘Es cierto que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, supuso un cambio en la configuración del derecho de propiedad, al reconocer lo que ella denomina dos situaciones básicas, el suelo rural y el suelo urbanizado, terminando así la diferenciación establecida por la Ley 6/1998, de 13 de abril, que distinguía entre suelo urbanizable o no urbanizable, urbano y el suelo de los municipios donde no existía planeamiento, y que los efectos de este cambio se circunscriben a las valoraciones a efectos de expropiación forzosa, venta o sustitución forzosa y responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, si se desconectan completamente ambas normativas nos podemos encontrar con valores muy diferentes, consecuencia de métodos de valoración distintos, de suerte que un mismo bien inmueble tenga un valor sustancialmente distinto según el sector normativo de que se trate, fiscal o urbanístico, no siendo fácil justificar que a efectos fiscales se otorgue al inmueble un valor muy superior al que deriva del TRLS, obligando al contribuyente a soportar en diversos tributos una carga fiscal superior, mientras que resulta comparativamente infravalorado a efectos reparcelatorios, expropiatorios y de responsabilidad patrimonial.

Por otra parte, como para calcular el valor catastral se debe tomar como referencia el valor de mercado, sin que en ningún caso aquel pueda superar a este último (art. 23.2 del TRLCI) si las ponencias de valores no reconocen la realidad urbanística, podríamos encontrarnos con inmuebles urbanizables sectorizados no ordenados con valor catastral superior al del mercado, con posible vulneración del principio de capacidad económica, que no permite valorar tributariamente un inmueble por encima de su valor de mercado, porque se estaría gravando una riqueza ficticia o inexistente’...” (F.D. 4º) [V.G.G.].

Jurisprudencia: La STSJ Aragón considera que, cuando el sujeto pasivo se ajusta al criterio de la Inspección, no procede aplicarle el recargo por declaración extemporánea.

STSJ Aragón (Sala de lo Contencioso, Sección 2º) de 4 de marzo de 2015, rec. nº 1/2013.

“(…) Es cierto que la parte podía haber seguido aplicando el régimen especial de escisiones, a pesar de que la Inspección hubiera levantado actas de disconformidad por considerar que dicho régimen no resultaba aplicable, máxime teniendo en cuenta que había formulado reclamación económico administrativa sosteniendo su criterio, pero su conducta de ajustar sus autoliquidaciones posteriores al particular criterio de la Inspección, no puede determinar que, una vez resuelta la reclamación económico administrativa y presentadas autoliquidaciones ajustándose al régimen especial inicialmente aplicado -reconocido como procedente por los órganos económico-administrativos-, resulte procedente un recargo por extemporaneidad, cuando la aplicación de un régimen de tributación improcedente, tuvo su origen en definitiva en una actuación de la AEAT.

Señalar para terminar que la posibilidad de tomar en consideración el error para excluir el recargo por extemporaneidad no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, como se desprende del artículo 89.Cinco de la Ley 37/1992 del IVA, habiendo señalado a propósito de dicho precepto el TEAC, en su resolución de 25 de junio de 2008 que "aunque rechazo el carácter sancionador o represivo de estos recargos, su carácter al menos disuasorio del incumplimiento de la obligación de efectuar en tiempo el ingreso, no justifica su exigencia cuando no ha existido género alguno de negligencia o descuido en el retraso, debido a las circunstancias sobrevenidas al momento del devengo que determinan la modificación de la base imponible, o a la existencia de un error fundado de Derecho en la repercusión del impuesto (F.D. 5º) [V.G.G.].

Jurisprudencia: El TSJCL recoge el carácter preclusivo de las comprobaciones inspectoras anteriores.

STSJ Castilla y León (Sala de lo Contencioso, Sección 3º) de 11 de mayo de 2015, rec. nº 171/2012.

