

PRAXIS JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES



Revista Semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 6
Agosto 2017

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
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

SUBDIRECTOR

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

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA
Y DE LA UNIVERSIDAD JAUME I. ABOGADO

CONSEJO DE REDACCIÓN

DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
INVESTIGADOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

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

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

DR. JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL
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, Becaria de investigación del Departamento de Derecho Administrativo en la Universidad de Valencia.

M.B.P.: Miguel Ballester Paricio, Traineeship in IDIBE.

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

R.B.P.: Dr. Rafael Bellido Penadés, Catedrático acreditado de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia.

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

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

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

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

A.O.G.: Dr. Alfonso Ortega Gímenez, Profesor Contrato Doctor del Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

G.O.S.: Gonzalo Ortega Sanmiguel, Abogado.

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

E.T.V.: Dr. Eduardo Taléns Visconti, Profesor Ayudante Doctor 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	6
2. Derecho de Familia.....	33
3. Obligaciones y Contratos.....	57
4. Responsabilidad Civil.....	107
5. Derecho de Sucesiones.....	134
II. Derecho Mercantil.....	136
1. Contratación Mercantil.....	136
2. Derecho de Seguros.....	138
3. Derecho de Sociedades.....	147
III. Derecho del Trabajo.....	156
IV. Derecho Penal.....	175
1. Parte General.....	175
2. Parte Especial.....	179
3. Derecho Penitenciario.....	147
V. Derecho Administrativo.....	183
VI. Derecho Tributario.....	191
VII. Derecho Procesal.....	202
VIII. Derecho Internacional Privado.....	218

I. DERECHO CIVIL

1. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

A) Derecho al honor.

Jurisprudencia: derecho al honor: inexistencia de intromisión ilegítima: comentarios en off realizados en la retransmisión televisiva de un reportaje elaborado con cámara oculta sobre un jefe de Policía Local respecto del cual se usaban expresiones, como “sberiff”, “cacique”, “trapichear” o “deshonestidad”. Confirmación de la cuantía de la indemnización: no es necesaria una valoración específica de los daños, bastando una apreciación conjunta de los mismos.

STS (Sala 1ª) de 31 de marzo de 2016, rec. nº 1419/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7636126&links=%221419%2F2015%22&optimize=20160407&publicinterface=true>

“El recurso de casación se formula contra la sentencia que niega, de un lado, a Don Amador, Cabo-Jefe de la Policía Local de Valdemorillo, protección a su derecho fundamental al honor frente a Mediaset España Comunicación, S.A y reconoce, de otro, que hubo intromisión en los derechos a la intimidad e imagen indemnizándole en una cantidad que considera insuficiente de diez mil euros. Los hechos tienen su origen en la emisión por la Cadena de Televisión Cuatro de dos capítulos del programa denominado ‘Diario de’, mediante la técnica de cámara oculta en el que se vertieron expresiones tales como ‘cacique, sheriff, trapichear, deshonestidad’ y se le vinculó con el denominado tráfico de animales exóticos, tarjeta de gasolina, venta de ropa falsificada y venta de los puntos del carnet de conducir.

La sentencia se argumenta por remisión a la del Juzgado, no obstante lo cual rebajó la indemnización de veinte mil a diez mil euros (...).

(...) lo que dijo el Juzgado es que las expresiones ‘sheriff, cacique, trapichear y deshonestidad’ no son afrentosas en sí mismas consideradas por cuanto las mismas son fruto del duro lenguaje periodístico del que se ha valido el programa televisivo y cuya calificación con tales adjetivos, no son sino consecuencia directa de la propia presentación que hizo el demandante de sí mismo al reportero como ‘el jefe’ y ‘el que manda’, con independencia de quien sea el Alcalde en el Municipio de Valdemorillo, siendo así que se vanagloria de ello; comentarios que fueron vertidos en ‘off.’” (F. D. 1º)

“El recurso tiene dos motivos. El primero se formula por infracción del artículo 18.1 CE, en relación con los artículos 7.2, 7.3 y 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, puesto que no se han respetado los límites doctrinales y jurisprudenciales del

derecho al honor y existe un error en la ponderación entre los derechos al honor y a la libertad de expresión (...). El segundo por aplicación indebida de los artículos 9.2 y 9.3 de la Ley 1/1982, ya que no se han respetado los criterios de la norma para la fijación de la indemnización.

Los dos se desestiman.

1.- (...) La resolución judicial impugnada ha realizado el juicio de ponderación que se impone cuando se cuestiona si la libertad de expresión y de información compromete el derecho al honor protegido por el art. 18.1 CE, y lo ha hecho de forma correcta. En primer lugar, la base fáctica establecida en la sentencia se centra en las expresiones vertidas acerca de actor en el programa de investigación emitido por la cadena de televisión propiedad de la demandada, que fue grabado mediante la técnica de cámara oculta, en el ámbito de los denominados programas de investigación, y que se concreta en las siguientes: ‘cacique, trapicheo, sheriff, deshonestidad’; expresiones que son consecuencia de lo manifestado por el mismo, en la conversación mantenida con él, en la que se califica de ‘el jefe’ y ‘el que manda’ con independencia de quien sea el Alcalde.

(...) En segundo lugar, lo narrado en el reportaje, en aquellos otros aspectos en que pudieran ser atentatorios al derecho al honor del demandante, no son rumores carentes de toda constatación, o meras invenciones o insinuaciones sin una comprobación previa de su realidad, sino fruto de una información contrastada y diligente, como es el caso del supuesto tráfico de animales exóticos, que el actor vende o vendía, aunque niegue el calificativo de exóticos (canarios); de la tarjeta para el repostaje de determinados coches, aunque que se tratara de hechos ocurridos hace tres años y que fueron objeto de sanción administrativa; de la ropa falsificada, en el que el sr. Amador se había identificado como Jefe de la Policía ofreciéndose a facilitar dicha ropa y la persona que lo vende. Y de la venta de puntos de carnet de conducir, que no niega (‘de causa antigua’ y sin ‘ninguna relación con su actividad profesional’).

2.- (...) los extremos que contempla el artículo 9 de la Ley 1/1982 y que la fijación de la cantidad es arbitraria, pero lo que en realidad pretende es que esa cuantificación se acomode a sus legítimos intereses que no son coincidentes con los de la sentencia que ha tenido en cuenta la divulgación del programa en televisión de ámbito nacional, la repercusión en los diferentes medios telemáticos propios de las tecnologías y redes sociales existentes y la audiencia efectiva y los beneficios de la publicidad, para que se valoren otros extremos como la propagación de la vida privada a través de la televisión, la obtención de la información mediante cámara oculta, la pérdida profesional y de expectativas futuras ni la baja médica por causas psicológicas; lo que no es posible. La sentencia, ha partido en todo momento de la procedencia de la indemnización, por vulneración del derecho a la intimidad y a la imagen, para fijar su cuantía en los términos exigidos por el artículo 9.3 de la LO 1/1982, que no impone una valoración específica y autoriza una apreciación conjunta, como efectivamente realizó, sin que las alegaciones de la recurrente justifiquen la estimación del recurso (STS 1 de octubre 2015). En particular, descarta la enfermedad psíquica o

las alteraciones profesionales sufridas por el actor como consecuencia de los hechos descritos.” (F.D. 2º) [M.B.P.]

Jurisprudencia: Derecho al honor. Intromisión ilegítima por manifestaciones públicas de un político que imputa parcialidad a la magistrada que instruye diligencias en las que aparece implicada. Libertad de expresión y derecho al honor. Indemnización de daños y perjuicios: respeto a la acordada por la sentencia recurrida. Reparación del daño moral.

STS (Sala 1ª) de 15 de febrero de 2017, rec. nº 808/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7944727/Responsabilidad%20extracontractual/20170227>

“El primer motivo de casación se funda en la infracción del artículo 20.1 CE, por considerar que en el supuesto enjuiciado, atendidas las circunstancias concurrentes, debería de haber prevalecido la libertad de expresión del recurrente frente a la afectación del derecho al honor de la demandante. El motivo se desestima ya que, como ha señalado el Tribunal Constitucional (Sala primera) en reciente sentencia núm. 65/2015 de 13 abril ‘Las resoluciones judiciales son, reiteramos, plenamente susceptibles de crítica por la ciudadanía, pues en nuestra democracia pluralista la jurisdicción se ejerce no sólo en el seno del debate procesal, sino también, dictada la resolución que proceda, ante el foro de la opinión pública libre. Pero lo que la Constitución no protege es la censura a esas resoluciones o a sus autores que parta exclusivamente, como aquí fue el caso, ya de la reprobación *ad personam*, sin razón atendible, de quienes las dictaron, ya de premisas argumentales (la aducida incorrección de la pericia, sobre todo) que no consienten, en manera alguna, concluir en reproche tan severo como el de parcialidad. Son dicitos, no criterios, los que así se difunden entonces, con daño tanto para el honor profesional del juez al que se dirigen como para la confianza en la justicia, esto es, en una imparcialidad judicial que se presume siempre y que no puede ponerse en público entredicho sin datos o argumentos aptos para justificar acusaciones tan graves, cuya entidad, obvio es, no viene a menos por la circunstancia de que censuras infundadas de tal alcance no sean, como es de lamentar, enteramente insólitas, pues la mayor o menor frecuencia con que se llegue a abusar de determinado derecho no legitima la conducta de quien incurra en ese ejercicio excesivo de la libertad constitucional’. Tal doctrina resulta de aplicación al caso en tanto que el demandado disponía de vías adecuadas para poner de manifiesto cualquier reserva sobre la imparcialidad de la demandante e incluso la denuncia de su actuación ante los órganos competentes si consideraba que la misma no se ajustaba adecuadamente al cumplimiento de las obligaciones de su cargo, pero lo que no resulta admisible es que -con aprovechamiento de su condición política- haga declaraciones ante los medios de comunicación atentatorias al prestigio profesional de la demandante imputándole que actuaba por animadversión hacia él en el ejercicio de sus funciones judiciales, sin limitarse a acudir a las vías legales oportunas, cuando -como resulta evidente- no se trata en el caso de una confrontación política en la que ambas partes se situan en

condiciones de igualdad ante la opinión pública, dados los condicionamientos estatutarios que lógicamente afectan a los miembros del poder judicial y que no permiten entablar una contienda de manifestaciones enfrentadas como resulta socialmente admisible, e incluso frecuente, en el ámbito de la controversia política. También se rechaza el segundo de los motivos referido a la vulneración del artículo 9.3 de la LO 1/1982, de 5 mayo, por considerar excesiva la cuantificación del daño moral de la demandante que ha efectuado la sentencia impugnada. Esta sala tiene declarado al respecto que ‘ la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños morales en este tipo de procedimientos es competencia del tribunal de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación salvo que "no se hubiera atendido a los criterios que establece el art. 9.3 LO 1/82" (sentencias 471/2016 de 12 julio; 457/2015, de 23 de julio; 166/2015, de 17 de marzo; 666/2014, de 27 de noviembre; y 435/2014, de 17 de julio, entre otras muchas)’. La norma que se cita como infringida dispone que la existencia del perjuicio se presume siempre que se acredite la intromisión ilegítima y que la indemnización se extenderá el daño moral, que se valorará atendiendo las circunstancias del caso y a la gravedad de la versión efectivamente producida, teniendo en cuenta la difusión de dicha intromisión” (F.D. 2º) [E.A.P.].

Jurisprudencia: derechos al honor y a la propia imagen: intromisión ilegítima en ambos derechos: existencia: titulares sensacionalista de un periódico (desconectados del cuerpo de la noticia) que señalaban a un detenido como autor de los delitos de maltrato, agresión sexual y asesinato de una niña de tres años, hija de su novia: publicación de una foto del mismo en portada, visualizándose su rostro en primer plano y ocupando una tercera parte de la misma: el hecho de que en el cuerpo de la noticia se hiciera referencia a que las conclusiones del informe médico inicial (indicativas de que la niña podría haber sufrido una agresión sexual) hubieran sido sucesivamente descartadas por el posterior reconocimiento médico forense no excluye la ilegitimidad de la intromisión.

STS (Sala 1ª) de 27 de enero de 2017, rec. nº 1860/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7936667&links=%221860%2F2015%22&optimize=20170217&publicinterface=true>

“El presente recurso de casación lo interponen los demandados (la sociedad editora del diario ABC que publicó la información cuestionada, los directores de las ediciones impresas de Madrid y Sevilla del referido periódico y el periodista que firmó el artículo) contra la sentencia de apelación que confirmó su condena por vulnerar el honor y la propia imagen del demandante, descartando la intromisión ilegítima en su intimidad. La noticia objeto de enjuiciamiento fue publicada el sábado 28 de noviembre de 2009 en la edición sevillana del citado medio de comunicación y la sentencia recurrida ha concluido, en línea con la de primera instancia, que tanto el encabezamiento de la noticia desarrollada en páginas interiores como su avance en portada (con una fotografía en primer plano

del rostro del demandante) constituyen un exceso no amparado por la libertad de información debido al empleo de elocuentes titulares y de palabras introductorias de la noticia que inequívocamente acusaban al demandante de maltratador y abiertamente le tildaban de ‘asesino’ (‘La mirada del asesino de una niña de tres años’) de la hija de su pareja sentimental, pese a que de la lectura del artículo resultaba ‘la interinidad de la imputación penal’ (puesto que en esa fecha solo se tenía constancia de la detención del demandante como presunto responsable de la muerte de la menor) (...).” (F. D. 1º)

“El motivo primero del recurso, fundado en infracción de los arts. 18 y 20 de la Constitución en relación con el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante LO 1/1982), impugna el juicio de ponderación del tribunal sentenciador por no haberse tenido en cuenta un ‘[s]uceso informativo continuado y obligación de valoración conjunta de la noticia conforme a los parámetros establecidos por la jurisprudencia’(...).” (F.D. 3º)

“De los términos en que se formula este primer motivo del recurso, la oposición al mismo y la impugnación del Ministerio Fiscal, está claro que el problema se centra en la veracidad de la información, especialmente respecto de los titulares de la portada y la página 56 por su desconexión del cuerpo de la información, esencialmente veraz, pues según la sentencia recurrida ha sido el tratamiento dado a la noticia en dichos titulares lo que excede del ámbito constitucionalmente reconocido a la libertad de información. Esta conclusión de la sentencia recurrida no resulta desvirtuada por los argumentos de la parte recurrente y ha de ser mantenida en casación por las siguientes razones:

(...) 4.^a) (...) en vista de los hechos probados (...) es razonable entender, como hace la sentencia recurrida, que el núcleo de la información del día 28 de noviembre de 2009 sobre la atención a la niña en un centro de salud, su posterior ingreso hospitalario y su muerte, así como sobre la detención y puesta a disposición judicial del hombre que la cuidaba, se ajustaba a las exigencias de veracidad en cuanto diligencia exigible al informador porque se fundó en fuentes objetivas y fiables, perfectamente identificadas, como el comunicado oficial de la Guardia Civil (...).

Sin embargo, tal y como se razona acertadamente en la sentencia recurrida, sí cabe hacer responsables a los demandados del tratamiento que dieron a dicha noticia en los titulares (...).

5.a) En definitiva, el sensacionalismo de la portada y del titular de páginas interiores fue determinante de la ilegitimidad de la intromisión porque se privó de veracidad a la noticia en su presentación, ya que la lectura de los datos narrados en el cuerpo de la información, fundados en las fuentes consultadas, permitían atisbar la existencia de dudas razonables tanto acerca de la realidad misma de los hechos investigados como en cuanto a la implicación o participación del demandante en tales hechos. Al respecto, basta decir que cuando se publicó la información litigiosa el informador no solo sabía que la presunta agresión sexual a

la que apuntaban las conclusiones del informe médico inicial había sido descartada tras el reconocimiento médico forense ulterior (tal y como aclaró en el cuerpo de la noticia), sino que ya conocía la existencia de versiones notoriamente contradictorias en cuanto al propio origen violento y criminal de las lesiones de la niña, lo que exigía por su parte una especial cautela antes de publicar en portada unas conclusiones tan rotundas.

6.a) La intromisión ilegítima en los derechos fundamentales del demandante a resultas de la titulación de la noticia del día 28 de noviembre de 2009 no encuentra paliativo en la actuación ulterior del medio haciéndose eco del error médico y del origen alérgico de las lesiones que presentaba la víctima, pues si bien es cierto que el medio fue aportando puntualmente datos que desvirtuaban sus conclusiones anteriores y que eliminaban cualquier sospecha sobre la implicación del demandante en los hechos investigados, cuando lo hizo ya se había producido el daño moral, como demuestra el que el propio periódico difundiera que el demandante hubo de ser ingresado tras el padecimiento psicológico sufrido, que el funeral de la niña se convirtió en un acto de desagravio hacia su persona y que su situación fue tal que hubo de abandonar Tenerife por consejo familiar para eludir la presión mediática.

En suma, el conjunto de la información sobre el suceso a lo largo de varios días no excluye la ilegitimidad de la intromisión constituida por la información inicial, por más que, como con acierto hace la sentencia recurrida, sí pueda valorarse para cuantificar la indemnización.” (F.D. 4º)

“El motivo segundo, fundado en infracción del art. 9 de la LO 1/9182, impugna la indemnización acordada en la sentencia recurrida, alegándose que su fijación no ha tenido en cuenta la información continuada del suceso realizada por el diario ABC y la correcta redacción del cuerpo de la noticia publicada el 28 de noviembre de 2009 (...).” (F.D. 5º)

“(…) La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho cuarto, considera ‘equitativa, medida y razonable’ la cuantía fijada en primera instancia, al entender que se habían respetado los parámetros legales tomando en cuenta, en particular, la gravedad de la lesión en atención a la difusión alcanzada por la noticia (en este sentido se razonó que el calificativo de ‘asesino’ y la imagen de su rostro, permitiendo su identificación, se ofrecieron en portada de un diario de difusión nacional, ocupando la imagen una tercera parte de dicha portada, y que esto lo hacía accesible a cualquier persona que pasara cerca de un quiosco y no solo a los lectores del diario), y también, en sentido favorable a la parte entonces apelante, fundamentalmente la falta de acreditación de un especial beneficio económico para el medio a resultas de dicha publicación.

(…) Al margen de que resulte improcedente aludir en un recurso de casación a la supuesta incongruencia de la sentencia de segunda instancia, ya se ha razonado por qué estaba plenamente justificado valorar el carácter ofensivo de los titulares en sí mismos considerados, y tampoco es verdad que, a la hora de valorar el daño y sus circunstancias, la sentencia recurrida prescindiera de la información ofrecida

por ABC en los días inmediatamente posteriores, pues si confirmó la cantidad fijada en primera instancia (60.000 euros frente a los 600.000 euros pedidos en la demanda) fue precisamente tras concluir, en línea con la sentencia apelada, que aunque esa información posterior no eliminaba por completo la ilegitimidad de la intromisión en ambos derechos fundamentales, honor y propia imagen, dada la entidad de la misma, sí que debían tomarse en cuenta tanto esa labor posterior como la ausencia de prueba del beneficio obtenido.” (F. D. 6º) [M.B.P.]

B) Derecho a la intimidad.

Jurisprudencia: derecho a la intimidad: intromisión ilegítima: existencia: revelación de contenidos de correos electrónicos escritos por un personaje público acusado en un proceso penal, especulando sobre la posible infidelidad conyugal del mismo: extralimitación morbosa para alimentar la curiosidad del público sobre aspectos de la vida privada ajena.

STS (Pleno Sala 1ª) de 14 de julio de 2016, rec. nº 1805/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7741456&links=%221805%2F2015%22&optimize=20160721&publicinterface=true>

“(…) D. Alfonso demandó a D. Balbino y a los titulares de los siguientes medios de difusión (junto a otros que ya no son parte en esta fase procesal): Unidad Editorial Información General SLU (editora del diario El Mundo); Semana SL (editora de la revista Semana); Cuarzo Producciones SL (productora del *Programa de Ana Rosa*); El Semana Digital, SL (editora del diario digital del mismo nombre); Titania Compañía Editorial, SL (editora del diario digital Vanitatis); y Mediaset España Comunicación, SA (emisora del Programa de Ana Rosa), con motivo de las mencionadas filtraciones de su correspondencia privada, en formato electrónico y de contenido íntimo, enviada desde su ordenador. En la demanda, argumentó que los correos electrónicos fueron facilitados a los medios de comunicación, por su ex socio Balbino, quién los pretendió aportar a la causa penal, y que dicho medios, a su vez, los divulgaron haciendo referencia directa al contenido de los mismos, ofreciéndose datos concretos relativos a su vida privada, al tiempo que se hacían comentarios sobre su supuesta infidelidad matrimonial.

El demandante consideraba que la conducta desplegada, tanto por su antiguo socio, como por el resto de demandados, atentaba contra su intimidad y solicitó que se declarase la existencia de intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la intimidad personal y que se condenase a cada uno de los demandados a abonar una indemnización por los daños y perjuicios causados por dicha vulneración que fijaba en un euro, importe simbólico para resarcir el daño moral y personal causado, y al pago de las costas procesales.

El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda y consideró que no se había producido intromisión ilegítima en los derechos del demandante (...).

Contra la sentencia de primera instancia interpuso recurso de apelación la parte demandante, que fue estimado por la Audiencia Provincial, que revocó dicha sentencia y estimó la demanda (...). (F.D. 1º)

“Recurso de casación de Titania Compañía Editorial, S.L. (editora de Vanitatis). Planteamiento:

1.- Se formula un único motivo de casación, al amparo del art. 477.2.1o LEC, por infracción del art. 7.3 de la Ley Orgánica 7/1982, en relación con el art. 2.1 de la misma Ley, así como por conculcación del art. 20 CE.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce sintéticamente que no existió injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones respecto de la filtración de los correos electrónicos donde constaría la supuesta infidelidad, ni cabe negar el interés público de todo lo relacionado con el demandante, dada su vinculación con la Casa Real y su implicación, junto con su esposa, en un proceso judicial. Argumenta, asimismo, que no se han tenido en cuenta el contexto y los actos propios del demandante, así como las diferencias de tratamiento por parte de los distintos medios de comunicación demandados, ya que Vanitatis fue el último que se hizo eco de lo ya publicado por numerosos medios con anterioridad, sin revelar ningún dato que no estuviera ya tratado, por lo que se limitó a opinar sobre lo ya divulgado y conocido.

Decisión de la Sala:

1.- Que no hubiera injerencia en el secreto de las comunicaciones por parte de la revista electrónica de la recurrente o que su acceso a la información divulgada no fuera ilícito, no afecta al núcleo de la cuestión litigiosa, que es si el tratamiento de tales informaciones vulneró el derecho constitucional a la intimidad del demandante.

Respecto del interés público, ya hemos dicho que, según doctrina constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y esta propia Sala, los datos que afectan a la primera esfera de la intimidad de las personas, entre ellos los relativos a sus relaciones sentimentales y sexuales, carecen de interés público, lo que no queda alterado o modificado por el hecho de que la persona afectada sea un personaje público o desempeñe un papel relevante en la sociedad. Que el Sr. Alfonso esté casado con una hija y hermana de reyes, que su boda se retransmitiera por televisión o que su matrimonio haya sido objeto constante de atención por los medios de comunicación, no anula -aunque de algún modo lo rebaje- el nivel de protección constitucional de su intimidad. Una cosa es que sus actividades públicas estén expuestas a la curiosidad o incluso al escrutinio de los medios de comunicación y de la ciudadanía, y otra que su conducta privada, en el ámbito matrimonial, sentimental o sexual, pueda ser divulgada y expuesta como mercancía.

2.- En cuanto a la información relativa a procesos judiciales, la jurisprudencia constitucional (SSTC 178/1993, 320/1994, 154/1999, entre otras muchas), ha

justificado la conveniencia y necesidad de que la sociedad sea informada sobre sucesos de relevancia penal, con independencia de la condición del sujeto privado o persona afectada por la noticia. Pero en este caso, la información no se limitó a la incidencia meramente procesal de que uno de los imputados en el procedimiento intentó aportar al mismo unos correos electrónicos con datos privados y personales de otro de los encartados, sino que abundó en el contenido de tales mensajes, incluyendo unos juicios de intenciones sobre la reacción de la esposa ante las supuestas infidelidades, y haciendo mención a una hipotética relación sentimental del demandante con una modelo rusa (lo que ni siquiera tenía relación con los correos en cuestión). Es decir, incurrió en la extralimitación morbosa antes indicada, con la única finalidad de satisfacer la curiosidad de personas interesadas en las vidas ajenas sin justificación constitucional o legal para ello. Aquí, como dice el TEDH, la prensa no cubre ningún papel de guardián de la libertad de expresión, ni de control de las personas con cometidos o responsabilidades públicas, puesto que el tratamiento informativo ofrecido no se refiere a tales aspectos institucionales o públicos, sino a facetas inviolables de la intimidad de las personas.

3.- Por último, que el tratamiento dado a la noticia por Vanitatis fuera posterior al de otros medios de comunicación no convalida la antijuridicidad de su actuación, ya que no se limitó a hacerse eco de lo ya informado u opinado por otros medios, sino que le dio un tratamiento propio, resaltando precisamente los aspectos más controvertidos, como la actitud de la esposa, o introduciendo otras cuestiones, como la de la modelo rusa.

4.- Como resultado de lo cual, no cabe considerar que el juicio de ponderación o subsunción realizado por la sentencia recurrida, en relación con este concreto medio de comunicación, fuera inadecuado. Por lo que este recurso de casación debe ser desestimado.” (F.D. 4º) [M.B.P.].

Jurisprudencia: derecho a la intimidad: inexistencia de intromisión ilegítima: identificación de maestra que había presentado una querrela (que no prosperó) contra 14 alumnos acusándoles de la comisión de hasta 8 delitos diversos: es legítimo que en la información del suceso se haga referencia al estado de depresión y ansiedad en que, según ella, había caído como consecuencia de las lesiones que habría sufrido.

STS (Sala 1ª) de 4 de octubre de 2016, rec. nº 108/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7834365&links=%22108%2F2015%22&optimize=20161010&publicinterface=true>

“La demandante-apelante, maestra de profesión, recurre en casación y por infracción procesal la sentencia de apelación que confirmó la desestimación de su demanda tras descartar que constituyera una intromisión ilegítima en su honor e intimidad la información publicada en prensa sobre la querrela que en su día

formuló contra varios de sus alumnos.

(...)En síntesis alegaba lo siguiente: (...) (ii) que en dicha información se identificaba con su nombre y apellidos a la demandante, lo cual afectaba a su honor e intimidad pese a su condición de víctima; (iii) que en dicho artículo también se difundieron sin su consentimiento datos concernientes a su salud (por los que estuvo de baja laboral) (...).

(...) 3. La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda (...).

(...) 4. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la demandante, al que se opusieron los demandados. La sentencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada (...).

(...) [se] les acusa de un delito de lesiones al estar un mes de baja por un estado de depresión y ansiedad ‘desencadenado a consecuencia de todos los actos de hostigamiento sufridos, necesitando tratamiento médico para restablecerse’.” (F.D. 2º)

“(...) Tampoco se lesionó la intimidad de la recurrente con la mención que la noticia hizo al hecho de que la profesora estuviera ‘un mes de baja por un estado de depresión y ansiedad (...). En este caso, el interés público ya se ha dicho que era notorio y desde la perspectiva de la propia conducta de la recurrente basta con leer la querella para comprobar (folio 28 de la querella y 135 de las actuaciones de instancia) que para justificar la imputación a los querellados de un delito de lesiones fue la propia querellante la que aludió a su estado de salud y en los mismos términos en que lo plasmó la noticia, donde tales datos íntimos vieron la luz solo por su conexión directa con el núcleo de la información (entra dentro de lo razonable que la referencia a los delitos que se imputaban a los alumnos, objeto de querella, siendo el de lesiones uno de ellos, determinara la mención de la afectación física o psíquica, del daño corporal en que la querellante fundamentaba su comisión).

(...) no existe una ‘extralimitación morbosa’, una búsqueda y revelación de aspectos íntimos que no guardan relación con el hecho informativo, sino que en este caso el artículo litigioso se limitó a reflejar ‘los hechos y delitos objeto de la querella’ (...).” (F. D. 6º) [M.B.P.]

Jurisprudencia: derecho a la intimidad: intromisión ilegítima: existencia: uso de primer plano de imagen de víctima de violencia de género captada durante la vista oral del juicio: mención de su nombre de pila y el de la localidad de residencia: circunstancias que permitían su identificación.

STS (Sala 1ª) de 10 de noviembre de 2016, rec. nº 3318/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7866462&links=%223318%2F2014%22&optimize=20161116&publicinterface=true>

“El presente litigio versa sobre el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de información de la cadena televisiva autonómica demandada (Radio Televisión de la Región de Murcia 7RM) y los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen de la demandante- recurrente (D.a Tamara), quien, víctima de un episodio de violencia de género, sostuvo en un principio la existencia de intromisión ilegítima en tales derechos y además en el derecho al honor, esta última no mantenida ya en casación, a resultas de la difusión televisiva de su imagen y de algunos datos personales (nombre y lugar de residencia) con ocasión de la noticia que se ofreció en dicho medio sobre la celebración del juicio oral penal contra su expareja.

(...) La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: a) la noticia y la imagen de la demandante se obtuvieron en la vista del juicio oral y público (...): c) la demandante intervino en el proceso penal como acusación particular, asistida de abogado y procurador, sin que en ningún momento interesara la aplicación de la Ley 19/1994, que habría permitido la adopción de medidas restrictivas de la publicidad inmediata para los propios asistentes a la vista (incluidos todos los medios de comunicación), y tampoco solicitó la celebración de la vista a puerta cerrada ni la adopción de ninguna medida intermedia entre la audiencia pública y la celebración a puerta cerrada para excluir la entrada de determinados medios técnicos de captación o difusión de información, como cámaras fotográficas, de video o televisión (por ejemplo, el tratamiento a posteriori de las imágenes de forma que no pudiera reconocerse su rostro); d) al tratarse de información concerniente a procesos judiciales, era aplicable la jurisprudencia que considera que concurre el interés general implícito en cualquier información que afecte a hechos o sucesos de relevancia penal, más si cabe por cuanto los delitos que se juzgaban (maltrato físico y psicológico) tenían una importancia capital para la comunidad (...).

(...) La sentencia de segunda instancia, estimando en parte el recurso de apelación de la demandante y parcialmente la demanda, condenó a la demandada a eliminar de la información que constaba en su página web los contenidos consistentes en la imagen y datos personales de la demandante (...). (F.D. 1º)

“(...) la noticia difundida en los informativos de la televisión 7RM, propiedad de la entidad demandada, el día 16 de julio de 2009, a las 14.30 y a las 20.30 horas, fue del tenor literal siguiente:

-Informativo de las 14.30 h (...).

‘En Febrero de este año una vecina de Sangonera sufrió malos tratos a cargo de su pareja, un italiano al que conoció por Internet y que se vino a vivir con ella. El juicio ha sido esta mañana (16/07/2009). La Fiscalía pide casi 14 años de prisión para este acusado Cesareo, le imputan los delitos de secuestro, maltrato y robo y lesiones. La víctima ha contado entre lágrimas que después de golpearla la ató a la cama e intentó sacar dinero de sus tarjetas. El acusado niega estos hechos, aunque reconoce que discutieron. El guardia civil que detuvo al italiano ha confirmado los

hechos y lo ha hecho por videoconferencia, ya que se encuentra en Palma de Mallorca de vacaciones’.

-Informativo de las 20.30 h (...).

‘Un terrible episodio de violencia doméstica, su pareja un italiano que vivía con ella y que conoció a través de Internet le ató a la cama e intentó robarla. Hoy ha tenido lugar el juicio. Cesareo es un joven siciliano que se vino a España a vivir con una mujer a la que conoció por Internet, después de unos meses de difícil convivencia, su pareja Tamara le pide que se vaya, cosa a la que él se niega. Al poco tiempo ella descubre a Cesareo practicando obscenidades ante la cámara web del ordenador. Este hecho produce una discusión en la que, según ha contado la víctima entre lágrimas, el acusado la golpeó, la amenazó con un cuchillo, la ató a la cama con los cables del ordenador e intentó sacar dinero con sus tarjetas de crédito. Ese momento lo aprovechó la víctima para llamar a la policía y salir a la calle, pero Cesareo se la encuentra en el portal y la vuelve a golpear, a la vista de todos. El acusado niega los hechos, en cambio los testigos avalan lo relatado, al igual que un guardia civil que colaboró en la detención y que ha declarado por videoconferencia porque está de vacaciones en Mallorca. La Fiscalía pide 14 años de prisión. El juicio ha quedado visto para sentencia’.

Según se comprueba visualizando el DVD incorporado a las actuaciones, en ambos casos, tras una breve introducción de la noticia por parte del presentador y la presentadora del informativo, se procedió a emitir un video, captado en la sala de vistas durante el juicio oral de la causa penal, en el que, entre las imágenes de los profesionales intervinientes, se puede ver el rostro de la demandante en primer plano, primero entrando en la sala y luego declarando. En el informativo del mediodía la imagen se ofreció en pantalla sin ningún rótulo que identificara a la demandante, y tampoco el presentador se refirió a ella por su nombre. Por el contrario, en el informativo nocturno las imágenes se acompañaron de una voz en *off* masculina, distinta de la voz de la presentadora, que se refirió al nombre de pila de la demandante (Tamara) justamente en el instante en que se reproducía en pantalla la imagen en primer plano antes referida. En los dos casos se aludió a la localidad de Sangonera (o Sangonera ‘La Verde’) como lugar de residencia de la víctima y de comisión de los hechos enjuiciados.

(...) Hasta que se acordó su borrado, los archivos de video quedaron a disposición del público para su consulta en la hemeroteca digital existente en la página web de la referida cadena televisiva, si bien el acceso solo era posible si se conocía el día, mes, año y hora en la que se había emitido dicha información, al no existir en la web un buscador de noticias.” (F.D. 2º)

“(...) el recurso, su único motivo debe ser estimado (...):

(...) El único punto controvertido es, por tanto, si la identificación de la demandante como víctima de los delitos enjuiciados en dicha causa penal, mediante primeros planos de su rostro y la mención de su nombre de pila y lugar de residencia, estaba también comprendida en el derecho fundamental de la

cadena de televisión demandada a transmitir información veraz o, por el contrario, quedaba limitada por los derechos fundamentales de la demandante a su intimidad personal y a su propia imagen.

3.^a) Respecto de esta cuestión la jurisprudencia ha reconocido el interés general y la relevancia pública de la información sobre causas penales (sentencia 547/2011, de 20 de julio), que se acentúan en los casos de maltrato físico y psicológico (sentencias 128/2011, de 1 de marzo, y 547/2011, de 20 de julio), pero también ha puntualizado, en cuanto a la identificación de las personas que intervienen en el juicio, que el acusado y la víctima no se encuentran en un plano de igualdad, pues en cuanto a aquel sí cabe una identificación completa, y no solo por sus iniciales, debido a la naturaleza y trascendencia social de los delitos de malos tratos (sentencia 547/2011, de 20 de julio).

4.^a) Precisamente en relación con las actuaciones y procedimientos sobre violencia de género, el art. 63 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece una protección reforzada de la intimidad de las víctimas, ‘en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia’ (apdo.1), facultando a los jueces para ‘acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas’ (apdo. 2).

5.^a) La circunstancia de que en el presente caso el órgano judicial no acordara esas medidas y la demandante hoy recurrente tampoco las solicitara, ni por sí misma ni mediante su abogado, omisiones que la sentencia recurrida considera relevantes para no apreciar una intromisión ilegítima en la intimidad y la imagen de la recurrente, no puede entenderse como una habilitación incondicionada a los medios que los eximiera de agotar la diligencia debida en el tratamiento de la información ponderando el daño que podían infligir a la víctima mediante la llamada ‘victimización secundaria’, que en este caso consistió en superponer al daño directamente causado por el delito el derivado de la exposición pública de su imagen y su intimidad al declarar en el acto del juicio oral.

6.^a) En definitiva, la cadena de televisión demandada debió actuar con la prudencia del profesional diligente y evitar la emisión de imágenes que representaban a la recurrente en primer plano, bien absteniéndose de emitir las correspondientes tomas, bien utilizando procedimientos técnicos para difuminar sus rasgos e impedir su reconocimiento (sentencia 311/2013, de 8 de mayo). De igual modo, también debió evitar la mención de su nombre de pila, porque este dato, insuficiente por sí solo para constituir intromisión ilegítima, pasó a ser relevante al pronunciarse en pantalla simultáneamente con la imagen de la demandante y añadirse la mención de su localidad de residencia, datos todos ellos innecesarios para la esencia del contenido de la información, como demuestran las noticias sobre el mismo juicio publicadas al día siguiente en otros medios.” (F.D. 5º)

“(…) La parte demandante solicitó una indemnización de 100.000 euros (…).

(...) aplicando en su conjunto los criterios del art. 9.3 de la LO 1/1982, en especial las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida (para lo que ha de tomarse en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido), esta sala considera que el daño moral sufrido por la demandante-recurrente resulta debidamente resarcido con una indemnización de 25.000 euros en atención a que en casación no se ha insistido ya en la ofensa al honor de la recurrente, el ámbito de la información no fue nacional y, en fin, el acceso a la misma en la página web de la demandada solo era posible, por carecer de buscador, conociendo de antemano la fecha u otros datos ajenos al contenido propio de la información cuestionada (...).” (F.D. 6º) [M.B.P.].

C) Derecho a la propia imagen.

Jurisprudencia: Derecho a la imagen: inexistencia de intromisión ilegítima: fotomontaje realizado a partir de la imagen de un legionario mientras desfilaba: imposibilidad de identificarlo, por haber sido tapado su rostro con un maquillaje que lo caracterizaba como payaso: contexto de crítica satírica y burlesca en un asunto de interés general.

STS (Sala 1ª) de 15 de septiembre de 2015, rec. nº 2347/2013.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7478018&links=%222347%2F2013%22&optimize=20150928&publicinterface=true>

“El demandante recurre en casación la sentencia de segunda instancia que, desestimando su recurso de apelación, confirmó el fallo absolutorio de primera instancia al no apreciar intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen por la publicación en la revista humorística ‘El Jueves’ de un fotomontaje realizado a partir de una imagen del demandante mientras participaba en un desfile militar.

Los antecedentes más relevantes del litigio son los siguientes:

1. D. Gerónimo demandó a la mercantil editora de la citada revista (‘Ediciones El Jueves, S.A.’) en ejercicio de acción de protección civil de su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, solicitando una indemnización de 30.000 euros por daño moral. En apoyo de sus pretensiones adujo, en resumen, que en el número 1638 de la revista ‘El Jueves’ correspondiente al mes de octubre de 2008, y también en su edición digital, se había publicado sin el consentimiento del demandante una fotografía suya que lo ridiculizaba, tratándose de una persona que gozaba de popularidad por su condición de cabo primero de la Legión con destino en la brigada de ese Cuerpo en la localidad almeriense de Viator y jefe de las escuadras de gastadores, encargados de honrar al Cristo de la Buena Muerte de Málaga mediante su participación en desfiles procesionales.

2. En su defensa, la empresa editora de la revista alegó, en síntesis, que la fotografía publicada era un fotomontaje realizado a partir de una imagen de medio

torso de un militar durante un desfile, y que al publicarse se procedió a deformar totalmente el rostro del militar mediante un maquillaje sobrepuesto al estilo de los payasos o *clowns*, acompañado de un ‘bocadillo’ con el texto ‘todo sea por no aburrir a Rajoy’, tratándose por ello de un fotomontaje que no buscaba ofender al demandante: primero, porque la profesión de payaso es digna y, segundo, porque lo que se buscaba era ‘ridiculizar el descuido del Sr. Rajoy’, quien en la víspera del desfile militar correspondiente al Día de la Hispanidad del 12 de octubre de 2008 había comentado ‘Mañana tengo el coñazo del desfile; en fin, un plan apasionante’, palabras de las que se hicieron eco numerosos medios de comunicación.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda (...).

4. La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación del demandante, confirmó el fallo de primera instancia (...).

5. Contra esta sentencia el demandante-apelante interpuso recurso de casación (...).” (F. D. 1º)

“(…) Respecto al conflicto entre libertad de expresión y derecho a la propia imagen, la doctrina constitucional y la jurisprudencia de pertinente aplicación declaran, en síntesis, lo siguiente:

(...) e) Como cualquier conflicto entre derechos fundamentales, debe resolverse mediante técnicas de ponderación constitucional teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la posición prevalente que en abstracto tiene la libertad de expresión, más, si cabe, cuando es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa (...).

f) Para que pueda subsistir en el caso concreto la preeminencia de la que goza en abstracto la libertad de expresión es necesario, de una parte, la concurrencia de interés general, es decir, que las expresiones, opiniones o juicios de valor emitidos - en este caso, por medio o sirviéndose de la imagen- afecten a una persona pública o vengan referidas a una cuestión de interés general o relevancia pública; y de otra, proporcionalidad en la comunicación de la crítica mediante la imagen ajena (o la creada a partir de esta), es decir, que no se trate de denigrar o difamar a la persona representada, debiendo tenerse en cuenta al respecto si la publicación de la imagen estaba justificada por los usos sociales.

(...) El tratamiento humorístico o sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos que está ligada al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como forma de comunicación de ideas u opiniones, e incluso a la libertad de información, en la medida en que el tratamiento humorístico puede constituir una forma de transmitir el conocimiento de determinados acontecimientos llamando la atención sobre los aspectos susceptibles de ser destacados mediante la ironía, el sarcasmo o la burla (...). Sin embargo, el valor que para la formación de la opinión pública y

la libre circulación de ideas puedan tener determinadas caricaturas, no implica que esta sea la única finalidad imaginable de tales creaciones (...). El art. 8.2 b) LO 1/1982 exige por ello que la utilización de la caricatura se adecue al uso social, y el Tribunal Constitucional aprecia intromisión ilegítima en un texto, historieta o cómic, pese a su tono jocoso o burlón, cuando el llamado *animus iocandi* o intención de bromear se utiliza ‘precisamente como instrumento del escarnio’ (STC 176/95).” (F.D. 4º)

“La aplicación de los criterios enunciados conduce a la desestimación de ambos motivos de casación por las siguientes razones:

(...) en primer lugar, porque la jurisprudencia exige que el titular del derecho quede identificado o pueda serlo (...) lo que no acontece en el presente caso porque la fotografía original, conformada por el torso y el rostro del demandante, fue manipulada superponiendo un maquillaje de payaso de tal modo que su rostro quedó oculto prácticamente en su totalidad; en segundo lugar, porque dicha imagen fue accesoria e instrumental de la finalidad esencial de exponer, en forma humorística, burlesca, propia del género de la revista, una opinión o idea crítica sobre una cuestión cuyo interés general era evidente -por razón de la notoriedad pública y del cargo político de la persona implicada (Sr. Rajoy) (...). En este contexto era irrelevante que se usara la imagen del demandante o la de otro legionario, porque lo que buscaba el medio de comunicación era que el lector pudiera identificar el desfile militar con un espectáculo divertido que desmintiera el comentario del líder de la oposición, en el que claramente se centraba la carga crítica de la viñeta sin afectar ni a la persona del demandante ni a la Legión ni a las Fuerzas Armadas en general.

En tales circunstancias, debe primar el derecho a la libertad de expresión sobre el derecho a la propia imagen del recurrente, cuya vulneración no se aprecia porque el uso de su imagen manipulada, que prácticamente impedía su identificación, fue accesorio de la opinión crítica, irónica y mordaz que se quería expresar sobre un asunto de interés general, tratándose de una utilización proporcionada y adecuada a los usos sociales que en ningún caso tuvo por finalidad la ridiculización del personaje ni su profesión.” (F.D. 5º) [M.B.P.]

Jurisprudencia: derecho a la imagen: intromisión ilegítima: existencia: publicación en revista del corazón de fotografía de una actriz, captada en una terraza de un recinto privado, mientras leía sobre una tumbona junto a su pareja: inexistencia de un interés general a la libertad de información que justifique la intromisión: no es posible exigir a las personas con proyección social un aislamiento espacial extraordinariamente gravoso: toma en consideración de los beneficios obtenidos por la revista para cuantificar la indemnización.

STS (Sala 1ª) de 14 de septiembre de 2016, rec. nº 2091/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7819378&links=%222091%2F2014%22&optimize=20160923&publicinterface=true>

“Se formula recurso de casación contra la sentencia que condena a Multiediciones Universales S.L, en la actualidad Heartst Magazines S.L, a abonar a doña María Angeles la cantidad de quince mil euros en concepto de daños y perjuicios morales le fueron ocasionados como consecuencia de la publicación de unas fotografías divulgadas por la revista ‘Qué me dices’, en fecha 15 de mayo de 2009.

Hecho probado de la sentencia es que las fotos publicadas para acompañar al reportaje ‘fueron tomadas en un momento privado y de intimidad de la actora cuando en una terraza de un recinto privado, estaba leyendo en una tumbona al lado de su pareja, y fueron captadas y publicadas sin que esta se percatara de que estaba siendo fotografiada, lo que de las mismas se evidencia, y publicadas sin su consentimiento y por tanto esta fue privada de su derecho a decidir, para consentirla o impedirlo.’” (F.D. 1º)

“Se articulan dos motivos. En el primero se denuncia la infracción del artículo 20 CC, apartados a y d, por no haber sido ponderado adecuadamente, en su colisión con el derecho a la propia imagen de doña María Ángeles.

(...) Se desestima, en la forma también interesada por el Ministerio Fiscal.

(...) con independencia de que no se entiende desde una mínima lógica como puede contribuir a formar una opinión libre e indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático que una persona con notoriedad pública, conocida y merecida, aparezca en unas fotografías leyendo en una tumbona al lado de su pareja, ignorando además, el contenido de la lectura, a la que no alcanza la imagen, la jurisprudencia de esta Sala (...) es reiterada en el sentido de que ‘la intromisión será ilegítima si la persona ha sido fotografiada en un lugar no público o, también en un lugar público pero recóndito, apartado, de difícil acceso, buscado por la persona afectada para preservar la intimidad o determinados aspectos de su imagen’. Ni siquiera la notoriedad pública del personaje elimina el ámbito de protección de sus derechos fundamentales (a la propia imagen, y también a la intimidad) ‘en aquellos casos en los que buscan expresamente esa privacidad frente a una posible captación y reproducción de su imagen. (...) 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’.

En efecto, la notoriedad pública de un personaje no le priva de mantener ámbitos reservados a su intimidad y de excluir del conocimiento público lo que concierne a su vida privada, sin que su conducta en lo que trasciende al exterior elimine el derecho a la intimidad de su vida privada. Tampoco supone que pierda el control sobre su imagen física, ya que se ha acreditado la inexistencia de consentimiento del recurrente a que se tomaran y divulgaran las fotos (...).” (F.D. 2º)

“En el motivo segundo se denuncia la infracción del artículo 9.3 de la LO 1/1982 de 15 de mayo (...).

Se desestima, en la forma también interesada por el Ministerio Fiscal.

(...) La sentencia recurrida, por remisión a la del juzgado, toma en consideración para fijar la cuantía indemnizatoria los parámetros establecidos en el artículo 9.3 de la Ley, en concreto los relativos a los gastos e ingresos de la revista ‘Que me dices’, en razón al número o ejemplar en el que se publicaron las imágenes y hace una estimación de los beneficios netos obtenidos de la publicación, superiores a los 32.150 euros declarados, para en su vista considerar ‘ponderado y equilibrado’ establecer una indemnización por vulneración del derecho a propia imagen de 15.000 euros. La conclusión es ponderada, lógica y no arbitraria, por lo que debe mantenerse.” (F.D. 3º) [M.B.P.]

Jurisprudencia: derecho a la imagen: intromisión ilegítima: existencia: composición fotográfica satírica en la que se usa el cuerpo superior de un conocido cómico, al que se une la imagen real del rostro de un Fiscal: fotomontaje usado como instrumento de escarnio, no amparado por el ejercicio de la libertad de expresión.

STS (Sala 1ª) de 14 de septiembre de 2016, rec. nº 947/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7819385&links=%22947%2F2015%22&optimize=20160923&publicinterface=true>

“El recurso se formula contra la sentencia que condena a don Eusebio y Asociación El Agitador por vulneración del derecho a la propia imagen de don Horacio, demandante, con la publicación en el mes de febrero de 2011 -página web www.elagitador.com- de un montaje fotográfico, elaborado a partir de la foto del sr. Horacio, y condena a estos, ahora recurrentes, a indemnizarle en la cantidad de tres mil euros.” (F. D. 1º)

“Se formulan dos motivos. El primero por vulneración del artículo 20 CE en el que se cuestiona el juicio de ponderación de los derechos en juego – expresión imagen- que realiza la recurrida, defendiendo la prominencia del derecho a la libertad de expresión y de crítica a través del humor irónico o sarcástico y específicamente de la caricatura.

Se desestima.

La composición fotográfica está integrada por la parte superior del cuerpo del cómico Chiquito de La Calzada, al que se une la imagen real del rostro del actor, perteneciente a la Carrera Fiscal, a la entrada en el edificio principal de los juzgados de Las Palmas de Gran Canaria.

(...) Esta Sala mantiene las conclusiones de la sentencia y rechaza lo que el recurso califica de ‘contexto significativo’ de los acontecimientos políticos mediáticos relacionados con irregularidades urbanísticas y catastrales producidas en la urbanización en la que el señor Horacio tiene su vivienda, y con su intervención en un juicio con jurado en el que manifestó que había que combatir la corrupción, por pequeña que fuera. En efecto, una cosa es el contenido del

artículo que la sentencia enmarca en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión de los demandados frente al derecho al honor del actor, y otra distinta la composición fotográfica que ilustra el artículo y que más que una caricatura es un verdadero insulto gráfico producido a partir de la imagen real del rostro del actor sobre el cuerpo de un conocido humorista a la entrada de un edificio judicial, sin ninguna finalidad de crítica política y social a diferencia del texto de la publicación.

Como recuerda el Ministerio Fiscal (...) ‘por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, dicho género no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el honor del personaje objeto de burla o, dicho de otra forma, el acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Así lo demuestra normativamente el propio art. 8.2 b) al exigir que la utilización de la caricatura se adecue al uso social; y así lo demuestra, también, la doctrina del Tribunal Constitucional al apreciar intromisión ilegítima a través de un texto, historieta o cómic pese a su tono jocoso o burlón cuando el llamado ‘animus iocandi’ se utiliza ‘precisamente como instrumento del escarnio’.

La sentencia del Tribunal Constitucional 23/20120, de 27 de abril, desestimó el recurso de amparo formulado contra la misma, razonando que ‘en ocasiones la manipulación satírica de una fotografía puede obedecer a intenciones que no gozan de relevancia constitucional suficiente’, y que, como apreció la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2005, ‘cabe imaginar la difusión de caricaturas comercializadas por mero objetivo económico o incluso creadas con la específica intención de denigrar o difamar a las personas representadas’.” (F.D. 2º) [M.B.P.]

Jurisprudencia: derecho a la intimidad: inexistencia de intromisión ilegítima: la libertad de información justifica la identificación de la víctima del delito, atendiendo a la baja intensidad del mismo. Derecho a la propia imagen: intromisión ilegítima: existencia: no es lícito ilustrar la noticia con una imagen que sirve de perfil en la cuenta de Facebook de la víctima., sin el consentimiento de ésta.

STS (Pleno Sala 1ª) de 15 de febrero de 2017, rec. nº 3361/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7939517&links=%223361%2F2015%22&optimize=20170221&publicinterface=true>

“1.- El 8 de julio de 2013, en la edición en papel y digital del diario ‘La opinión-El correo de Zamora’ se publicó un reportaje sobre un suceso ocurrido el día anterior, consistente en que el demandante fue herido por su hermano, quien le disparó con un arma de fuego y luego se suicidó.

El artículo periodístico contenía datos que permitían identificar al demandante: su nombre (Millán), el de su hermano, y las iniciales de sus apellidos, el apodo de su hermano, la dirección exacta del domicilio familiar, que su padre había sido médico en un determinado pueblo de la provincia, referencias a la notoriedad de la familia en la localidad, etc. Asimismo, al informar sobre quienes habían presenciado los hechos, se indicaba que la madre del demandante padecía la enfermedad de Alzheimer.

En el reportaje publicado en la edición en papel del diario se incluyó una fotografía del demandante, que había sido obtenida de su perfil de *Facebook*.

2.- El demandante interpuso la demanda origen de este recurso, en la que solicitó que se declarase la existencia de una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar que le habría causado un daño moral por el que solicitaba que se condenase a la editora del diario a pagarle una indemnización de treinta mil euros (o la suma que estimara el tribunal haciendo uso de la facultad moderadora) y a publicar la parte dispositiva de la sentencia que pusiera fin al procedimiento, así como a retirar las fotografías y datos personales familiares (nombre y dirección del domicilio materno) de la noticia de cuantos ejemplares de la publicación se hallaran en los archivos del periódico y a no volver a publicarlos en cualquier soporte.

(...) 4.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó sustancialmente la demanda

(...).

(...) 5.- La empresa editora del diario apeló la sentencia, pero la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, porque consideró acertados los razonamientos de la sentencia de primera instancia.” (F.D. 1º)

“Decisión de la sala. Publicación de datos que permiten identificar a la víctima de un suceso violento. Crónica de sucesos.

1.- Las sentencias de instancia consideran que la información publicada en el diario contenía datos suficientes para identificar al demandante como víctima de un suceso violento. Tal razonamiento no puede considerarse arbitrario, a la vista de la cantidad de datos personales relativos al demandante (nombre, inicial de los apellidos, domicilio familiar en Zamora, profesión del padre, etc.) contenidos en el reportaje periodístico y del ámbito local en que fue difundido.

La demandada considera que la ponderación realizada en la instancia no se ajusta a los parámetros constitucionales al haber considerado prevalente el derecho a la intimidad del demandante frente al derecho a la libertad de información ejercido por la demandada.

(...) 3.- El derecho a la libertad de información legitima la actuación del medio de comunicación que proporciona información veraz sobre hechos o personas de relevancia pública.

En este caso, no existe controversia sobre la veracidad de la información, si bien cuando esta constituye una intromisión en el derecho a la intimidad, que la información sea veraz no legitima tal intromisión.

En cuanto a la relevancia pública, es pacífica la jurisprudencia (...), que reconoce esa relevancia pública a la información sobre hechos de trascendencia penal, aunque la persona afectada por la noticia tenga el carácter de sujeto privado (...).

En la sentencia 587/2016, de 4 de octubre, declaramos:

‘[...] la conveniencia y necesidad de que la sociedad sea informada sobre sucesos de relevancia penal legítima, según las circunstancias, la intromisión en derechos fundamentales como el honor y la intimidad, y con mayor motivo cuando, a diferencia del caso analizado por ejemplo en reciente sentencia de pleno 485/2016, de 14 de julio, no existe una ‘extralimitación morbosa’, una búsqueda y revelación de aspectos íntimos que no guardan relación con el hecho informativo, sino que en este caso el artículo litigioso se limitó a reflejar ‘los hechos y delitos objeto de la querrela’.

(...) 7.- La intromisión en la intimidad personal y familiar del demandante que supone la información del artículo periodístico no puede considerarse grave. En un ámbito geográfico reducido, como Zamora, pues se trataba de un periódico de ámbito provincial, la información que se contiene en el artículo periodístico no aumenta significativamente el conocimiento que de un hecho de esas características, ocurrido en una vivienda de la ciudad y en el seno de una familia conocida, podían tener sus convecinos. Se trataba, además, de hechos objetivamente graves y noticiables, una disputa familiar en la que un hermano hirió a otro y después se suicidó.

Es especialmente relevante que la noticia se acomoda a los usos sociales, y concretamente a los cánones de la crónica de sucesos, que es un género periodístico tradicional. Se trata de una información dada inmediatamente después de que sucedieran los hechos (en la edición en papel del diario, apareció al día siguiente). No se exponen los hechos con extralimitación morbosa, ni se desvelan hechos íntimos sin relación con lo sucedido, es más, ni siquiera se hace referencia a la causa de la desavenencia familiar. La mención a la enfermedad de la madre se justifica porque tenía cierta relevancia para informar sobre lo acaecido: solo presenciaron los hechos un sobrino, la madre estaba presente pero se encontraba en un estado avanzado de Alzheimer, y tuvo que ser llevada a casa de unas vecinas.

8.- Ciertamente, se trata de una materia en la que es difícil establecer pautas generales que sirvan para todos los casos, porque las circunstancias concurrentes en cada caso pueden inclinar la decisión por la prevalencia de uno u otro derecho.

En este caso, dado que la gravedad de la intromisión en la intimidad no es intensa, que el interés de la noticia (y, por tanto, la relevancia pública momentánea de los implicados en ella) es importante en el contexto de una ciudad como Zamora, y que la información se acomodó a los cánones de la crónica de sucesos, la sala

considera que debe prevalecer el derecho a la información ejercitado a través del medio de prensa.

Una condena a un medio de comunicación que, con carácter inmediato a que sucedieran, ha informado de forma veraz sobre unos hechos graves, de trascendencia penal y relevancia pública, en especial en el reducido ámbito geográfico al que extiende su influencia, que ciertamente ha identificado a las personas que resultaron implicadas en tales hechos pero no ha revelado otros hechos de su intimidad que estuvieran desconectados con los hechos noticiables ni ha aumentado significativamente el conocimiento que de los hechos se tenía o se iba a tener en los momentos inmediatamente posteriores en la comunidad concernida, que no ha incurrido en ninguna extralimitación morbosa y ha respetado los cánones tradicionales de la crónica de sucesos, no ampararía adecuadamente el ejercicio del derecho a la libertad de información conforme a cánones constitucionales.” (F.D. 3º)

“Decisión de la sala. Publicación en el periódico de una fotografía de la víctima obtenida en su cuenta en una red social en Internet (Facebook).

(...) 3.- El periódico editado por la demandada no publicó una fotografía del demandante, en tanto que víctima del hecho delictivo objeto del reportaje, obtenida en el lugar de los hechos, sino que el diario la obtuvo de la cuenta de *Facebook* del demandante, pues se trataba de una fotografía accesible a los internautas.

Que en la cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya ‘subido’ una fotografía suya que sea accesible al público en general, no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular, porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet. La finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación.

El consentimiento del titular de la imagen para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en la web de una red social no conlleva la autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta, pues no constituye el ‘consentimiento expreso’ que prevé el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona. Aunque este precepto legal, en la interpretación dada por la jurisprudencia, no requiere que sea un consentimiento formal (por ejemplo, dado por escrito), sí exige que se trate de un consentimiento inequívoco, como el que se deduce de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas.

(...) 6.- Por tanto, la publicación en el periódico de una fotografía del demandante, acompañando a la información sobre el hecho noticioso y a otras fotografías que ilustraban tal información, por más que el demandante tuviera una momentánea relevancia pública involuntaria en tanto que víctima del suceso violento sobre el que versaba el reportaje periodístico, obtenida de su cuenta de *Facebook*, sin recabar el consentimiento expreso del afectado para realizar tal publicación, no puede considerarse autorizada y constituye por tanto una intromisión en tal derecho fundamental que no está justificada del modo previsto en el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982.

7.- Tampoco puede considerarse justificada la publicación de la fotografía del demandante por aplicación del art. 8.2.c de dicha ley orgánica. La fotografía, pese a no ser de gran tamaño (solo incluía la imagen del demandante de cintura para arriba), tenía por único protagonista al demandante, de modo que identificaba directamente a la víctima del suceso violento sobre el que versaba el reportaje periodístico.

Por tanto, no puede considerarse que la imagen del demandante sea meramente accesoria dentro de otra más amplia, puesto que la fotografía tiene como único protagonista al demandante, ni que sea accesoria respecto de la información objeto del reportaje, puesto que se trata de la fotografía que identificaba a la víctima del hecho violento objeto del reportaje (...).” (F.D. 5º)

“Decisión de la sala. Indemnización del daño moral causado por la intromisión en los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

(...) 2.- En el supuesto enjuiciado, la sentencia recurrida, al asumir la dictada en primera instancia, utiliza los criterios de cuantificación de la indemnización previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 : gravedad de la intromisión (que afectó a la intimidad personal, a la intimidad familiar y a la propia imagen), difusión del reportaje infractor, tomando en cuenta la vinculación del demandante y su familia al ámbito en que se produce la difusión, repercusión de la vulneración en el estrés traumático que sufrió el demandante, etc.

(...) 5.- Ahora bien, la demanda versaba sobre dos hechos diferenciables (identificación del demandante en la información escrita, que atentaba contra su derecho a la intimidad, y reproducción de su imagen obtenida de una red social sin su consentimiento expreso, que atentaba contra su derecho a la propia imagen). Dado que hemos considerado que la afectación de la intimidad del demandante no fue ilícita, y que solo fue ilícita la intromisión en su derecho a la propia imagen, la indemnización debe reducirse a la mitad de la fijada en la sentencia recurrida por la vulneración de ambos derechos.

6.- Por tanto, procede revocar el pronunciamiento que declaraba la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar, mantener el pronunciamiento que declara la intromisión en el derecho a la propia imagen del demandante, reducir a la mitad la indemnización fijada en la instancia, y mantener el resto de pronunciamientos condenatorios ligados a la cuestión sustantiva, que

no han sido objeto de impugnación por la recurrente, si bien la publicación de la parte dispositiva de la sentencia se sustituye por la de una nota que resume su contenido, como viene haciendo esta sala para dotar de sentido a tal publicación.” (F. D. 7º) [M.B.P.].

E) Derecho al olvido.

Jurisprudencia: derecho al honor y a la intimidad: intromisión ilegítima: existencia: derecho al olvido digital: web de un periódico, en el que se recoge una noticia aparecida muchos atrás en versión impresa (condena por delito de contrabando de drogas), sin que hubiera ningún código ni instrucción que impidiera que los motores de búsqueda indexaran las palabras contenidas en el código fuente y las almacenaran en sus bases de datos para permitir búsquedas mediante la utilización de estos datos (nombre y apellidos) como palabras clave.

STS (Pleno Sala 1ª) de 15 de octubre de 2015, rec. nº 2772/2013.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7494889&links=%222772%2F2013%22&optimize=20151019&publicinterface=true>

“(…) 2.- Las dos personas demandantes resultaron detenidas en los años ochenta por hechos relacionados con el tráfico de drogas. Estas personas eran a su vez consumidoras de estas drogas y tenían un alto grado de drogodependencia, de modo que cuando fueron detenidas e ingresadas en prisión hubieron de ser atendidas por sufrir síndrome de abstinencia. En la operación resultaron detenidas otras personas, una de las cuales era familiar de un conocido político.

El periódico ‘El País’ publicó en las fechas inmediatamente posteriores a su detención e ingreso en prisión una noticia en la que se recogían estos hechos, en concreto la detención, el motivo de la misma, el ingreso en prisión de las personas detenidas, la drogodependencia y el tratamiento médico facilitado a las personas demandantes para mitigar su síndrome de abstinencia. En esta noticia, las personas demandantes, como el resto de los detenidos, aparecían identificadas con sus nombres y apellidos e incluso con su profesión.

3.- Las personas demandantes fueron condenadas en su día por estos hechos, por un delito de contrabando (la droga había sido introducida desde el extranjero). Posteriormente, superaron su adicción a las drogas y desarrollaron normalmente su vida familiar y profesional.

4.- En noviembre de 2007 la empresa demandada permitió el acceso público general y gratuito a la hemeroteca digital del diario ‘El País’. La página web en la que se encontraba recogida la noticia publicada en su día sobre estos hechos no contenía ningún código ni instrucción (tales como el fichero *robots.txt* o la instrucción *noindex*) que impidiera que los motores de búsqueda indexaran las palabras contenidas en el código fuente, concretamente los datos personales de las personas demandantes, y las almacenaran en sus bases de datos para permitir

búsquedas mediante la utilización de estos datos (concretamente, el nombre y apellidos) como palabras clave. Es más, estos datos personales aparecían como palabras clave en la cabecera de dicho código fuente, con lo cual se resaltaba su relevancia y se facilitaba que en los espacios de publicidad ‘on line’ que contenía la página web apareciera publicidad relacionada con estas personas, puesto que se trata del texto marcado como contexto para escoger la publicidad ‘on line’.

Asimismo, en la página web se incluían las instrucciones *index* y *follow*, que potenciaban la indexación del contenido de la página y su inclusión en las bases de datos de los motores de búsqueda, tales como Google o Yahoo, y mejoraban el posicionamiento de esta página en las listas de resultados obtenidos al realizar una búsqueda utilizando como palabras clave el nombre y apellidos de las personas demandantes. De este modo, cuando se introducía el nombre y los apellidos de una de las personas demandantes, el enlace a la web de la hemeroteca digital de El País que contenía la noticia aparecía como primer resultado en Google y Yahoo. Cuando se hacía con el nombre y los apellidos de la otra persona demandante, aparecía en primer lugar en la lista de resultados de Google y en tercer lugar en la lista de resultados de Yahoo (...). (F.D. 1º)

“(…) 5.- El TEDH ha declarado que las hemerotecas digitales entran en el ámbito de protección del art. 10 del Convenio Europeo de los derechos y de las libertades fundamentales. En las sentencias de 10 de marzo de 2009 (caso *Times Newspapers Ltd -núms. 1 y 2- contra Reino Unido*, párrafo 45) y de 16 de julio de 2003 (caso *Węgrzynowski y Smolczyński* contra Polonia, párrafo 59), el TEDH ha afirmado que los archivos de Internet suponen una importante contribución para conservar y mantener noticias e información disponibles, pues constituyen una fuente importante para la educación y la investigación histórica, sobre todo porque son fácilmente accesibles al público y son generalmente gratuitos.

Ahora bien, la función que cumple la prensa en una sociedad democrática cuando informa sobre sucesos actuales y cuando ofrece al público sus hemerotecas es distinta y debe tratarse de modo diferente. Así lo ha hecho el TEDH, que ha considerado que mientras que la actividad de los medios de comunicación cuando transmiten noticias de actualidad es la función principal de la prensa en una democracia (la de actuar como un ‘perro guardián’, en palabras de ese tribunal), el mantenimiento y puesta a disposición del público de las hemerotecas digitales, con archivos que contienen noticias que ya se han publicado, ha de considerarse como una función secundaria, en la que el margen de apreciación de que disponen los Estados para lograr el equilibrio entre derechos es mayor puesto que el ejercicio de la libertad de información puede considerarse menos intenso.

Internet es una herramienta de información y de comunicación que se distingue particularmente de la prensa escrita, principalmente en cuanto a su capacidad para almacenar y difundir información. Esta red electrónica, que comunica a millones de usuarios por todo el mundo, no está y posiblemente nunca estará sometida a las mismas reglas ni al mismo control que la prensa escrita, pues hace posible que la información sea accesible a millones de usuarios durante un tiempo indefinido. El riesgo de provocar daños en el ejercicio y goce de los derechos humanos y las

libertades, particularmente el derecho al respeto de la vida privada, que representa el contenido y las comunicaciones en Internet, es sin duda mayor que el que supone la prensa escrita.

(...) 8.- El llamado ‘derecho al olvido digital’, que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos.

Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, ‘posicionando’ a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país.

Pero dicho derecho sí ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse al tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad, inserción que se vería obstaculizada por el rechazo que determinadas informaciones pueden causar en sus conciudadanos (...).” (F. D. 6º) [M.B.P.].

Jurisprudencia: derecho al honor y a la intimidad: intromisión ilegítima: existencia: derecho al olvido digital: condena al pago de 8.000 euros a un motor de búsqueda en internet (Google Spain), por no haber cancelado en 2010 los datos relativos a la concesión de un indulto que tuvo lugar en 1999 por un delito contra la salud pública cometido en 1981.

STS (Pleno Sala 1ª) de 5 de abril de 2016, rec. nº 3269/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7636127&links=%223269%2F2014%22&optimize=20160407&publicinterface=true>

“(…) 8.- Es necesario realizar una ponderación entre el ejercicio de la libertad de información consistente en que los datos sobre la concesión de indultos puedan encontrarse a través de un buscador como Google, y el respeto a los derechos de la personalidad, fundamentalmente el derecho a la intimidad personal y familiar pero también el derecho al honor cuando la información versa sobre el indulto de

la condena por la comisión de un delito que afecta negativamente a la reputación del afectado, para decidir cuál debe prevalecer a la vista de las circunstancias concurrentes.

Los elementos a tener en cuenta para realizar esta ponderación son, de un lado, el potencial ofensivo que para los derechos de la personalidad tenga la información publicada y, de otro, el interés público en que esa información aparezca vinculada a los datos personales del afectado en una búsqueda hecha en un buscador como Google.

9.- Que la sociedad pueda estar adecuadamente informada sobre los indultos otorgados por el Gobierno a personas condenadas por sentencia firme, la identidad de esas personas y los delitos que habían cometido, responde a un interés público, enlazado con el derecho a la libertad de información y al control de los poderes públicos propio de las sociedades democráticas, que justifica el tratamiento inicial de los datos que supone indexar las páginas web donde tales indultos son publicados y mostrarlos en la página de resultados de un buscador generalista de Internet.

(...)10.- Ahora bien, un tratamiento de datos que es lícito inicialmente, por respetar las exigencias de calidad de datos, puede, con el paso del tiempo, dejar de serlo. El factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los requisitos que determinan su carácter lícito y, en concreto, con los principios de calidad de datos (adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud), no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para la finalidad con la que los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos.

(...)11.- Por tal razón, una vez transcurrido un plazo razonable, el tratamiento de datos consistente en que cada vez que se realiza una consulta en un motor de búsqueda generalista de Internet como es Google, utilizando datos personales, como son el nombre y apellidos de una determinada persona, aparezca entre los primeros resultados el enlace a la página web donde se publica el indulto que le fue concedido, deja de ser lícito porque es inadecuado para la finalidad con la que se hizo el tratamiento, y el daño provocado a los derechos de la personalidad del afectado, tales como el honor y la intimidad, resulta desproporcionado en relación al interés público que ampara el tratamiento de esos datos, cuando el demandante no es una persona de relevancia pública, ni los hechos presentan un interés histórico.

Hay que tomar en consideración que Internet es una herramienta de información y de comunicación con una enorme capacidad para almacenar y difundir información. Esta red electrónica, que comunica a millones de usuarios por todo

el mundo, hace posible que la información sea accesible a millones de usuarios durante un tiempo indefinido. El riesgo de provocar daños en el ejercicio y goce de los derechos fundamentales y las libertades públicas, particularmente el derecho al respeto de la vida privada, que representa el contenido y las comunicaciones en Internet es enorme, y se ve potenciado por la actuación de los motores de búsqueda (...)” (F.D. 5º) [M.B.P.].

2. DERECHO DE FAMILIA

A) Filiación

Jurisprudencia: Determinación de la filiación: Es doctrina consolidada que la negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una ficta confessio, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que, unido a otras pruebas obrantes en el proceso, debe ser ponderado por el juzgador a los efectos de atribuir la paternidad reclamada. Por lo tanto, hay que examinar cuáles son las razones de la decisión y las pruebas que se han aportado, con las que debe ponderarse la negativa al sometimiento a dicha prueba.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7921663&links=%222016%2F2015%22%20%2218%2F2017%22%20%22EDUARDO%20BAENA%20RUIZ%22&optimize=20170131&publicinterface=true>

STS (Sala 1ª) de 17 de enero de 2017, rec. nº 2016/2015.

“(…) La demandante interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal lo desarrolla en dos motivos:

(i) El primero, al amparo del artículo 469.1. 3º LEC, por infracción del artículo 767.4 LEC, relativo a la prueba de la filiación, alega que de conformidad con los actos propios del demandado, que no niega la relación de amistad, y la negativa injustificada a la realización de las pruebas, debería haber llevado a la estimación de la demanda.

(ii) El motivo segundo, al amparo del artículo 469.1. 4º LEC, por vulneración de los derechos del artículo 24 CE, por vulneración de los derechos del artículo 24 CE, por irracionalidad y arbitrariedad en la valoración de la prueba.

El recurso de casación lo desarrolla la parte en un único motivo, en el que se alega que la sentencia recurrida se opone a los artículos 14, 24 y 39 CE y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la negativa injustificada a la realización de la prueba biológica en los procesos de filiación, y los efectos de esa negativa, con cita de sentencias del TC y las SSTS de 11 de abril de 2012 , 17 de junio de 2011 , 11 de marzo de 2003 , 7 de julio de 2003 y 19 de diciembre de 2012, por

haberse negado el demandado dos veces a realizarse las pruebas biológicas, lo que unido a los indicios probados ha debido llevar a la estimación de la demanda.(...)

Recurso extraordinario por infracción procesal.” (F.D.1º)

“1.-Se estima oportuno, como autoriza la doctrina de la Sala, ofrecer una respuesta conjunta a ambos motivos por la estrecha relación que guardan entre sí.

2.- La doctrina de la Sala al respecto aparece correctamente citada tanto en la sentencia de primera instancia como en la sentencia recurrida, y era recordada más recientemente por la sentencia 299/2015, de 28 de mayo, en los siguientes términos:

‘(i) Como recoge la STS de 11 de abril de 2012, Rc. 535/2001: ‘Es doctrina consolidada que la negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una ficta confessio, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que, unido a otras pruebas obrantes en el proceso, debe ser ponderado por el juzgador a los efectos de atribuir la paternidad reclamada (STC 14-2-2005 y SSTS 27-2-2007, entre otras). Por lo tanto, hay que examinar cuáles son las razones de la decisión y las pruebas que se han aportado, con las que debe ponderarse la negativa al sometimiento a dicha prueba’”.

‘(ii) En este sentido la STS 177/2007, de 27 febrero, citada por la de 17 junio 2011, Rc. 195/2009, cita dos argumentos que sirven de referencia para inferir si la sentencia recurrida se ajusta o no a la doctrina del TC y a la de esta Sala. La sentencia en cuestión afirma que: ‘El Tribunal Constitucional (v. gr., STC de 14 de febrero de 2005) acepta la doctrina de esta Sala con arreglo a la cual la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una ficta confessio [confesión presunta] del afectado, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en relación con la base probatoria indiciaria existente en el procedimiento. Según esta doctrina, en efecto, dicha negativa no es base para integrar una ficta confessio, aunque representa o puede representar un indicio ‘valioso’ o ‘muy cualificado’ que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que por sí es de imposible prueba absoluta’ y añade que "De este modo, la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino, como varias veces hemos dicho (entre las más recientes, SSTS de 7 de diciembre de 2005 y 2 de febrero de 2006), una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba , siempre que concurren los requisitos determinados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia civil (la existencia de indicios suficientes para, conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada)’”.

3.- Se concluye, pues, que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no determinan en el ordenamiento español una *facta confessio* y por ello el artículo 767 .4 LEC dice que se permite la atribución de la paternidad o maternidad ‘siempre que existan otros indicios...’. Precisamente es lo que mantiene la sentencia recurrida cuando indica que será necesario ver en este caso cuáles son tales indicios. (...)

4.- Al enumerarlos refleja fielmente la prueba practicada, que esta Sala ha examinado a través de la grabación efectuada de la vista en su día celebrada. (...)

5.- No puede concluirse, por lo anteriormente expuesto, que la sentencia recurrida incurra en un error patente al valorar la prueba practicada, a la que, a juicio de esta Sala, podría añadirse el tiempo transcurrido desde el nacimiento de la niña hasta la interposición de la demanda de reclamación de paternidad (ocho años), sin que la actora haya acreditado reclamación o gestión alguna con el demandado a los efectos ahora pretendidos.

6.- Por todo ello el recurso no puede estimarse.

Recurso de casación.” (F.D. 2º)

“Procede su desestimación, reiterando lo ya razonado para desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, por cuanto en el de casación se viene a insistir, en esencia, en lo alegado en el primer motivo del recurso extraordinario.

Además la aplicación de la jurisprudencia de la Sala que se cita, sólo podría llevar a una modificación de la decisión recurrida mediante la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial ha considerado probados, sin que la pretensión de la recurrente al efecto haya sido estimada por la Sala.

No obstante, pese a que el fallo de la sentencia remitida no se opone a la doctrina jurisprudencial, esta Sala considera necesario salir al paso de la desafortunada expresión de la sentencia recurrida cuando afirma que la negativa a realizar la prueba biológica no puede ser tomada como una prueba concluyente si no viene avalada por otras pruebas que demuestren ‘sin ningún género de dudas’ el hecho controvertido.

No es eso lo sentado por esta sala ni por el Tribunal Constitucional que en su sentencia 7/1994, de 17 de enero, reprochó que se exigiese a la demandante en el proceso, para dar relevancia a la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, la presentación de forma incontrovertible de otras pruebas no biológicas absolutamente definidas, pues ‘al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE , colocándola en una situación de indefensión’

La sentencia del TC 29/2005, de 14 de febrero , con cita de el ATC 3717/2003, de 21 de noviembre, recoge que ‘hemos rechazado que se pueda atribuir a la referida negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica ‘un carácter absoluto de

prueba de paternidad, introduciéndose una carga contra cives que no está autorizada normativamente’, ni puede interpretarse dicha negativa como una ficta confessio del afectado (ATC 221/1990, de 31 de mayo , FJ2, in extenso), sino la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en el contexto valorativo anteriormente expuesto, es decir, en relación con la base probatoria (indiciaria) existente en el procedimiento (STC 95/1999, de 31 de mayo , FJ 2)’.” (F.D.3º)

“Procede dar respuesta al otrosí tercero del recurso, en el que con relación al recurso extraordinario por infracción procesal se solicita la práctica de la prueba pericial biológica al amparo del artículo 471 LEC.

La parte recurrente yerra en su pretensión, pues, según el párrafo segundo del precepto citado, sólo cabe la proposición de prueba al amparo de dicha norma cuando se considere ‘imprescindible para acreditar la infracción...’, en concreto la infracción procesal denunciada, y ello resulta innecesario y prescindible por cuanto el demandado ha sido firme en su negativa a someterse a la prueba biológica. Fue interrogado al efecto por la juzgadora en el acto de la vista y motivó su negativa. (...)” (F.D. 4º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: inscripción de filiación en favor de dos mujeres casadas: es inscribible la filiación, como hijo matrimonial, a favor del cónyuge de la madre biológica de un niño, sin que sea preciso justificar el uso de técnicas de reproducción asistida.

RDGRN de 8 de febrero de 2017 (1ª).

<http://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2017/03/Res-8-Feb-2017-doble-filiacion-materna.pdf>

“Pretenden las interesadas, quienes contrajeron matrimonio el 14 de agosto de 2007 y son madres de dos hijos nacidos el 20 de marzo de 2009, que en la inscripción de nacimiento de otro hijo biológico de una de ellas, nacido el 30 de julio de 2016, se haga constar asimismo su filiación respecto de la cónyuge no gestante sin necesidad de aportar justificación de que el nacimiento se produjo como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida, alegando que el apartado 5 del art. 44 de la Ley del Registro Civil de 2011, en vigor desde octubre de 2015, no lo exige. El encargado del registro rechazó la pretensión por entender que sí es imprescindible probar que la gestación se ha producido mediante técnicas de reproducción asistida y que no es aplicable la presunción de filiación matrimonial del art. 116 CC porque el supuesto de hecho en este caso es distinto.” (F.D. 2º)

“La posibilidad de reconocimiento de una doble maternidad, inicialmente limitada a la vía de la adopción, fue introducida por la Ley 3/2007, que reformó el artículo 7 de la LTRHA reconociendo, mediante una ficción legal, que en caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres, podría determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a favor de la cónyuge no

gestante siempre que esta hubiera manifestado previamente su consentimiento al respecto ante el encargado del registro civil del domicilio conyugal. Es decir, que el art. 7.3 LTRHA introdujo en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial, diferente de la presunción del art. 116 CC, si bien condicionada al cumplimiento de determinados requisitos. Posteriormente, la reforma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, introdujo también una modificación en el apartado tercero del art. 7 de la LTRHA en cuanto a la forma en la que debe prestarse el consentimiento, de manera que ya no es necesario manifestarlo antes del nacimiento, quedando el artículo redactado como sigue: ‘Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.’” (F.D. 3º)

“Pero la misma Ley 19/2015 que reformó el precepto aludido en el fundamento anterior, introdujo un nuevo apartado en el art. 44 de la Ley del Registro Civil de 2011 que reproduce prácticamente el contenido del mencionado art. 7.3 LTRHA pero de cuyo literal ‘También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.’ cabe colegir que la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida. Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA pues la filiación establecida en ese caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el artículo 8 de la citada ley.” (F.D. 4º) [M.B.A.]