“Como ya se anticipó, y puesto que es por todos admitido que la Inspección de los tributos llevó a cabo actuaciones de comprobación e investigación que dieron lugar a Actas de inspección incoadas el 8 de marzo de 1995 regularizando el Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 1988 a 1992, sin que, por otro lado, conste en modo alguno que por el actuario se cuestionara ni el valor contable del edificio declarado por la obligada tributaria ni el método de amortización llevado a cabo hasta ese momento en base a dicho valor, bien se comprende la aplicación al caso del efecto preclusivo secuencia a las exigencias del artículo 140.1 de la LGT sobre la necesidad de expresar en el propio Acuerdo de liquidación, que ha de ser literosuficiente, cuáles son los nuevos elementos o circunstancias de hecho tenidos en cuenta en la nueva comprobación, en el entendimiento de que debe referirse a hechos o circunstancias sobrevenidas que alterasen en alguna medida relevante para la determinación del tributo de que se trata el statu quo precedente bajo el cual se efectuó la comprobación limitada de los artículos 136 y siguientes LGT, pero no a los hechos que ex novo descubra la Administración porque en el segundo procedimiento se hubiera esforzado más o hubiera indagado con una mayor profundidad, no siendo por lo demás admisible por exigencias del principio de seguridad jurídica que otro órgano administrativo con los mismos elementos fácticos -o posibilidad real de obtenerlos, al no tratarse de hechos o circunstancias sobrevenidas- rectifique una resolución administrativa previa al margen de los procedimientos de revisión establecidos para ello” (F.D. 2º) [V.G.G.].

VI. DERECHO PROCESAL

Jurisprudencia: el TS advierte que no toda prisión provisional seguida de sentencia absolutoria constituye fundamento suficiente de una demanda de indemnización por error judicial al amparo

del art. 293 LOPJ.

STS (Sala 2ª) de 23 de septiembre de 2015, rec. nº 20635/2014.

“4.- Por otra parte el error del Juzgado de Instrucción consistiría, según la demanda, en que la valoración de la información disponible que la demanda considera que no fue razonable y por ello afirmó unos presupuestos fácticos que, satisfaciendo las condiciones para ordenar la prisión, sin embargo no eran acordes a la realidad. La tesis del propio demandante deja como irrelevante la mera absolución del acusado cautelarmente preso como suficiente para abrir la vía indemnizatoria. La declaración del error que se pretende es otra: la que deriva de que se ordenó la prisión cautelar y no concurrían los presupuestos legales al efecto. Y, además, en relación a un solo aspecto: la participación del acusado en los hechos. Pero sin atender a la veracidad de la denuncia y acusación sobre éstos con prescindencia de su autoría o participación. Por lo que respecta a la constatación del error, cuya declaración se reclama como presupuesto de la reclamación administrativa, la doctrina jurisprudencial de esta Sala Segunda ha venido perfilando unos determinados requisitos : 6 a) Si el error hay que detectarlo en la decisión de prisión preventiva, la argumentación habrá de resaltar por qué aquélla medida no debió haberse adoptado . No basta que el preso devenga ex post absuelto. Se tratará de dilucidar si en aquellos momentos iniciales de la instrucción con los elementos de que se disponía y atendidas todas las circunstancias era procedente o no decretar la prisión preventiva. b) En consecuencia la valoración de concurrencia de error debe llevarse a cabo atendiendo a las circunstancias concurrentes ex ante, en el momento de la adopción de la medida. Cabe una prisión preventiva decretada correctamente que vaya seguida de una sentencia absolutoria también correcta: porque se desvanecen los indicios que existían; porque el testigo se retracta de la inicial declaración; porque desaparecen pruebas; o sencillamente porque las exigencias indiciarias para una prisión preventiva se mueven lógicamente en un escalón inferior y menos riguroso a las requeridas para una sentencia condenatoria y se manejan además otros parámetros (riesgo de fuga, peligro de reiteración delictiva...). No cabe declarar el error base de indemnización si han sido las diligencias posteriores las que han podido demostrar que esa prisión fue materialmente indebida, aunque no fuese errónea y la decisión judicial fuese acertada”. (F.D. 2º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: el TS recuerda los requisitos del testimonio de la víctima, incluso como única prueba de cargo, para desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, aunque rechaza que concurran en el caso dado que la versión ofrecida por la víctima no se ha acreditado mediante un cuadro probatorio convincente.

STS (Sala 2ª) de 6 de octubre de 2015, rec. nº 10392/2014.