B) Alimentos.

Jurisprudencia: Alimentos: el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación.

STS (Sala 1ª) de 19 de enero 2017, rec. nº 212/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7921666&links=%2212%2F2015%22%20%2233%2F2017%22%20%22JOSE%20ANTONIO%20SEIJAS%20QUINTANA%22&optimize=20170131&publicinterface=true>

“Se formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación, contra la sentencia que modifica la medida de alimentos de los dos hijos menores de las partes en su día acordada.

En el primero acusa la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 9.2, 24 y 120.3 de la Constitución, y artículos 3 y 93 del Código Civil. Se refiere a la falta de motivación de lo resuelto por la Audiencia respecto al cálculo de la pensión por alimentos que debe abonar el padre no custodio, lo que se hace sin argumentos para cuantificar la nueva pensión; todo ello apoyado por la necesidad de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

En el segundo, formulado en interés casacional, se dice que la solución es contraria al artículo 146 del CC y a la jurisprudencia de esta Sala, señalando que no han variado las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la adopción.

Los dos se desestiman. El primero porque lo que está cuestionando, a partir de una indebida cita en el motivo de normativa procesal, constitucional y sustantiva, no es tanto una falta de motivación que, aunque mínima, no solo existe, sino que es suficiente para apreciar la causa de la decisión judicial, como el desacuerdo de la parte recurrente con aquello que constituye el fondo de la cuestión que luego se plantea en casación sobre la modificación de la cantidad de alimentos para los hijos comunes y, en concreto, el impacto que tiene en la pensión de alimentos la ocupación y uso de la vivienda familiar la nueva familia creada por la actual pareja de la demandada, conviviente en el que fue domicilio familiar, propiedad de ambos litigantes.

También se desestima el de casación. (...) la presencia de un tercero en la vivienda familiar, cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, no se plantea desde la medida de uso, sino desde la prestación alimenticia, y es a la vista de este planteamiento por lo que el recurso de casación no puede admitirse porque con la valoración probatoria y jurídica de la sentencia, no es posible sostener que el juicio de proporcionalidad realizado sea ilógico o desproporcionado.

Es doctrina reiterada de esta Sala (sentencias 27 de enero, 28 de marzo y 16 de diciembre de 2014; 14 de julio y 21 de octubre de 2015 que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC ‘corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146’, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, ‘entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad,

que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación’.

Y no lo es en este caso porque este juicio de proporcionalidad en cuanto al caudal o medios del alimentante y necesidades del alimentista se ha aplicado correctamente en función de los datos que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarse los alimentos, como son la contribución de ambos cónyuges a los gastos de la vivienda y coste de una empleada de hogar lo que, a juicio de la audiencia, son gastos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del alimentante, y que motiva que la obligación de pago deba reducirse en razón a la entrada en escena de un tercero que necesariamente debe contribuir a estos gastos, estando como está integrada la vivienda en el concepto de alimentos, y esta argumentación no es irracional ni menos aún absurda para sustituirla en casación.” (F.D. 1º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: El nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad.

STS (Sala 1ª) de 1 de febrero 2017, rec., nº 1928/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7936668&links=%221928%2F2016%22%20%2261%2F2017%22%20%22JOSE%20ANTONIO%20SEIJAS%20QUINTANA%22&optimize=20170217&publicinterface=true>

“(…) la formulación del recurso de casación en el que, en un único motivo, cita como precepto infringido el artículo 91 del Código Civil, sobre alteración de circunstancias, y la oposición de la sentencia a la doctrina de esta Sala (sentencia 250/2013, de 30 de abril).” (F.D.1º)

“El recurso se estima.

La sentencia recurrida reitera su propia doctrina en el sentido siguiente: ‘el hecho de nuevos hijos es un hecho libre en ejercicio de la libertad pero en modo alguno podrá condicionar ni limitar los derechos de los anteriores’.

La sentencia desconoce la jurisprudencia reiterada de esta Sala en la interpretación y aplicación de la norma invocada en el recurso, lo que supone no solo un tratamiento desigual a situaciones iguales, sino que justifica el interés casacional del recurso que formula por oposición a la jurisprudencia de esta Sala, y que de otra forma no hubiera sido admitido. La sentencia 30 de abril 2013, que reproducen las sentencias de 21 de septiembre y 21 de noviembre 2016 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente:

‘el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad’.

Por consiguiente, el hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, dice la sentencia, ‘no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 de la Constitución Española, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante.’”(F.D.2º)

“Asumiendo la instancia, son hechos que van a servir a la solución del conflicto: por un lado, el nacimiento de dos nuevos hijos y, por otro, que el alimentante disfruta de la misma situación laboral y económica antes y después de su nacimiento y que su actual esposa, extremo no cuestionado, desarrolla un trabajo de venta minorista de artículos de papelería cuya actividad arrojó pérdidas, como justifica mediante la relación de pérdidas y ganancias y declaración de la renta percibida, contribuyendo a la economía familiar con pequeñas cantidades de dinero procedentes de esta actividad económica; datos todos ellos que permiten concretar una nueva prestación de 180 euros al mes, revisable en la forma que venía acordada.” (F.D.3º) [P.M.R.].

C) Régimen de custodia.

Jurisprudencia: Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.

STS (Sala 1ª) de 17 de enero 2017, rec. n.º. 3299/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7926432&links=%223299%2F2015%22%20%2223%2F2017%22%20%22FRANCISCO%20JAVIER%20ARROYO%20FIESTAS%22&optimize=20170206&publicinterface=true>

“(…)

Recurso extraordinario por infracción procesal.” (F.D. 2º)

“Motivo primero. En base al art. 469, 1, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia según el art. 218,1 , 2 de la LEC , en relación con el art. 1.7 del Código Civil, que deducidas, es decir congruentes, exigiendo así mismo su debida motivación, art. 120.3 de la Constitución Española y art. 465.5 de la LEC respecto a sentencias dictadas en recurso de apelación.

En el primero, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, denuncia la recurrente la infracción de los arts. 218, 1, 2 LEC en relación con el art. 1.7 CC, por falta de congruencia y motivación de la sentencia recurrida, como exige también el art. 120.3 CE y el art. 465.5 LEC.

El recurrente entiende que la sentencia recurrida adolece de falta de motivación para fijar el régimen de medidas pues mantiene lo acordado en el auto de medidas provisionales, pero en la celebración del juicio la perito amplió su informe considerando que era posible y adecuado otorgar la guarda y custodia de forma compartida a ambos progenitores a través de un sistema progresivo. Pero además en el informe pericial se aconsejaba ampliar el régimen de visitas en dos días con pernocta y la Sala solo ha acordado un día con pernocta. (...)” (F.D. 3º)

“Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida se valora y razona sobre el informe pericial, debiendo entender este como un todo, es decir, tanto el documento escrito como su ratificación, no concurriendo dato algún que pueda hacer suponer que la sala de apelación no ha tenido en cuenta lo practicado en el acto del juicio, por lo que no se incurre en falta de exhaustividad ni en incongruencia (art. 218 LEC).” (F.D. 4º)

“Motivo segundo.- En base al art. 469, 1, 2.º de la LEC .- Por infracción de los arts. 216, 217 y 218 de la LEC en relación con el art. 752 de la misma Ley.

Motivo tercero.- En base al art. 469.1, 4.º de la LEC .- Infracción de norma aplicable para resolver la cuestión objeto del proceso y en concreto por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el art. 24 de la Constitución Española .

El recurrente mantiene que ha probado que puede ejercer la guarda y custodia del menor igual que la madre, nada en el procedimiento indica que no se pueda ejercer la guarda y custodia de forma compartida y la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta la igual implicación del padre en la crianza y cuidados del hijo, ni que el régimen progresivo se ha venido cumpliendo.” (F.D. 5º)

“Se desestiman los motivos, que se analizan conjuntamente por su interconexión.

No consta error flagrante en la valoración de la prueba sino tan solo unas conclusiones que no son del agrado de la parte recurrente (art. 24 de la Constitución), pero que tienen apoyo en las pruebas practicadas, especialmente en el informe psicosocial.

Recurso de casación.” (F.D. 6º)

“Motivo primero.- Infracción de la doctrina y la jurisprudencia relativa a la guarda y custodia compartida y a los requisitos necesarios para el establecimiento de la guarda y custodia compartida a petición de uno solo de los progenitores, así como su carácter no excepcional, doctrina asentada por el alto tribunal en numerosas sentencias entre ellas la STS de 29 de abril de 2013 (RC 2525/2011) que sienta doctrina a este respecto en su fundamento de derecho cuarto, así como el apartado 3 del fallo de la citada resolución; STS de 9 de marzo de (RC 113/2010); la STS de 8 de octubre de 2009 (RC 1471/2006); la STS de 2 de julio de 2014 (RC 1937/2013).

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC por infracción del art. 92 del Código Civil al considerar que no se ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor (STS de 7 de junio de 2013, RC 1128/2012 ; STS 579/2011 de 22 de julio y STS 578/2011 de 21 de julio RC 338/2009).

En el primero denuncia la vulneración de la doctrina y jurisprudencia relativa a la guarda y custodia compartida y a los requisitos necesarios para su establecimiento cuando uno de los progenitores lo pide y la vulneración también de la doctrina que determina que la custodia compartida no tiene carácter excepcional y en el segundo alega la infracción del art. 92 CC que no permite entender que la custodia compartida se trate de una medida excepcional, sino al contrario habrá de considerarla como normal. (...)” (F.D. 7º)

“Se desestima el motivo.

Ante esta sala se aportó al amparo del art. 271 de la LEC sentencia de 30 de junio de 2016 del Juzgado de lo Penal nº 17 de Valencia, con sede en Paterna, en la que se condenaba a D. Roque, por un delito de amenazas en el ámbito familiar. Esta resolución fue confirmada por la sentencia de 31 de octubre de 2016 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia (...)

De lo transcrito se deduce la notable agresividad del recurrente hacia su pareja y la prohibición judicial de comunicación con ella, lo que supone un obstáculo insalvable, pues para la adopción del sistema de custodia compartida es preciso que las partes tengan una elevada capacidad de diálogo.

Esta sala ha declarado, entre otras, en sentencia de 12 de abril de 2016, rec. 1225 de 2015:

‘La interpretación del artículo 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 de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma ‘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... Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario’.

A la vista de esta doctrina, debemos declarar que la condena del esposo por amenazar a su pareja y a la familia de ésta y la prohibición de comunicación, impiden la adopción del sistema de custodia compartida, dado que el mismo requiere una relación razonable que permita el intercambio de información y un razonable consenso en beneficio de los menores, que aquí brilla por su ausencia, por lo que procede desestimar el recurso de casación.” (F.D. 8º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: Interés del menor y recurso de casación: la infracción invocada de norma, jurisprudencia o principio general del Derecho aplicable al caso debe ser relevante para el fallo, atendida la ratio decidendi de la sentencia recurrida. La impugnación debe dirigirse contra la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo, es decir, que constituyan “ratio decidendi”. Quedan excluidos los argumentos “obiter”, a “mayor abundamiento” o “de refuerzo”.

STS (Sala 1ª) de 18 de enero 2017, rec. nº 2545/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7926437&links=%222545%2F2015%22%20%2229%2F2017%22%20%22EDUARDO%20BAENA%20RUIZ%22&optimize=20170206&publicinterface=true>

“Primer Motivo. Decisión de la sala.

1. - Tiene declarado la sala, al decidir sobre la admisión de los recursos de casación, que debe combatirse en ellos únicamente los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan ‘ratio decidendi’ (AA 30 de octubre y 4 de diciembre de 2007). Quedan excluidos los argumentos ‘obiter’, a ‘mayor abundamiento’ o ‘de refuerzo’ (SSTS número 362/2011, de 7 de junio, y 327/2010, de 22 de junio, entre otras). La impugnación debe dirigirse contra la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo, es decir, que constituyan ‘ratio decidendi’ (SSTS número 238/2007, de 27 de noviembre; número 1348/2007, de 12 de diciembre; número 53/2008 de 25 de enero; número 58/2008, de 25 de enero; número 597/2008, de 20 de junio, entre otras).

Así fue recogido en el Acuerdo de la Sala, de fecha 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación extraordinario por infracción procesal.

Al tratar de los motivos del recurso, y en concreto del recurso de casación, se acuerda que ‘la infracción invocada de norma, jurisprudencia o principio general del Derecho aplicable al caso debe ser relevante para el fallo, atendida la ‘ratio decidendi’ de la sentencia recurrida’.

2.- Si se aplica la anterior doctrina al motivo del recurso la consecuencia debe ser su desestimación por inadmisión.

La sentencia recurrida no aplica el ordenamiento jurídico suizo como ‘ratio decidendi’ de su decisión, sino que se limita a declarar que, siendo aplicable al formularse la demanda la legislación española con patria potestad compartida de los progenitores, lo que cabe es decidir, bajo el interés superior del menor, sobre la guarda y custodia de éste al haber existido un cambio sustancial de circunstancias tras las resoluciones dictadas por los tribunales suizos, reconocidas en España mediante el exequatur.

Tal cambio sustancial consiste en el cambio de residencia de la madre custodia, de Suiza a España, con traslado con ella del menor.

Por tanto no cuestiona, ni tampoco los escritos rectores del procedimiento, que el tribunal español se haya de pronunciar sobre la licitud o no del traslado del menor, remitiendo a la legislación suiza, conforme a nuestra norma de conflicto, y la no aplicación de ésta por ir contra nuestro orden público interno.(...)” (F.D.2º)

“Segundo Motivo. Decisión de la Sala.

1.- El motivo denuncia que la sentencia recurrida hace una aplicación incorrecta del principio de protección del interés del menor, consciente de la doctrina de la sala (SSTS de 10 de septiembre de 2015, rec. 797/2014 y 19 de noviembre 2015, rec. 2724/2014) de que en los supuestos de traslado del progenitor custodio a una localidad distinta de aquella en la que viene residiendo, y a la que le sigue el menor por continuar con la guarda y custodia de él, se ha de tener en cuenta el respeto y protección del interés superior del menor a la hora de decidir sobre su nueva situación.

Lo importante y relevante no es si se puede coartar la libertad del progenitor custodio a elegir residencia, sino sobre la procedencia o improcedencia de pasar el menor a residir en otro lugar, lo que le puede comportar un cambio radical tanto en su entorno social como parental, con problemas de adaptación. Así, de afectar el cambio de residencia a los intereses del menor, que deben ser preferentemente tutelados, podría conllevar un cambio de la guarda y custodia (STS de 26 de octubre de 2012, rec. 1238/2011).

La sentencia 536/2014, de 20 de octubre, que decide sobre un supuesto de traslado al extranjero, afirma que ‘es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de ese interés...’, para, tras valorar las circunstancias concurrentes, mantener la guarda y custodia de la madre por ser beneficiosa para el interés del menor en cuestión. (...)

De todos esos hechos infiere la sentencia de la Audiencia que el cambio de custodia no beneficiaría al menor, pues cambiar al otro país alteraría sus costumbres y hábitos ya adquiridos, su escolarización e idioma, teniendo en cuenta que lleva más de dos años residiendo en Alicante. Lo anterior no va en detrimento del derecho a relacionarse con el otro progenitor, que queda salvaguardado con un adecuado régimen de visitas, como el recurrente solicita en su demanda de forma subsidiaria.

4.- A la vista de lo expuesto estamos ante la cita de norma infringida meramente instrumental y, subsiguientemente ante un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente, incapaz de realizar la función de unificación jurisprudencial propia del recurso, pues la sentencia recurrida, partiendo de los hechos probados, se ha limitado a aplicar la doctrina vigente de esta sala en la materia.” (F.D. 3º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7926435&links=%22398%2F2016%22%20%2248%2F2017%22%20%22JOSE%20ANTONIO%20SEIJAS%20QUINTANA%22&optimize=20170206&publicinterface=true>

STS (Sala 1ª) de 26 de enero 2017, rec. nº 398/2016.

“Se formula recurso de casación estructurado en un motivo único basado en que la sentencia se opone a la doctrina de esta Sala sobre guarda y custodia compartida. Cita las sentencias de 25 de abril y 2 de julio de 2014 y considera que las razones que esgrime la sentencia no constituyen fundamento suficiente para denegar la custodia compartida interesada estando como está acreditado que ambos progenitores están capacitados para ostentarla; que los menores mantienen vínculos con uno y otro; la proximidad del domicilio, el trabajo del padre y que las relaciones entre ambos progenitores no impiden el diálogo.

Se desestima.

Cierto es que la sentencia incurre en dos errores fundamentales en la solución del conflicto. El primero, y más grave por razones de simple igualdad y seguridad jurídica en la aplicación de la jurisprudencia, donde tiene su origen la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (artículo 1.6 CC), puesto que la sentencia desconoce los criterios de aplicación establecidos reiteradamente por esta Sala sobre la guarda y custodia compartida. El segundo, la

contradicción en que incurre al denegarla en razón a las malas relaciones existentes entre ambos progenitores, sin atender al interés de las niñas expresado en recientes sentencias de esta Sala como la de 3 de mayo 2016, citando las de 30 de octubre de 2014 y 17 de julio de 2015, cuando afirma que ‘la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Pero ello no empecé a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se esté régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos’.

El recurso, sin embargo no puede ser admitido por una doble razón procesal y sustantiva. En primer lugar por falta de indicación en el escrito de interposición del recurso de la norma sustantiva infringida (art. 483. 2. 2º en relación con los artículos 481.1 y 487.3 LEC), lo que sería causa suficiente de inadmisión (STS de 22 de diciembre de 2011, 26 de junio 2015), y porque no es más que una reiteración casi literal de lo que ya expuso con motivo del recurso de apelación.

En segundo lugar, porque, frente el hecho acreditado de que la madre es la progenitora principal de referencia, lo que la parte ahora recurrente propuso inicialmente no es lo que sostuvo después en razón a una nueva jornada laboral con cambio de turno. Lo que pretendía era pasar con las menores los miércoles y los jueves, además de los fines de semana alternos y periodos correspondientes de vacaciones de navidad, semana santa y verano, repartidas por mitad y, como dice la sentencia de 3 de mayo de 2016, ‘...Si se atiende a las necesidades intersemanales de los menores, tanto personales como escolares, en función de la edad actual de los mismos, el régimen propuesto de pernocta de dos días intersemanales con el padre, no es el más propicio para un régimen de guarda y custodia compartida, por compadecerse más con un régimen monoparental con amplitud de comunicación y visitas para el custodio.’ (...)” (F.D. 2º) [P.M.R.].

D) Vivienda Familiar.

Jurisprudencia. La atribución temporal del uso de la vivienda familiar cuando hay hijos mayores de edad debe hacerse teniendo en cuenta las circunstancias personales y económicas del caso concreto, que determinarán el plazo de duración de dicha atribución. En cuanto a la pensión compensatoria, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, no impidiendo el juego de los artículos 100 y 101 del CC.

STS (Sala 1ª) de 19 de enero de 2017, rec. nº 2550/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7921667&links=%2234%2F2017%22&optimize=20170131&publicinterface=true>

“(…) Es jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 5 de septiembre de 2011 , 30 de marzo y 14 de noviembre de 2012 , 12 de febrero de 2014 , 29 de mayo 2015 y 17 de marzo 2016), la siguiente: ‘... la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3 ° del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección ... ’.

(...) para configurar un límite temporal al uso de la vivienda debe llevarse a cabo un análisis pormenorizado de las circunstancias tanto personales como económicas a tener en cuenta. Y así es en efecto. Pero lo que no es posible, una vez analizadas dichas circunstancias, es mantener indefinidamente en el uso a uno de los cónyuges, pues eso no lo autoriza el artículo 96, 3 del Código Civil, que es lo que realmente pretende la recurrente, pues estas circunstancias han sido analizadas en la sentencia y, como resultado, ha limitado temporalmente el uso” (F.D. 3º).

“(…) el establecimiento de un límite temporal para su percepción[de la pensión compensatoria], además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia (...) que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC que, (...), 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 permitirán fijar la cuantía de la pensión , que permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación y criterios de certidumbre o potencialidad real, como recoge la sentencia de 10 de febrero de 2005 , determinada por altos índices de probabilidad, que es ajeno a lo que se denomina futurismo o adivinación (STS de 2 de junio de 2015). El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio.

(...) Es 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)’ (sentencias de 27 de octubre 2011, 20 de junio 2013, 11 de mayo 2016). Lo que no es posible es limitar la pensión por un determinado periodo de tiempo en razón a circunstancias que no se han producido hasta la

fecha, como es el cese de los ingresos que obtiene el obligado al pago” (F.D. 4º). [S.R.LL.]

Jurisprudencia: Procedencia de la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar, pero privativa del cónyuge, al hijo mayor de edad con discapacidad reconocida pero no declarada, y al progenitor en cuya compañía queda.

STS (Sala 1ª) de 19 de enero de 2017, rec. nº 1222/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7921677&links=%2231%2F2017%22&optimize=20170131&publicinterface=true>

“(…) Tampoco tiene en cuenta esta condición (discapacidad de hija mayor de edad reconocida pero no declarada judicial ni administrativamente) el artículo 96 del Código Civil, ni en el caso de los hijos ni en el de los cónyuges, ni se regula en ningún derecho civil especial sobre esta materia.

(…) El problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención[de Nueva York de 2006] presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad.

Cuando ello ocurre, estaremos en una situación de igualdad entre y marido y mujer, en la que resulta de aplicación lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 96, atribuyendo el uso al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije, como hizo la sentencia recurrida.

Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad.

No se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna. Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad.

Esta equiparación la hizo esta sala en las reseñadas sentencias en supuestos muy concretos de prestación de alimentos y con un evidente interés de que puedan superar esta condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario y siempre con la posibilidad de que los alimentos puedan ser atendidos por el alimentante en su casa. «Sin que ello suponga ninguna disminución (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico», dice la sentencia 372/2014 de 7 de julio.

El interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores: depende de su estado y grado, físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de su estado; del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo, que proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado, y un respeto a su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria, siempre que sea posible, lo que supone, como en este caso ocurre, que la toma de decisiones derivadas del divorcio de los padres sea asumida por la hija y no por su madre.

Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automáticamente y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art 142 CC). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda

familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores.

El alcance del deber alimenticio de cada uno, transcurrido el tiempo de uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, estará en función de los recursos y medios del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos” (F.D. 2º) [S.R.LL.]

Jurisprudencia: La atribución del uso de la vivienda familiar cuando los hijos son menores de edad se hace en función su interés, no siendo posible fijar prematuramente en la sentencia que la atribución del citado uso se prolongue más allá de la mayoría de edad y hasta la independencia económica de la hija.

STS (Sala 1ª) de 23 de enero de 2017, rec. nº 755/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7921669&links=%2243%2F2017%22&optimize=20170131&publicinterface=true>

“(…) Cuando existen hijos menores de edad el interés de éstos es el que determina la atribución del uso de la vivienda familiar, que corresponderá a ellos y al progenitor custodio (artículo 96.1 CC). Sólo existen dos factores que eliminan el rigor de la norma: (i) cuando la vivienda no tenga el carácter de familiar; (ii) cuando el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios.

(…) la sentencia de primera instancia fue correcta atribuyendo el uso de la vivienda familiar a la menor y a la progenitora custodia.

Ahí pudo detenerse. Sin embargo, conocedora de la doctrina de esta Sala, limitó la aplicación rigorista del artículo 96.1 CC hasta la mayoría de edad de la menor para, alcanzada ésta, que se aplicase el artículo 96.3 CC y se decidiese prudencialmente a favor del cónyuge cuyo interés fuera el más necesitado de protección, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable.

(…) existe doctrina de sentencia de pleno, que recoge la sentencia 315/2015, de 29 de mayo, rec.66/2014, del siguiente tenor:

“La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso, dice la sentencia de 11 de noviembre 2013, deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de

acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas’.

4.- En atención a lo expuesto la sentencia recurrida decidió prematuramente, como si la hija ya fuese mayor de edad, y teniendo en cuenta sólo las circunstancias de ella y no las del progenitor más necesitado de protección en atención a las circunstancias fácticas que la propia sentencia recoge.

Un supuesto similar fue el que decidió la sentencia 604/2016, de 6 de octubre, rec. 1986/14, con cita de la jurisprudencia antes citada, y declara lo siguiente:

‘En el caso que se enjuicia la sentencia recurrida valora que los hijos viven con su madre y que no tienen independencia económica encontrándose en periodo de formación por lo que, dice, sin citar jurisprudencia alguna, que solo cabe hacer el uso y atribución del domicilio ‘a los hijos por ser estos el interés más necesitado de protección’ y ‘exclusivamente hasta la independencia económica’

(...) El uso se atribuye al progenitor (...), y por el tiempo que prudencialmente se fije a su favor y este tiempo no es el que conviene a los hijos sino a ella, aunque pueda valorarse la circunstancia no solo de que convivan con ella los hijos, sino de que aquella custodia que se había establecido a su favor durante su minoría de edad desaparece por la mayoría de edad y si estos necesitaran alimentos, en los que se incluye la vivienda, pueden pasar a residir con cualquiera de sus progenitores en función de que el alimentante decida proporcionarlos manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos’

Por consiguiente, la sentencia recurrida, utilizando el criterio del interés de los hijos mayores, contradice la doctrina de esta sala y ha de ser casada” (F.D. 2º) [S.R.LL.]

E) Pensión compensatoria.

Jurisprudencia: Con independencia de cuál sea la duración de la pensión compensatoria, no hay obstáculo a declarar su extinción en un procedimiento de modificación de medidas si se produce una alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias económicas contempladas en el convenio regulador.

STS (Sala 1ª) de 27 de enero de 2017, rec. nº 2238/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7926444&links=%222238%2F2015%22&optimize=20170206&publicinterface=true>

“(…) La Sala, y cualquiera que sea la duración de la pensión (STS de 19 de mayo de 2015, rec. 507/2014) ha considerado (STS de 23 de octubre de 2012 y las en

ellas citadas) que: ‘Por lo que se refiere a su extinción posterior, esta sala (...) consideró, (...), que cualquiera que sea la duración de la pensión ‘nada obsta a que habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada’, lo que deja expedita la vía de los artículos 100 y 101 CC, siempre, lógicamente, que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas’. Esto es, una alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores.

4.- Si se está los ingresos que perciben en la actualidad ambos, en atención a sus respectivas fuentes, es evidente, (...), que la situación económica de las partes ha sufrido una modificación sustancial y relevante.

El demandante percibe una pensión contributiva de 971 € mensuales, similar a sus ingresos cuando concertó con su esposa el convenio regulador.

La demandada, sin embargo, no tenía ingresos, a salvo los 180 € que como pensión compensatoria recibía del actor, y ahora tiene una pensión no contributiva de 388 €, con lo que su poder adquisitivo se ha visto aumentado en 208 €.

A ello se ha de sumar, (...), que el actor tiene su domicilio en una vivienda por la que paga una renta mensual de 380 € mensuales, mientras que la recurrente tiene su domicilio en una vivienda de su propiedad.

Por todo ello el recurso no puede estimarse, reconociendo la Sala lo exiguo de las cantidades que se valoran, que se encuentran en el límite de la subsistencia” (F.D. 5º). [S.R.LL.]

Jurisprudencia: Las circunstancias determinantes para la fijación de la pensión compensatoria, cuando ya han sido tenidas en cuenta en el convenio regulador en el que se acordó la procedencia de la misma, no pueden volverse a valorar para determinar la extinción de la misma.

STS (Sala 1ª) de 3 de febrero de 2017, rec. nº 2098/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7937921&links=%222098%2F2016%22&optimize=20170220&publicinterface=true>

“(…) La doctrina de la Sala tiene sentado (sentencia 446/2013, de 20 de junio, rec. 876/2011 y 641/2013, de 24 de octubre, rec. 2159/2012 que: ‘Las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. 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) o la convivencia del

perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC).

Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente (SSTS 27 de octubre 2011, 20 de junio 2013). Es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 del CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida -vitalicio-².

Entre tales circunstancias es cierto que se contempla con tal virtualidad la idoneidad o actitud de la perceptora para superar el desequilibrio económico. Pero para que así sea es preciso alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio.

Para obtener tal certeza el órgano judicial ha de llevar a cabo un juicio prospectivo, y al hacerlo ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, como recoge reiterada jurisprudencia de esta Sala.

(...) Enlazando con lo anteriormente expuesto, y por ello la admisibilidad del recurso, únicamente es posible la revisión casacional de las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación 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.

(...) la Sala concluye que ha de merecer tal calificación el juicio prospectivo que se ha llevado a cabo en la sentencia recurrida.

En el presente caso las circunstancias determinantes del desequilibrio y de la subsistencia del mismo ya venían analizadas en el convenio regulador recogido en la sentencia de separación matrimonial, justificando las circunstancias de la concesión del derecho y fijándose su cuantía y la duración indefinida, sin que nada se dijese o contemplase de la posibilidad que tenía entonces la esposa de superar en un tiempo determinado el desequilibrio que le generaba la ruptura.

Tales circunstancias (...) se compadecían con los parámetros de nuestra jurisprudencia. La esposa dejó de trabajar al contraer matrimonio para dedicarse a hogar y la familia; de forma que al separarse el matrimonio en el año 2003, contando ella 44 años, llevaba 23 años sin trabajar fuera del hogar, sin formación y con delicado estado de salud y, de ahí, los términos del convenio.

Lo que en su día no se previó no puede traerse ahora a colación, reprochando a la demandada desidia en la búsqueda de empleo, sobre todo si se tiene en cuenta las dificultades que tiene el mercado laboral para personas de esa edad.

A ello se puede añadir que la cuantía de la pensión tampoco induce a pensar que no quisiese implementarla.

Por todo ello el recurso debe estimarse. No tiene sentido que lo que no se contempló cuando la recurrida tenía 44 años (limitación temporal de la pensión) se imponga ahora que tiene 57” (F.D. 3º) [S.R.LL].

Jurisprudencia: Sólo es posible la revisión casacional de las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio que sirvió de base para fijar la pensión compensatoria inicialmente, se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia.

STS (Sala 1ª) de 3 de febrero de 2017, rec. nº 2098/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7937921&links=%2269%2F2017%22&optimize=20170220&publicinterface=true>

“(…) 2.- La doctrina de la Sala tiene sentado (sentencia 446/2013, de 20 de junio, rec. 876/2011 y 641/2013, de 24 de octubre, rec. 2159/2012 que: ‘Las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. 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) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC).

Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente (SSTS 27 de octubre 2011, 20 de junio 2013). Es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 del CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida -vitalicio-’.

Entre tales circunstancias es cierto que se contempla con tal virtualidad la idoneidad o actitud de la perceptora para superar el desequilibrio económico. Pero para que así sea es preciso alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio.

Para obtener tal certeza el órgano judicial ha de llevar a cabo un juicio prospectivo, y al hacerlo ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios

de certidumbre, como recoge reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 27 de junio 2011, 23 de octubre de 2012 y las que cita la sentencia 466/2015, de 8 de septiembre, rec. 2591/2013).

(...) únicamente es posible la revisión casacional de las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación 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.

(...) la Sala concluye que ha de merecer tal calificación el juicio prospectivo que se ha llevado a cabo en la sentencia recurrida.

En el presente caso las circunstancias determinantes del desequilibrio y de la subsistencia del mismo ya venían analizadas en el convenio regulador recogido en la sentencia de separación matrimonial, justificando las circunstancias de la concesión del derecho y fijándose su cuantía y la duración indefinida, sin que nada se dijese o contemplase de la posibilidad que tenía entonces la esposa de superar en un tiempo determinado el desequilibrio que le generaba la ruptura.

Tales circunstancias, según se ha recogido, se compadecía con los parámetros de nuestra jurisprudencia. La esposa dejó de trabajar al contraer matrimonio para dedicarse a hogar y la familia; de forma que al separarse el matrimonio en el año 2003, contando ella 44 años, llevaba 23 años sin trabajar fuera del hogar, sin formación y con delicado estado de salud y, de ahí, los términos del convenio.

Lo que en su día no se previó no puede traerse ahora a colación, reprochando a la demandada desidia en la búsqueda de empleo, sobre todo si se tiene en cuenta las dificultades que tiene el mercado laboral para personas de esa edad.

A ello se puede añadir que la cuantía de la pensión tampoco induce a pensar que no quisiese implementarla.

Por todo ello el recurso debe estimarse. No tiene sentido que lo que no se contempló cuando la recurrida tenía 44 años (limitación temporal de la pensión) se imponga ahora que tiene 57.

Finalmente se ha de rechazar, por su equivocidad, las posibles rentas que le atribuye la sentencia recurrida como fruto de una herencia. En primer lugar porque no se concretan los bienes ni a título de que se dispone de ellos (dominio o nuda propiedad), con lo que resulta imposible conocer sus frutos.

En segundo lugar porque la propia sentencia consideraba que la posible mejora de fortuna de la demandada no se incluyó en la demanda como objeto de debate y, por ende, es cuestión nueva” (F.D. 3º). [S.R.I.L.]

F) Régimen de separación: compensación por trabajo para la casa

Jurisprudencia: Interpretación del art. 1438 CC: improcedencia del derecho a percibir compensación al tiempo de la disolución del régimen de separación por parte de quien, además de haberse dedicado a las tareas domésticas, hubiera colaborado en la sociedad y actividad empresarial del otro cónyuge, a través de un contrato laboral por cuenta ajena.

STS (Sala Primera) de 28 de febrero de 2017, rec. nº 556/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7956144&links=%22136%2F2017%22&optimize=20170310&publicinterface=true>

“(…) 2. La sentencia recurrida declara probada ‘la colaboración y dedicación de la esposa en la sociedad y actividad empresarial que desarrollaba el marido’.

Obsérvese, añade, ‘que el hecho de que la Sra. Martina desarrollara al mismo tiempo una determinada actividad laboral por cuenta ajena, no excluye la viabilidad de su derecho a la percepción de la compensación del artículo 1438 Código Civil. De un lado, porque ello no resulta incompatible con tal indemnización, y de otra parte porque ese trabajo por cuenta ajena estuvo vigente con anterioridad a que los cónyuges acordaran el actual régimen de separación de bienes’.

3. La sentencia contradice la doctrina de esta sala puesto que la actividad laboral de la esposa, como administrativa y contable, se desarrolló también por cuenta ajena antes y después de que ambos cónyuges pasaran de un régimen de gananciales a otro de separación de bienes, realizada un año antes de que el esposo abandonara el domicilio familiar (tiempo único que debería computarse), pues no de otra forma se entiende la sentencia, trabajando asimismo desde la ruptura matrimonial” (F.D. 1º) [J.R.V.B.].

Jurisprudencia: Interpretación del art. 1438 CC: cambio de doctrina jurisprudencial: la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias y en régimen de autónomo puede considerarse como trabajo para la casa, que da derecho a una compensación al tiempo de disolución del régimen de separación.

STS (Pleno Sala Primera) de 26 de abril de 2017, rec. nº 1370/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8004370&links=%22252%2F2017%22&optimize=20170503&publicinterface=true>

“(…) La regla sobre compensación contenida en el art. 1438 CC, dirigida a mitigar la desconsideración de que es objeto en el régimen de separación el cónyuge que se dedica de forma exclusiva al trabajo para la casa, pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado

ninguna suerte de actividad remunerada. En la realidad social actual (art. 3.1 del C. Civil), más allá de aquella inspiración que movió al legislador a introducir una compensación económica para ese cónyuge, parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia.

En el presente caso, es relevante que la esposa trabajó en la casa y, además, en el negocio familiar con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido.

Por tanto esta sala debe declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión ‘trabajo para la casa’ contenida en el art. 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar.

Con este pronunciamiento, se adapta la jurisprudencia de esta sala, recogida entre otras en sentencias 534/2011 135/2015, al presente supuesto en el que la esposa no solo trabajaba en el hogar sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido, criterio que ya se anticipaba en sentencia 136/2017, de 28 de febrero que atiende para denegar el derecho a la compensación económica citada a que la realización de un trabajo fuera del hogar se haya realizado “por cuenta ajena” (F.D. 6º) [J.R.V.B.].

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

A) Cláusula penal

Jurisprudencia: cláusula penal por razón de morosidad: no cabe moderarla judicialmente, salvo prueba de la existencia de una elevada desproporción entre la cuantía de la pena pactada y el importe efectivo de los daños debida a circunstancias imprevisible al tiempo de su estipulación.

STS (Pleno Sala 1ª) de 13 de septiembre de 2016, rec. nº 647/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7819393&links=%22647%2F2014%22&optimize=20160923&publicinterface=true>

“(…) para las cláusulas penales denominadas «moratorias», dijimos en la sentencia 196/2015, de 17 de abril (Rec. 1151/2013):

La jurisprudencia sobre la procedencia del ejercicio de la facultad moderadora de una cláusula penal es clara y reiterada. Pudo haber sido revisada con ocasión del recurso resuelto por la Sentencia 999/2011, de 17 de enero de 2012, y sin embargo se confirmó. De acuerdo con esta jurisprudencia, reseñada por la citada sentencia 999/2011, de 17 de enero de 2012, no cabe ‘moderar la cláusula penal cuando está expresamente prevista para el incumplimiento parcial o para el cumplimiento deficiente o retardado, afirmándose en la sentencia 633/2010, de 1 de octubre, que reproduce la 384/2009, de 1 de junio, y las que en ella se citan, que la previsión contenida en el artículo 1154 descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional si tal incumplimiento parcial o defectuoso hubiera sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes’.

De este modo, como indica la sentencia 839/2009, de 29 de diciembre, el art. 1154 ‘sólo autoriza tal moderación por los tribunales cuando la obligación ha sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y no cuando la penalidad se aplica directa y precisamente ante el supuesto que las partes contemplaron al establecerla, como ocurre igualmente en el caso de las penalizaciones establecidas por razón de morosidad’. Esto es, ‘la jurisprudencia de esta Sala no admite la moderación de la cláusula penal en caso de incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal cuando tal incumplimiento parcial sea precisamente el contemplado en el contrato como presupuesto de la pena (Sentencia 486/2011, de 12 de julio, con cita de otras sentencias anteriores)’.

Y, en efecto, la sentencia del Pleno 999/2011, de 17 de enero de 2012 (Rec. 424/2007), tras exponer que, en materia de moderación judicial de las penas convencionales, la norma del artículo 1154 CC mantiene para nuestro Derecho un régimen claramente diferente, mucho más estricto, al que se ha impuesto en el Derecho comparado, concluyó, bajo el título ‘La imposibilidad de moderar las penas moratorias’, que:

‘En definitiva, como, con cita de otras muchas, afirma, de modo contundente, la sentencia 1293/2007, de 5 de diciembre, “el artículo 1154 prevé la moderación con carácter imperativo (...) para el caso de incumplimiento parcial o irregular, por lo que no es aplicable cuando se da un incumplimiento total (...) o cuando se trata de un retraso en el supuesto de cláusula penal moratoria (...)”. En el mismo sentido, la 61/2009, de 19 de febrero, según la que ‘la doctrina jurisprudencial es constante en rechazar la moderación de las cláusulas penales moratorias por ser el mero retraso por sí solo inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular contemplados en el precepto de que se trata (...)’.

Bien conoce esta sala que en la «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión de General de Codificación y que publicó el Ministerio de Justicia en el año 2009, se contiene un artículo 1150 del siguiente tenor:

El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en

relación con el daño efectivamente sufrido.

Ahora bien, mientras el legislador no tenga por conveniente modificar el vigente artículo 1154 CC en un sentido semejante, como preconiza también la generalidad de la doctrina científica, esta sala debe mantener la jurisprudencia reseñada. Sin permitir que quede desvirtuada, por ejemplo, por la aplicación a las cláusulas penales de la facultad de moderación por los Tribunales de la responsabilidad que proceda de negligencia, que prevé el artículo 1103 *in fine* CC; tesis, esa -defendida por un autorizado sector doctrinal- que esta sala ha rechazado expresamente en las sentencias 615/2012, de 23 de octubre (Rec. 1835/2009) y 688/2013, de 20 de noviembre (Rec. 1218/2011).” (F.D. 2º)

“Lo sucedido en el caso de autos aconseja, sin embargo, que la decisión de mantener la jurisprudencia expuesta en el anterior fundamento de derecho se acompañe con dos consideraciones complementarias: una, desde la perspectiva *ex ante* propia del juicio de validez de las cláusulas penales; y otra, desde la perspectiva *ex post* que atiende a las consecuencias dañosas efectivamente causadas al acreedor por el incumplimiento contemplado en la cláusula penal de que se trate, en relación con las razonablemente previsibles al tiempo de contratar.

1. No cabe duda de que, como regla, y salvo en condiciones generales de la contratación entre empresarios y consumidores o usuarios (art. 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), nuestro Derecho permite las cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva: no sólo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que puedan causar los incumplimientos contractuales por ellas contemplados. Se permiten incluso en el artículo 1152.I CC (‘si otra cosa no se hubiere pactado’) las penas que no sustituyen, sino que se acumulan a la indemnización de daños y perjuicios [por todas, STS 197/2016, de 30 de marzo (Rec. 2303/2013)].

No obstante, es claro para esta sala que dicha posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el artículo 1255 CC establece: pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. No sólo las cláusulas penales ‘opresivas’, intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado [como en el caso que contempló la STS 26/2013, de 5 de febrero (Rec. 1440/2010)], o las ‘usurarias’, aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Un ordenamiento jurídico que contiene una prohibición como la del artículo 1859 CC no puede no tener límite alguno de proporcionalidad a la libertad de los

contratantes de estipular penas privadas.

Para ese último tipo de cláusulas, con penalidades desproporcionadas en el sentido descrito, esta sala expresa su disposición a admitir la reducción judicial conservadora de su validez; que, como es evidente, ninguna relación tiene con lo dispuesto en el artículo 1154 CC, por lo que no se opone a nuestra actual jurisprudencia sobre en qué casos cabe, y en cuáles no, la moderación judicial de la pena que dicha norma contempla.

Naturalmente, la carga de alegar y de probar (si no es evidente) que la penalidad era, desde la perspectiva *ex ante* considerada, extraordinariamente excesiva, corresponderá al contratante que se oponga a que la cláusula penal le sea aplicada en los términos pactados (art. 217.3 LEC).

2. Consideremos ahora las cláusulas penales con mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios; y las que, teniendo también una función coercitiva o punitiva, no presenten el problema de validez del que nos hemos ocupado en el precedente apartado 1.

Hemos dicho que, para justificar la aplicación del artículo 1154 CC, no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, *ex ante*, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate: *pacta sunt servanda*.

Sin embargo, sí parece compatible con el principio *pacta sunt servanda* que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC por analogía, cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Aplicar, en un supuesto así, la pena en los términos pactados resultaría tan incongruente con la voluntad de los contratantes, como hacerlo en caso de que ‘la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor’.

Naturalmente, la carga de alegar y de probar que la cuantía de la pena aplicable según lo pactado ha resultado ser extraordinariamente más elevada que la del daño efectivamente causado al acreedor corresponderá al deudor incumplidor que pretenda la moderación judicial de la pena (art. 217.3 LEC). Sin prueba bastante al menos para fundar una presunción judicial de que así ha ocurrido, no cabrá invocar la ‘disponibilidad y facilidad probatoria’ (art. 217.7 LEC) a fin de imponer o trasladar al acreedor la carga de acreditar la existencia y cuantía del daño efectivamente sufrido.” (F.D. 3º) [M.B.P.].

Jurisprudencia: cláusula penal por razón de morosidad: no cabe moderarla judicialmente en virtud del art. 1154 CC: tampoco es posible moderarla aplicando analógicamente el precepto: falta de prueba de la existencia de una elevada desproporción entre la cuantía de la pena pactada y el importe efectivo de los daños debida a circunstancias imprevisibles.

STS (Sala 1ª) de 25 de enero de 2017, rec. nº 647/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7926445&links=%221471%2F2014%22&optimize=20170206&publicinterface=true>

“(…) para las cláusulas penales denominadas ‘moratorias’, dijimos en la sentencia 196/2015, de 17 de abril (rec. 1151/2013):

‘La jurisprudencia sobre la procedencia del ejercicio de la facultad moderadora de una cláusula penal es clara y reiterada (...)’

(…) el art. 1154 ‘sólo autoriza tal moderación por los tribunales cuando la obligación ha sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y no cuando la penalidad se aplica directa y precisamente ante el supuesto que las partes contemplaron al establecerla, como ocurre igualmente en el caso de las penalizaciones establecidas por razón de morosidad’. Esto es, ‘la jurisprudencia de esta Sala no admite la moderación de la cláusula penal en caso de incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal cuando tal incumplimiento parcial sea precisamente el contemplado en el contrato como presupuesto de la pena (Sentencia 486/2011, de 12 de julio, con cita de otras sentencias anteriores)’.

Y, en efecto, la sentencia del Pleno 999/2011, de 17 de enero de 2012 (Rec. 424/2007), tras exponer que, en materia de moderación judicial de las penas convencionales, la norma del artículo 1154 CC mantiene para nuestro Derecho un régimen claramente diferente, mucho más estricto, al que se ha impuesto en el Derecho comparado, concluyó, bajo el título ‘La imposibilidad de moderar las penas moratorias’, que:

‘En definitiva, como, con cita de otras muchas, afirma, de modo contundente, la sentencia 1293/2007, de 5 de diciembre, "el artículo 1154 prevé la moderación con carácter imperativo (...) para el caso de incumplimiento parcial o irregular, por lo que no es aplicable cuando se da un incumplimiento total (...) o cuando se trata de un retraso en el supuesto de cláusula penal moratoria (...)". (...) según la que "la doctrina jurisprudencial es constante en rechazar la moderación de las cláusulas penales moratorias por ser el mero retraso por sí solo inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular contemplados en el precepto de que se trata (...)” ’ (F.D. 7º)

“(…) Hemos dicho que, para justificar la aplicación del artículo 1154 CC, no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que

la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, ex ante, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate: *pacta sunt servanda*.

Sin embargo, sí parece compatible con el principio *pacta sunt servanda* que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC por analogía, cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Aplicar, en un supuesto así, la pena en los términos pactados resultaría tan incongruente con la voluntad de los contratantes, como hacerlo en caso de que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

Naturalmente, la carga de alegar y de probar que la cuantía de la pena aplicable según lo pactado ha resultado ser extraordinariamente más elevada que la del daño efectivamente causado al acreedor corresponderá al deudor incumplidor que pretenda la moderación judicial de la pena (art. 217.3 LEC). Sin prueba bastante al menos para fundar una presunción judicial de que así ha ocurrido, no cabrá invocar la ‘disponibilidad y facilidad probatoria’ (art. 217.7 LEC) a fin de imponer o trasladar al acreedor la carga de acreditar la existencia y cuantía del daño efectivamente sufrido.

Esa prueba, de que lo pactado ha resultado ser extraordinariamente más elevado que el daño efectivamente causado, no ha existido, y era carga de la parte demandada. (...)” (F.D. 9º) [M.B.P.].

B) Cláusulas suelo.

Jurisprudencia: cláusula suelo: fijación de doctrina jurisprudencial: el control de transparencia no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tenga la condición legal de consumidor: no tiene dicha condición quien contrata un préstamo con la finalidad de adquirir un local en el que instalar una farmacia: inexistencia de desequilibrio o abuso de posición contractual por parte de la prestamista.

STS (Pleno Sala 1ª) de 3 de junio de 2016, rec. nº 2121/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7696266&links=%222121%2F2014%22&optimize=20160613&publicinterface=true>

“(…) 1.- La Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, (...)” (F.D. 3º)

“Improcedencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores.

1.- La recurrente, consciente de las limitaciones antes indicadas relativas a la improcedencia de un control de abusividad respecto de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, postula que sí pueden someterse a lo que la jurisprudencia de esta Sala ha denominado segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado.

2.- Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (...).

(...) 3.- Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/ CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.

4.- Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un *‘tertium genus’* que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.” (F.D. 4º)

“La buena fe como parámetro de interpretación contractual.

1.- Establecidas las conclusiones precedentes y vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los arts. 1.258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el artículo 1.258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el *contenido natural del contrato* (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc.- se derivan de la naturaleza del contrato).

2.- En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre; y 1141/2006, de 15 de noviembre). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos ('Comisión Lando'), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiéndose por tales las que 'causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato' (art. 4:110,1); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que 'concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible', ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, dado que en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación." (F.D. 5º)

“Análisis del caso sometido a enjuiciamiento. El necesario respeto a los hechos probados. Inexistencia de prueba de abuso de posición contractual dominante.

(...) 2.- En el caso que nos ocupa, y no discutido que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensibilidad gramatical, la sentencia recurrida declara como hecho probado que hubo negociaciones entre las partes, que la prestataria fue informada de la cláusula suelo y que se le advirtió de su funcionamiento y consecuencias, por lo que, al no haberse sostenido recurso de infracción procesal, hemos de partir necesariamente de dicha base fáctica. Por

tanto, no podemos afirmar que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista. Al contrario, se ha declarado probado que hubo negociaciones intensas entre las partes y que la prestataria tuvo perfecta conciencia de la existencia y funcionalidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés remuneratorio. De manera que no puede afirmarse que en este caso la condición general cuestionada comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente. Ni que el comportamiento de la entidad prestamista haya sido contrario a lo previsto en los arts. 1.256 y 1.258 CC y 57 CCom.” (F.D. 6º) [M.B.P.].

Jurisprudencia: cláusula suelo inserta en un préstamo concedido a quien no tiene la condición de consumidor: no cabe declararla abusiva, al no serle aplicable la exigencia de superar el segundo control de transparencia (cualificado o material).

STS (Sala 1ª) de 20 de enero de 2017, rec. nº 2341/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7921676&links=%222341%2F2014%22&optimize=20170131&publicinterface=true>

“(…) 1.- Excluida la posibilidad del control de abusividad en contratos en que el adherente no es consumidor, la antes citada sentencia 367/2016, de 3 de junio, afrontó el problema de si les era aplicable el denominado control de transparencia, conocido también como segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado o material.

2.- Como concluimos en dicha sentencia de Pleno, tal control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (...).

(…) 3.- Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores (...).

(…) 4.- Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual.

No corresponde a los tribunales la configuración de un *tertium genus* que no ha sido establecido legislativamente, porque no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.” (F.D. 4º) [M.B.P.].

7.- Por estas razones, la demanda de revisión no puede ser admitida a trámite.” (F.D. 7º) [M.B.P.].

Jurisprudencia: cláusula suelo: no cabe declararla abusiva, al no proceder el segundo control de transparencia (cualificado o material): una sociedad mercantil que actúa en su ámbito empresarial no puede ser consumidora.

STS (Sala 1ª) de 30 de enero de 2017, rec. nº 1531/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7936672&links=%221531%2F2014%22&optimize=20170217&publicinterface=true>

“(…) 1.- Aunque la Audiencia Provincial afirma que una sociedad mercantil, como la actora, puede ser considerada consumidora si actúa para financiarse, ello no tiene respaldo legal. En efecto, tanto conforme al art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, bajo cuya vigencia se firmó el primer contrato, como a tenor del art. 3 del TRLGCU, que ya estaba en vigor cuando se firmó el segundo, las personas jurídicas que actúan en su ámbito profesional o empresarial con ánimo de lucro no tienen la cualidad legal de consumidores. Como la finalidad perseguida con la operación sometida a enjuiciamiento, un préstamo mercantil con garantía hipotecaria, era refinanciar la actividad empresarial de una sociedad limitada, de la que se predica legalmente el ánimo de lucro (art. 116 CCom), resulta claro que dicha sociedad, Garaje Santa Inés S.L., no intervino en el contrato como consumidora, por lo que no le resulta aplicable la legislación protectora de dicho tipo de sujetos.

2.- Del mismo modo, tampoco puede compartirse la conclusión de la sentencia recurrida relativa que a la operación controvertida se le aplique la normativa MiFID, puesto que los contratos de préstamo no se encuentran dentro del ámbito objetivo de dicha regulación, según se desprende inequívocamente de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros y de la Ley del Mercado de Valores. Ni el préstamo es un contrato de inversión o un instrumento financiero, conforme a las definiciones contenidas en el anexo I de la Directiva, ni el banco actúa en dicho contrato como empresa de servicios de inversión.” (F.D. 4º) [M.B.P.].

Jurisprudencia: el TS plantea cuestión prejudicial ante el TJUE acerca de si la declaración de nulidad de la cláusula en la que se pactaron intereses moratorios abusivos debe también llevar aparejada la invalidez de la cláusula en la que se estipuló el pago de intereses remuneratorios.

ATS (Pleno Sala 1ª) de 22 de febrero de 2017, rec. n° 2825/2014

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7948203&links=%222825%2F2014%22&optimize=20170302&publicinterface=true>

“TERCERO.- Marco jurídico nacional en el que se inscribe el litigio principal

(...) el Tribunal Supremo concluyó que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del Derecho nacional, y sin que pueda integrarse el contrato, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor, dado que la supresión de la cláusula de interés de demora solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario.

(...) El Tribunal Supremo consideró que suprimir también el devengo del interés remuneratorio, que retribuye que el prestatario disponga del dinero durante un determinado tiempo, no debe ser una consecuencia de la nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva (...).

En consecuencia, lo que procede anular y suprimir completamente, privándola de su carácter vinculante, es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, cuyo carácter ‘proporcionado’ respecto del servicio que retribuye está excluido del control de abusividad (...).” (F- D. 3º)

“CUARTO.- Dudas interpretativas que motivan el planteamiento de la primera cuestión.

(...) con posterioridad a que se fijara esta jurisprudencia, varios tribunales españoles han planteado ante el TJUE cuestiones prejudiciales en las que cuestionan la compatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia con el Derecho de la Unión. Alguna de estas cuestiones ha sido admitida a trámite. Esta situación supone que, objetivamente, existen dudas sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, y determina que este Tribunal Supremo deba plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE.” (F. D. 4º)

“PARTE DISPOSITIVA

En virtud de lo expuesto, la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo de España acuerda plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente petición de decisión prejudicial:

1ª) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva?

2ª) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la «indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones», y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?

3ª) En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera negativa: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal? (...)” [M.B.P.]

Jurisprudencia: cláusula suelo: efectos retroactivos de la nulidad: cambio de criterio del TS: ha de procederse a la devolución de todas las cantidades indebidamente percibidas en virtud de la cláusula declarada nula a partir del momento de la celebración del préstamo en el que estaba inserta.

STS (Pleno Sala 1ª) de 24 de febrero de 2017, rec. nº 740/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7946094&links=%22740%2F2014%22&optimize=20170228&publicinterface=true>

“(…) Adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo (...).

1.- Según reiterada jurisprudencia tanto del TJUE -actualmente o en sus denominaciones anteriores- (sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70; 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77; 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, C-314/85; y 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06,) como del TC (sentencias 28/1991, de 14 de febrero; 58/2004, de 19 de abril; 78/2010, de 20 de octubre; y 145/2012, de 2 de julio,

entre otras muchas), los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.- El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, C-244/1980).

Además, las sentencias prejudiciales son obligatorias (artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, versión consolidada de 25 de septiembre de 2012) y tienen, como regla, eficacia *ex tunc* desde su pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (STJUE de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10).

Se trata de una fuerza obligatoria *erga omnes*, por lo que son vinculantes no solo para el juez remitente, sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento nacional de los estados miembros de la UE (STJCE de 6 de marzo de 2003, Kaba, C-446/005, y SSTJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/145; y de 1 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14).

3.- En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:

a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.

4.- En su virtud, puesto que la sentencia recurrida se ajustaba a lo que ha venido a resolver posteriormente la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el recurso de casación ha de ser desestimado, ya que aunque en su momento lo planteado en dicho recurso era acorde con la jurisprudencia de esta Sala, no lo es una vez que la misma ha de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión.” (F. D. 5º) [M.B.P.]

Jurisprudencia: cláusula suelo: validez de la misma: fue negociada individualmente por las partes, pactándose un suelo inferior al que venía aplicando la entidad de crédito, siendo, además, advertida por el Notario que autorizó la escritura del préstamo.

STS (Pleno Sala 1ª) de 9 de marzo de 2017, rec. nº 2223/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7957980&links=%222223%2F2014%22&optimize=20170313&publicinterface=true>

“1. Formulación del motivo. El motivo se funda en la infracción de la jurisprudencia contenida en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, y en concreto, los parámetros fijados por dicha sentencia para realizar el control de transparencia.

(...) 2. Desestimación del motivo. El recurso se funda en la infracción de la jurisprudencia contenida en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo.

Esta sentencia 241/2013, de 9 de mayo, recoge la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia aplicada a la cláusula suelo (...).

Conforme a esta jurisprudencia (...), cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente (...).

3. (...) La *ratio* de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactado.

Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como

explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó.

5. En una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.

En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia.

6. En el presente supuesto, la Audiencia tuvo en cuenta la citada doctrina jurisprudencial y llevó a cabo el control de transparencia a la vista de la prueba practicada. Las razones vertidas en la sentencia recurrida corroboran que el control de transparencia respetó la jurisprudencia.

Los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que la cláusula está introducida y ubicada dentro del contrato de tal forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas, ‘sino que se muestra como una cláusula principal del contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecía resaltado en negrilla’.

Se añade, a continuación, que la prueba practicada acredita que la cláusula fue negociada individualmente entre los demandantes y la Caja Rural, como lo muestra que se aplicó como suelo un tipo inferior al que venía usando la entidad, y que la notario que autorizó la escritura expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés.

A la vista de lo anterior, la sentencia recurrida concluye que los demandantes

‘conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida «cláusula suelo», que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial.’ (F. D. 2º) [M.B.P.].

Jurisprudencia: cláusulas suelo. Denegación de revisión de las sentencias firmes anteriores a la STJUE de 21 de diciembre de 2016 para hacer efectiva la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo al momento de la celebración del contrato en el que estaban insertas. No es posible obtener la revisión de una sentencia firme por el hecho de que una sentencia posterior establezca una jurisprudencia que sea incompatible con los argumentos que fundamentan el fallo de la sentencia anterior. La sentencia posterior no es un «documento» a efectos de lo previsto en el art. 510.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ATS (Pleno Sala 1ª) de 4 de abril de 2017, rec. nº 7/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7984769&links=%227%2F2017%22&optimize=20170406&publicinterface=true>

[Mediante [Sentencia de 24 de febrero de 2017](#), el Pleno de la Sala 1ª del TS (tras dictarse la STJUE de 21 de diciembre de 2016), en contra del criterio que venía manteniendo, estimó que no era procedente limitar en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, concretamente, al momento de dictarse la [STS de 9 mayo de 2013](#) (v. [Comentario de Pedro Chaparro](#)), sino que debían de devolverse todos los intereses indebidamente percibidos en la aplicación de las cláusulas declaradas abusivas desde el momento mismo de la celebración del contrato de préstamo que las contenían.

En Auto dictado en el día de hoy (4 de abril de 2017) no ha admito a trámite la demanda de revisión de sentencias firmes basadas en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y su doctrina sobre los efectos restitutorios de la nulidad de las cláusulas suelo.]

“Decisión de la sala (V). Conclusión

1.- De acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, no es posible obtener la revisión de una sentencia firme por el hecho de que una sentencia posterior establezca una jurisprudencia que sea incompatible con los argumentos que fundamentan el fallo de la sentencia anterior. Esa sentencia posterior no es un «documento» a efectos de lo previsto en el art. 510.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Nuestro ordenamiento jurídico preserva la firmeza de las sentencias frente a modificaciones posteriores de la jurisprudencia, adoptadas por propia iniciativa del Tribunal Supremo o impuestas por la doctrina sentada en las resoluciones del Tribunal Constitucional. Solo es posible la revisión de una sentencia civil firme en ciertos casos excepcionales cuando una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declare que dicha sentencia ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH, por preverlo expresamente el

art. 510.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.- La jurisprudencia del TJUE ha reconocido la importancia del principio de cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, pues garantiza tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia.

4.- El TJUE ha declarado que la posibilidad de revisar una sentencia firme dictada por un tribunal nacional de un Estado miembro como consecuencia que se haya dictado una sentencia del propio TJUE que sienta una doctrina incompatible con la que sustenta esa sentencia firme del tribunal nacional, se rige por los principios de efectividad y equivalencia.

5.- El principio de efectividad impide que se salvaguarde la seguridad jurídica en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo, porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia del tribunal nacional, como se declaró en la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08, caso Olimpclub. No es ese el caso objeto de este proceso de revisión, en que se pretende proyectar la jurisprudencia del TJUE hacia el pasado para lograr la rescisión de una sentencia firme y que se dicte una nueva sentencia que se acomode a la jurisprudencia del TJUE en un proceso que había finalizado por sentencia firme antes de que se dictara la sentencia del TJUE. En aplicación de lo declarado en la sentencia del TJUE de 18 de febrero de 2016, asunto C-49/14, caso Finanzmadrid, y las que en ella se citan, teniendo en cuenta los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento, la exclusión de la rescisión de sentencias firmes por contradecir lo declarado posteriormente en una sentencia del TJUE no puede considerarse contrario al principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.

6.- El principio de equivalencia impone la revisión de una sentencia firme dictada por un tribunal nacional, con base en una sentencia posterior del TJUE que sea incompatible con la jurisprudencia nacional, si el ordenamiento interno establece que cuando se dicte una sentencia que modifique la jurisprudencia procederá la revisión de sentencias firmes de fecha anterior que sean incompatibles con la nueva jurisprudencia. Como hemos explicado, ese no es el caso de España, cuyo ordenamiento interno no permite que un cambio en la jurisprudencia permita revisar las sentencias firmes anteriores que no se ajusten a la nueva jurisprudencia. Por tanto, el principio de equivalencia no impone que, con base en una sentencia del TJUE cuya doctrina sea incompatible con sentencias firmes dictadas con anterioridad por los tribunales nacionales, se admita la revisión de tales sentencias firmes.

C) Intereses moratorios abusivos.

Jurisprudencia: en los préstamos hipotecarios (al igual que en los personales) se considera abusivo el interés moratorio que exceda en dos puntos porcentuales del interés remuneratorio pactado.

STS (Pleno Sala 1ª) de 3 de junio de 2016, rec. n° 2499/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7693401&links=%222499%2F2014%22&optimize=20160608&publicinterface=true>

“(…) al margen de la finalidad perseguida por el legislador de 2013 al introducir ese límite del interés de demora en el art. 114 LH, ese límite no garantiza el control de abusividad. Puede que el interés de demora convenido sea inferior al límite legal y, aun así, abusivo.

(…) si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales.

(…) también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado.

De este modo, en el presente caso, el interés de demora pactado del 19% era manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en 2 puntos, razón por la cual debemos considerarlo abusivo y así debía haber sido apreciado por la sentencia recurrida.

También lo sería, en el caso de contratos concertados por profesionales con consumidores, el interés recalculado conforme al límite legal del art. 114.3 LH. Este límite operará, dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, para aquellos supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, en que deberá aplicarse el límite del interés remuneratorio incrementado en dos puntos.” (F.D. 2º) [M.B.P.].

Jurisprudencia: el TS plantea cuestión prejudicial ante el TJUE acerca de si la declaración de nulidad de la cláusula en la que se pactaron intereses moratorios abusivos debe también llevar aparejada la invalidez de la cláusula en la que se estipuló el pago de intereses remuneratorios.

ATS (Pleno Sala 1ª) de 22 de febrero de 2017, rec. n° 2825/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7948203&links=%222825%2F2014%22&optimize=20170302&publicinterface=true>

“TERCERO.- Marco jurídico nacional en el que se inscribe el litigio principal.

(...) el Tribunal Supremo concluyó que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del Derecho nacional, y sin que pueda integrarse el contrato, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor, dado que la supresión de la cláusula de interés de demora solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario.

(...) El Tribunal Supremo consideró que suprimir también el devengo del interés remuneratorio, que retribuye que el prestatario disponga del dinero durante un determinado tiempo, no debe ser una consecuencia de la nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva (...).

En consecuencia, lo que procede anular y suprimir completamente, privándola de su carácter vinculante, es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, cuyo carácter ‘proporcionado’ respecto del servicio que retribuye está excluido del control de abusividad (...).” (F.D. 3º)

“CUARTO.- Dudas interpretativas que motivan el planteamiento de la primera cuestión.

(...) con posterioridad a que se fijara esta jurisprudencia, varios tribunales españoles han planteado ante el TJUE cuestiones prejudiciales en las que cuestionan la compatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia con el Derecho de la Unión. alguna de estas cuestiones ha sido admitida a trámite. Esta situación supone que, objetivamente, existen dudas sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, y determina que este Tribunal Supremo deba plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE.” (F.D. 4º).

“PARTE DISPOSITIVA

En virtud de lo expuesto, la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo de España acuerda plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente petición de decisión prejudicial:

1ª) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y,

por tanto, es abusiva?

2ª) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la ‘indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones’, y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?

3ª) En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera negativa: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal? (...).” [M.B.P.].

D) Autocontratación.

Jurisprudencia: autocontratación: no se da cuando representante y representados se encuentran en una misma posición contractual de prestatario (actuando aquél en nombre propio y ajeno), hallándose en la otra posición contractual de prestamista un tercero ajeno a la relación de mandato representativo. Causa ilícita: inexistencia: no ha quedado probado que el propósito del representante de vaciar el patrimonio de los representados, de haber existido, hubiese sido compartido por los terceros que contrataron con aquél.

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

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7431139&links=%222732%2F2013%22&optimize=20150710&publicinterface=true>

“Las demandantes, Dª Maribel, Da Adelina y Dª Pilar , interpusieron demanda contra D. Pio (hijo de la primera y hermano de las dos últimas demandantes), su esposa Dª Clara y contra tres entidades bancarias (BBK, La Caixa y Bankinter) y tres particulares (D. Eloy, Dª Natividad y D. Aurelio) con los que el Sr. Pio contrató utilizando el poder de representación que le había sido otorgado por sus padres (la codemandante Dª Maribel y su difunto marido), en la que solicitaban que se declarara la nulidad de los negocios jurídicos concertados utilizando dicho poder de representación por ser su causa ilícita, ya que el apoderado los realizó con la intención de dañar y perjudicar a sus poderdantes y por autocontratación en la que concurría un conflicto de intereses, con manifiesto abuso de derecho (...).

(...) Tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de la Audiencia Provincial, ante la que apelaron las demandantes, han desestimado plenamente la demanda.” (F.D. 1º)

“El primer motivo del recurso de casación se encabeza así: *«Por infracción (inaplicación) del art. 1275 del CC, referente a la causa ilícita del contrato (móviles ilícitos del mandatario) y la jurisprudencia sobre dicho precepto legal»*

Como argumentos que fundamentan el motivo se alega que el mandatario actuó con unos móviles ilícitos, los de despatrimonializar a los mandantes, siendo obvio que estos no otorgaron los poderes con esa amplitud, incluida la autocontratación, para que este y su mujer les despatrimonializasen, por lo que el mandatario hizo un uso desviado de esos poderes formalmente correctos, sus móviles fueron inmorales y contrarios a la ley (...).” (F.D. 6º)

“(...) el propósito ilícito buscado por ambas partes ha sido elevado por la jurisprudencia a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad del contrato conforme al art. 1275 del Código (...), cuando venga perseguido por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra) y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (...).

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)

“El epígrafe con que se inicia el tercer motivo del recurso de casación es el siguiente: *«Por infracción (inaplicación) del art. 7.2º del CC (abuso de derecho en el ejercicio de la facultad de autocontratación) y la doctrina jurisprudencial sobre dicho precepto legal»*.

Los razonamientos que se alegan para fundar el recurso son, resumidamente, que el apoderado demandado, haciendo uso de la facultad de autocontratar, abusó de la misma con el fin de hacer negocios en su propio provecho y en perjuicio directo de los mandantes, existiendo un conflicto de intereses.” (F.D. 10º)

“La jurisprudencia de esta Sala ha considerado jurídicamente ineficaz la autocontratación cuando se da un conflicto y una contradicción de intereses que haga incompatible la actuación de una persona que obra para sí misma y a la vez en la representación de otra, física o jurídica. (...)

(...) No es ese el caso objeto del recurso. En él lo que ha sucedido es que en algunos contratos una de las partes (bien los prestatarios, bien los prestarios y quienes hipotecaban un bien para garantizar la obligación de los prestatarios) estaba integrada por el demandado que actuaba en su propio nombre, y por los

poderdantes, representados por tal mandatario con poder suficiente otorgado al efecto. Pero no se trataba de partes que estuvieran en una relación de bilateralidad o reciprocidad contractual, sino que se alineaban en una de las posiciones contractuales, mientras que en la otra posición contractual se situaba un tercero ajeno a esa relación de mandato representativo.

Es cierto que aun alineados en la misma posición contractual, podía existir un conflicto de intereses entre el representante y sus representados, porque, por ejemplo, los representados ignorasen el negocio que había sido concertado en su nombre, y fuera el representante quien aprovechara para sí la totalidad del dinero obtenido. Pero en tal caso, la existencia de ese conflicto de intereses y de ese abuso de derecho por parte del representante no puede determinar la nulidad del contrato porque la parte situada en la otra posición contractual (el banco que ha concedido el préstamo, que ha hecho el reintegro, o a favor del cual se ha constituido la hipoteca, o el comprador de un bien vendido por los demandantes representados por el apoderado codemandado) resulta ajeno al conflicto de intereses, a la conducta abusiva del representante, y no puede verse perjudicada por hechos que afectan exclusivamente a la relación interna entre los poderdantes, de un lado, y el representante, de otro, cuando dicho representante actuó dentro de las facultades que le habían sido concedidas mediante apoderamiento ante notario (...).” (F.D. 11º) [M.B.P.].

E) Derecho de opción.

Jurisprudencia: derecho de opción: concesión sobre una finca rústica que se preveía pudiera ser calificada como urbana: posterior cesión de 80% del derecho de opción a terceros: demanda presentada, exclusivamente, por los cesionarios, pidiendo la devolución del 80% del precio de la prima, al no ser posible obtener la licencia de obra: desestimación: indivisibilidad del derecho de opción e imposibilidad de resolución parcial.

STS (Sala 1ª) de 22 de septiembre de 2015, rec. nº 1915/2013.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7484286&links=%221915%2F2013%22&optimize=20151002&publicinterface=true>

“El primero de los motivos se formula por infracción del artículo 1151 del Código Civil, según el cual ‘se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial’.

La sentencia impugnada establece en cuanto a ello que ‘siendo la obligación divisible, en este caso, las actoras ostentan aptitud en relación con el derecho material para estar en juicio, derivada de su relación de parte con la situación jurídica en litigio’.

El motivo ha de ser estimado. El hecho de que se produjera una cesión de parte del derecho de opción por los iniciales optantes (...) a favor de las demandantes consistente en un 80%, y que tal cesión fuera aceptada expresamente por uno de

los concedentes, e incluso tácitamente por los demás, no significa que existieran a partir de ese momento dos derechos de opción diferentes con sustantividad propia, pues para ello hubiera sido necesario que así se hubiera pactado expresamente por las partes y se hubiera fijado la porción de terreno correspondiente a cada derecho de opción y el precio correspondiente asignado al mismo. No habiéndose producido así, ha de entenderse que el derecho de opción resulta indivisible de modo que tanto su ejercicio como la resolución del contrato no puede ser solicitada parcialmente por quien representa bien el 80% o bien el 20% del derecho concedido y, en definitiva, no siendo admitida la figura del litisconsorcio activo necesario como condición de carácter procesal, ya que a nadie se puede obligar a formular demanda, ello se traduce, según reiterada jurisprudencia, en la falta de legitimación ‘ad causam’ de las hoy demandantes.” (F.D. 3º) [M.B.P.].

Jurisprudencia: derecho de opción: la comunicación de su ejercicio es de carácter recepticio: comunicación mediante acta notarial entregada el último día de plazo a un empleado de la concedente residente en el mismo inmueble en el que se encuentra el domicilio de la misma, al no encontrarse nadie en este: imposibilidad de desconocer los efectos de la comunicación sin faltar a la buena fe.

STS (Sala 1ª) de 21 de diciembre de 2016, rec. nº 3302/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7900288&links=%223302%2F2014%22&optimize=20170102&publicinterface=true>

“Promaga S.A.U interpuso demanda contra Gestora Estratégica de Activos Inmobiliarios S.L. interesando que se dictara sentencia por la cual: 1º.- Se declare el correcto ejercicio del derecho de opción de compra por parte de la demandante (...).

Como hechos fundamentadores de su pretensión alegaba que, con fecha 7 de octubre de 2010, las partes habían celebrado en escritura pública un contrato que titularon como de ‘compraventa con subrogación hipotecaria y opción de compra’ en el cual Gestora Estratégica de Activos Inmobiliarios S.L. concedía a la mercantil Promaga S.A.U un derecho de opción de compra sobre las referidas fincas fijando el precio y un plazo para su ejercicio de un año a contar desde la fecha de la formalización de la escritura, el cual por lo tanto quedaba extinguido el día 7 de octubre de 2011. También alegaba que comunicó oportunamente a la demandada el ejercicio de la opción sobre las referidas fincas por medio de burofax emitido el mismo día 7 de octubre de 2011 y por medio de acta notarial de la misma fecha, de modo que ese mismo día se intentó la notificación, sin éxito, al no encontrar a nadie en el domicilio de la demandada, por lo que se hizo entrega del acta de notificación a un empleado de la entidad Credifincas con sede en el mismo edificio, el cual quedó enterado de su obligación de hacerla llegar a la entidad requerida.

La demandada se opuso a dichas pretensiones afirmando que ya había caducado el plazo de ejercicio de la opción cuando llegó a su conocimiento la comunicación de la entidad demandante el día 10 de octubre (lunes), ya que fue en tal fecha cuando se le entregó el burofax y la notificación notarial que había recibido el empleado de Credifincas el día 7 anterior (viernes).

(...) el Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Sevilla dictó sentencia de fecha 27 de mayo de 2014 por la que desestimó la demanda con imposición de costas a la parte demandante, por considerar que la opción se había ejercido extemporáneamente. Formulado recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 8.ª) dictó sentencia de fecha 7 de octubre de 2014 por la que estimó el recurso e igualmente la demanda en su integridad (...).

Afirma la Audiencia (fundamento de derecho segundo «in fine») que ‘la sentencia de instancia yerra al declarar caducado el precontrato de opción de compra al entender que el plazo de ejercicio vencía, como *dies ad quem*, en el momento en que lo conocía el concedente de la opción y no es así: es el de la emisión de la declaración recepticia,(...)’.

Contra dicha sentencia recurre en casación la parte demandada Gestora Estratégica de Activos Inmobiliarios S.L. (...).” (F.D. 1º)

“El único motivo del recurso de casación cita como infringidos los artículos 1262 y 1256 CC en relación con la jurisprudencia de esta sala (...).

(...) Hay que concluir (...) que el carácter recepticio de la comunicación sobre el ejercicio de la opción requiere que haya llegado a conocimiento del concedente dentro del plazo establecido por los contratantes o en su caso que, si no ha llegado dentro de dicho plazo, tal circunstancia resulte imputable al propio concedente y nunca al optante.” (F.D. 2º)

“Procede a partir de ello abordar cuál es la consecuencia jurídica de lo anterior en el caso presente. En este sentido se ha de recordar que la demandante no solo envió burofax -en el último día del plazo concedido- manifestando que ejercía el derecho de opción concedido, sino que además procuró la notificación notarial de dicha decisión a la concedente, lo que no pudo lograrse al estar cerradas las oficinas de esta última sobre las 14,50 horas de dicho día 7 de octubre de 2011, de modo que la notificación se entregó a un vecino -empleado- con obligación de entregarla a la requerida, lo que hizo el lunes siguiente día 10.

En consecuencia es necesario establecer un juicio acerca de si la demandada pudo ignorar la notificación ‘sin faltar a la buena fe’ (artículo 1262 CC) o si existía una ‘razonable posibilidad de conocimiento de la aceptación’ por su parte dentro del plazo propio de la opción. Se ha de tener en cuenta que el plazo de ejercicio de la opción tanto vinculaba a una de las partes como a otra de modo que, si se extinguía por todo el día 7 de octubre de 2011, la concedente pudo prever que durante ese día podía llegarle la notificación del optante y ninguna medida adoptó

para que pudiera ser efectiva y llegar a su conocimiento si realmente se producía, por lo que resulta contraria a la buena fe la negativa a reconocer eficacia a la notificación notarial que al siguiente día hábil (lunes día 10 de octubre) recibió del empleado de Credifincas, al cual se había entregado por imposibilidad de hacerlo a la demandada dado que sus oficinas se encontraban ya cerradas a las 14,50 horas del día 7 de octubre anterior (...)” (F.D. 3º) [M.B.P.]

F) Contratos vinculados.

Jurisprudencia: contrato de financiación vinculado a la compraventa de automóvil que sufrió 43 averías: la reclamación previa al proveedor (legalmente exigida para poder dirigirse contra el financiador) no exige, ni interposición de demanda, ni presentación de escrito: tampoco es necesario demandar en vía reconvenional al financiador que solicita el pago de las cantidades adeudadas: basta oponerle la excepción de cumplimiento defectuoso.

STS (Sala 1ª) de 24 de noviembre de 2016, rec. nº 837/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7882263&links=%22837%2F2014%22&optimize=20161202&publicinterface=true>

“1.- D. Hermenegildo adquirió en el concesionario oficial de Renault en Aranjuez, Autosae Aranjuez, S.A., un vehículo Renault en octubre de 2004. Para el pago de su precio, concertó en el mismo concesionario un contrato de préstamo de financiación con Renault Financiación, posteriormente absorbida por RCI Banque, S.A. Sucursal en España.

Desde su adquisición y hasta que el adquirente dejó de abonar el préstamo de financiación en junio de 2007, el vehículo sufrió cuarenta y tres averías. De ellas, veinte eran importantes. Consta haberse realizado reparaciones en octubre (mes en que fue vendido), y noviembre de 2004, enero, febrero, mayo, junio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2005 y octubre y noviembre de 2006. El vehículo fue llevado a reparar al taller del concesionario oficial Renault donde había sido adquirido. En el departamento de atención al cliente de Renault constan todas las averías que sufrió el vehículo.

(...) 2.- El 1 de febrero de 2008, RCI Banque, S.A. Sucursal en España presentó una solicitud de procedimiento monitorio en la que reclamaba al prestatario la cantidad adeudada hasta ese momento por el impago de los plazos del préstamo de financiación y los intereses de mora, fijados en el 2% mensual, que se devengarán hasta el pago de lo adeudado.

El prestatario se opuso a la reclamación, y alegó la existencia de graves deficiencias en el vehículo que adquirió, que provocaron las continuas averías y que no habían sido solucionadas.

Tras el archivo del proceso monitorio, RCI Banque, S.A. Sucursal en España

interpuso demanda de juicio ordinario formulando la misma pretensión que en el proceso monitorio. (...)

3.- Tras seguirse el proceso en primera instancia, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda porque consideró probadas las graves deficiencias del vehículo vendido por el concesionario de Renault al demandado. Declaró que el contrato de compraventa del vehículo y el préstamo de financiación para el pago del precio eran contratos vinculados (...).

4.- RCI Banque, S.A. Sucursal en España apeló la demanda [en la que] (...) admitió que el vehículo había sufrido, desde el momento mismo de su compra, deficiencias que excedían de las normales.