“(…) Esta Sala viene declarando de manera constante y reiterada que el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el

Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia, siempre que se analice su testimonio conforme a los criterios que ha construido nuestra jurisprudencia de forma reiterada, y que son: A) Ausencia de incredibilidad subjetiva, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes: a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez. En este apartado, los informes periciales son imprescindibles. b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones (Sentencia de 11 de mayo de 1994). B) Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone: a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea, no contraria a las reglas de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido. b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. C) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone: a) Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable ‘no en un 4 aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones’ (Sentencia de 18 de junio de 1998). b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar. c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes” (F.D. 3°).

“En el caso enjuiciado, (...) no se trata de que la versión ofrecida por la víctima sea inveraz, sino que no se ha acreditado mediante un cuadro probatorio convincente” (F.D. 4°) [R.B.P.].

Jurisprudencia: el TS declara que a los condenados a penas de prisión por uno o más delitos contra la libertad o indemnidad sexuales se les impondrá además la medida de libertad vigilada,

medida que tendrá carácter imperativo, salvo que se tratase de un solo delito menos grave y el autor fuere un delincuente primario.

STS (Sala 2ª) de 14 de octubre de 2015, rec. nº 2215/2014.

“En primer lugar el art 192 CP, como reconoce la sentencia impugnada, dispone expresamente que a los condenados a penas de prisión por uno o más delitos contra la libertad o indemnidad sexuales se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, siendo la duración de la medida de cinco a diez años si el delito fuera grave. Conforme al art. 33 del CP, son graves los delitos cuya pena de prisión supera los cinco años. El art. 183 del CP, dispone la pena de dos a seis años de prisión por abusos sexuales a menores. Por lo tanto, se trata de un delito grave. Asimismo el art 106 2º establece que el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena de privación de libertad impuesta "siempre que así lo disponga de forma expresa el Código" (en la actualidad en supuestos de terrorismo y delincuencia sexual) y siempre quiere decir siempre, no solo cuando lo estime conveniente el Tribunal sentenciador. El propio Código prevé expresamente una eventual excepción, limitada a los delitos menos graves cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, en cuyo caso se deja a discreción del Tribunal imponer o no la medida en atención a la menor peligrosidad del autor. Excepción que es manifiesto que no concurre en el caso actual, por lo que la imposición de la libertad vigilada es imperativa. En segundo lugar la exigencia de contar con informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad, es claro que se refiere, en caso de delincuentes sexuales como el aquí enjuiciado, a la fase de aplicación de la medida, una vez cumplida la pena previa de privación de libertad. Así se deduce de lo dispuesto en el art 106 2º, que es el específicamente aplicable a estos supuestos, al señalar expresamente que al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia, por el procedimiento previsto en el art 98, que incluye la valoración de los referidos informes, elevará una propuesta al Tribunal sentenciador que, en este momento concretará el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones que habrá de observar el condenado. Esta interpretación se deduce del propio texto de la ley, y además de la consideración lógica de que cuando puede contarse con dichos informes es precisamente cuando el condenado ya ha estado cumpliendo su pena privativa de libertad, y no con anterioridad al enjuiciamiento, momento en el que puede estar en libertad, se presume inocente y todavía no está sometido ordinariamente a la asistencia de facultativo o profesional alguno. En consecuencia, es en el momento en que debe comenzar la ejecución de la libertad vigilada -ultimado el cumplimiento de la pena- cuando ha de realizarse la valoración inicial para fijar las condiciones y contenido concretos de la medida, y un seguimiento posterior para decidir sobre su mantenimiento, cese, sustitución o suspensión, conforme a los arts. 97, 98, y 106.2 º y 3º CP. Procede, en consecuencia, estimar el recurso interpuesto, dictando segunda sentencia en la que se imponga la medida de libertad vigilada legalmente prevenida en las condenas por este tipo de delitos” (F.D. 5º) [R.B.P.]

Jurisprudencia: el TS recuerda el criterio jurisprudencial conforme al cual es preceptiva la asistencia letrada del condenado en los incidentes de acumulación de condena.

STS (Sala 2ª) de 15 de octubre de 2015, rec. nº 10158/2015.