Pero afirmó que no constaba que el consumidor hubiera reclamado al proveedor del vehículo sin obtener la satisfacción a que tenía derecho. Asimismo, era la entidad financiera la que había reclamado al consumidor el importe del préstamo. El consumidor no había ejercitado una pretensión frente a la financiadora, pues no había promovido una pretensión relativa a la nulidad del contrato de compraventa.

(...) Por eso, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (...).” (F.D. 1º)

“(...) 2.- En el desarrollo del motivo se afirma que la regulación de los contratos vinculados en la Ley de Crédito al Consumo no exige que el consumidor ejercite sus derechos por vía de acción o de reconvencción, puesto que en la contestación a la demanda puede pedir su desestimación si alega la excepción de contrato defectuosamente cumplido.” (F. D. 4º)

“(...) 5.- En el supuesto objeto del recurso, la conexión funcional existente entre los contratos en los que ha intervenido el consumidor (compraventa del automóvil y préstamo para la financiación del precio) conlleva que no esté justificado dar un tratamiento autónomo a cada una de las relaciones contractuales conexas, como si se tratara de una realidad aislada del conjunto, como declaró esta sala en las sentencias citadas en el anterior párrafo. Se trata de fenómenos jurídicos que constituyen una unidad económica, que obedecen a una unidad de interés y de función, por lo que, a los efectos que en este recurso interesan, deben ser tratados de forma unitaria.

Los tribunales de instancia también han considerado que concurren otros requisitos exigibles para la aplicación del régimen previsto en dichos preceptos, en concreto que el bien objeto del contrato no era conforme a lo pactado, puesto que la cantidad y gravedad de las averías del vehículo (cuarenta y tres en algo más de dos años, veinte de ellas graves) son claramente impropias de un vehículo nuevo.

6.- La controversia se centra en la concurrencia de otros requisitos, en concreto el establecido en el art. 15.1.e de la Ley: que ‘el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho’. Y asimismo, en el concepto de ejercicio frente al financiador de los derechos que el

consumidor tuviera frente al proveedor del bien, en el sentido de si es necesario que ese ejercicio de derechos se produzca de un modo activo, mediante la formulación de una demanda o una reconvencción frente a ese financiador, o, como pretende el recurrente, la previsión legal puede justificar el planteamiento de una excepción frente al financiador que reclama judicialmente las cantidades adeudadas por el contrato de financiación.

7.- Sobre la primera cuestión, (...) tomando en consideración la realidad social de los nuevos medios de relación entre proveedores y consumidores, ha de entenderse que la reclamación extrajudicial puede consistir no solo en la remisión de un escrito o la interposición de una demanda, sino también en otras conductas que necesaria y concluyentemente suponen tal reclamación frente al proveedor, por poner en su conocimiento el incumplimiento contractual y exigirle un remedio a tal incumplimiento.

8.- En lo que respecta al supuesto objeto del recurso, no puede considerarse que el comprador de un automóvil nuevo no haya efectuado frente al proveedor del bien la reclamación que le permite ejercer frente al financiador los mismos derechos que tendría frente al proveedor cuando ha acudido, en menos de tres años desde la venta del vehículo y a partir del mismo momento en que se produjo la entrega del mismo, en cuarenta y tres ocasiones al concesionario que le vendió el vehículo porque el mismo presenta reiteradas averías, muchas de ellas graves, sin que el concesionario haya dado solución al problema porque no le ha suministrado un vehículo que sustituya al defectuoso, ni ha realizado una reparación que evite la reiteración de averías.

(...) 9.- Sobre la segunda cuestión, la previsión de que el consumidor puede ejercer frente al empresario que le concede crédito los mismos derechos que tuviera frente al proveedor que ha incumplido el contrato, consideramos que incluye tanto el ejercicio de acciones, de modo principal o mediante reconvencción, como el planteamiento de excepciones frente a la reclamación por parte del financiador, pues de ambas formas se están ejercitando los derechos que para el consumidor resultan del incumplimiento contractual que ha sufrido.” (F. D. 5º) [M.B.P.].

G) Consentimiento tácito.

Jurisprudencia: contrato de telefonía móvil: nulidad de la cláusula incluida por Telefónica en las facturas de sus clientes por las que comunicaba que el SILL (servicio de identificación de llamadas), que venía prestando gratuitamente, pasaría a ser un servicio de pago, que costaría 0,58 euros: no estamos ante una simple modificación de las condiciones contractuales, sino ante la contratación de un servicio nuevo, que debió haber sido aceptado de manera inequívoca por el consumidor.

STS (Sala 1ª) de 26 de enero de 2017, rec. nº 1171/2014

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7925161&links=%221171%2F2014%22&optimize=20170203&publicinterface=true>

“(…) 4. Si nos halláramos ante un cambio de tarifas de este servicio, en cuanto que hasta entonces se cobraba un precio y se pretendiera incrementar, no habría duda de que nos encontraríamos ante un servicio ya contratado, cuyas condiciones eran objeto de modificación o cambio, y por ello estaba sujeto al régimen normativo que acabamos de exponer de modificación de las condiciones contractuales.

El problema radica en la gratuidad de servicio y en que no quedara constancia de que este servicio adicional, como tal, hubiera sido contratado previamente, pese a que se prestaba por la compañía telefónica. Pues de otro modo, fácilmente se ofertarían servicios gratuitos, no demandados por el usuario, que más tarde, mediante el ardid de un cambio de modificaciones, se convertirían en servicios de pago, sin que el usuario hubiera prestado su consentimiento a la contratación del servicio o facilidad accesoria. Dicho de otro modo, no debemos admitir la posibilidad de cobrar a un usuario de telefonía un servicio accesorio que no consta que hubiera sido aceptado de forma inequívoca.

En consecuencia, al ratificar la apreciación llevaba a cabo por el tribunal de apelación de que la cláusula insertada por Telefónica en las facturas de sus clientes de telefonía por las que comunicaba que el SILL pasaría a ser un servicio de pago, que costaría 0,58 euros, no suponía una simple modificación de las condiciones contractuales sino la contratación de un servicio nuevo, rechazamos que haya existido la infracción de los arts. 62.1 y 99.1 TRLSA, según se exponía en el motivo primero de casación.

(…) La Audiencia no contradice esta interpretación en su sentencia. Si aprecia la nulidad de la cláusula contractual referida al cobro del SILL es porque considera que se trata de una contratación de un servicio nuevo, y no una modificación de las condiciones ya existentes. Telefónica ha seguido el sistema previsto para la modificación de condiciones, en el que no se deja constancia inequívoca del consentimiento de los consumidores titulares de las líneas afectadas, sino simplemente se introduce en las facturas la cláusula que avisa de que a partir de una fecha pasará a cobrarse este servicio SILL, y que el cliente puede renunciar al servicio. De aquí no cabe deducir inequívocamente el consentimiento del cliente. Por esta razón, la Audiencia, con acierto, declara la nulidad de la cláusula.” (F.D. 3º) (M.B.P.)

H) Error obstativo.

Jurisprudencia: error obstativo en la identificación registral de las fincas, perteneciendo a un tercero las que realmente se querían comprar: error esencial y excusable: imprescriptibilidad de la acción para hacer valer la nulidad.

STS (Sala 1ª) de 2 de febrero de 2016, rec. nº 2784/2013.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7599186&links=%222784%2F2013%22&optimize=20160216&publicinterface=true>

“(…) El objeto de la compraventa, que plantea la *quaestio iuris* son las fincas registrales NUM000 y NUM001 del Registro de la Propiedad de Lorca que el comprador siempre creyó que estaban ubicadas junto a la sede de su empresa, sita en el polígono industrial de Lorca, que eran las fincas, parcelas catastrales NUM002, NUM003, NUM004 y NUM005 del polígono NUM006, que resultaron ser de un tercero.

Por lo cual, dicho comprador formuló demanda interesando la nulidad del contrato por error en el objeto, con las consecuencias económicas de ello. La entidad bancaria demandada alegó que el objeto de la compraventa eran las fincas registrales NUM000 y NUM001 que efectivamente adquirió; que en caso de error, habría sido excusable; que el vicio de error, su acción caduca a los cuatro años.

(…) [Se] desestimó la demanda por entender, tras la exposición doctrinal y jurisprudencial y la referencia a la carga de la prueba, que se trataba de error vicio y que su acción había caducado por el transcurso de cuatro años.

[La] sentencia [de primera instancia] fue apelada por la parte demandante y la sentencia de la Audiencia Provincial (...) la revocó por entender que se trataba de error obstativo, como ‘una clara divergencia entre la voluntad interna o real del comprador y la externa o declarada por el mismo’, como expresa literalmente y añade que existe ‘una disconformidad entre el presupuesto del negocio considerado esencial por el comprador y el resultado que ofrece la realidad, afectando con ello a un elemento esencial del contrato cuál es el consentimiento, razón por la que el contrato es nulo de forma radical, inexistente, no rigiendo por consiguiente el plazo de caducidad’.

Frente a dicha sentencia, la entidad bancaria demandada ha formulado sendos recursos por infracción procesal y de casación, ambos con un motivo único cada uno.

(…) El segundo [motivo], de casación, plantea la infracción del artículo 1266 del Código civil y de su doctrina jurisdiccional, por razón de que no se trata de un error obstativo, sino de error de vicio.” (F.D. 1º)

“La esencia de la *quaestio iuris* es, pues, si se trata de error vicio, en cuyo caso la acción estaría caducada: posición de la parte demandada y de la sentencia de primera instancia; o si se trata de error obstativo, que da lugar a la nulidad absoluta o, más precisa, inexistencia por falta de consentimiento, posición de la parte demandante y de la sentencia de segunda instancia.” (F.D. 2º)

“El recurso de casación, también con un solo motivo, entra en el fondo de derecho material y, formulado al amparo del artículo 1266.1 del Código civil y de cierta

doctrina jurisprudencial, mantiene que se trata de un error vicio que, en consecuencia, tiene caducada la acción, tal como resolvió el Juzgado de 1ª Instancia.

Se ha expuesto con anterioridad la doctrina jurisprudencial sobre la distinción del error-vicio y el error-obstativo. Se puede precisar que en el error vicio aparece errónea la voluntad y en el error obstativo, lo erróneo es la declaración, divergente con la voluntad. En el primero se declara con una voluntad equivocada (viciada) y en el segundo se quiere una cosa y se declara otra, se declara lo que no se quiso.

Este es el caso presente, partiendo de los hechos probados. La persona demandante, compradora, declara comprar unas fincas, se le dice que son unas determinadas, se le exhibe un plano catastral, recibe información de una entidad, y como está probado ‘pensó equivocadamente’ que compraba unas parcelas que incluso visitó ‘motivo fundamental por el que prestó su consentimiento’ (también hecho declarado probado); parcelas que estaban en determinado lugar, próximo a otras de su propiedad.

Más tarde, celebrada la compraventa, comprueba que las parcelas compradas y pagadas e identificadas en el Registro de la Propiedad no se corresponden a las parcelas catastrales que pertenecen a un tercero. Lo cual no es otra cosa que declarar la compra de algo, pensando equivocadamente que se trataba de un terreno y no era éste sino otro distinto. La realidad del error obstativo es clara.

(...) La consecuencia de ello es que falta el verdadero consentimiento, elemento esencial del negocio jurídico (artículo 1261 del Código civil) lo que da lugar a la inexistencia del mismo y, por ende, a la ausencia de la posibilidad de prescripción y de caducidad, así lo dice expresamente la citada sentencia de 22 diciembre 1999. Todo ello, atemperado por los principios de responsabilidad y confianza, y partiendo de que la discrepancia recaiga sobre un objeto esencial.

En el presente caso, ciertamente el comprador tuvo el error sobre la esencialidad del objeto (una finca por otra) y en la confianza en la parte vendedora (nunca se ha mencionado dolo) y sin falta alguna de su responsabilidad (que en nada faltó a la diligencia).

Por todo ello, el recurso de casación debe ser desestimado, manteniendo la sentencia estimatoria de la demanda que ha dictado la Audiencia Provincial.” (F.D. 4º) [M.B.P.].

I) Simulación

Jurisprudencia: Simulación absoluta: inexistencia: validez de compraventa en favor de personas que cuidaban de la vendedora: no se ha demostrado que el precio pagado fuera vil o irrisorio: no existe exigencia legal del que el precio sea justo.

STS (Sala 1ª) de 3 de noviembre de 2015, rec. nº 1769/2013.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7527459&links=%221769%2F2013%22&optimize=20151120&publicinterface=true>

“(…) 2.- En la demanda se había hecho ‘petición de nulidad de contrato de compraventa de la finada doña Magdalena y el demandado don Horacio otorgado el 13 septiembre 1991 (...)’.

(…) 6.- La petición de nulidad se reduce en su fundamentación, (...), a que: (i) El precio era irrisorio; (ii) El precio de la escritura es confesado, o sea poco serio en cuanto a su certeza.

7.- El Tribunal de instancia, (...) desestimó el recurso de apelación en este extremo, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia (...), desestimando, pues, la petición de nulidad a que se ha hecho mención.

8.- La motivación de su decisión descansa en dos argumentos: (i) La existencia de entrega de dinero como precio de la compraventa, que se refleja en la escritura pública de 13 septiembre 1991, no parece desvirtuada por ninguna otra prueba. Lo anterior lo enlaza con el contenido del escrito de demanda de don Máximo, del que trae causa, por sustitución como heredero, el recurrente, en cuyo folio 6 se viene a reconocer, aunque implícitamente, que hubo precio en la compraventa, al decir que. Doña Magdalena ‘... convivía en una casa de unos vecinos de Laracha y la cuidaban y asistían por lo que precisaba obtener recursos dinerarios a través de la venta de las fincas que le adjudica el Señor Horacio, por ser los únicos medios con los que contaba para sufragar los cuidados que le prestaba dicha familia, y otros gastos personales, y en especial, médicos...’; (ii) Tampoco se puede considerar que el precio sea irrisorio, pues la vendedora estableció el precio que considero conveniente, al no tener limitación para disponer de sus bienes, pues no tenía herederos forzosos a quienes pudiese perjudicar en sus derechos hereditarios, ni tampoco acreedores que pudiesen verse adjudicados por una venta a precio inferior al real.

9.- La representación procesal de don Epifanio, personado en sustitución del finado don Máximo interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal (...).” (F.D. 1º).

“Motivo Segundo. Enunciación y Planteamiento.

(...) En el desarrollo argumental del motivo se expone que la sentencia recurrida carece de toda argumentación jurídica (...) pues se limita a decir que la entrega de dinero reflejado en la escritura de compraventa no aparece desvirtuada por ninguna otra prueba.” (F.D. 4º)

“Decisión de la Sala.

1.- La parte recurrente mezcla el defecto de motivación de la sentencia con lo que no es más que una discrepancia sobre la valoración de la prueba (...).

2.- Que una motivación sea escueta o sucinta, como es el caso, no equivale a la ausencia de ella si es suficientemente clara y explícita. (...)

3.- El Tribunal de instancia tiene en mente, en función del objeto de la litis, el artículo 1277 del Código Civil por el que, aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe ya que es lícita mientras el deudor no pruebe otra cosa.

Naturalmente la presunción a que se refiere admite prueba en contrario por cualquiera de los medios que reconocen la legislación procesal.

(...) 4.- A partir de la mencionada tesis se ha de entender la afirmación de la sentencia de que no se haya desvirtuado por otra prueba el precio reflejado en la escritura, poniendo ello en relación con una presunción, aunque no emplee el término, cuál es el reconocimiento que hizo en su demanda el causante del recurrente de la situación por la que atravesaba la vendedora que le aconsejaba vender a cambio de precio para sufragar los cuidados que le prestaba la familia con la que convivía y asistía, al no tener otros medios. La sentencia de instancia, además, en su motivación no se detiene a examinar y valorar la diferencia entre el precio confesado en escritura y el que se refleja en los informes periciales, sino que niega que sea irrisorio o vil, como presunción de su inexistencia, en atención a que la vendedora no se encontraba sujeta a limitaciones a la hora de fijar el precio, pues no tenía legitimarios ni acreedores a quienes poder perjudicar, dejando aparte que en el Código no se exige que el precio sea justo y, además, que no se puede afirmar que, por ser parientes los contratantes, todo negocio jurídico que se celebren entre ellos quede afectado por la sospecha de la simulación (...). (F.D. 5º) [M.B.P].

Jurisprudencia: Simulación absoluta de contrato de compraventa: nulidad por falta de causa, al haber quedado acreditada la inexistencia de precio y no la mera falta de pago del mismo.

STS (Sala 1ª) de 11 de febrero de 2016, rec. nº 44/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7602631&links=%2244%2F2014%22&optimize=20160219&publicinterface=true>

“La simulación -objeto esencial de las sentencias de instancia y de los presentes recursos- no es otra cosa que la apariencia negocial. Bajo ésta se oculta un caso inexistente -simulación absoluta- o bien otro negocio jurídico distinto -simulación relativa-. Lo cual es atinente a la causa del negocio: si no la hay la simulación será absoluta y el aparente negocio será inexistente por falta de causa; si hay una causa encubierta y es lícita, existirá el negocio disimulado, como simulación relativa. En el primer caso, se aplica el artículo 1275 en relación con el 1261. 3º, del Código civil y en el segundo, no existirá el negocio simulado, pero sí el disimulado, conforme al artículo 1276 del Código civil.

(...) En el presente caso, se plantea y se discute una simulación absoluta por inexistencia de precio, lo que implica la falta de causa y, por ende, la inexistencia de la compraventa. Esta es la posición de las sentencias de instancia. La dictada por la Audiencia Provincial objeto de estos recursos afirma rotundamente (al final del fundamento segundo) ‘... habiéndose acreditado la inexistencia del precio, que es la prestación que corresponde en los contratos de compraventa al comprador, se ha de entender que esa causa no existió, ni tampoco ánimo o intención de vender.’” (F.D. 2º)

“El recurso de casación adolece de la misma falta de técnica casacional que el anterior. No invoca motivo o motivos de casación, sino que en uno de los apartados (el cuarto) alega una serie de artículos heterogéneos que afirma son de incorrecta aplicación (1445, 1274, 1275, 1276 y 1277 del Código civil) pero no concreta la infracción, sino que en todo el desarrollo del recurso mantiene que la Audiencia Provincial afirma la falta de acreditación del pago que constituye la ausencia del precio, lo cual no es así sino que no se puede asimilar la ejecución del contrato (pago del precio) con el contrato mismo (el precio como elemento).

El recurso se desestima. La sentencia recurrida no dice lo que se alega en el mismo. Ciertamente, con frecuencia expresa el pago del precio, pero el sentido no es de ejecución, sino de existencia. Aparte de las constantes referencias a lo que dice la parte o algunos testigos sobre el pago, la sentencia afirma categóricamente ‘la inexistencia del precio’ lo que conlleva la inexistencia del contrato por falta de causa, cual se deriva de la falta de uno de los elementos del negocio jurídico.” (F.D. 4º) [M.B.P].

Jurisprudencia: Simulación absoluta: no ha lugar: la falta de pago del precio no puede equipararse a la inexistencia del mismo.

STS (Sala 1ª) de 5 de mayo de 2016, rec. nº 2515/2013.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7670942&links=%222515%2F2013%22&optimize=20160516&publicinterface=true>

“Frente a la sentencia de apelación que le reconoció únicamente su derecho a cobrar el precio pactado, el vendedor demandante reitera ante esta Sala su pretensión de nulidad radical del contrato de compraventa celebrado en su día, por falta de causa derivada de la inexistencia de precio.” (F.D. 1º).

“El recurso de casación se compone de dos motivos estrechamente relacionados entre sí.

El primero se funda en infracción del art. 1274 CC en relación con el art. 1445 CC y jurisprudencia relacionada, por no haberse acordado que la inexistencia de precio en realidad supuso que el contrato no tuviera causa y, por tanto, que fuera radicalmente nulo por faltar uno de sus requisitos esenciales en virtud de lo

dispuesto en los arts. 1261, 1264, 1265 y 1445 CC. Según su criterio, si se declara probado que el precio no existió, no puede concluirse que la compraventa fue válida.

El motivo segundo se funda en infracción de los arts. 1261 y 1275 CC y de la jurisprudencia de esta Sala al respecto, por no haberse acordado la nulidad interesada por el recurrente pese a constar probado que la entidad compradora no satisfizo el precio de la compraventa.

La parte recurrida se ha opuesto a la admisión y, subsidiariamente, a la estimación de dichos motivos, argumentando, en síntesis, que el recurso se funda en hechos distintos de los probados (causa de inadmisión prevista en el art. 483.2-2.o LEC) porque la sentencia solo declara probada la falta de pago del precio pero no su inexistencia, constituyendo la cuestión de la apreciación o no de la causa contractual una cuestión fáctica de exclusiva competencia del tribunal de instancia, sin que las sentencias citadas en el recurso se refieran a un caso similar al presente.” (F.D. 4º)

“Ambos motivos de casación deben ser desestimados por las siguientes razones:

(...) la tesis del recurrente no es acertada, incurriendo en petición de principio desde el momento que pretende equiparar la falta de pago del precio a la inexistencia del mismo.

Es verdad que la certeza del precio es requisito esencial de la propia naturaleza del contrato de compraventa, conforme al art. 1445 del Código Civil (...)

No obstante, la sentencia de apelación en ningún momento declara probado que el contrato de compraventa careciera de precio, sino que se limita a declarar probado su impago, lo que, en contra de lo que se pretende, supone que dicho precio existía. En este sentido, como señaló al respecto la sentencia de primera instancia, basta atender a los claros términos de la escritura pública de compraventa (estipulación segunda) para concluir que los contratantes fijaron de mutuo acuerdo un precio cierto en dinero, de acuerdo con lo que exige el art. 1445 CC, y fijada la causa, de conformidad con el art. 1277 CC, la presunción de existencia y licitud de la misma que deriva de este precepto (sentencia 200/2007, de 2 de marzo) comporta que al demandante incumbiera probar lo contrario y que, descartada en las instancias la inexistencia de precio, a esta conclusión deba estarse en casación (sentencia 485/1999, de 31 de mayo). (...)” (F.D. 5º) [M.B.P].

Jurisprudencia: simulación absoluta: inexistencia: el principio de facilidad probatoria no puede imponer a la compradora la carga de probar el real pago del precio que se declara recibido en la escritura pública de compraventa, veinte años después del otorgamiento de ésta; legitimación del socio para impugnar la validez (por causa de simulación) de los contratos celebrados por la sociedad.

STS (Sala 1ª) de 13 de mayo de 2016, rec. nº 762/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7680424&links=%22762%2F2014%22&optimize=20160524&publicinterface=true>

“(…) don Adrian interpuso contra Construcciones Elorri y Promotora de Construcción Vía Galindo la demanda iniciadora del presente proceso, pidiendo que se declarase nulidad, por simulación absoluta, de la compraventa de parcelas de garaje instrumentada en la escritura de 11 de noviembre de 1991 (…).

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, acogiendo la excepción de falta de legitimación activa de don Adrian, dada su condición de socio de Construcciones Elorri, (…).

La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por don Adrian, revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda.

(…) la Audiencia finalizó su sentencia con las declaraciones siguientes:

(…) En el acto de la audiencia previa la parte demandante solicitó [...] la aportación por parte de Construcciones Elorri de la documentación de la sociedad (básicamente actas, contabilidad y declaraciones fiscales); parte de la prueba se denegó y en cuanto al justificante del pago los demandados adujeron que dado el tiempo transcurrido, más de veinte años, había transcurrido con creces el plazo legalmente establecido para conservar la documentación, sin que la guardaran.

Así las cosas, en cuanto al precio de la compraventa, que es el motivo sobre el que bascula toda la pretensión de nulidad aquí ejercitada, nos encontramos con que no existe una justificación documental fuera de la propia escritura que acredite el desplazamiento patrimonial del efectivo representativo del precio de la operación; lo único que consta es la declaración de las partes en la escritura de que confiesan recibido el precio de la compraventa.

La Fe Pública Notarial, como constante jurisprudencia reitera, ampara la fecha del documento, las personas intervinientes y el hecho del otorgamiento, pero no que las manifestaciones vertidas en el mismo se correspondan con la realidad. Es decir, en el caso enjuiciado la fe pública notarial no ampara la manifestación de haber recibido el precio de la compraventa, lo que negado por la demandante deberán los demandados probar acudiendo a otros medios de prueba, ello por el principio de reparto de la carga de la prueba y facilidad probatoria establecida por la LECivil.

No es óbice a lo anterior del tiempo transcurrido pues en el modo y medida que la acción de nulidad es imprescriptible no cabe ampararse en un plazo de conservación estrictamente legal de la base documentaria de la sociedad para entender que están exentos de probar el hecho. Existe documentación que, a no dudarlo, se deberá conservar por la sociedad omisión hecha de la obligación de conservación de la contabilidad, máxime cuando la sociedad no ha sido disuelta como es el caso.

Por ello debemos concluir que al no estar probado [sic.] la recepción del precio, la compraventa es nula de pleno derecho y como tal debe declararse». (F.D. 1º)

“(…) El recurso por infracción procesal interpuesto por Construcciones Elorri (…)

(…) La sentencia impugnada ha adoptado el pronunciamiento de nulidad de pleno derecho de la compraventa objeto del proceso, ‘al no estar probado la recepción del precio’; (…)

(…) Hay que coincidir sin duda con la Audiencia *a quo* cuando declaró que no está amparada por la fe pública notarial la manifestación del comprador en la escritura de compraventa de haber recibido el precio. Y es seguro también que los principios de ‘la disponibilidad y facilidad probatoria’ que contempla el apartado 7 del artículo 217 LEC pueden exigir imponer al comprador -o a éste y al vendedor si es un tercero quien lo niega- la carga de probar el pago del precio. Ahora bien:

Respecto de la primera de dichas cuestiones (...) ‘Es cierto que, según la jurisprudencia, en los casos de compraventa en que no conste la entrega real del precio al vendedor, la mera confesión del vendedor sobre el pago del precio no se halla amparada en cuanto a su certeza y veracidad por la fe pública notarial (STS de 15 de noviembre de 1993). Sin embargo, este elemento no es suficiente por sí mismo para acreditar la simulación, pues, según se desprende de la jurisprudencia (...), la carga probatoria del demandado de demostrar el pago del precio sólo surge cuando es preciso desvirtuar la presunción de simulación fundada en la concurrencia de otros indicios suficientes para acreditar por sí mismos, (...), "de un modo preciso y directo la realidad de la simulación"’.

(…) En fin, respecto a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, la alegación de las compañías ahora recurrentes de que no cabe invocar esos principios en su perjuicio -al haber transcurrido más de veinte años entre el otorgamiento de la escritura de compraventa pretendidamente simulada y la interposición de la demanda iniciadora del presente proceso sin que antes de ésta don Adrian les hubiera dirigido reclamación alguna al respecto (y es lo cierto que no hay constancia alguna, ni alegación siquiera del ahora recurrido, de que existiera tal reclamación previa), por lo que no disponen ya de otros medios de prueba que la escritura misma y sus declaraciones en el acto del juicio en el sentido de que la compraventa fue real y el precio se pagó-, es plenamente acorde con la jurisprudencia de esta Sala.

(…) La Audiencia *a quo* trajo a colación el carácter imprescriptible de la acción de nulidad para argumentar lo contrario. No puede esta Sala estar de acuerdo. Si don Adrian hubiera tenido conocimiento de la compraventa cuya nulidad pretende muchos años antes de interponer la demanda iniciadora del presente proceso, su conducta habría constituido un supuesto paradigmático de retraso desleal. Y en cualquier caso la referida imprescriptibilidad no debe ofrecerse como expediente útil para que los socios de pequeñas compañías como Construcciones Elorri se permitan permanecer o toleren en silencio que les mantengan durante mucho

tiempo en una absoluta ignorancia sobre los asuntos sociales, confiando en que el Derecho les solucionará a la postre las dificultades probatorias que encuentren en el ejercicio de la acción de nulidad de los contratos celebrados por el órgano de administración de la sociedad. *Vigilantibus non dormientibus iura subveniunt.*” (F.D. 2º)

“La estimación, por las razones que acaban de exponerse, de los recursos extraordinarios por infracción procesal da lugar (...), a la anulación de la sentencia recurrida.

Procede ahora manifestar que la fundamentación jurídica con la que el Juzgado *a quo* desestimó la demanda interpuesta por don Adrian se opone a la actual jurisprudencia de esta Sala sobre la legitimación de los socios para ejercitar acciones declarativas de la nulidad por inexistencia o ilicitud de la causa de los contratos celebrados por el órgano de administración de la sociedad. (...)” (F.D. 3º) [M.B.P].

Jurisprudencia: es discutible el régimen de invalidez (nulidad o anulación) de los contratos celebrados con personas con discapacidad volitiva no incapacitadas judicialmente: existencia de simulación absoluta por falta de causa.

STS (Sala 1ª) de 29 de septiembre de 2016, rec. nº 1684/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7830880&links=%221684%2F2014%22&optimize=20161005&publicinterface=true>

“Resumen de antecedentes.

1. El presente caso, con relación a una escritura pública de compraventa de inmuebles y adjudicación en pago de deuda, plantea, como cuestión de fondo, el momento del inicio del cómputo (*dies a quo*) para el ejercicio de la acción de nulidad del artículo 1301 del Código Civil, en el contexto de una acción de impugnación de la validez del negocio jurídico en que se denunciaba tanto la falta de capacidad del vendedor y *solvens*, como la falta de causa del referido negocio jurídico.

2. En síntesis, doña Rosana, aquí recurrida, mantuvo una relación convivencial, *more uxorio*, con don Pablo Jesús teniendo, como fruto de dicha relación, un hijo común el NUM000 de 1990, don Rómulo, aquí recurrido.

Don Pablo Jesús falleció, con estado civil de soltero, el 28 de noviembre de 2007. En su testamento abierto instituyó como heredero universal a su hijo don Rómulo y legó a doña Rosana, con cargo al tercio de libre disposición, el pleno dominio de una vivienda y el usufructo de dos locales comerciales.

En escritura pública, de 25 de septiembre de 2000, se celebró el negocio jurídico objeto de impugnación, en el que don Pablo Jesús, por un lado, en

reconocimiento de una deuda con su hermano don Estanislao le otorgaba en adjudicación y pago de la misma el 40% de todos y cada uno de los inmuebles relacionados en la escritura, en total doce. Asimismo, por otro lado, procedía a la venta del restante 60% de los referidos inmuebles a su hermano don Estanislao, que compraba para su sociedad conyugal.

Doña Rosana y don Rómulo ejercitaron una acción de nulidad radical del negocio jurídico celebrado con don Estanislao y su esposa doña Delfina, con base tanto en la falta de capacidad de don Pablo Jesús para prestar su consentimiento en el momento de celebración de la citada escritura, como en la falta de causa de la pretendida deuda existente y a la venta realizada. Los demandados se opusieron a la demanda y alegaron que la acción estaba prescrita.

3. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda interpuesta. A los efectos que aquí interesan, de la prueba practicada consideró que el deterioro volitivo de don Pablo Jesús le impedía prestar un consentimiento válido para contratar, de forma que el contrato o negocio celebrado era nulo y la acción ejercitada imprescriptible. A su vez, declaró la inexistencia tanto de la deuda con su hermano, como del pretendido pago realizado para la compra del 60% restante de los inmuebles.

4. Recurrida en apelación por los demandados e impugnada por los demandantes, la Audiencia dictó sentencia en la que estimó en parte la impugnación formulada y desestimó el recurso de apelación confirmando la nulidad radical por falta de consentimiento y causa del título de adquisición de los citados inmuebles.

5. Frente a la sentencia de apelación, los demandados interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación (...).” (F.D. 1º).

“(…) 1. En el motivo primero, al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC, los recurrentes denuncian la infracción del artículo 1301 del Código Civil. En este sentido, argumentan que la sentencia de apelación razona de forma incompatible con el contenido de dicho precepto que, expresamente, dice que el plazo de cuatro años empezará a contar, cuando la acción se refiera a contratos celebrados por menores o incapacitados, desde que salieran de la tutela. Los contratos celebrados por incapacitados son nulos por falta de consentimiento, pero ello no permite concluir, como hace la sentencia recurrida, que al no haber consentimiento la acción sea imprescriptible, pues tal interpretación vacía de contenido al artículo 1301 que establece un plazo de cuatro años cuando la acción se refiera a contratos celebrados por incapacitados, a contar desde que salieran de la tutela o, en este caso, desde su fallecimiento.

2. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser desestimado.

Aunque la cuestión de que los contratos y actos jurídicos celebrados por los incapaces, no incapacitados, puedan ser calificados como actos anulables y no nulos de pleno derecho, argumento que está en la base del motivo, sea una

cuestión discutible y discutida por la doctrina científica, en el presente caso carece de relevancia pues ambas instancias, tras la valoración conjunta de la prueba practicada, declaran la falta de causa del negocio jurídico celebrado. De esta forma, la inexistencia de una causa que justifique los efectos perseguidos por el acto o negocio jurídico (artículo 1275 del Código Civil) determina una ineficacia estructural que por sí sola comporta la nulidad radical y automática del acto o negocio jurídico llevado a cabo, al margen de otros posibles vicios que puedan concurrir en el consentimiento prestado por las partes. Por lo que el motivo debe ser desestimado.” (F.D. 2º) [M.B.P].

J) Error vicio (participaciones preferentes).

Jurisprudencia: participaciones preferentes: adquisición por una persona jubilada de 80 años: anulación por error esencial y excusable: la contratación anterior de otro producto similar, sin que conste que en su momento se ofreciera al cliente información suficiente y adecuada, no permite descartar la existencia de error en el consentimiento en la celebración del posterior.

STS (Sala 1ª) de 2 de febrero de 2017, rec. nº 1784/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7937922&links=%221784%2F2014%22&optimize=20170220&publicinterface=true>

“1.- El 11 de julio de 2007, D. Baldomero, que tenía 80 años, era jubilado del sector de perfumería y pretendía darle rentabilidad a una cantidad que tenía en cuenta corriente en una sucursal de San Sebastián del Deutsche Bank S.A.E., invirtió 24.000 €, por consejo de dicha entidad, en participaciones preferentes del banco islandés O.B. Kaupthing Bank.

2.- Deutsche Bank fue liquidando los rendimientos pactados hasta el tercer trimestre de 2008, por una cantidad bruta total de 2.025 €. No obstante, el nominal que en julio de 2007 ascendía a 24.000 €, había disminuido a noviembre de 2008 a 32,40 €, ya que el 9 de octubre anterior la entidad emisora de las preferentes, Kaupthing, fue declarada en insolvencia e intervenida por los autoridades bancarias islandesas.

3.- El Sr. Baldomero interpuso demanda contra Deutsche Bank, en la que solicitó la nulidad del contrato por error vicio del consentimiento, con restitución de las prestaciones; subsidiariamente, que se declarase la resolución del contrato, por incumplimiento de la demandada, también con restitución recíproca de las prestaciones; y subsidiariamente, que se declarase la responsabilidad de la entidad financiera por las pérdidas sufridas y se la condenara a indemnizar los daños y perjuicios sufridos.

4.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó sustancialmente la demanda, declaró la nulidad del contrato por vicio del consentimiento y ordenó la restitución recíproca de las prestaciones, con sus

respectivos intereses.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, la Audiencia Provincial lo estimó. Consideró, resumidamente, que en la orden de compra se contenían las características del producto y que el demandante ya había adquirido con anterioridad participaciones preferentes, por lo que conocía su funcionamiento y riesgos.” (F.D. 1º)

“(…) en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.” (F.D 3º)

“Del propio relato fáctico de la sentencia recurrida se desprende que estas obligaciones de información no fueron cumplidas (...).

En efecto, no consta que se informara al cliente sobre la naturaleza, características y riesgos del producto; ni puede considerarse que la orden de compra fuera suficiente a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones legales de información previstas en el art. 79 LMV y en el RD 629/1993, cuando en la misma ni siquiera se identifica el producto como participaciones preferentes (al contrario, en el epígrafe «clase de valor» pone: acciones, obligaciones), ni figura si el mismo era perpetuo o estaba sujeto a un plazo de duración, puesto que la casilla «plazo de validez» está en blanco. Tampoco se indica si los títulos eran transmisibles, rescatables o canjeables, ni en qué condiciones. Omisiones que no quedan cubiertas porque en una simple cuartilla manuscrita (el folio 48 a que se refiere la Audiencia), sin firma de nadie, se contuviera la palabra ‘preferentes’, que el interés era del 6,75% con pagos trimestrales y que el vencimiento sería el 6 de julio de 2012, puesto que se omite toda la información relevante relativa a las características y funcionamiento del producto y, sobre todo, sus riesgos.

La Audiencia tampoco afirma que se hiciera un estudio previo del perfil inversor del cliente, o que se considerase si la inversión en participaciones preferentes era adecuada a dicho perfil. Y en cuanto al posible conocimiento previo del producto por parte del cliente, aparte de que se olvida que el deber de información compete a la entidad financiera y es un deber activo, no de mera disponibilidad, la contratación anterior de otro producto similar, sin que conste que en su momento se ofreciera al cliente información suficiente y adecuada, no permite descartar la existencia de error en el consentimiento (...).” (F.D. 4º) [M.B.P.]

K) Error vicio (swaps).

Jurisprudencia: contrato de permuta financiera: inexistencia de error esencial y excusable en la celebración consecutiva de tres contratos concatenados: el alto coste de cancelación del primero y las condiciones en que se renovaron los posteriores evidencian que los contratantes estaban informados de los riesgos que comportaba el producto.

STS (Sala 1ª) de 18 de enero de 2017, rec. nº 2048/2013.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7921672&links=%222048%2F2013%22&optimize=20170131&publicinterface=true>

“(…) OFM presentó una demanda en la que solicitaba la nulidad por error vicio de los tres contratos de permuta financiera, y la restitución recíproca de las liquidaciones y prestaciones realizadas en el curso de estos contratos.

El juzgado de primera instancia estimó la demanda, apreció error en el consentimiento y ordenó la restitución recíproca de prestaciones.

Apelada la sentencia de primera instancia, la Audiencia estimó el recurso y desestimó la demanda, al no apreciar que hubiera existido error vicio en el consentimiento prestado para la contratación de los tres swaps. La *ratio decidendi* se halla contenida en el siguiente razonamiento:

(…) Examinada la información ofrecida a la entidad actora, ha de concluirse que la información facilitada resultaba suficiente para que la actora al contratar este producto supiera las consecuencias negativas que del mismo podrían derivarse, ello por cuanto se facilitó información detallada por parte del director de la oficina bancaria al administrador de la sociedad, según ha quedado acreditado mediante la declaración testifical de este en el acto del juicio, declaración que merece a esta sala una valoración distinta a la que efectúa el juez a quo, tras el visionado del juicio y en uso de las facultades que tiene este tribunal para valorar la prueba. El testigo declara con contundencia y firmeza haber facilitado la información, lo que además concuerda con los anexos de cada uno de los contratos, anexos que aparecen firmados por la representación de la entidad demandante en los cuales se establece una clara e inteligible explicación acerca de cuáles pueden pudieran ser los escenarios de los contratos en relación con las posibles subidas o bajadas del Euríbor, los cuales con una mera lectura y a una persona que desarrolla su labor como empresario eran fácilmente comprensibles. Suponiendo que tales anexos no hubieran sido leídos por sus firmantes, ello no sería reprochable a la entidad bancaria sino a éstos, que no hubieran realizado su actuación con la diligencia debida no ya a un buen comerciante, tal y como exige la legislación mercantil, sino tan siquiera a la de un buen padre de familia.” (F.D. 1º)

“(…) La acción de nulidad por error vicio en el consentimiento se refería a tres contratos sucesivos de swap, también denominados de permuta financiera de tipos de interés (…).

(...) es difícil contrariar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin contradecir la base fáctica. Sin perjuicio de que, además, en este concreto caso, las cancelaciones y el pago de los consiguientes costes, que eran bastante significativos, sobre todo el primero, sí muestran que el cliente podía ser consciente del coste que suponía la cancelación anticipada.

Así como en otros casos la concatenación sucesiva de contratos no constituye indicio de que el cliente conociera el producto y sus riesgos, sino que, por el tiempo en que se produjo la contratación y las circunstancias que concurrían, muestra más bien que se trataba de una huida hacia adelante, presidida por el desconocimiento, no ocurre lo mismo en el presente supuesto. Las condiciones en que se renovaron sucesivamente los dos primeros swap y, sobre todo, el coste de cancelación del primero, ponen en evidencia que los representantes de la compañía estaban informados sobre el producto y sus concretos riesgos.

En consecuencia, no encontramos razones para advertir en el enjuiciamiento de la Audiencia una vulneración de las normas legales sobre los deberes de información en la comercialización de productos financieros ni de las que regulan en error vicio, razón por la cual se desestiman los dos motivos de casación.” (F.D. 2º) [M.B.P.].

Jurisprudencia: contrato de permuta financiera: inexistencia de error excusable: sentencia firme anterior desestimatoria de la demanda de anulación por error de otro contrato de swap concertado por otra sociedad de la que era administrador la misma persona que posteriormente celebraría el contrato cuya validez se juzga en este proceso.

STS (Sala 1ª) de 19 de enero de 2017, rec. nº 1861/2013.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7921674&links=%221861%2F2013%22&optimize=20170131&publicinterface=true>

“(…) El motivo se funda en la infracción de los arts. 1261, 1265 y 1266 del Código Civil, en relación con el art. 48.2.h) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito y el art. 78 de la Ley 24/1988, de 24 de julio, de Mercado de Valores’.

En el desarrollo del motivo se impugna la valoración jurídica realizada por el tribunal de apelación que concluye que ha existido información con la simple puesta a disposición del cliente del contrato. Los deberes legales de información exigen que la entidad que comercializa el producto financiero se cerciore de que el cliente tiene un conocimiento de las características del producto y de los riesgos que conlleva.

Finalmente, razona a favor de la excusabilidad del error, sobre la base del incumplimiento de estos deberes de información.

Procede desestimar el motivo (...).

(...) La sentencia recurrida concluye que no ha existido error, pero no porque haya quedado acreditado que en este caso concreto el banco hubiera cumplido con los deberes que le imponía la normativa MiFID, pues entre otras cosas no se declara cumplido el deber de recabar el test de idoneidad, sino porque entiende que los administradores estaban ya informados sobre las características del producto y los riesgos que conllevaba, al haber concertado previamente otro swap muy similar para otra sociedad, respecto del que hay una sentencia firme que declara cumplidos estos deberes de información.

(...) Esta circunstancia, que quien prestó el consentimiento (...) conocía las características del producto y los concretos riesgos que conllevaba, es un hecho que se declara probado en la sentencia recurrida, y sobre ese hecho se lleva a cabo la valoración jurídica de que no hubo error vicio. Sin que sea posible ahora, en casación, realizar una nueva valoración de la prueba.” (F.D. 3º) [M.B.P.].

L) Confirmación del contrato anulable.

Jurisprudencia: anulación de contrato de permuta financiera por error esencial y excusable inducido por la parte contraria: procedencia: el hecho de haber percibido inicialmente liquidaciones positivas o el haber celebrado consecutivamente siete contratos de swap no implica una confirmación de los mismos y la consiguiente renuncia a ejercitar la acción de anulación.

STS (Sala 1ª) de 3 de febrero de 2016, rec. nº 3202/2012.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7599176&links=%223202%2F2012%22&optimize=20160216&publicinterface=true>

“(...) I.- Primer motivo.-

El primer motivo se formula al amparo del artículo 477.2.3º LEC, por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en cuanto que la sentencia recurrida confiere eficacia invalidante a un supuesto error cuyos requisitos no han sido acreditados.

(...) El carácter esencial del error viene determinado porque recae justamente sobre aquellos extremos del contrato respecto de los que la normativa del mercado de valores exige a las empresas de este ámbito que informen a sus clientes de manera específica sobre la naturaleza y riesgos del producto que les oferten. Y es inasumible la afirmación de que no se justifica el nexo de causalidad entre el error y la formalización de los contratos, puesto que lo que se deduce de la sentencia recurrida es que fue el banco quien, con incumplimiento de sus deberes legales de información, indujo a las sociedades demandantes a contratar unos productos financieros complejos y arriesgados totalmente inadecuados para su perfil inversor; en lo que en diversas sentencias de esta Sala hemos

denominado ‘error heteroinducido’.

(...) Respecto de la excusabilidad del error (...) respecto de este tipo de contratos, a la entidad financiera se le imponen específicas obligaciones informativas tanto por la normativa general como por la del mercado financiero. (...) para la apreciación de la excusabilidad del error, habrá de estarse a las circunstancias concretas de cada caso, y en el que nos ocupa, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera. Pero es que, además (...) cuando se trata de ‘error heteroinducido’ por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues (...) la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco (...). Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios (...).

(...) III.- Tercer motivo.-

Se enuncia al amparo del art. 477.2.º LEC, por infracción de los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, al no declarar la sentencia recurrida subsanado el supuesto error padecido en la contratación, en virtud de la doctrina de los actos propios. Según dicho motivo, resumidamente, el hecho de que la relación contractual entre las partes hubiese durado varios años, que se firmaran hasta siete contratos de swap diferentes y el cliente hubiera recibido sin objeción varias liquidaciones positivas supone un acto propio que implica que, aunque hubiera existido un error inicial, el mismo fue superado y el cliente acabó finalmente teniendo conocimiento cierto del producto para emitir un consentimiento válido y convalidar el error que, en su caso, pudiera haber tenido anteriormente.

(...) En cuanto a los supuestos actos propios de la demandante, que implicarían la prestación tácita del consentimiento, tenemos ya afirmado en numerosas resoluciones que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato (...).

(...) Ciertamente es que en este caso se firmaron hasta siete contratos de swap distanciados en el tiempo, pero como acertadamente razona la sentencia recurrida, que los clientes no formularan reclamación hasta que recibieron las liquidaciones negativas resulta lógico, al ser entonces cuando pudieron percibir su error, máxime si el encadenamiento de contratos venía dado por la inconveniencia del vencimiento anticipado de los anteriores, habida cuenta su elevado coste y la falta de constancia de una clara explicación sobre sus bases, que se planteó ante la alarma creada por las primeras liquidaciones negativas. Y como hemos recordado

en la sentencia 742/2015, de 18 de diciembre, la celebración de contratos anteriores no puede constituir una confirmación tácita de otros posteriores, por cuanto que tales contratos son anteriores en el tiempo. La confirmación de un negocio anulable puede producirse por hechos posteriores a su celebración, pero no por hechos anteriores.

No concurre, en suma, el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 del Código Civil. De acuerdo con la narración de hechos fijada en la instancia, las demandantes fueron conscientes del error cuando comenzaron las liquidaciones negativas por cantidades muy importantes, por lo que no hubo confirmación del negocio, ni expresa ni tácita.”(F.D. 3º) [M.B.P.].

Jurisprudencia: anulación de contrato de permuta financiera por error esencial y excusable: procedencia: la cancelación anticipada del contrato ante la existencia de cuantiosas y reiteradas liquidaciones negativas no implica una confirmación tácita del contrato.

STS (Sala 1ª) de 19 de julio de 2016, rec. nº 873/2013.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7747272&links=%22873%2F2013%22&optimize=20160801&publicinterface=true>

“1.- El 23 de marzo de 2007, D. Obdulio y Dña. María Rosario suscribieron con Banco de Sabadell, S.A. un contrato de préstamo hipotecario, por importe de 219.027,93 €, para la construcción de una vivienda unifamiliar.

2.- El 4 de junio de 2008, el Sr. Obdulio suscribió con la misma entidad financiera un contrato marco de operaciones financieras, CMOF, y un contrato denominado ‘solicitud de contratación de producto derivado’, con un nominal de 220.000 €, fecha de inicio 30 de junio de 2008, fecha de vencimiento 29 de junio de 2012 y frecuencia de liquidación trimestral.

3.- Durante la vigencia del producto, hubo liquidaciones trimestrales favorables al cliente por importe total de 168,66 € y liquidaciones favorables a la entidad financiera por importe total de 7.375,69 €.

4.- Ante los costes que iban teniendo las liquidaciones negativas, los clientes optaron por la cancelación anticipada del producto, lo que les supuso un importe de 18.100 €, que sufragaron mediante la concesión por la propia entidad de un nuevo préstamo hipotecario, por importe de 21.000 €, el 13 de enero de 2010.

5.- Los Sres. Obdulio y María Rosario formularon una demanda contra Banco de Sabadell, S.A., en la que solicitaban la nulidad del CMOF y del contrato de swap por error vicio del consentimiento. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente que había existido un déficit de información por parte del banco que había provocado el error en el consentimiento de los clientes; así como que la cancelación del producto no había

supuesto una transacción que confirmara el consentimiento viciado, sino que había sido una mera liquidación, firmada por los clientes ante la situación de angustia que les había supuesto la posibilidad de incurrir en insolvencia.

6.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, fue estimado por la Audiencia Provincial, por considerar que la liquidación del contrato mediante el abono del coste de su cancelación anticipada, aunque no tenía el carácter legal de transacción, había supuesto la confirmación del consentimiento. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación, desestimó la demanda.” (F.D. 1º)

“(…) Los Sres. Obdulio y María Rosario interpusieron recurso de casación contra dicha sentencia, al amparo del art. 477.2.3º LEC, basado en dos motivos. En el primero, se aduce que la cancelación anticipada de un contrato de permuta financiera para evitar una situación de descubierto o insolvencia ocasionada por los sucesivos vencimientos periódicos negativos, no constituye por sí misma un acto propio de convalidación de los vicios de nulidad por error que pudieran afectar a la contratación inicial si no consta una voluntad clara e inequívoca en tal sentido. (...)” (F.D. 2º)

“Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión (...).

(...) como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato (...).

(...) Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad. (...).

(...) Ciertamente es que en este caso se canceló anticipadamente el contrato, para lo que se obtuvo un nuevo préstamo hipotecario de la misma entidad, para sufragar su elevado coste, pero ello no tuvo como finalidad ni efecto la confirmación del contrato viciado, sino que únicamente se hizo para enjugar el riesgo de insolvencia que se cernía sobre los clientes si se seguían produciendo liquidaciones negativas (...).

No concurre, en suma, el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 CC. (...)” (F.D. 3º) [M.B.P.].

Jurisprudencia: anulación de contrato de permuta financiera por error esencial y excusable: procedencia: el ejercicio de la acción de anulación después del vencimiento del contrato no implica la confirmación del mismo.

STS (Sala 1ª) de 23 de noviembre de 2016, rec. nº 1699/2013.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7882258&links=%221699%2F2013%22&optimize=20161202&publicinterface=true>

“1.- El 2 de octubre de 2008, Suyfe 2007, S.L. suscribió con Banco de Sabadell, S.A. un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y un contrato de confirmación de permuta financiera, con un nominal de 250.000 €, plazo de vencimiento tres años y frecuencia de liquidación trimestral.

2.- Durante la vigencia del producto, hubo liquidaciones trimestrales favorables al cliente por importe total de 379,18 € y liquidaciones favorables a la entidad financiera por importe total de 18.020,95 €.

3.- Suyfe 2007, S.L. formuló demanda contra Banco de Sabadell, S.A., en la que solicitaba la nulidad del CMOF y del contrato de swap por error vicio del consentimiento. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró, resumidamente, que había existido un déficit de información por parte del banco que había provocado el error en el consentimiento del cliente; así como que el planteamiento de la demanda tras el vencimiento del plazo pactado de duración del producto no había supuesto una confirmación del contrato viciado.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, fue estimado por la Audiencia Provincial, por considerar que la formulación de la demanda tras el vencimiento del plazo de duración pactado había supuesto confirmación del consentimiento. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación, desestimó la demanda.” (F.D. 1º)

“Suyfe 2007, S.L. interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, al amparo del art. 477.2.3º LEC, basado en un único motivo, por infracción del art. 1.311, en relación con el 1.309, CC, así como en relación con la doctrina de los actos propios (...).

En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que no concurren los requisitos de aplicación del art. 1.311 CC, consistentes en el conocimiento de la causa de la nulidad, el cese de la misma y que quien tiene derecho a invocarla ejecute un acto que implique voluntad de renuncia. Lo que no sucede en este caso, puesto que ni el cumplimiento del contrato y el abono de las liquidaciones negativas, ni la formulación posterior de la demanda, suponen confirmación alguna del contrato, ni renuncia al ejercicio de la acción de nulidad.” (F.D. 2º)

“En relación con la posible confirmación de contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento, existe ya un nutrido cuerpo de doctrina

jurisprudencial, a cuyo contenido nos atenderemos, y que ha sido recientemente resumido por las sentencias de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero, y 503/2016, de 19 de julio.

Como decíamos en dichas sentencias, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Además, existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la recurrente hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por no formular la demanda hasta que se agotó el plazo de duración contractual pactado, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 CC.

(...) Que la recurrente tuviera voluntad cumplidora y, sin perjuicio de ello, una vez agotado el contrato y apercebida del error vicio, ejercitara la acción de nulidad, no puede volverse en su contra para considerar que tales actuaciones tuvieron como finalidad y efecto la confirmación del contrato viciado. Antes al contrario, lo que evidencia es la buena fe contractual de la demandante y su voluntad de no convalidar el consentimiento erróneamente prestado.

No concurre, en suma, el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 CC. (...)” (F.D. 3º) [M.B.P.].

M) Indemnización de daños y perjuicios.

Jurisprudencia: indemnización de daños y perjuicios sufridos por el vendedor de un inmueble por no poder compensar el IVA generado por una anterior adquisición: inexcusabilidad del error padecido por la entidad compradora, que afirmó estar sujeta al pago de IVA, ignorando que estaba exenta.

STS (Sala 1ª) de 11 de mayo de 2016, rec. nº 1021/2014

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7680425&links=%221021%2F2014%22&optimize=20160524&publicinterface=true>

“La entidad Erginedom S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros de Salamanca y Soria (en adelante, Caja Duero), en la que solicitaba que se declarase el incumplimiento por la demandada del contrato de compraventa de un inmueble y que debía indemnizar los daños y perjuicios causados, condenándole a extinguir la obligación tributaria de la demandante mediante el ingreso en la Administración Tributaria de la cantidad de 11.176.358 euros, más los recargos, sanciones e intereses correspondientes (...).

Alegó la demandante que había comprado en abril de 2006 un inmueble en Madrid, operación que devengó IVA cuyo importe fue abonado por su parte al vendedor. Dicho impuesto era deducible y podía compensarse con el IVA que repercutiese la actora en ejercicios posteriores en la actividad hotelera que constituía su objeto. Posteriormente la demandante decidió poner en venta el referido inmueble mediante concurso, en el que se indicó que la operación debería estar sujeta y no exenta de IVA, o sujeta y exenta de IVA, y en este caso el vendedor renunciaría a la exención. Para la demandante tenía mucha relevancia que la operación estuviera sujeta al IVA ya que, al haber transcurrido solo un año desde su adquisición, debía regularizar el 90% del IVA soportado y no deducido. En abril de 2007 vendió el inmueble a la demandada, Caja Duero, habiendo manifestado ésta previamente que era sujeto pasivo del IVA. No obstante, con posterioridad a la venta, la compradora Caja Duero comunicó a la vendedora que sus actividades estaban exentas de IVA y que el compromiso de someter la compraventa del inmueble al pago del IVA había sido un error, solicitando a la Administración Tributaria la devolución de la cuota del IVA soportada en la transmisión -pretensión que fue estimada- y a continuación la Agencia Tributaria inició una inspección dirigida a verificar la correcta repercusión del IVA y giró a la actora una liquidación por importe de 11.176.358 euros.

(...) La sentencia de primera instancia desestimó la demanda (...).

Contra la anterior sentencia, la demandante Erginedom S.L. interpuso recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) en sentencia de 18 de febrero de 2014, declarando que la demandada había incumplido el contrato de compraventa del inmueble objeto de este procedimiento, siendo responsable frente a la actora de todos los daños y

perjuicios que se derivasen de dicho incumplimiento.

(...) Contra dicha sentencia, la demandada Caja Duero ha interpuesto recurso de casación (...).” (F.D.1º)

“El motivo segundo denuncia la infracción de los artículos 1101 y 1104 CC y de la jurisprudencia sobre la excusabilidad del error, al haberse calificado indebidamente el error de Caja Duero como inexcusable y vencible por la sentencia recurrida.

(...) En el desarrollo del motivo se alega la infracción de los anteriores artículos y la doctrina jurisprudencial sobre la excusabilidad del error porque -entiende la parte recurrente- al calificar el error como inexcusable se impone a Caja Duero un nivel de diligencia que no resulta exigible a la vista de las concretas circunstancias del supuesto analizado y se califica el error sin valorar la propia actuación de la contraparte que resulta protegida cuando, en realidad, no merece tal protección, puesto que la vendedora pudo haber evitado el error ‘con la simple advertencia a Caja Duero de la trascendencia que tenía que la compraventa tributase por IVA’. Añade el motivo que, aunque, como mera hipótesis, pudiera decirse que Caja Duero pudo haber advertido el error de su declaración, nunca se podrá dejar de decir que Erginedom debió advertir que la tributación por IVA tenía para ella alguna relevancia, siendo así que ‘dicha falta de advertencia convierte el error de Caja Duero en excusable’.

Al proceder así, la recurrente pretende establecer los hechos según conviene a la tesis que sustenta. No es cierto que la vendedora omitiera en las negociaciones previas su interés en que la tributación fuera por IVA y buena prueba de ello es que solicitó que así constara en la oferta de Caja Duero, sin que posiblemente llegara a establecerse como condición en el contrato, sin duda por la afirmación tajante de la compradora en el sentido de que la tributación sería por IVA. El error lo sufrió la compradora -según tiene reconocido- y en definitiva tal error le favoreció en cuanto a la tributación y perjudicó notoriamente a la vendedora. No cabe atribuir carácter excusable al error cuando se trata de una entidad que, como la compradora, no sólo ha de contar con sus propios servicios jurídicos sino que además se procura información externa, siendo -por el contrario- excusable el padecido por la vendedora que confía razonablemente en lo manifestado por la contraparte.

Por tanto resulta de aplicación lo dispuesto por los artículos 1101 y 1104 CC en cuanto a la negligencia del deudor que causa perjuicio a la otra parte llevándola a actuar erróneamente, lo que no solo ha de dar lugar a la posible anulación del contrato (artículos 1265 y 1300 CC) sino que habilita al contratante perjudicado para -sosteniendo la validez del negocio- reclamar a la otra parte por las consecuencias sufridas.” (F. D.3º) [M.B.P.]

4. RESPONSABILIDAD CIVIL

A) Contractual

Jurisprudencia: responsabilidad civil del Abogado que no interpuso en tiempo la demanda de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de una falta (accidente de tráfico, que produjo la muerte del ocupante de un automóvil, lesiones al conductor de un camión contra el que dicho automóvil impactó y graves daños al referido camión), habiendo quedado extinguida la vía penal al no continuarla los herederos del fallecido y el herido: condena del Abogado a satisfacer la totalidad de los daños reclamados por la propietaria del camión, cuyo importe había quedado acreditado en la sentencia de primera instancia dictada en juicio de faltas, la cual fue revocada en apelación, simplemente, por haber quedado extinguida la vía penal, sin perjuicio del derecho de la demandante a acudir a la vía civil para reclamar la indemnización correspondiente: no es necesario realizar un cálculo de oportunidades del buen éxito de la acción.

STS (Sala 1ª) de 4 de febrero de 2016, rec. nº 645/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7602638&links=%22645%2F2014%22&optimize=20160219&publicinterface=true>

“Pavimentos Iscar SL interpuso demanda contra el letrado don Germán por la que le reclamaba una indemnización de 219.141,71 euros, con fundamento en los siguientes hechos:

a) Con fecha 30 de agosto de 1999 se produjo un accidente de circulación en la carretera C-610, en el que resultó dañado el camión matrícula QE-....-Q, propiedad de Pavimentos Iscar SL que fue impactado por el vehículo Seat Córdoba matrícula JI-....-IC, conducido por su propietario don Carlos Daniel y asegurado con la compañía Mapfre. Como consecuencia se produjo el fallecimiento del ocupante del turismo don Adriano, resultando lesionado don Carlos, conductor del camión, y sufriendo importantes daños materiales el camión propiedad de Pavimentos Iscar SL.

b) El Juzgado de Instrucción no 1 de Arévalo abrió diligencias previas por estos sucesos que acabaron transformándose en juicio de faltas, asumiendo el demandado don Germán la defensa de los intereses de Pavimentos Iscar SL.

e) En dichas actuaciones los herederos del fallecido don Adriano y el lesionado don Carlos, tras percibir la oportuna indemnización abonada por la aseguradora Mapfre, renunciaron a las acciones penales y civiles contra don Carlos Daniel y la referida compañía aseguradora.

d) Tras dichas renunciaciones quedó únicamente sosteniendo la acción penal contra don Carlos Daniel y Mapfre, Pavimentos Iscar SL, dictándose sentencia con fecha 15 de marzo de 2001 por el Juzgado de Instrucción de Arévalo condenando a la

entidad Mapfre a indemnizar a Pavimentos Iscar SL en el importe de los daños causados.

e) Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la entidad Mapfre, el cual fue resuelto por la Audiencia Provincial de Ávila mediante sentencia de fecha 30 de noviembre de 2001 en el sentido de revocar la dictada por el Juzgado de Instrucción puesto que, al no continuar los perjudicados lesionados la acción penal, esta se había extinguido, no estando Pavimentos Iscar SL legitimada para continuar con el proceso penal, todo ello sin perjuicio del derecho a acudir a la jurisdicción civil a reclamar la indemnización correspondiente.

f) La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila de fecha 30 de noviembre de 2001 no fue comunicada por el letrado don Germán a Pavimentos Iscar SL, sin que se ejercitara en plazo la acción civil de reclamación por daños, habiendo tenido conocimiento la perjudicada en el año 2009.

Por ello la demanda solicitaba la condena del demandado a satisfacer la suma de 12.138.523 pesetas (72.953,99 euros), más un interés del 20% anual, lo que supone 146.187,72 euros más, siendo la cantidad total reclamada la de 219.141,71 euros.

La parte demandada se opuso a la demanda y, seguido el proceso, con fecha 15 de enero de 2013 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia no 36 de Madrid, la cual estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a pagar a la actora la suma de 24.000 euros, sin intereses legales. Se afirmaba en la sentencia que no puede pretenderse una indemnización por la negligencia en que incurrió el demandado equivalente a la que según el actor hubiera procedido de haber interpuesto a tiempo la demanda, porque no se puede dar por hecho que la acción contra la entidad Mapfre hubiera prosperado plenamente, siendo su resultado incierto, por lo que cifraba en 24.000 euros la cantidad que debe percibir el demandante por el daño moral causado por la pérdida del derecho al recurso al margen de consideraciones hipotéticas sobre su prosperabilidad o no.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19a) dictó sentencia de fecha 19 de diciembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimonovena, por la que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Pavimentos Iscar SL revocando parcialmente la sentencia de primera instancia en el sentido de fijar la cifra a cuyo pago resulta obligado el demandado en la cantidad de 75.309,78 euros, más intereses legales de dicha suma. Argumenta la mentada resolución que ha de partirse como perjuicio de la cantidad reconocida inicialmente en vía penal aunque posteriormente se revocara por la sentencia de apelación, cantidad que asciende a la suma de 51.544,76 euros, a lo que debe añadirse los intereses legales desde la producción del accidente por importe de 23.764,92 euros, lo que da un total de 75.309,78 euros.” (F.D. 1º)

“El primero de los motivos del recurso de casación denuncia la vulneración del artículo 1101 del Código Civil en relación con la jurisprudencia de esta Sala

expresada en las sentencias de 5 de junio de 2013 y 14 de octubre de 2013.

Destaca la parte recurrente cómo ambas sentencias -como otras muchas- establecen que cuando se trata de una falta de enjuiciamiento al no haber sido planteada la cuestión en tiempo ante los tribunales, mediando culpa del profesional que tenía encomendada la defensa de tales derechos, es necesario realizar un cálculo de oportunidades del buen éxito de la acción.

Sin embargo, dejando aparte la cuestión acerca de la motivación de la sentencia, que ya ha sido tratada, la Audiencia parte de la consideración de que la reclamación no efectuada en vía civil por incumplimiento de deberes profesionales, que el propio demandado aceptó al no recurrir la sentencia de primera instancia dictada en este proceso que le condenó al pago de una indemnización menor, habría de ser estimada en el juicio civil por ser plenamente procedente según se había declarado ya por un tribunal.

En realidad nos encontramos en este caso ante un supuesto bien distinto del que normalmente se plantea. Las reclamaciones por responsabilidad profesional de abogados o de procuradores se producen generalmente por falta de ejercicio de acciones en tiempo ante los tribunales, sin que estos se hayan pronunciado ya sobre ellas -como, por el contrario, ocurre en el caso presente- o por falta de interposición de recursos contra resoluciones que han resultado desfavorables o no favorables en la medida en que se considera procedente. En estos casos el pronóstico sobre el resultado de la acción o del recurso omitido se impone, porque en caso de atender a la total reclamación podría suponer incluso un beneficio para el interesado la omisión de la actuación por parte del profesional. Aquí -como se ha repetido- un tribunal determinó la indemnización procedente - que es la ahora establecida- y si quedó sin efecto dicha resolución fue por razones ajenas a una defectuosa fundamentación o cálculo por parte de aquella sentencia. (F.D. 4º) [M.B.P.].

Jurisprudencia: Cirugía estética: implantación de prótesis mamarias de gel de silicona PIP de composición defectuosa: demanda de resolución de contrato y, subsidiariamente, de nulidad del mismo con reclamación de daños y perjuicios: desestimación de ambas: correcto cumplimiento de los deberes de información por parte de la demandada: la hipótesis de la posible fabricación fraudulenta de las prótesis no forma parte de los riesgos típicos y previsibles de los que ha de informarse al paciente: la obligación del cirujano (también en las operaciones de estética) es de medios y no de resultado: actuación médica correcta utilizando prótesis homologadas que se hallaban en el mercado.

STS (Sala 1ª) de 15 de febrero de 2017, rec. nº 2511/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7940496&links=%222511%2F2014%22&optimize=20170222&publicinterface=true>

“(…) la parte actora formula recurso de casación. (...)”

(...) Se desestiman [los motivos alegados por la recurrente]

1.- Hubo no solo información a cada una de las pacientes que integran la asociación -hecho probado-, sino consentimiento de todas ellas a una intervención de aumento de pecho mediante implantación de prótesis de silicona, de la clase PIP. Información no solo formal sino material desde el punto de vista de su efectividad y en ningún caso esta fue errónea, genérica, vaga, imprecisa, falsa o inveraz para invalidar el contrato por falta de consentimiento, como se la tacha en el recurso, sino todo lo contrario, pues cumplía de forma expresa, clara y concisa los postulados de la Ley 4/2002, de 14 de noviembre así como la reiterada jurisprudencia de esta sala que exige una información más rigurosa para la adecuada formación de un consentimiento informado en los supuestos de medicina satisfactiva o voluntaria, como es el caso, que en los de cirugía necesaria, curativa o asistencial, 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 (sentencias 21 de octubre de 2005; 4 de octubre 2006; 29 de junio 2007; 27 de septiembre 2010; 20 de enero 2011; 17 de junio 2015).

Se indica que los implantes mamarios pueden romperse, así como de los riesgos derivados de esta, y de las consecuencias de su retirada o cambio mediante procedimiento quirúrgico ‘con riesgos y complicaciones potenciales’, siendo el documento el mismo para las prótesis de suero que para las de silicona pues se trata de una información que explica los riesgos de los diferentes tipos de implantes con referencia expresa a los riesgos genéricos comunes a todos los tipos y específicos de cada uno de ellos, y lo que no se sostiene es el argumento de que la información debería haber incorporado como riesgo el hecho de que las prótesis podían ser fraudulentas, como finalmente resultaron, y que ello suponga un mayor índice de roturas de las prótesis de lo que es normal. Si existiera la absoluta certeza de que las prótesis implantadas habían sido fabricadas de forma fraudulenta o eran en sí mismas defectuosas, el problema excedería posiblemente del ámbito en que se plantea la reclamación.

Nada de eso forma parte de la información que debe ofrecer un médico sobre los riesgos previsibles ni típicos que están obligados a informar cuando además no podía proporcionarse al tratarse de un dato conocido con posterioridad. Hubo, en definitiva, suficiente información médica sobre la incidencia que dichas prótesis podían producir riesgo en la salud de las pacientes y sobre ello se actuó contractualmente, y una cosa es que pudieran romperse y otra que fueran fraudulentas en origen ignorándolo. El enjuiciamiento de los hechos se realiza no desde la consideración de un producto defectuoso sino desde el contrato de arrendamiento cuya resolución o nulidad se ha interesado en la demanda.

2.- No se acciona contra el producto defectuoso en los términos que autoriza el RDL 1/2007, de 16 de diciembre, ni se acciona contra los verdaderos responsables. Lo que se reclama, al amparo de los artículos 1101, 1098 y 1124 del CC, es una indemnización por daños y perjuicios asociados a la resolución o nulidad de un contrato que se califica en la demanda de arrendamiento de servicios con suministro de un producto, en este caso, las prótesis mamarias PIP,

ligado a la doctrina del *aliud pro alio* y a un error en el consentimiento por déficit informativo en el consentimiento.

3.- La única imputación significada resulta ajena a la actividad médica asistencial, que es de medios y no de resultado, sin objetivación de la responsabilidad pues no estamos ante un contrato de obra en que su objeto contractual esencial no es el proceso seguido para la realización de una obra, sino precisamente el resultado de ese proceso, es decir, la obra ejecutada. El contrato se vincula a una intervención médica en la que se implantan unas prótesis que estaban en el mercado, homologadas por la CEE de acuerdo con la directiva 93/42/CEE y autorizadas por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios.

4.- Se cumplimentó la información en los términos en que era conocido y aceptado el riesgo de rotura por las pacientes inherente a cualquier tipo de las prótesis utilizadas en el momento de contratar. La rotura de la prótesis en una intervención quirúrgica no supone la inhabilidad absoluta del servicio contratado, coincidente con una intervención quirúrgica destinada a realizar un aumento de mamas, que se llevó a cabo con absoluta corrección por profesionales médicos, en contemplación a los principios de identidad e integridad de la prestación convenida.” (F.D. 3º) [M.B.P.]

Jurisprudencia: responsabilidad civil por falta de consentimiento informado en la práctica de una fecundación “in vitro”: nacimiento de un niño hemofílico; ausencia de negligencia de la clínica en la selección del óvulo de una donante portadora de la enfermedad, sin antecedentes familiares de desarrollo de la enfermedad, razón por la cual no se le realizó un test genético, siendo la hemofilia una enfermedad “rara”: reconocimiento de indemnización por daño moral a los progenitores (100.000 euros para cada uno) y al hijo (200.000 euros).

SAP de Valencia (Sección 7ª) de 30 de marzo de 2016, rec. nº 764/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7741088&links=reproduccion%20asistida&optimize=20160720&publicinterface=true>

“La representación procesal de doña Verónica y don Torcuato, en nombre propio y en representación del menor don Ambrosio, formuló demanda de juicio ordinario contra El Centro IVI Valencia SA y contra don Faustino. Sustenta su pretensión en que se sometieron a diversos tratamientos de reproducción asistida en varios centros médicos que fracasaron. Finalmente en julio de 2010, acudieron al Centro IVI en Valencia, donde fueron atendidos por el doctor Faustino. Realizaron una primera entrevista y descartaron utilizar los óvulos de la actora. Se les entregó un dossier con toda la información necesaria y un documento para que plasmaran su consentimiento informado, que les fue entregado por el personal auxiliar.

Iniciaron el tratamiento en septiembre de 2010 y en diciembre se confirmó el embarazo, haciéndole los controles para determinar que se trataba de un sólo feto

y que todos los niveles eran adecuados así como, que a priori, no existía ningún riesgo. En enero se realizó un screening del primer trimestre, que se consideró negativo. Pero el día 27 de marzo de 2011, domingo, les llamó a su domicilio el doctor Faustino para informarles de un problema con la donante, pues el feto podría ser portador de hemofilia A, ya que en Alemania se había detectado, en un embarazo de la misma donante, una hemofilia severa tipo A, y se les citó al día siguiente al Hospital la Fe.

El 30 de marzo, de 2011, el doctor Faustino, telefónicamente, les informó de que la prueba había salido positiva; y que se pasasen por el hospital, pero en la información remitida nada se indicaba sobre la hemofilia. Ante todo ello, deciden acudir a la consulta de otro médico. Dr. Aurelio.

A primeros de abril acuden a la Fe, y el doctor Faustino, sin documentación escrita, les dice que se han de plantear el aborto porque el resultado es positivo. Les dice que hay que prepararlo como un parto, por lo avanzado de la gestación y los problemas que se pueden presentar y que el niño que estaban esperando sería carne de hospital.

Deciden no someterse a un aborto por la ausencia de pruebas escritas sobre la determinación de la enfermedad, por los riesgos que ello entrañaba para la madre dado lo avanzado de la gestación y por sus convicciones morales (...).

(...) Considera la parte actora que no puede admitirse que el IVI que es especialista en evitar la transmisión de enfermedades genéticas, no hiciera los controles necesarios a los donantes de óvulos y semen (...).

Pide su condena por mala praxis en la selección de los ovocitos, en el tratamiento de la actora y por deficiencias en el consentimiento informado.

(...) La sentencia de instancia estima en parte la demanda condenando al Centro IVI Valencia SL [a pagar 100.000 euros a Doña Verónica, 100.000 euros a Don Torcuato y 200.000 al menor Ambrosio] y absolviendo a D Faustino, al acoger la prescripción.

Respecto de la codemandada Centro IVI Valencia SL y sobre los actos negligentes consistentes en la omisión de las pruebas necesarias a la donante para comprobar la presencia de hemofilia, la sentencia concluye que no era preceptiva la realización de pruebas médicas distintas a la que se llevaron a cabo, lo que estima corroborado por las periciales médicas practicadas.

Respecto de la infracción de la lex artis relativa a si existió consentimiento informado en debida forma considera la sentencia que la información dada a los actores consta acreditada en el documento número 3.9, en el cual ‘no se indica como posible riesgo la posibilidad de transmisión de enfermedades del donantes al hijo por cuanto la mención que realiza es a la posibilidad de transmisión de los padres que son miembros de la pareja [...] Las expresiones aludidas es evidente que transmiten la idea de que se practicarán las pruebas necesarias para detectar cualquier enfermedad genética, hereditaria o infecciosa transmisible a la

descendencia.’

Contra dicha resolución se alzan ambas partes litigantes, la parte demandada-condenada formula recurso de apelación y la parte actora impugna la sentencia.” (F.D. 1º)

“(…) analizaremos los alegatos de la parte demandante respecto de la existencia de negligencia en el proceso de selección e implantación de los ovocitos.

(…) admitiendo que el proceso seguido para la fecundación no ha sido capaz de detectar y evitar la transmisión de una grave enfermedad, el citado resultado no puede ser imputado por culpa o negligencia a los partícipes en el mismo, dada la regulación legal y el estado de la ciencia sobre esta materia (...).

El Artículo 3 del Real Decreto 412/1996 expresamente dispone que ‘Los donantes serán sometidos a un reconocimiento médico, que se reflejara en una historia clínica, con inclusión de antecedentes personales y familiares así como un examen físico, que como mínimo deberá contener los datos que, en el anexo del presente Real Decreto se relacionan, bajo la responsabilidad directa del Director del centro.’

En el anexo de la citada Ley se incluye el estudio de las enfermedades que cita la parte apelante, entre las que se encuentra la hemofilia, pero su examen queda limitado al ámbito de la Historia Familiar, de los antecedentes personales y familiares, como así se especifica en el apartado IV del anexo, no a la práctica de pruebas genéticas.

(…) Las donantes se eligen por un equipo psicológico y médico según la ley de 2006.- Cuando la donante sufre una enfermedad hereditaria como la hemofilia, la paciente lo sabe porque tiene familiares hemofílicos, pero, en el presente caso la donante no tenía antecedentes familiares. En la práctica, existe un porcentaje de enfermedades genéticas y hereditarias que no se pueden detectar con la historia clínica.

La ley no les obliga a realizar un screening de la hemofilia, y en la práctica ellos buscan las enfermedades prevalentes, no las raras. No se buscan los miles y miles de enfermedades; si un portador no padece la enfermedad no tiene síntomas, por ello es necesario distinguir entre padecer una enfermedad y ser portador de la misma.

(…) No pueden hacer pruebas genéticas generales; en el presente caso practicaron todas las pruebas que exige la ley (...). La hemofilia está considerada como una enfermedad rara (...).” (F.D. 5º)

“*Consentimiento informado. Deficiencias.* Las consideraciones expuestas nos llevan a examinar el primer motivo que ha suscitado la parte apelante, pues estima que tampoco puede apreciarse insuficiencia o deficiencia alguna en el consentimiento que se recabó a los demandantes.

(...) El motivo debe ser rechazado.

Como acertadamente señala la sentencia de instancia, de la lectura del consentimiento informado suscrito por los demandantes, consideramos que se llega a la conclusión de que los óvulos que se van a recibir han sido sometidos a las pruebas genéticas necesarias para evitar las enfermedades que allí se indican.

(...) Así, dentro del punto VII, en el apartado de ‘Aspectos legales particulares derivados de la intervención de donante’ se dice (...): “Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia”.

(...) Del texto transcrito como consentimiento informado, concluimos que no se comunica a los receptores, que no se trasmite a las personas que van a someterse a dicha técnica de reproducción -que no son expertas en medicina ni en su terminología- la realidad sobre las pruebas y los análisis a los que se ha sometido a los ovocitos. En nuestra opinión, la persona que lee dicho consentimiento informado deduce que se han realizado todas las pruebas necesarias para descubrir y excluir las enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia que se pueden detectar según el estado de la ciencia y, concretamente, en el presente caso, la hemofilia, que igual que otras, ya es perfectamente detectable.

Del texto firmado no se desprende que el cribado de las donantes y de los ovocitos se hace basándose en las meras manifestaciones de la donante, sin las pertinentes comprobaciones técnicas, y no podemos ignorar que el desconocimiento de una enfermedad familiar genética, hereditaria o infecciosa no supone ninguna garantía sobre su inexistencia, no porque se oculte intencionadamente, sino porque, entre otros muchos supuestos, la donante puede ignorar que su familia sufre una grave enfermedad o padecimiento por el simple hecho de que la relación que mantiene con una rama familiar es escasa o nula, por ser adoptada, o por ignorar quien es su padre o madre biológico, etc.

Además, en la documentación que se entrega a los padres receptores, a los futuros padres, en el consentimiento informado, no se les advierte de la existen muchísimas enfermedades detectables sobre las que no se hacen pruebas técnicas y de la existencia de otras muchas que no pueden detectarse, cuestión de especial importancia en supuestos como el presente, sin que esta deficiencia u omisión del consentimiento informado pueda quedar paliada por la posterior posibilidad de acudir al aborto.

Ante estas circunstancias, estimamos que carece de toda relevancia que el consentimiento firmado por los actores se haya redactado basado en los editados por la Sociedad Española de Fertilidad, pues ello no excluye su insuficiencia en los

términos que se ha expuesto.

Por todo lo indicado, debemos concluir, que el riesgo de la transmisión de enfermedades ha constar con claridad y precisión en el consentimiento informado que suscriben los padres, desde el primer momento, sin que, dada su trascendencia, tal información pueda estimarse cumplida por meras manifestaciones relativas a que se les informó verbalmente, y al no hacerlo así la parte demandada ha vulnerado el derecho a la información de los receptores, incurriendo en la correspondiente responsabilidad civil.” (F.D. 6º)

“*Ruptura del nexo causal.* Como segundo motivo del recurso de la parte demandada-apelante, se invoca la ruptura del nexo causal, basándose en que se advirtió a los actores de la presencia de la hemofilia, pero la demandante tras practicarse la prueba de amniocentesis en el Hospital la Fe, decidió continuar con el embarazo ante las dudas que éste le generó.

Este motivo igualmente debe rechazarse.