“En palabras de la STS 473/2013, aunque desde la literalidad del artículo 988 LECrim no resulte expresamente, el incidente de acumulación de condenas goza de la naturaleza de un proceso contradictorio, en el que el principio de igualdad de partes e interdicción de toda indefensión debe ser salvaguardado. Se producirá, por ello, una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva, causante de indefensión, cuando el incidente se desarrolle sin estar asistido el interno de dirección letrada que, con los conocimientos jurídicos inherentes a tal condición, pueda argumentar eficazmente en favor de su pretensión, encontrándose en una situación equiparada a la otra parte procesal necesaria en este incidente, que es el Ministerio Fiscal. Por ello, es insuficiente la mera petición personal del condenado para iniciar el procedimiento sin que con posterioridad, asistido técnicamente por letrado, se le dé audiencia a la vista de la documentación unida (hoja histórico penal y testimonio de las sentencias condenatorias) y del dictamen del Ministerio Fiscal. Se vulnerará, pues, el derecho de defensa cuando se omita el traslado del procedimiento al condenado a través de su asistencia letrada, que deberá propiciarse de oficio a falta de designación particular (en este mismo sentido, SSTS núm. 758/2012, de 11 de octubre, ó 1371/2011, de 22 de diciembre). El abogado, bien al iniciar el procedimiento si tiene los datos necesarios para ello, o bien después, cuando en el trámite a seguir conforme al artículo 988 LECrim se encuentren incorporadas al procedimiento todas las sentencias condenatorias a acumular en su caso, tendrá que hacer un estudio sobre aquellas que hayan de quedar sometidas a los límites materiales del artículo 76 CP (SSTS núm. 281/2007, de 3 de abril, ó 1100/2006, de 13 de noviembre, entre otras muchas)” (F.D. 1º) [R.B.P.].

VII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Jurisprudencia: No procede adaptar la pena impuesta en el extranjero al ordenamiento español.

STS (Sala 2ª) de 11 de noviembre de 2014, rec. nº 10281/2014.

[El TS considera, en contra de lo expuesto por la Sala *a quo*, que sí es de aplicación a nuestro ordenamiento la Decisión Marco 2008/909/JAI, sobre reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal, posibilitándose la adaptación de la pena cuando se cumplan los condicionales que establece. A pesar de su aplicación, el Supremo llega a idéntica solución que la AN contraria a la adaptación de la pena impuesta en Italia al recurrente, habida cuenta que comparando aquella pena con la vigente en este momento en el ordenamiento español, la desproporción entre la naturaleza y duración de ambas no se produce dada su absoluta semejanza.

Concluye que la pena a tener en cuenta a efectos de la comparación relativa para adecuación prevista en la Decisión Marco es la correspondiente al momento en que se lleva a cabo esa comparación punitiva, y no la vigente al tiempo del acaecimiento del hecho delictivo que se castiga] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Efectividad en España de condenas impuestas por otro Estado de la UE a efectos de acumulación.

STS (Sala 2ª) de 27 de enero de 2015, rec. nº 10711/2014.

[Incidencia de la entrada en vigor de la LO 7/2014 de 12 de noviembre sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la UE, que traspone la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo de 24 Jul. 2008, y la 2008/315/JAI de 26 Feb 2009, y que establece dos limitaciones a la efectividad en España de condenas en el extranjero: un límite objetivo (artículo 14.2) y un límite temporal (Disposición Adicional) que impide considerar condenas de Tribunales de países de la UE con anterioridad al 15 de agosto de 2010.

La aplicación de tales excepciones al reconocimiento de efectos es compatible y conforme con la Decisión, que expresamente permitía en su art. 3 la incorporación de las mismas de manera facultativa.

Ponderación de la posibilidad de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE que se descarta en base a la doctrina del “acto claro”.

En este caso, denegación de inclusión, en el Auto de acumulación de penas del acusado, de una condena impuesta por el Tribunal de Gran Instancia de París y ya cumplida antes de su extradición. Supuesto que encaja en las exclusiones de la LO 7/2014, y en el artículo 3.4 de la Decisión. Proceso en España recayendo sentencia en Oct. 2003 por hechos acaecidos en 1980, anteriores por tanto a los que motivan la condena en Francia, de mayo de 1997. La ponderación de la condena en Francia conllevaría reducir el tiempo máximo de cumplimiento de 30 a 20 años por las condenas impuestas en España, luego no es exigible la aplicación del principio de equivalencia, ni el contenido de los artículos 76 y 988 LECrim] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Inscripción de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución.

ATS (Sala 1ª) de 2 de febrero de 2015, rec. nº 245/2012.