El nexo causal supone la conexión entre la conducta del demandado y el daño producido y para que se interrumpa el nexo causal es preciso que intervenga una circunstancia ajena a la parte demandada que provoque la aparición del daño o la agravación del mismo, lo que no se ha producido en el presente caso, porque el nexo causal entre la deficiencia del consentimiento informado y los daños que se han causado a los actores se produjo desde el momento que no se les advirtió de la posibilidad de transmisión de determinadas enfermedades que eran conocidas y detectables, por ello, la posibilidad de interrumpir el embarazo, no rompe el nexo causal, ya que el daño ya se había producido.

La interrupción del embarazo era una opción que tenían los padres, los actores, y que libremente decidieron no acoger, pero ello, en nada afecta a las deficiencias detectadas en la información transmitida al tiempo de suscribir el contrato para someterse al proceso de Fecundación In Vitro y Transferencia Preembrionaria con donación de Ovocitos.” (F. D. 7º)

“*Falta de legitimación ad causam del padre demandante y del hijo.* Siguiendo con los motivos del recurso de apelación que formula la parte demandada, entramos a conocer sobre la valoración de la pérdida de oportunidad y la falta de legitimación ad causam del padre demandante y del hijo.

Igualmente hemos de rechazar este motivo dado que la fecundación in vitro fue solicitada por ambos padres, conjuntamente, y el semen que se utilizó era del propio actor, por tanto, no podemos hablar de la existencia de una relación entre el centro médico y la madre gestante exclusivamente.

Además, tanto el consentimiento informado para la fecundación in vitro y transferencia preembrionaria con donación de ovocitos (f. 186) como el contrato sobre donación de ovocitos, (folio 183), fue suscrito por la mujer receptora y por el marido. Y, el daño moral causado, como es evidente, afecta a los dos padres y, como no, al hijo nacido, quien además, padecerá directamente los daños derivados

de la enfermedad transmitida, por lo tanto hemos de rechazar los alegatos relativos a que únicamente gozaría de legitimación para reclamar la actora, doña Verónica.

Muestra de esta legitimación tanto del padre como del menor es que en el propio documento de consentimiento informado expresamente se indica que: ‘Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento a una fecundación con contribución de donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por tal fecundación.’” (F.D. 8º) [M.B.A.].

Jurisprudencia: responsabilidad civil por inadecuada realización de fecundación “in vitro”: nacimiento de dos gemelos con material reproductivo de un tercero anónimo, imposible de identificar, distinto del conviviente de la madre. Indemnización del daño patrimonial (pérdida de pensión de alimentos) y moral sufrido por los hijos: imposibilidad de identificar a su padre y de conocer sus orígenes biológicos (estimación conjunta en 120.000 euros para cada hijo). Indemnización del daño moral padecido por la madre: afectación personal e impacto en su vida por tener que asumir en solitario la crianza de los hijos, sentimiento de angustia por no saber la identidad del padre de los mismos (estimación en 75.000 euros).

SAP de Las Palmas (Sección 5ª) de 16 de mayo de 2016, rec. nº 461/2013.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7740977&links=reproduccion%20asistida&optimize=20160720&publicinterface=true>

“Se alza la representación de ambas partes frente a la sentencia dictada en la primera instancia que estimó parcialmente la demanda.

La parte actora recurre la sentencia en el único extremo de impugnar la cuantificación que en la misma se hace de los daños morales tanto a los menores como a Doña Tania, por considerar que no han sido valorados de forma razonable por el Juzgador y no se han apreciado en su justa medida ni los bienes jurídicos dañados ni la gravedad de los hechos, ni las circunstancias personales de los perjudicados, no logrando las indemnizaciones fijadas la reparación íntegra del daño.

(...) Aduce la recurrente que respecto de Doña Tania el juzgador no objetiva un daño moral especialmente grave por haber sido sometida sin su consentimiento y con su desconocimiento a un procedimiento de fertilización con esperma de una persona cuya identidad es imposible de determinar, siendo la indemnización concedida no una reparación proporcional de los derechos de la personalidad que le han sido lesionados, sino que parece más bien dirigida a reintegrar en su patrimonio el dinero abonado por la prestación del servicio al no haber quedado satisfecha con su resultado. Estima la parte que la sentencia no valora la gravedad del daño, pues se han afectado múltiples derechos o bienes inmateriales de la señora Tania concretados no sólo en el hecho de que tiene unos hijos de padre desconocido que no era los que deseaba, sino que, además, de este hecho tan

lamentable y extraordinario se derivan otros efectos y consecuencias más complejas e importantes.

(...) Termina suplicando a la Sala que, con estimación del recurso de apelación, dicte sentencia por la que se revoquen los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia relativos a las indemnizaciones reconocidas en concepto de daño moral, elevando las cuantías de las mismas, tanto las reconocidas a los menores hasta la suma de 72.000 € cada uno, como la reconocida a favor de Doña Tania hasta la suma de 150,000 €, más los intereses desde la fecha de la interpelación judicial, con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada tanto de en Primera como en Segunda Instancia.” (F.D. 1º)

“Por su parte la entidad demandada formula recurso de apelación por considerar en primer lugar que la sentencia de instancia infringe normas o garantías procesales (...).

(...) Alega esta apelante que a ello se añade la vulneración del artículo 217 de al LEC por parte de la sentencia apelada, pues alterando la carga de la prueba el Juzgador atribuye a su representada las consecuencias que derivan de la falta de la prueba por parte de la actora del nexo causal entre los daños que dice sufrir y la actuación de su representada (...).” (F.D. 2º)

“Para la correcta resolución del debate planteado ante esta Sala debe analizarse en primer lugar el recurso que formula la parte demandada.

(...) Por lo tanto, en una correcta sistemática jurídica resulta preferible analizar en primer lugar si el resultado producido, del que derivan a su vez los daños que se reclaman, resultado que se concreta en que el embarazo gemelar de la actora que culminó con el parto de los dos menores Purificación y Edemiro tuvo lugar por la fecundación con espermatozoides no provenientes de quien entonces era su pareja sentimental Don Cecilio, es producto de una actuación dolosa o negligente de la demandada en el curso de la relación contractual concertada, consistente en la fertilización in vitro.

(...) Como quiera que la finalidad esencial del contrato para la actora, que no tiene problemas de fertilidad, era obtener un embarazo de su pareja varón vasectomizado, y dicha finalidad esencial fue aceptada y conocida por el ICI como aquella para la que comprometió contractualmente los medios y la prestación de los servicios técnicos (médico-biológicos) especializados, formando parte integrante del contrato, y acreditado que el padre biológico de los referidos menores no es Don Cecilio, existe claramente una actuación contractual del Instituto Canario de Infertilidad incorrecta, que contraviene lo pactado. Este resultado de incumplimiento contractual es atribuible a culpa o negligencia de la referida entidad, única que tiene el dominio de las muestras y material reproductivo tanto de Don Cecilio, como de Doña Tania, así como de otros terceros, con los que se realizó la fertilización de ovocitos a través de microinyección espermática para obtener los embriones efectivamente transferidos a la actora.

(...) Recordemos que en el presente caso Doña Tania tiene una hija de un matrimonio anterior que contaba con unos diez años de edad, cuando acuden al ICI (...) en el momento del contrato objeto del procedimiento. Por su parte Doña Tania contaba con 31 años de edad y su pareja Don Cecilio con 43 (...). Don Cecilio se había realizado la vasectomía 13 años antes, y también tenía tres hijos de una pareja anterior, todos mayores de 13 años. Todos estos antecedentes figuran en la documentación de la propia entidad demandada, en concreto se hace constar respecto de Doña Tania ‘G2 P1 A1 con otra pareja’, lo que significa Grávida 2, Partos 1, Aborto 1, o lo que es lo mismo, que estuvo dos veces embarazada, tuvo un aborto y un parto, con una pareja anterior.

Estas circunstancias descartan la maternidad o paternidad individual como razón de los contratantes para acudir a una técnica de reproducción asistida. Ambos eran ya padres. La única voluntad contractual para Doña Tania y Don Cecilio, clara y evidente en este caso, era la de tener descendencia común.

(...) Es un hecho probado, que como tal acoge la sentencia de instancia y que se comparte por los peritos, que el embarazo de Doña Tania se produce en el ciclo en el cual se realiza la extracción de ovocitos y la transferencia de embriones. La punción ovárica se produce el 19 de marzo de 2007 y la transferencia de embriones el 22 de marzo de 2007.

La certeza de este hecho proviene de la ecografía temprana de los fetos con detección del latido fetal el día 4 de mayo de 2007, que determina su edad gestacionaria, en este caso de ocho semanas y 4 días, con un pequeño margen (...), inferior a un ciclo menstrual. Este primer dato se corresponde en autos con el parto prematuro de 36,1 semanas y el estado de los nacidos.

Llegados a este punto el razonamiento del Tribunal para alcanzar la conclusión ya adelantada resulta de un examen de la causalidad adecuada a la normalidad de las cosas a partir de los hechos plenamente probados, sin especulaciones vacías o innecesarias, y de un análisis racional del comportamiento humano.

No comparte el Tribunal la argumentación de la demandada recurrente de que basta con probar la posibilidad de otras causas distintas y ajenas a la fertilización in vitro realizada por el ICI como origen del embarazo de la señora Tania, para considerar que no se prueba de forma suficiente por la parte actora, a quien corresponde, el nexo causal. El análisis de la causalidad eficiente permite considerar probada como causa de un determinado hecho una de entre todas las causas posibles, en virtud de la racionalidad en el análisis de los acontecimientos, el alto grado de probabilidad teniendo en cuenta todas las circunstancias concretas concurrentes en el caso examinado, descartando otras causas posibles pero altamente improbables y derivadas de hipótesis absurdas, extravagantes, contrarias a la lógica, que aparecen como incoherentes en relación al contexto, y cuya formulación se debe a especulaciones teóricas sin base fáctica ni indiciaria.

Si una mujer fértil se queda embarazada de gemelos en el mismo ciclo en el cual se le han transferido dos embriones de ocho células de calidad calificada como

Grado 1-2 y Grado 2, es decir de calidad embrionaria adecuada para la transferencia, la normalidad en el análisis causal es concluir que el embarazo y el parto se producen como consecuencia de la técnica de reproducción asistida, más específicamente que los nacidos proceden de los embriones transferidos.

(...) Existe la hipótesis posible defendida por la parte demandada recurrente de la realización por Doña Tania de un coito natural con un varón distinto de la pareja de la actora y consentido por ésta, en los días inmediatamente anteriores o posteriores a la punción ovárica que le fue practicada.

La Sala considera igualmente descartable esta hipótesis, por ser, al igual que las anteriores, altamente improbable, y no existir indicio alguno ni sospecha que permita ni siquiera valorarla como causa en el presente caso (...).” (F.D. 3º)

“Sentado lo anterior procede entrar a examinar la existencia y cuantificación de los daños cuya indemnización se reclama en la demanda de forma separada respecto de los causados a los menores Purificación y Edemiro, y los reclamados por la madre, Doña Tania.

En el escrito de demanda, tal y como pone de relieve la parte demandada recurrente, la parte actora reclama una cifra alzada de 150.000 euros para cada uno de los menores en concepto de daños materiales y morales.

La sentencia contiene un pronunciamiento de condena a la demandada diferenciado a favor de los menores en razón a la naturaleza del daño; y así, se condena al pago de la suma de 78.000 euros a cada uno en concepto de daños materiales; y a la suma de 39.000 euros a cada uno en concepto de daños morales.

(...) Considera la Sala que en el presente caso el daño sufrido por los menores en cuanto lesión a sus derechos inmatrimoniales como personas, a su dignidad (artículo 10 CE), que les acompañará durante toda su existencia, es superior al que hubiera supuesto la pérdida de un padre, puesto que como indica la parte actora se les priva de conocer una parte importante de su identidad, de conocer su procedencia biológica, sus antepasados por la línea paterna, su propia historia, y su origen será siempre un interrogante en sus vidas. Ciertamente la Constitución Española en el artículo 39 recoge como principio rector de la política social y económica la protección integral de los hijos, y exige a la ley posibilitar la investigación de la paternidad. La identidad personal es producto de la confluencia de diversos elementos, entre los que forma parte esencial el origen y la integración del individuo en un entorno, desde la herencia genética y familiar, la pertenencia a un grupo étnico, o a un Estado. Este sentimiento de identidad personal es un derecho inmaterial cuya lesión genera un daño moral indemnizable.

Como indica la actora apelante incluso en la generación con semen de donante es posible conocer las características del progenitor, y en algunos casos la identidad del mismo, cuando se ve comprometida la salud y el tratamiento médico exige la cooperación de otro individuo con compatibilidad genética. En el presente caso tal circunstancia no podrá tener lugar. Pero además, no situación de los menores

Purificación y Edemiro en los que se ha producido una alteración de una situación anterior, y una privación efectiva de una seña de identidad de la que disfrutaban.

Por otro lado tampoco cabe negar de plano toda posibilidad de investigación genética puesto que las técnicas actuales permiten las pruebas de ADN y la secuenciación del genoma de cada individuo a partir del análisis celular (basta una muestra de saliva), y el acceso a la información sobre enfermedades o patologías de transmisión genética, sin necesidad de conocer a los progenitores.

Ponderando todos los elementos concurrentes la Sala considera correcta la suma de 50.000 € como indemnización a cada uno de los menores por el daño moral añadido al daño material ya fijado por el hecho dañoso que se viene analizando, de tal forma que la indemnización total que deberá abonar la demandada ICI a cada uno de los menores asciende a 120.000 €.

Se estima parcialmente en este punto el recurso de la parte demandante.” (F.D. 4º)

“Resta por examinar los recursos de ambas partes respecto a la suma concedida en la sentencia apelada en concepto de daño moral a favor de Doña Tania.

La actora reclamada 150.000 € de indemnización en su demanda a favor de Doña Tania, como daño moral y material, y en el acto de la vista celebrado en la primera instancia su defensa precisó que los 150.000 € reclamados para Doña Tania eran íntegramente en concepto de indemnización por el daño moral sufrido por la misma a consecuencia de la acción de la demandada.

La sentencia de primera instancia fija la suma de 9.750 euros por este concepto, considerando que no se objetiva un daño moral especialmente grave, y que en ningún caso podría ser igual al que sufrirán los menores, valorando el mismo en un porcentaje del 25% por referencia a la cuantía de la indemnización que el Juez a quo concede por daño moral sufrido a cada menor (39.000 euros).

Por su parte hemos visto que la demandada recurrente niega la existencia de cualquier tipo de daño moral sufrido por Doña Tania.

(...) El Tribunal no comparte el análisis que realiza el Juez de instancia, ni tampoco la postura de la parte demandada recurrente.

(...) Se ha dejado (...) de valorar el daño o lesión efectiva que la parte refiere en la demanda, daño que sí se ha acreditado, está presente y es objetivable, y a diferencia de lo que indica el Juez a quo, a juicio de este Tribunal, es muy superior al daño moral padecido por los hijos.

Entiende esta Sala de una enorme relevancia la afectación personal y el impacto en la vida de Doña Tania, del hecho de tener que afrontar en solitario y de forma exclusiva, durante toda la minoría de edad de los hijos, la situación de maternidad, y, además, de gemelos, es decir, de dos menores de la misma edad, que reclaman a un mismo tiempo y con igual intensidad una dedicación y atención en todos los aspectos de su vida. Esta dedicación deviene incluso de una obligación legal que

deriva de las relaciones paterno-filiales, y que se recoge en los artículos 154 y siguientes del Código Civil.

Doña Tania se ha visto obligada en solitario ha de asumir todos los deberes derivados de la patria potestad, en contra de su voluntad expresa y de forma completamente inopinada. No puede compartir ni con el padre ni con la familia paterna las obligaciones de cuidado, de atención, ni las decisiones esenciales de la vida de los menores, ni los deberes de educación ni de proporcionar de forma integral a los menores un desarrollo afectivo, personal y social correcto, la atención a su salud, la guía y participación en su futuro desarrollo escolar, participando en las actividades de los menores.

(...) También considera el Tribunal atendible el padecimiento y la angustia para Doña Tania derivada de no conocer la identidad del padre de sus hijos, puesto que ella sí había escogido a quién quería que fuera su padre, y con quien deseaba tener descendencia común, pues es un elemento determinante de ese consentimiento y voluntad de ser madre las cualidades y la personalidad de su pareja. La psicóloga no niega un sufrimiento de Doña Tania, ni una situación de angustia real, simplemente refiere que detecta una exageración de síntomas en la entrevista, que debe ser matizada atendido el contexto en el que esta se produce, es decir la existencia de un procedimiento civil en el que se reclama una indemnización, y de la posibilidad de obtener un ‘premio’, o resultado beneficioso, conforme a las reglas del manual que aplica en la realización de los test.

Y asimismo también es apreciable para la Sala y se ha constatado la reacción de rechazo social a la situación creada, es decir, el averiguar que quien se suponía que debía ser el padre de los menores no lo sea, con la atribución a Doña Tania de una conducta desleal, y por ello moralmente reprobable, que ella refiere que proviene de su entorno, de la familia de su ex-pareja y amigos comunes, y que incluso ha sido el argumento utilizado por la parte demandada para negar el nexo causal en los presentes autos.

Ponderando todos estos elementos presentes (...) estima esta Sala a su prudente arbitrio la cuantificación del daño expresado en la suma de 75.000 euros, es decir, un 50% mayor a la cantidad por este concepto concedida a los hijos, cantidad producto de la moderación de un daño muy superior y difícilmente reparable con dinero. Se tiene en cuenta también que la parte actora en su demanda parecía reclamar la suma total de 150.000 euros a favor de Doña Tania por daños morales y materiales, y, en definitiva, únicamente se prueban y se indemnizan los primeros.

Se estima de esta forma también parcialmente en este punto el recurso de la parte demandante, y se desestima el recurso de la parte demandada.” (F.D. 5º) [M.B.A.]

B) Extracontractual

Jurisprudencia: Daños causados por humedades. Acción del arrendatario contra la comunidad de propietarios. Responsabilidad ex art. 1902 C.c. Plazo de prescripción: un año. Interrupción de la prescripción. Daños continuados. Doble instancia.

STS (Sala 1ª) de 25 de enero de 2017, rec. nº 448/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7926436/Responsabilidad%20extracontractual/20170206>

“La parte actora, en su calidad de inquilina del piso (...), lugar en el que tiene su oficina, ejercita acción en reclamación de los daños causados en la habitación destinada a archivo, en concreto humedades, daños causados por la Comunidad de Propietarios como consecuencia del defectuoso cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 10 de la LPH de mantenimiento de los elementos comunes, en concreto la cubierta del edificio. (...). Las comunidades de propietarios demandadas se opusieron a la demanda alegando la falta de legitimación de la demandante para el ejercicio de la acción contemplada en el artículo 10.1 de la LPH así como la prescripción de la acción ejercitada. La sentencia de primera instancia, estimando la excepción de prescripción, desestimó la demanda. Dicha resolución, tras considerar que el actor está legitimado para el ejercicio de la acción contemplada en el artículo 10.1 de la LPH, considera prescrita la acción. Señala que la acción ejercitada tiene amparo en el artículo 1902 del Código Civil, siendo dicho plazo de un año desde que pudo ejercitarse. (...) Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante (...), el cual fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial (...). Dicha resolución desestimó el recurso de apelación interpuesto confirmando la sentencia de primera instancia. Apunta dicha resolución que las humedades causadas al demandante no pueden calificarse como daños continuados, que el plazo para el ejercicio de la acción es el de un año previsto para el artículo 1902 del Código Civil y que no consta la existencia de acto interruptivo alguno de la prescripción (...). Recurre en casación la parte demandante (...). El recurso de casación se articula en dos motivos. En el motivo primero, tras citar como precepto legal infringido el artículo 1973 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 25 de junio de 1990 y 7 de abril de 1997. Dichas resoluciones establecen lo siguiente: ‘Partiendo del criterio restrictivo con que debe ser siempre valorado el instituto de la prescripción por ser figura que no se asienta en una idea de justicia intrínseca y si de limitación en el ejercicio de los derechos por mor del principio de seguridad jurídica conectado a una cierta o incipiente dejación o inhibición de aquellos derechos por su titular, es lo cierto que en el caso de autos están acreditadas una serie de declaraciones y actuaciones judiciales, extrajudiciales y administrativas acreditativas de una voluntad inequívoca de reclamar los daños producidos con el consiguiente efecto interruptivo de la prescripción, que en todo caso no puede operar en los términos impetrados por la parte por ser los daños de que se trata con los denominados

continuados, esto es, aquellos que continuamente se están operando y produciendo, respecto de los cuales la Jurisprudencia de la Sala tiene declarado que ‘el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida» (sentencias, entre otras, de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981 y 19 de septiembre de 1986), no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuándo se produce o ha producido ese ‘definitivo resultado» que en relación con el concepto de daños continuados se nos ofrece como algo vivo, latente y conectado precisamente a la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección». Argumenta la parte recurrente que en el presente caso estamos ante unos daños por humedades que se agravan cuando llueve y que seguirán produciéndose y agravándose hasta que se proceda a su reparación, lo que expresamente se hizo constar en el informe pericial aportado en la audiencia previa. En consecuencia, siendo los daños continuados, el cómputo del plazo no se iniciará hasta que se produzca el resultado definitivo, no cabiendo declarar prescrita una acción cuando los daños por humedades se siguen produciendo. A ello se añade que existe una voluntad clara de reclamar los daños ocasionados y que tienen el efecto de interrumpir el plazo de prescripción, citando al efecto (cinco actas de la comunidad de propietarios entre 2009 y 2011) y el burofax enviado (en 2011) a los representantes de la comunidad, actos todos ellos dirigidos a la reparación de los daños causados por las humedades, no habiendo transcurrido entre ellos el plazo de un año, confundiendo la sentencia recurrida (las fechas de dos actas distintas, de 2010 y 2011). De la misma forma entre el último de dichos actos y la demanda, interpuesta (en 2012), tampoco ha transcurrido el citado plazo de un año. En el motivo segundo, tras citar como precepto infringido el artículo 1902 del Código Civil por indebida aplicación, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 13 de junio de 1995 y 3 de enero de 2007. En dichas resoluciones se consideró aplicable a las acciones personales derivadas de la Ley de Propiedad Horizontal el plazo de prescripción de quince años al no tratarse de acciones provenientes de la culpa extracontractual. Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida aplica el plazo de un año previsto para el artículo 1902 del Código Civil, atribuyendo a la acción ejercitada naturaleza de responsabilidad aquiliana cuando la acción ejercitada, la contemplada en el artículo 10 de la LPH, no tiene tal condición, siendo su naturaleza de responsabilidad comunitaria y derivada del régimen legal de la propiedad horizontal y en la medida que se trata de una acción personal y no se establece un plazo específico para ella el mismo vendrá determinado por el artículo 1964 del Código Civil, esto es, de quince años, plazo que en ningún caso ha transcurrido” (F.D. 1º).

“Esta sala debe declarar que la acción la ejercita la sociedad arrendataria y no los propietarios (...). El arrendatario puede ejercitar las acciones propias del art. 1902 del C. Civil, por los daños que le fuesen inferidos. Dicha acción tiene un plazo de prescripción de un año (art. 1968 del C. Civil). Los daños fueron peritados por

técnico a petición de la parte actora con fecha 8 de marzo de 2010. En acta de comunidad de 27 de abril de 2010, ésta se dio por enterada de las reclamaciones por burofax recibidas entre otros del hoy demandante. En acta de 19 de abril de 2011 (...), consta: ‘3. Aprobación de presupuesto para arreglo de terraza y azotea.’ Se informa de que se están produciendo filtraciones desde la terraza a las viviendas, por lo que se presenta presupuesto para el impermeabilizado de la azotea (...).’ Los asistentes aprobaron por unanimidad este presupuesto y deciden a que se proceda al comienzo de las obras seguidamente’. Con fecha 17-8-2011, se remite burofax por el hoy demandante reclamando indemnización de daños y la impermeabilización de la terraza. La demanda se interpone en marzo de 2012. De lo expuesto se deduce que la acción ejercitada lo fue dentro del plazo de un año establecido en el art. 1968 del C. Civil, dado que el plazo fue interrumpido por reclamaciones previas, como se deduce del acta de 27 de abril de 2010 y del reconocimiento de la deuda y de su propia culpabilidad que se infiere en acta de 19 de abril de 2011, hasta el punto que se aprueba un presupuesto de reparación, que la hoy demandante considera insuficiente. En base a ello, se infringe la doctrina jurisprudencial sobre interrupción de la prescripción, que se deduce, entre otras de la sentencia de 25 de junio de 1990 y de la de 7 de abril de 1997, que se invocan, entre otras. Igualmente esta sala ha declarado en sentencia 454/2016, de 4 de julio: ‘Que en los casos de daños continuados o de producción sucesiva no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, hasta la producción del definitivo resultado (STS 28 de octubre de 2009 y 14 de julio de 2010), si bien matizando que esto es así ‘cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida’ (SSTS 24 de mayo de 1993, 5 de junio de 2003, 14 de marzo de 2007 y 20 de noviembre de 2007)’ (F.D. 2º).

“La estimación del recurso comporta, conforme al art. 487.2 LEC, la casación total de la sentencia impugnada y la devolución de las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas, solución que también adoptaron las tres citadas sentencias de 7 de octubre de 2009 y 24 y 25 de mayo de 2010. Como razona esta última, [la] reposición de actuaciones encuentra justificación en el art. 487.2 LEC, que no la excluye para los recursos de casación de los números 1º y 2º del artículo 477.2 LEC y en la consideración de que una solución distinta traería consigo que el asunto quedara privado de la segunda instancia’. Y como razona la de 7 de octubre de 2009, [la] estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia impugnada no determina en este caso que la Sala resuelva sobre el fondo de la reclamación planteada en la demanda. Al apreciar prescripción de la acción ejercitada en la demanda, ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación valoraron la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa y, lógicamente, tampoco la han enjuiciado en derecho. Falta por tanto, y de un modo absoluto, el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del proceso. De ahí que, no siendo en absoluto la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no habiendo sido éstas enjuiciadas, en puridad, por ninguna instancia, el pronunciamiento de esta Sala deba limitarse, como autoriza el art.

487.2 LEC de 2000, a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia que no podrá ya apreciar la prescripción de la acción ejercitada en la demanda, solución ya adoptada por la sentencia del Pleno de los magistrados de esta Sala de 29 de abril de 2009 (rec. 325/06) en un caso de apreciación de caducidad de la acción por el tribunal de segunda instancia”. (F.D. 3º) [E.A.P.].

Jurisprudencia: Daño moral por vulneración del derecho al honor: inclusión indebida en dos ficheros o registros de morosos. Criterios para fijar la cuantía de la indemnización por daño moral: no cabe fijar una indemnización simbólica. Revisión en casación.

STS (Sala 1ª) de 26 de abril de 2017, rec. nº 2359/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8010035&links=&optimize=20170509&publicinterface=true>

“Son hechos relevantes para la decisión del recurso los que se exponen a continuación: 1.- Doña (...) formuló demanda para la protección de derechos fundamentales, en concreto el derecho al honor, por habersele incluido por la demandada en dos ficheros de morosos. Solicitaba que se le indemnizase en la cantidad de 7.000 €, por daños morales, y que se ejecutasen los actos y comunicaciones que fuesen necesarios para excluirla de los ficheros de morosos en los que se le había incluido. 2.- La sentencia de primera instancia declaró la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la actora y condenó a la demandada a que abonase a aquella la cantidad de 7.000 € por el daño causado. Para el cálculo de la indemnización acudió a los criterios de esta sala fijados en la sentencia de 18 de febrero de 2015, confirmados por la sentencia de 12 de mayo de 2015, en los que se atiende a la difusión, la incerteza de la deuda, sin que sea causa de exclusión de los perjuicios morales padecidos el que la deuda sea de pequeña cuantía, y naturaleza de las empresas que han consultado tales ficheros. A ello se añade también la permanencia en el tiempo de la inclusión de los datos en el registro. A partir de esos criterios, la sentencia de primera instancia tuvo en consideración que: (i) es improcedente la inclusión de la deuda en dos ficheros; (ii) en el primero aún permanece incluida, lo que supone un año y diez meses, y en el segundo ha permanecido seis meses; (iii) que en el primero se hicieron cuatro visitas (...), y en el segundo tres consultas (...); (iv) que estas empresas facilitan crédito o servicios y suministros, y no lo facilitarían si consta que el solicitante se encuentra incluido en uno de esos registros de morosos, para cumplir con lo que se ha llamado ‘crédito responsable’. 3.- La demandada (...) interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia y correspondió su conocimiento a (...), que dictó sentencia el (...) por la que estimaba parcialmente el recurso. Modificó la sentencia de primera instancia únicamente en la cuantía de la indemnización, que la fijó en 2.000 €. A consecuencia de la estimación parcial del recurso de apelación no hizo pronunciamiento sobre las costas causadas por el

mismo. 4.- El Tribunal de apelación tiene en cuenta para motivar la reducción de la indemnización un supuesto similar conocido por él y en el que dictó sentencia el (...). Toma en consideración los criterios fijados por el Tribunal Supremo, sala primera, en las sentencias de 4 de diciembre de 2014, 18 de febrero y 12 de mayo de 2015, y con total respeto a los hechos que la sentencia de primera instancia declara probados. Razona que la cantidad que fija no puede considerarse simbólica, lo que no sería admisible (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2014). 5.- La demandante interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, articulado en un solo motivo en el que denuncia la infracción del art. 9.3 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 relación con el art. 9.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal. Igualmente denuncia la infracción de la jurisprudencia del Alto Tribunal por la vulneración a las pautas que deben ser tenidas en cuenta para la valoración del daño moral. En el desarrollo argumental del motivo, la recurrente alega que la indemnización fijada es meramente simbólica, y a tenor de la doctrina de la Sala, existe un error notorio, dado el tiempo transcurrido con la anotación de los datos personales en los ficheros de morosidad y el número de entidades que consultaron los citados archivos, lo que ocasiona un notable perjuicio pues necesita para sufragar los gastos del proceso poner de su peculio ya que no se pueden abonar con la indemnización que ha sido fijada. La sentencia recurrida reconoce como hechos probados, que el tiempo de constancia de la actora en los dos ficheros de morosos donde fue incluida alcanzó los seis meses en uno de ellos y en el segundo cuando se dictó la sentencia de primera instancia alcanzaba ya veintidós meses, sin que exista constancia de que haya sido excluida del mismo. En cuanto a las vistas realizadas por distintas entidades fueron cuatro las consultoras de uno de ellos y tres en el otro, todas ellas entidades financieras o de servicios y suministros. La actora se puso en contacto con la entidad demandada para que se la excluyera de ambos registros sin obtener respuesta lo que obligó a intentarlo personalmente, solo en uno de los registros lo consiguió cancelar, pero no ha podido conseguirlo respecto de otro. Cita como doctrina de la sala que se considera vulnerada la sentencia de 4 de diciembre de 2014, la de 18 de febrero de 2015 y la de 12 de mayo de 2015. 6.- (...). 7.- El Ministerio Fiscal, con cita de sentencias de esta sala, solicitó la estimación del recurso de casación, poniendo de relieve cómo en supuestos similares se han fijado indemnizaciones de cuantía muy superior. En concreto 10.000 € en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2015, y 12.000 € en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2014 (F.D. 1º).

“1.- Sólo cabe decidir si la indemnización fijada por la sentencia recurrida, que reduce la establecida por la de primera instancia, se ajusta a lo previsto en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, respetando la jurisprudencia que considera excepcional la posibilidad de revisión en casación de la cuantía de la indemnización. 2.- Ciertamente, constituye doctrina constante de esta Sala (entre las más recientes, SSTS de 9 de octubre de 2015, rec. núm. 669 / 2013, de 10 de febrero de 2014, rec. núm. 2298/2011, y 22 de enero de 2014, rec. Núm. 1305/2011) que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento

de daños morales en este tipo de procedimientos es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación salvo que ‘no se hubiera atendido a los criterios que establece el art. 9.3 LO 1/82’ (STS de 17 de julio de 2014, rec. núm. 1588/2008, con cita de las SSTS 21 de noviembre 2008 en rec. Núm. 1131/06, 6 de marzo de 2013 en rec. Núm. 868/11, 24 de febrero de 2014 en rec. núm. 229/11 y 28 de mayo de 2014 en rec. núm. 2122/07) o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción (sentencias de 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005, 9 de junio de 2005, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006). El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que entró en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010 y que es la aplicable dada la fecha de los hechos, dispone que ‘La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma’. Esta Sala ha declarado en STS de 5 de junio de 2014, rec. núm. 3303/2012, que dada la presunción iuris et de iure, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, ‘a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre, y núm. 12/2014, de 22 de enero)’. Se trata, por tanto, ‘de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio’. 3.- También ha afirmado la sala que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 386/2011, de 12 de diciembre, ‘según la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 18 de noviembre de 2002 y 28 de abril de 2003) no es admisible que se fijen indemnizaciones de carácter simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por la C.E. como derechos reales y efectivos, con la indemnización solicitada se convierte la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1, 1.1. y 53.2 C.E. y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego (STC 186/2001, FJ 8)’ (STS 4 de diciembre 2014, rec. núm. 810/2013). 4.- Descendiendo al supuesto enjuiciado sobre la inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LOPD, sería indemnizable en primer lugar la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo, y en el externo u objetivo relativo a la consideración

de las demás personas. Para valorar este segundo aspecto afirma la sentencia núm. 81/2015, de 18 de febrero, que ha de tomarse en consideración la divulgación que ha tenido tal dato, pues no es lo mismo que sólo hayan tenido conocimiento los empleados de la empresa acreedora y los de las empresas responsables de los registros de morosos que manejan los correspondientes ficheros, a que el dato haya sido comunicado a un número mayor o menor de asociados al sistema que hayan consultado los registros de morosos. También sería indemnizable el quebranto y la angustia producida por las gestiones más o menos complicadas que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados. Ambos extremos se consideran probados por la sentencia recurrida, asumiendo al efecto la de primera instancia. 5.- La interrogante es saber, si ello es así, por qué modera la cuantía fijada por la sentencia de primera instancia. Sobre este particular, debe recordarse que el ámbito de la revisión que es posible en casación es más amplio en este tipo de litigios que en otros que versan sobre cuestiones sin trascendencia constitucional. Cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, este tribunal no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (sentencias núm. 311/2013 de 8 de mayo , y núm. 312/2014 de 5 de junio, entre las más recientes). 6.- Al abordar la citada revisión, con independencia de razonar la sentencia recurrida que la indemnización que fija no es simbólica, no existe más dato para llevarla a cabo que la comparación que hace esta con otra sentencia dictada por el mismo tribunal. Consecuencia de lo anterior es que la sala ha de indagar sobre razones que no afloran en la sentencia. En esa labor de indagación, no puede aceptarse (sentencia núm. 81/2015 de 18 de febrero) el argumento de que la inclusión de datos sobre una deuda de pequeña entidad en un registro de morosos no supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor de una trascendencia considerable (y por tanto no puede dar lugar más que a una pequeña indemnización) porque claramente muestra que no responde a un problema de solvencia sino a una actuación incorrecta del acreedor. La inclusión en registros de morosos por deudas de pequeña cuantía es correcta y congruente con la finalidad de informar sobre la insolvencia del deudor y el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias. Y cuando tal inclusión se ha realizado, quienes consultan el registro pueden suponer legítimamente que el acreedor ha cumplido con las exigencias del principio de calidad de los datos, y no lo contrario, que es lo que hace la Audiencia, y que por tanto es cierto que el afectado ha dejado de cumplir sus obligaciones dinerarias. Por tanto, la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que le causó a la demandante la inclusión en los registros de morosos. Tampoco cabe tener en cuenta que no conste que la citada inclusión le haya impedido a la recurrente acceder a créditos o servicios. Precisamente la información sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias que se incluye en estos registros va destinada justamente a las empresas asociadas a dichos ficheros, que no solo les comunican los datos de sus clientes morosos, sino

que también los consultan cuando alguien solicita sus servicios para evitar contratar y conceder crédito a quienes no cumplen sus obligaciones dinerarias. Las empresas que consultaron son empresas que facilitan crédito o servicios y suministros, bien porque se trate de entidades financieras, bien porque se trate de entidades que realizan prestaciones periódicas o de duración continuada y que facturan periódicamente sus servicios al cliente (con frecuencia, se facturan los servicios ya prestados, como es el caso de las empresas de telefonía y servicios de internet), por lo que para ellas es importante que se trate de un cliente solvente y cumplidor de sus obligaciones dinerarias. Por ello, estos registros de morosos son consultados por las empresas asociadas para denegar financiación, o para denegar la facilitación de suministros u otras prestaciones periódicas o continuadas, a quien no merezca confianza por haber incumplido sus obligaciones dinerarias. Es más, en ciertos casos, estas empresas no deben facilitar crédito si consta que el solicitante está incluido en uno de estos registros de morosos (es el caso de lo que se ha llamado ‘crédito responsable’, destinado a evitar el sobreendeudamiento de los particulares, a que hacen referencia la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, el art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). 7.- Por todo ello, el daño indemnizable sufrido por la demandante se compadece más con el que cuantifica la sentencia de primera instancia que con el que fija la sentencia recurrida puesto que la inclusión de sus datos en los registros de morosos era apta para afectar negativamente al prestigio e imagen de solvencia de la demandante y para impedirle la obtención de financiación o la contratación de prestaciones periódicas o continuadas. 8.- A lo anterior se han de añadir las gestiones que tuvo que realizar la demandante para conseguir la cancelación de sus datos en los registros de morosos, sin que el resultado fuera enteramente satisfactorio, pues sólo obtuvo la cancelación en uno. 9.- En consecuencia, la indemnización fijada en la sentencia recurrida no se ajusta a los criterios establecidos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, ni se compadece con lo mantenido por esta sala en supuestos similares de escasa deuda, tiempo incluido en los registros de morosos y divulgación que los mismos han tenido. Una reducción tan notoria como la llevada a cabo por la sentencia recurrida, en circunstancias como las descritas, ha de calificarse de indemnización simbólica, disuasoria para impetrar la tutela de derechos que son fundamentales para la persona” (F.D. 2º). [E.A.P.].

Jurisprudencia: Daños sufridos en supermercado: no es responsabilidad contractual ni responsabilidad derivada de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; es responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 C.c. Relación de causalidad; culpa o negligencia: doctrina del Tribunal Supremo. Valoración de la prueba.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8028155&links=&optimize=20170523&publicinterface=true>

SAP Asturias (Sección 7ª) de 23 de marzo de 2017, nº rec. 724/2016.

“La sentencia objeto de apelación desestima la demanda interpuesta por D^a (...) contra la mercantil (...), en la que ejercitando acción de responsabilidad contractual (art. 1101 C.C.) y, alternativamente, de responsabilidad extracontractual (art. 1902 C.C.) en relación con el artículo 8 y 147 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, reclama una indemnización de 3.037,32 euros, importe correspondiente a los 52 días en los que estuvo impedida para sus ocupaciones habituales como consecuencia de las lesiones padecidas, el día (...), cuando se encontraba en el supermercado (...), las cuales se produjeron cuando al acercarse a una estantería para coger un producto, tocó con su tibia derecha el ángulo o arista cortante de la parte inferior de la misma, ocasionándole un desgarro en dicha extremidad. Y, ello por entender, a partir del testimonio prestado por la empleada (...), en orden a cómo se produjo el accidente, en relación con las fotografías incorporadas a las actuaciones y documental médica, que la actora no había probado la relación causa efecto entre la actuación u omisión negligente de la demanda y las lesiones sufridas, resultando que el origen del daño se debió al propio descuido o desatención de la actora, quien no se percató de un elemento perfectamente visible y que no representa riesgo alguno para los usuarios del local, no mediando tampoco una actuación u omisión negligente en la disposición o conservación de la estantería por parte de la demandada. Contra dicha sentencia, recurrió en apelación la actora (...), alegando como motivo error en la valoración de la prueba testifical de la empleada del establecimiento, en cuanto a la etiología de la lesión padecida y entidad de la misma, siendo la insuficiencia venosa que padece, no la causa de la lesión, circunstancia que afectaría, en todo caso, a que la misma tardase más tiempo en curar” (F.D. 1º).