“(…) Impugnación de resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que acordó la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de unos menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por

sustitución a favor de los padres intencionales, determinada por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado. Reconocimiento de decisión extranjera. Es necesario que no sea contraria al orden público internacional español, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan. Infracción de normas destinadas a evitar que se vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ‘ciudadanía censitaria’ en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población. Inexistencia de trato discriminatorio. La razón de la denegación de la inscripción de la filiación no es que la misma estuviera determinada a favor de un matrimonio de dos varones, sino que estaba determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Interés superior del menor. Concepto jurídico indeterminado que en casos como este tiene la consideración de ‘concepto esencialmente controvertido’ al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social. La aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor no permite al juez alcanzar cualquier resultado. La concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos de vista del juez; sirve para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. La protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores” [A.O.G.].

Jurisprudencia: Nulidad parcial del reglamento que regula los Centros de Internamiento de Extranjeros.

STS (Sala 3ª) de 10 de febrero de 2015, rec. nº 373/2014.

[Nulidad parcial del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros (RD 162/2014, de 14 de marzo) e

inaplicabilidad del inciso “y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar” del art. 62 bis 1.i) de la LO 4/2000. Incorrecta trasposición de la Directiva de Retorno 2008/115/CE. El Estado queda obligado a habilitar instalaciones que permitan el alojamiento separado a las familias internadas, con y sin hijos menores, en espera de expulsión del territorio nacional, tal como impone la Directiva de Retorno. La Ley prohíbe taxativamente un nuevo internamiento por las mismas causas en un mismo expediente de expulsión, de manera separada al establecimiento del plazo máximo de internamiento de seis meses. Se trata de asegurar que la concurrencia de unas concretas causas sólo da lugar a un internamiento, con independencia del tiempo por el que se acuerde. Derecho a la intimidad. Necesidad de que los registros personales realizados en estos centros sólo podrán producirse en situaciones excepcionales y cuando resulte necesario para garantizar la seguridad del centro respecto de los internos sobre los que existan motivos fundados para creer que esconde objetos o sustancias prohibidas. Votos particulares] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Fecha de la residencia legal a efectos de concesión de la nacionalidad española.

STS (Sala 3ª) de 10 de febrero de 2015, rec. nº 3025/2012.

[En el proceso se discute cuál ha de ser la fecha en que el solicitante de la nacionalidad ha de cumplir con el requisito de residente legal que impone el art. 22 del CC, si la de la solicitud o la del inicio del expediente gubernativo, dándose en el presente caso la circunstancia de que el solicitante compareció ante del Registro Único de Madrid teniendo en vigor su permiso de residencia no incoándose en ese momento el expediente sino cinco meses después, cuando le fue denegada la residencia permanente, habiéndose producido una dilación de la Administración que obedeció a su propia organización que perjudicó al solicitante de la nacionalidad. Al respecto señala la Sala que la exigencia de residencia legal ha de apreciarse en el momento anterior a la solicitud, con independencia de las vicisitudes que el procedimiento para la concesión pueda propiciar en relación con dicha exigencia.

Se confirma la sentencia que anuló la resolución denegatoria de la solicitud de nacional española y declaró el derecho del solicitante a su concesión. La resolución se fundó en el incumplimiento del requisito de residencia legal, ya que en la fecha de rarficación de la solicitud no se cumplía el requisito de residencia legal en España al haber sido denegado el permiso de residencia permanente al tener el solicitante antecedentes penales] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Juez competente para conocer de un conflicto colectivo con proyección internacional.

STS (Sala 4ª) de 20 de abril de 2015, rec. nº 100/2014.

[Impugnación de modificación empresarial de condiciones de trabajo por el sindicato de trabajadores de la Sociedad de Gestión Pública de Extremadura, entidad pública como domicilio social en Mérida, con más de 900 trabajadores con distintas jornadas y horarios de trabajo haciéndolo seis de ellos fuera del territorio nacional. Determinación de la competencia funcional del TSJ o de la Audiencia Nacional. La competencia para conocer sobre el conflicto colectivo planteado corresponde a la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura, incluso cuando extienda sus efectos a los 6 trabajadores que prestan servicios fuera España. El juez natural de un conflicto con proyección internacional es el mismo que lo sería si los efectos se desplegasen solo dentro de las fronteras del Estado. No es equiparable la situación de la empresa que posee centros de trabajo en varias Comunidades Autónomas con la de aquella que solo está establecida en una Comunidad y tiene delegaciones internacionales. Anulación de la sentencia impugnada y retroacción de actuaciones hasta el momento de dictarse sentencia por el TSJ de Extremadura] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros-

STS (Sala 2ª) de 13 de mayo de 2015, rec. nº 10815/2014.

[Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En concurso real con agresión sexual. Chófer de la embajada de Guinea que tramita visado de turista a una compatriota que conoció vía Facebook para su estancia en España, ocultando su intención de tenerla a su disposición para mantener relaciones sexuales. Carta de invitación haciendo constar falazmente una relación de parentesco que justificaba la invitación como sobrina. Atentado contra su libertad sexual obligándola a mantener una relación sexual a su llegada, bajo la amenaza de ser devuelta a su país si no accedía, y con la privación de su pasaporte. Revocación de condena en la instancia por delito de trata de seres humanos. Criterios delimitadores para resolver el juicio de tipicidad entre el art. 318 bis y 177 bis CP. El primero se reserva para proteger el control por el Estado de sus propias fronteras, mientras que en la trata de personas se atiende más a la finalidad de explotación, protegiéndose los atentados más severos a la dignidad de las personas. En el caso, el relato fáctico no describe claramente una práctica de explotación severa atendido el carácter abusivo o reiterado del aprovechamiento sobre la víctima susceptible de integrar el delito de trata] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Denegación del derecho de asilo por extensión familiar cuando el solicitante principal ya tiene una propuesta desfavorable.

SAN (Sala de lo Contencioso, Sección 8) de 22 de diciembre de 2014, rec. nº 209/2013.

[La Sala desestima el recurso interpuesto contra la resolución denegatoria del derecho de asilo y protección internacional solicitada por el actor, nacional de Costa de Marfil, en representación de su hija menor de edad. Declara que, habiéndose solicitado el asilo por extensión familiar, no procede en este caso su concesión dado que al solicitante principal le fue denegada la protección internacional, no siendo, en consecuencia, de aplicación el art. 40 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (F.D. 4º)] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Extranjero sin autorización de residencia y resolución del contrato de trabajo.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 14 de enero de 2015, rec. 6783/2014.

[La autorización administrativa para poder trabajar, exigida a un extranjero no comunitario en España, es un requisito esencial del contrato de trabajo, y la pérdida de la misma permite la extinción del contrato de trabajo. De ahí que la empresa tenga la facultad resolutoria del contrato de trabajo al conocer que la trabajadora no disponía de autorización administrativa de residencia (F.D. 3º)] [A.O.G.].

Jurisprudencia: responsabilidad patrimonial de la Administración por irregularidades en un proceso de adopción internacional.

STSJ de Castilla-La Mancha (Sede de Albacete), Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1, de 9 de febrero de 2015, rec. 82/2012.

[Responsabilidad patrimonial de la Administración Autonómica de Castilla-La Mancha por los daños antijurídicos irrogados a los recurrentes en la tramitación de la adopción internacional de un menor con síndrome de Down. La Administración no niega que se hubieran producido irregularidades en el proceso de adopción de los actores que manifestaron inequívocamente en su momento la voluntad de recibir en adopción un menor sin condiciones especiales. Discutiéndose el montante de la indemnización, la Sala, en aplicación de otros casos de síndrome de Down, declara que la cantidad pertinente se ha de establecer en la cantidad de 586.000 euros, y ello en concepto de daños morales a los padres adoptivos y para el menor, entendiéndose que se indemniza el sobrecoste que genera su crianza y educación conforme a su posibilidades] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Inmigración clandestina de extranjeros para obtener asilo en Europa.

SAP de Las Palmas (Sección 6ª) de 30 de enero de 2015, rec. 91/2013.

[Para que el tráfico sea delictivo debe existir un plus de antijuridicidad, que cree un peligro abstracto relevante y grave para los derechos de los ciudadanos extranjeros y de su dignidad como seres humanos. No se aprecia este plus en la conducta de la acusada, pues al contrario, parece que aquélla facilitó a cambio de dinero la salida de los extranjeros de un país en conflicto, Siria, para obtener el asilo político en Europa, algo que dista mucho de lesionar sus derechos fundamentales (F.D. 1º)] [A.O.G.].