“Hemos de precisar, en primer lugar, que el supuesto de autos no se incardina dentro del marco de la responsabilidad contractual del artículo 1101 C.C., acción ejercitada como principal en la demanda, ni tampoco en el marco de la responsabilidad del artículo 147 de la LGDCU, en cuanto estamos ante un riesgo ajeno a la prestación de bienes y servicios, como lo sería el suministro de un producto en malas condiciones, siendo su ámbito el de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 C.C., acción ejercitada alternativamente. Dicho lo que antecede, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de febrero de 2017, declara respecto de la doctrina de la causalidad... ‘(ii) Modernamente se vienen sosteniendo las siguientes posturas: a) El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe la inversión de la carga de la prueba cuando no está prevista legalmente (aunque en algunos casos pudiera aplicarse la regla de la facilidad probatoria). b) El artículo 1902 del Código Civil tiene un claro matiz culpabilístico, como reiteradamente está recordando la jurisprudencia más reciente. El deber de indemnizar por el daño causado a otro tiene su fundamento en la culpa, o negligencia del obligado a resarcir (salvo supuestos legales de culpa objetiva). Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo lleva años indicando que debe explicarse siempre el ‘cómo’ (causalidad física, hechos probados) y el ‘por qué’ (causalidad jurídica) del evento dañoso para poder imputar el resultado. c) La doctrina del riesgo no resulta aplicable, sin más, en todo siniestro la teoría de la responsabilidad por riesgo o ‘cuasiobjetiva’, como parece pretenderse. El riesgo

por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. Riesgo lo hay en todas las actividades de la vida diaria, por lo que el Tribunal Supremo ha restringido su aplicación a los supuestos en que la actividad desarrollada genera un riesgo muy cualificado, pese a que legalmente no se considere como constitutivos de una responsabilidad objetiva [Ts. 21 de mayo del 2009 (RJ Aranzadi 3030), 10 de diciembre de 2008 (RJ Aranzadi 16 de 2009), 7 de enero de 2008 (RJ Aranzadi 203), 30 de mayo de 2007 (RJ Aranzadi 4338)]. (iii) En la actualidad la Sala Primera del Tribunal Supremo acude a la teoría de la imputación objetiva; que en todo caso sirve para excluir la responsabilidad, y que tiene como pautas o reglas: a) Los riesgos generales de la vida: La vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. Es decir, las ‘desgracias’ sí existen. b) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima; no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas. c) La provocación: Quien provocó la situación. Sin descartar que sea el propio perjudicado porque asumiese un riesgo no justificado. d) El fin de protección de la norma, e) El incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta. Si el daño se habría producido igual aunque se adoptase otra conducta. f) Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima). g) Y, en todo caso, y como cláusula cierre, la probabilidad; lo que permite excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables, imprevisibles, y que a la postre nos recuerdan el caso fortuito [sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2011 (STS 2897/2011, recurso 124/2008), 14 de marzo de 2011 (STS 1490/2011, recurso 1970/2006), 9 de febrero de 2011 (STS 560/2011, recurso 2209/2006), 25 de noviembre de 2010 (STS 6381/2010, recurso 619/2007), 17 de noviembre de 2010]. (iv) En efecto, se reafirma la sala en la sentencia número 147/2014, de 18 marzo, que: ‘la imputación objetiva, entendida como una cuestión jurídica susceptible de ser revisada en casación (SSTS 30 de abril de 1998, 2 de marzo de 2001, 29 de abril y 22 de julio de 2003, 17 de abril de 2007, 21 de abril de 2008, 6 de febrero 2012), comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, el riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza; criterios o pautas extraídas del sistema normativo, que han sido tomados en cuenta en diversas Sentencias de esta Sala (entre las más recientes, 2 y 5 enero, 2 y 9 marzo, 3 abril, 7 junio, 22 julio, 7 y 27 septiembre, 20 octubre de 2006, 30 de junio 2009, entre otras)’. Doctrina que, en síntesis, establece que no basta con que se cause un daño en el ámbito de un establecimiento comercial para que, automáticamente, deba responder el titular del negocio, sino que es necesario un elemento de culpa o negligencia en su actuación. La actividad comercial no es fuente de daños, ni comporta por sí misma un elemento peligroso capaz de producir una situación de riesgo que conlleve la aplicación de la denominada por la doctrina ‘responsabilidad por riesgo’ en la interpretación del artículo 1902 C.C., en orden a presumir la culpa o negligencia en quien lo crea y se aprovecha de las

ventajas que le proporciona, característica en los supuestos de resultados dañosos originados con ocasión de actividades objetivamente peligrosas, corriendo a cargo de la parte demandante la prueba de la existencia de un factor generador de riesgos” (F.D. 2º).

“Descendiendo al supuesto de autos (...), el medio de prueba que explica cómo se produjo el accidente lo constituye, principalmente, la prueba testifical practicada a instancia de la actora en la persona de la empleada del establecimiento (...), quien acudió a auxiliar a (...), una vez que es avisada de lo ocurrido, quien manifestó que fue la propia lesionada quien le dijo ‘que había chocado con la estantería del pan’, ‘que no había caído, sino que se había arrimado y pegó con la estantería; que ya le había pasado alguna vez por problemas en las piernas’, añadiendo que la estantería con la que se golpeó no es coincidente con las reflejadas en las fotografías aportadas con la demanda (...), sino con la incorporada por ella junto al parte o declaración del accidente (...), estantería que no tenía ninguna anomalía. Afirmación que se evidencia de la visualización de ambos tipos de fotografías, ya que la existente en la sección de panadería no presenta los bordes o aristas cortantes que presentan las reflejadas en las fotografías aportadas con la demanda. Prueba que valorada en conjunto con el contenido de la documentación médica acompañada con la demanda, de la que, según el Magistrado de instancia, resulta que lo que se produjo fue un desgarró en la piel, también definido como laceración, que no requirió ningún tipo de sutura, sino -únicamente- la realización de curas periódicas, unido a los múltiples problemas que la demandante ha presentado en los últimos años, desde que (...) se le diagnosticó una insuficiencia venosa en las extremidades inferiores, existiendo una mayor posibilidad de sufrir una lesión como la indicada por la existencia de una simple contusión, que es lo que resulta acreditado en la prueba, le llevan a concluir que el origen del daño se debió al propio descuido o desatención de la perjudicada, que no se percata de un elemento perfectamente visible y que no representa riesgo alguno para los usuarios del local. No mediando tampoco actuación u omisión negligente por parte de la demandada en la disposición o conservación del elemento con el que se golpeó la actora, por lo que no puede exigírsele responsabilidad alguna en el accidente acaecido. Valoración de la prueba testifical que la parte apelante tilda de errónea, en cuanto pese a afirmar la testigo que se golpeó y pegó contra la estantería, en la sentencia se recoge que impactó contra dicho elemento perfectamente visible. Errando también en la etiología de la lesión padecida por (...), ya que en la documentación médica se recoge ‘herida inciso-contusa’ indicativo de la existencia de un elemento cortante, no excluido tampoco del término empleado en la recurrida ‘laceración’. Partiendo, como ya nos hemos pronunciado, que en cuanto a la valoración de la prueba testifical el artículo 376 de la LEC, faculta al Magistrado de instancia para apreciar libremente las declaraciones de los testigos según las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurren, ya que las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en norma positiva alguna, remitiéndose a la experiencia y buen sentido del Juzgador, siendo su apreciación facultad discrecional de aquel, operando como único límite el que las conclusiones alcanzadas se evidencian arbitrarias, irracionales o

contrarias a la razón de ciencia y demás circunstancias de los testigos deponentes, en cuanto la libertad de apreciación no significa apreciación arbitraria del resultado de la prueba, sino apreciación crítica. Esta Sala, tras el visionado de la grabación videográfica, no sólo no aprecia error, ni arbitrariedad alguna en la valoración de dicha prueba, la cual por otra parte no ha sido valorada de forma aislada, sino en conjunto con el resultado arrojado por el resto de la prueba practicada, sino que la comparte. Y ello, porque al margen de que ‘impacto’ es sinónimo de ‘choque y colisión’, término que empleó la actora al explicarle a la testigo como se produjo la herida ‘chocó’ y ‘se arrimó y pegó con la estantería’, por lo que siguiendo un razonamiento lógico el impacto o choque no se produce porque la citada estantería se encontrase en una situación que representase un riesgo de topar con ella caminando por el supermercado con una mínima atención, ni porque no hubiera sido vista por la perjudicada, pues reconoció que se arrimó a ella y pegó contra la misma, ignorando el motivo por el que llegó a pegar con dicho elemento, prueba del ‘cómo’ Y ‘por qué’ que pesa sobre dicha parte, de tal forma que su ausencia a ella sólo a ella ha de perjudicar. Siguiendo con los razonamientos de la apelante en cuanto a la etiología de la lesión sufrida por la actora. En el parte o informe de atención urgente emitido (...) el mismo día del accidente, consta que lesionada cuenta con 85 años de edad y que presenta una herida inciso-contusa, tipo desgarró, por golpe con una estantería, pautando cura con apósito hidrogel. Y en el informe clínico emitido en el Centro de Salud (...), se recoge ‘herida contusa en tercio inferior de la cara antero-interna de la pierna derecha, ha precisado tratamiento antibiótico y curas domiciliarias por enfermería hasta el (...). Ciertamente, una herida inciso-contusa es una herida incisa (provocada por un objeto cortante) con magulladura y desgarró de tejidos, coincidente con el término laceración utilizado en la sentencia de instancia, que es un corte irregular con magulladura, pero el hecho de que la actora haya sufrido un corte y que en la sentencia se aluda a una contusión a cuyo resultado haya podido contribuir la insuficiencia venosa que padece en sus extremidades inferiores, no altera la conclusión alcanzada en la recurrida, al no haber probado la perjudicada el factor generador de riesgo o causa de imputación objetiva determinante de una actuación u omisión culposa por parte de la demandada, la cual no puede deducirse por hecho de sufrir un corte al golpearse con un elemento del local, en este caso, la estantería sita en el sector de panadería, sino porque se acredite su mal estado, su colocación en forma peligrosa por no ser visible o la ausencia de medidas de seguridad exigibles, etc., prueba que ni se ha intentado, basta ver que ni siquiera se ha probado que la estantería contra la que se golpea (...), se corresponda con las reflejadas en las fotografías aportadas con la demandada, es más viene contradicha por el propio contenido de la demanda, donde se afirma que la actora al acercarse a la estantería para coger un producto tocó con su tibia en el ángulo o arista cortante de su parte inferior, arista cortante que no se aprecia en la fotografía aportada (...), ni insistimos se ha acreditado que tal arista sea por su defectuoso mantenimiento o falta de diligencia de la demandada resulte peligrosa para los usuarios del local. Razonamientos que conducen a la desestimación del recurso, con la consiguiente confirmación de la resolución recurrida (F.D. 3º). [E.A.P.]

5. DERECHO DE SUCESIONES.

Jurisprudencia: el TS admite capacidad sucesoria a la prestación de servicios asistenciales, o de naturaleza análoga en virtud de relación contractual, realizados por orden o institución de carácter religioso, no tienen por qué equipararse a las prohibiciones que enumera el artículo 412-5CC Catalán, así como su concordante el artículo 752 CC.

STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2016, rec. n° 1274/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7642089&links=&optimize=20160415&publicinterface=true>

“El Artículo 412-5CC Catalán se ubica junto a las capacidades sucesorias, bajo la rúbrica de ‘inhabilidad sucesoria’(…) La inhabilidad concreta que se enjuicia es (...) ‘el religioso que ha asistido al testador durante su última enfermedad, así como el orden, la comunidad, la institución o la confesión religiosa a que aquél pertenece’ (...) Tiene su correspondencia (...) en el artículo 752 CC (...) ‘no producirán efectos las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su Iglesia, cabildo, comunidad o instituto’ (...) manifestación de la protección que el ordenamiento jurídico proporciona al testador vulnerable en defensa de su libertad de testar. (...) normas preventivas (...) garantizar la total libertad dispositiva del testador, evitándole sugerencias o captaciones en un trance que le hace vulnerable a las presiones de quien, por su ministerio, puede ejercer una gran influencia en el ánimo del enfermo (...) la finalidad de la norma no es otra que la preservación de la libre voluntad querida por el testador (...) debe precisarse la importancia del momento procesal (...) la incapacidad relativa no puede afectar a los beneficiarios de un testamento anterior a la confesión, y el periodo sospechoso de la posible captación de voluntad debe enmarcarse en la última enfermedad grave del testador (...) y prestación de servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga en virtud de una relación contractual (artículo 412-5. apartado 2) (...) ya que no se ha acreditado que las religiosas pertenecientes a la Congregación favorecida le prestasen asistencia espiritual” (F.D.3º) [G.O.S.].

Jurisprudencia: el TS admite la validez de un testamento otorgado por persona presuntamente falta de capacidad mental, pero considerado suficiente por el fedatario público para su otorgamiento.

STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2016, rec. N° 697/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7649379&links=&optimize=20160426&publicinterface=true>

“El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de un testamento por falta de capacidad mental del testador, particularmente derivada de su deterioro cognitivo y de la demencia senil que padeció el causante. (...) La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y declaró la validez del testamento.(...) La sentencia de la Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y confirmó la resolución del juzgado de primera instancia (...) la carencia de capacidad mental ha de resultar acreditada de una manera indudable al tiempo del otorgamiento del testamento prevaleciendo, en caso contrario, la presunción iuris tantum de capacidad en virtud de la intervención notarial y su juicio de capacidad (...) ‘siendo así que ha de partirse de la presunción de capacidad del testador, quien afirma su incapacidad debe de probarla de modo claro e indubitado, pues cualquier duda al respecto no podría favorecer su pretensión’(...) ‘la carencia de capacidad ha de resultar acreditada de manera indudable, no se oculta que en el caso se nos presentan dudas razonables al respecto, de así proceda refrendar lo acordado en la sentencia apelada” (F.D.1º) [G.O.S.].

Jurisprudencia: el TS admite que en testamento abierto la testifical de la pareja de hecho de la instituida heredera puede ser testigo idóneo según los artículos 682 y 697 del Código Civil.

STS (Sala de lo Civil, Pleno) de 19 de octubre de 2016, rec. nº 1555/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7850426&links=&optimize=20161027&publicinterface=true>

“(…), si, en un testamento abierto, la pareja de hecho de la instituida heredera puede ser testigo idóneo según las formalidades previstas en los artículos 682 y 697 del Código Civil (...), doña Salvadora, nieta de los testadores, ejercitó una acción de nulidad de los citados testamentos con base en que no reunían los requisitos extrínsecos necesarios para su validez, pues actuó como testigo instrumental la pareja de hecho de la instituida heredera, hija de los testadores y madre de la demandante. (...) La demandada se opuso a la demanda, alegó que los testamentos en los que fue instituida heredera fueron otorgados con todos los requisitos *ad solemnitatem* exigidos por el Código Civil. Que el testigo, don Aníbal, no es el cónyuge de la instituida heredera, sino el compañero sentimental (...) se trata de una unión de dos personas, que no puede ser equiparada en ningún caso con el estado civil de cónyuge, [según el artículo 682 CC] (...) y la relación realizada por el notario que admitió su participación como testigo instrumental.

(...) La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de dichos testamentos. (...) fundamentó la inhabilidad del testigo (...) primer término (...) las causas de inhabilidad de los testigos en los testamentos abiertos, del artículo 682 del Código Civil, fue garantizar que las disposiciones de última voluntad contenidas en la escritura notarial se correspondiesen con la verdadera voluntad del testador, y evitar que la intervención de los testigos pudiera

coadyuvar a que en el testamento notarial se incluyesen disposiciones no verdaderamente queridas por el testador, en interés directo o indirecto del testigo interviniente. En segundo término, porque la finalidad de la norma para prohibir al cónyuge del instituido heredero ser testigo tiene la misma lógica para prohibir a la pareja sentimental estable ser testigo en el testamento en el que se instituye heredera a su pareja y, en todo caso, las normas deben ser interpretadas con arreglo a la realidad social como dispone el artículo 3.1 del Código Civil, y la no inclusión en el artículo 682 del Código Civil de esta prohibición es fruto de la fecha en la que se redactó dicho precepto y no de una verdadera voluntad de la exclusión del legislador.

(...) Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso, por lo que revocó la anterior sentencia y desestimó la demanda.” (F.D.1º).

(...) han resultado acreditados tanto la autenticidad de la declaración testamentaria, con la conformidad de los testadores, como el juicio de capacidad de los mismos, sin que pueda apreciarse la ratio del artículo 682 del Código Civil, en orden a preservar la autenticidad de la declaración del testador se haya visto vulnerada por la participación como testigo instrumental de la pareja sentimental de la instituida heredera.” (F.D.2º) [G.O.S.].

II. DERECHO MERCANTIL

1. CONTRATACIÓN MERCANTIL

Jurisprudencia: Contrato de franquicia. Interpretación del contrato. Existencia o no de derecho de tanteo del franquiciado e incumplimiento de las obligaciones por el otorgante de la franquicia. Resolución del contrato e indemnización por daños y perjuicios al franquiciado.

STS (Sala 1ª) de 16 de enero de 2017, rec. nº 1279/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7350854&links=%221279%2F2014%22&optimize=20150417&publicinterface=true>

“(…) 3. En síntesis, la franquiciada, y aquí recurrente, la entidad Retail Projects FDS S.L., formuló una demanda contra las entidades Exponovias S.L., Novieuro S.L., y Exponovias Internacional S.L., en la que solicitaba la resolución del contrato suscrito, con fecha 5 de marzo de 2009, y la indemnización de los daños y perjuicios causados: 594.101,27 euros por daño emergente, 2.810.103,26 € por lucro cesante, o subsidiariamente la cantidad que se concrete, más el pago de las costas. El fundamento de la resolución trae causa del incumplimiento de la cláusula 3.2 del contrato, puesto que las demandadas no respetaron el derecho de tanteo previsto en dicha cláusula y otorgaron una franquicia de la marca «Aire de Barcelona» del mismo producto a una empresa competidora del sector. Las

demandadas se opusieron y argumentaron que el contrato no preveía dicho derecho de tanteo respecto de otras franquicias o tiendas no contempladas en el propio anexo del contrato suscrito, contra las que no figuraba la referida ‘Aire de Barcelona’.

4. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. En este sentido declaró resuelto el contrato y condenó a las demandadas al pago de 675.853,73 €, más los intereses. En lo que aquí interesa, desde una interpretación sistemática y teológica del contrato suscrito, el juzgado llegó a la conclusión interpretativa de que el pacto de exclusiva abarcaba el no competir con el mismo producto objeto de franquicia en el mismo territorio, aunque hubiese diferencias en cuanto al coste y acabado del otro producto que, no obstante, lo situaba en una línea semejante de vestidos para novias. Por lo que la apertura de un centro o tienda de dicha línea por el franquiciador constituía un incumplimiento grave o esencial que comportaba la resolución del contrato.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia, con estimación del mismo, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda. En ese sentido, consideró que el clausulado del contrato no resultaba claro y preciso en la cuestión objeto de litigio, por lo que había de atenderse a los restantes criterios de interpretación que establece el Código Civil (artículo 1281 y ss.). Con base en esta interpretación conjunta o sistemática, y a los antecedentes de la relación negocial, llegó a la conclusión interpretativa de que el derecho de tanteo, alegado por la demandante, no comprendía marcas ajenas al contrato de franquicia suscrito. Esto es, tenía proyección sobre las marcas expresamente contempladas en el anexo del contrato suscrito y no respecto de otras marcas de líneas de vestidos de novias.

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación.

(...)

En dicho motivo, denuncia la infracción del artículo 1281, párrafo primero, del Código Civil, así como la jurisprudencia que lo interpreta. En el desarrollo del motivo, en esencia, se argumenta que la interpretación literal del contrato resulta clara y precisa respecto del contenido del derecho de tanteo otorgado en favor del franquiciado; por lo que la sentencia recurrida, al dar entrada a las restantes reglas de interpretación, infringe el citado artículo 1281.1 del Código Civil.

2. El motivo debe ser desestimado.

Esta Sala, entre otras, en sus sentencias números 27/2015, de 29 enero y 274/2016, de 25 de abril, con relación al alcance de la interpretación literal, como criterio o regla de la interpretación contractual, tienen declarado que:

‘(...) la interpretación literal colabora decisivamente en orden a establecer la cuestión interpretativa, esto es, que el contrato por su falta de claridad, contradicciones, vacíos, o la propia conducta de los contratantes, contenga

disposiciones interpretables, de suerte que el fenómeno interpretativo deba seguir su curso, valiéndose para ello de los diferentes medios interpretativos a su alcance, para poder dotarlo de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y de conformidad con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual⁷.

Esto último es lo que ocurre en el presente caso, en donde la sentencia recurrida, conforme a la doctrina jurisprudencial reseñada, advierte expresamente de la insuficiencia de la interpretación literal para dotar, por sí sola, ante la falta de claridad y contradicciones de la literalidad del contrato, de sentido unívoco a la cuestión planteada. Por lo que el recurso a los restantes criterios o medios interpretativos su alcance, no puede constituir infracción del artículo 1281, párrafo primero, del Código Civil. (F.D. 1º y 2º) [P.G.P.].

2. DERECHO DE SEGUROS

Jurisprudencia: Seguro de accidentes. Infracción de los arts. 20.3 y 100 LCS. Determinación de la fecha a partir de la que nace el devengo de intereses, la fecha de la producción del siniestro o la fecha de reconocimiento de la invalidez del asegurado. Unificación de criterio.

STS (Sala 1ª) de 21 de diciembre de 2016, rec. nº 1937/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7484298&links=%221937%2F2014%22&optimize=20151002&publicinterface=true>

“(…) En aras de unificar los criterios existentes, se confirma el segundo y no el primero de los criterios, con el efecto de desestimar el motivo si bien por razones distintas de las que expresa la sentencia recurrida. En efecto, el primer criterio conduce a los indeseables resultados siguientes:

1º. Se aplicaría un régimen distinto en materia de intereses de demora en el seguro de accidentes y en el de responsabilidad civil. Ante un mismo hecho en el que la aseguradora se mantiene pasiva, las consecuencias serían muy diferentes: si el perjudicado se dirige contra la aseguradora del civilmente responsable del accidente, tendrá derecho al interés de demora desde la fecha del accidente, mientras que si tiene una póliza de accidentes y acciona contra su aseguradora solo tendrá derecho a este interés desde la declaración de incapacidad.

2º. Cuanto más grave sea el resultado del accidente, más tardará en declararse la incapacidad y más se diferirá en el tiempo el inicio del devengo de intereses.

3º. Hay una evidente contradicción entre el rigor aplicado en la jurisprudencia de esta Sala a los casos de exoneración del artículo 20.8 LCS y la aplicación de intereses en el seguro de accidentes.

4º. La interpretación que mantiene el primer grupo de sentencias citadas en el

recurso favorece a la aseguradora pasiva que, frente a una comunicación del siniestro, no hace nada hasta que se le remite la declaración de incapacidad, lo que es difícilmente compatible con el cumplimiento del fin que se asigna a la obligación de la aseguradora de hacer una oferta motivada y con la propia finalidad del interés de demora del artículo 20 LCS y las demás exigencias de la Ley, como la expresada en el artículo 16.

El artículo 16 establece el deber de los tomadores o asegurados de comunicar a la entidad aseguradora el acaecimiento del siniestro además de proporcionarle toda clase de informaciones relativas a las circunstancias del mismo, entre otras cosas para poner en funcionamiento los mecanismos indemnizatorios al asegurado derivados del siniestro que se inician con las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer su existencia y que concluyen con el abono, en su caso, del importe de los daños que resulten del mismo, y, ‘en cualquier supuesto’, dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración de siniestro, del importe mínimo que el asegurador pueda deber según las circunstancias conocidas, conforme dispone el artículo 18, con el recargo, caso de incumplimiento de sus deberes por la aseguradora, de los intereses del artículo 20, artículo que debe ser entendido en función de los que le preceden y, en especial, del 18, puesto que es aplicable como los anteriores a toda clase de seguros, entre ellos el de accidentes, en el que se presta cobertura al riesgo de invalidez y en el que la fecha del accidente sirve para fijar el régimen legal aplicable a todos los efectos, incluidos los intereses.

Las sentencias que aplican el criterio contrario no explican las razones de esta diferencia, más allá de una referencia genérica al diferente origen -contractual o extracontractual- de una y otra responsabilidad. Tampoco se justifica la solución aplicada en el artículo 104, según el cual ‘La determinación del grado de invalidez que derive del accidente se efectuará después de la presentación del certificado médico de incapacidad. El asegurador notificará por escrito al asegurado la cuantía de la indemnización que le corresponde, de acuerdo con el grado de invalidez que deriva del certificado médico y de los baremos fijados en la póliza. Si el asegurado no aceptase la proposición del asegurador en lo referente al grado de invalidez, las partes se someterán a la decisión de Peritos Médicos, conforme al artículo 38’.

Podría sostenerse que la importancia de este artículo radica en que se refiere a una modalidad muy concreta del seguro de accidentes: aquel en el que la póliza contempla como riesgo asegurado exclusivamente la invalidez en diferentes grados definidos en la póliza mediante baremos que se aplican a la cantidad máxima cubierta por dicha garantía, puesto que en esta modalidad, esto es, en el seguro de accidentes con cobertura exclusiva de invalidez en sus diferentes grados, que configura un concreto seguro de capital para el riesgo de invalidez, podría tener todo su sentido el criterio contrario.

Pero lo cierto es que el seguro de accidentes no se identifica necesariamente con esta modalidad, especialmente en casos como el que aquí se enjuicia, en los que la póliza contempla como riesgo asegurado no solo la invalidez en términos similares a los del artículo 104, sino otro tipo de prestaciones de devengo

«inmediato», como el abono de los gastos de asistencia médica o sanitaria o la incapacidad temporal, mediante el pago de una suma diaria, en los que ningún sentido tiene establecer distintas fecha de devengo de intereses y menos aún diferir la mora de estas otras prestaciones a la declaración de incapacidad que proceda o al alta médica.

En cualquier caso, no es posible establecer un régimen jurídico distinto en una o en otra modalidad de este seguro. Responden a la misma idea y las obligaciones para aseguradora y asegurado son en principio las mismas. El artículo 1 LCS obliga al asegurador, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, y al asegurado a comunicar a la aseguradora el accidente y esta comunicación es la comunicación del siniestro a que se refiere el artículo 16 LCS ('acaecimiento del siniestro'), que es la que sirve a su vez a la aseguradora para establecer 'la existencia del siniestro', según el artículo 18, y, en su caso, para indemnizar o pagar al asegurado ('en cualquier supuesto') al menos el importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas, dentro de los cuarenta días; siendo así que en el cumplimiento o incumplimiento de estos deberes será donde podrá enjuiciarse la buena o la mala fe de la aseguradora, en los términos del no 8 del artículo 20 LCS, si después de las averiguaciones que realiza no satisface la indemnización o paga el importe mínimo, salvo que la decisión de no efectuar el pago o el anticipo previsto esté fundada 'en una causa justificada o que no le fuere imputable' derivada de una tramitación diligente del siniestro.

El artículo 100 LCS determina lo que se entiende por accidente ('la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte'), que el asegurado comunica a su aseguradora y que se identifica con la fecha en que este ha tenido lugar, mientras que el artículo 104 no es más que una norma de liquidación de un siniestro que ya se ha producido (y que en el caso no ha sido rechazado), para graduar la indemnización «de acuerdo con el grado de invalidez que deriva del certificado médico y de los baremos fijados en la póliza», y que no elimina la obligación previa de la aseguradora con su asegurado en orden a evitar la sanción de los intereses del art. 20 LCS.

TERCERO.- El segundo motivo se fundamenta en la infracción, oposición y falta de aplicación de la doctrina de esta Sala en la interpretación de la regla 4a del artículo 20 de la LCS, y más concretamente, el tipo de interés aplicable para el cálculo de los intereses moratorios regulados por dicho precepto legal, según la sentencia de Pleno 251/2007, de 1 de marzo, dictada para la unificación de doctrina, y en el mismo sentido la 632/2011, 20 de septiembre, puesto que la sentencia le condena a pagar los intereses al 20% desde el día 21 de mayo de 2008 hasta su pago, argumentando que, al haber transcurrido más de dos años desde el siniestro, dichos intereses no podrán ser inferiores al 20%.

Esta Sala dictó Sentencia de Pleno 251/2007, de 1 de marzo, resolviendo las

contradicciones existentes hasta ese momento, reiterada en otras posteriores, y estableció la siguiente doctrina:

‘Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento’.

La aplicación de la anterior doctrina, determina la estimación del motivo formulado con la obligada casación y anulación en parte de la sentencia recurrida en el sentido de establecer que el interés de demora a satisfacer al lesionado por la aseguradora recurrente debe calcularse, durante los dos primeros años siguientes al siniestro (materializado el día del accidente -21 de mayo 2008-) al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al del 20% si aquel no resulta superior; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (F.D. 2º y 3º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Seguro de responsabilidad civil del automóvil. Concurrencia de causa de exoneración de la aplicación de intereses moratorios.

STS (Sala 1ª) de 12 de enero de 2017, rec. nº 2759/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7696262&links=%222759%2F2014%22&optimize=20160613&publicinterface=true>

“(…) El artículo 9 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, reconocía una serie de particularidades, fundamentalmente la posibilidad de que la compañía de seguro pudiera exonerarse del recargo por mora pagando o consignando judicialmente la indemnización en el plazo de tres meses siguientes a la fecha de producción del siniestro, especificando que, si no podía conocerse en dicho plazo el exacto alcance de los perjuicios indemnizables, habría de ser el juez el que decidiera sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad consignada, previo informe del médico forense si fuera pertinente, y con arreglo a la cuantía aproximada que pudiera corresponder con arreglo al sistema de valoración del daño corporal que incorporaba el Anexo de la citada Ley 30/95.

Y el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, que también cita la sentencia, señala que: ‘3º Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro

de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro». Y el apartado 8º establece: ‘No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable’.

Nada de esto se ha producido en el presente caso. Que las lesiones pudieran durar más de tres meses no impedía a la aseguradora cumplimentar la obligación impuesta que formalizó el día 1 de diciembre de 2005, es decir más de un año y 10 meses desde la fecha del accidente, y 8 meses después de conocer el informe de sanidad forense.

De los hechos declarados probados se desprende que se siguieron diligencias penales por estos hechos, y no se niega que la aseguradora no tuviera conocimiento del accidente ni de sus lesivas consecuencias para la actora, sin que en ningún momento negara su responsabilidad frente a la perjudicada, salvo la determinación o cuantificación del daño, que no lo reconoció en la totalidad de los que se le reclamaban.

No se explica, por tanto, que no cumpliera su prestación en los tres meses siguientes o que abonara al menos el importe mínimo de lo que podía deber en los primeros cuarenta días, como ordena el artículo 20.3 LCS, careciendo de justificación alguna que esperara a la extinción de dicho plazo para realizar un pago de 22.029,41 euros con fecha 1 de diciembre de 2005, lo que permite fijar el comienzo del devengo en el momento del accidente.

Los anteriores hechos y el tenor de las propias manifestaciones de la aseguradora en el trámite de oposición al recurso -que alude como causa justificada a la cifra ‘manifiestamente exagerada’ que se le reclama-, demuestran que, desde un primer momento, su negativa se ha fundado exclusivamente en una cuestión de mera disconformidad con la cuantía reclamada, que decía desproporcionada, cuando la doctrina mencionada descarta que las diferencias meramente cuantitativas constituyan justa causa para no cumplir con la obligación de indemnizar al perjudicado tan pronto como surge su derecho, esto es, al producirse el siniestro.

TERCERO.- En virtud de lo expuesto, procede estimar el recurso y fijar el comienzo del devengo de los intereses de demora de la cantidad reconocida en la fecha del siniestro, sin perjuicio del valor liberatorio que se reconoce, por su importe, a las cantidades abonadas; sin hacer expresa condena en costas, por aplicación del artículo 398 LEC, ni en cuanto a las devengadas en apelación”. (F.D. 2º y 3º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Seguro de salud. Responsabilidad médica. Infracción de los arts. 20.3 y 100 LCS. Concurrencia de causa de exoneración de la aplicación de intereses moratorios.

STS (Sala 1ª) de 20 de enero de 2017, rec. nº 1637/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7926446&links=%221637%2F2014%22&optimize=20170206&publicinterface=true>

“(…) El recurso se estima.

Lo argumenta la sentencia de la forma siguiente: ‘esta Sala entiende que ha sido preciso el procedimiento judicial para poder determinar la existencia de una relación de causalidad entre una infracción de la ‘lex artis ad hoc’ imputable al Dr. Ezequiel y las lesiones padecidas por el Sr. Higinio como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada bajo supervisión de aquél en la medida en que la responsabilidad que se imputa al médico demandado deriva de haber aplicado una técnica quirúrgica incorrecta para la práctica de la polipectomía, siendo determinante a estos efectos la situación del pólipo, existiendo en la causa documentación médica contradictoria en relación a este extremo’.

Este argumento no es correcto. En primer lugar, la contradicción documental se aplica contra quien ha sufrido las consecuencias de una intervención quirúrgica anormal o no esperada, y favorece a una aseguradora pasiva que no hizo nada desde el momento en que tuvo conocimiento del siniestro, lo que es difícilmente compatible con la propia finalidad del interés de demora del artículo 20 LCS, ni con el abono, ‘en cualquier supuesto’, del importe mínimo que el asegurador pueda deber según las circunstancias conocidas, conforme dispone el artículo 18.

En segundo lugar, es doctrina reiterada de esta Sala (sentencias 206/2016, de 5 de abril; 513/2016, de 21 de julio) que ‘si bien de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.8º LCS, la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, y le exonera del recargo en que consisten los intereses de demora, en la apreciación de esta causa de exoneración esta Sala ha mantenido una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados (...)’.

En atención a esa jurisprudencia, si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para que la oposición de la aseguradora se valore como justificada a efectos de no imponerle intereses ha de examinarse la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por el tribunal de instancia, al cual corresponde la fijación de los hechos probados y de las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica para integrar los presupuestos de la norma aplicada.

Esta interpretación descarta que la mera existencia de un proceso, el mero hecho de acudir al mismo constituya causa que justifique por sí el retraso, o permita presumir la razonabilidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar (...). En aplicación de esta doctrina, la Sala ha valorado como justificada la oposición de la

aseguradora que aboca al perjudicado o asegurado a un proceso cuando la resolución judicial se torna en imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura (...).

Con carácter general, en fin, e invocando un modelo de conducta acrisolado, el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización, o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido. Siempre a salvo el derecho del asegurador de que se trate a cuestionar después o seguir cuestionando en juicio su obligación de pago y obtener, en su caso, la restitución de lo indebidamente satisfecho’.

Señalando la sentencia de 19 de mayo 2011, que, pese a la casuística existente sobre esta materia, ‘viene siendo criterio constante en la jurisprudencia no considerar causa justificada para no pagar el hecho de acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa, ya sea por negarla completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas (STS 12 de julio de 2010 (RC núm. 694/2006) y STS de 17 de diciembre de 2010 (RC núm. 2307/2006).

De prosperar el razonamiento exculpatario de la sentencia se haría una interpretación contraria al carácter sancionador que se atribuye a la norma. El daño existió y ninguna duda razonable tuvieron los jueces de la 1ª y 2ª instancia para determinar la responsabilidad en el mismo de los demandados.

Asumiendo la instancia, los intereses se devengarán en la forma que señaló la sentencia del Juzgado con la única modificación de remitir el día inicial de su devengo al momento en que, según la sentencia, la aseguradora tuvo conocimiento formal de siniestro -demanda- y no al que, de forma absolutamente contradictoria, establece -sentencia-, puesto que desde ese momento estuvo a su alcance averiguar las consecuencias que el mismo había provocado al demandante y actuar en consecuencia, lo que no hizo”. (F.D. 3º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Seguro de responsabilidad civil. Negligencia profesional de abogado. Intereses moratorios.

STS (Sala 1ª) de 8 de febrero de 2017, rec. nº 2524/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7940491&links=%222524%2F2014%22&optimize=20170222&publicinterface=true>

“(..).3.- En este caso es hecho probado de la sentencia que el siniestro acaeció en febrero de 2006 y que la aseguradora tuvo conocimiento de mismo el día 3 de febrero de 2012, es decir, unos meses antes de la formulación de la demanda (11 de diciembre 2012), y si fue necesario el juicio fue porque nada hizo a partir de

entonces para cumplir con la obligación que le impone el artículo 20 de la LCS , siendo posible hacerlo sin esperar a ningún informe pericial que pudiera amparar la viabilidad de la acción. Sin duda, una aseguradora razonable, no hubiera tenido duda alguna acerca de la inclusión de un siniestro de ese tipo en el ámbito de cobertura del seguro, al menos desde el momento en que lo conoció, como tampoco se tuvo en ninguna de ambas instancias, ni se ha discutido en casación, porque no se ha planteado, existiendo como existía una razonable certidumbre sobre la existencia de oportunidades de obtener buen éxito el ejercicio de la acción que no promovió el letrado asegurado, al que se le había encargado su tramitación.

4.- No puede considerarse justificada la negativa al pago o consignación del asegurador que elude el deber de observar una actitud diligente a fin de lograr la rápida liquidación del siniestro (SSTS de 1 de julio de 2008, RC núm. 372/2002 y 7 de enero de 2010, RC núm. 1188/2005, entre otras), adoptando una conducta pasiva al margen de su deber de poner en marcha los mecanismos a su alcance para determinar económicamente el valor del daño y lograr la pronta satisfacción de la víctima, con omisión de la obligación de pagar o consignar en los tres primeros meses siguientes al siniestro al menos el importe mínimo de lo que fuera debido.

5.- No existió, por tanto, ‘causa justificada’ para exonerar a la aseguradora, al menos desde el día que tuvo conocimiento del siniestro, del recargo sancionador que constituyen los intereses moratorios del artículo 20 LCS. El propósito del artículo 20 LCS -sentencia 206/2016, de 5 de abril- es sancionar la falta de pago de la indemnización por el asegurador que, conocedor del siniestro, haya constatado, o habría podido constatar empleando la debida diligencia, que, en caso de litigio sobre la cuestión, la probabilidad de que los tribunales terminen apreciando culpa del asegurado es claramente más alta que la probabilidad de que acaezca lo contrario. Con carácter general, el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización, o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido. Siempre a salvo el derecho del asegurador de que se trate a cuestionar después o seguir cuestionando en juicio su obligación de pago y obtener, en su caso, la restitución de lo indebidamente satisfecho.

TERCERO.- En virtud de lo expuesto, procede estimar el motivo y fijar el comienzo del devengo de los intereses de demora de la cantidad reconocida el 3 de febrero de 2012 día en que la aseguradora tuvo conocimiento del siniestro, conforme a la regla 6ª del artículo 20 de la LCS; sin hacer expresa condena en costas, por aplicación del artículo 398 LEC. (F.D. 2º y 3º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Seguro de incapacidad temporal. Riesgos excluidos. Condición general. Cláusula limitativa de los derechos del asegurado.

STS (Sala 1ª) de 9 de febrero de 2017, rec. nº 2709/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7940495&links=%222709%2F2014%22&optimize=20170222&publicinterface=true>

“(…) En relación al régimen especial de las cláusulas limitativas debe señalarse que, aunque el artículo 3 LCS establece que este tipo de cláusulas han de aparecer específicamente resaltadas, no obstante no especifica en qué ha de consistir dicho resalte. Por ello, en principio, es admisible cualquier procedimiento que cumpla el objetivo de que la cláusula limitativa no pase desapercibida para el asegurado.

La exigencia de que las cláusulas limitativas de derechos figuren «destacadas de modo especial», responde a la finalidad de que el asegurado tenga un conocimiento exacto del riesgo cubierto por la póliza. Lo importante es que las cláusulas limitativas deben permitir al asegurado comprender su significado y alcance para diferenciarlas de las que no tienen esa naturaleza (STS de pleno 402/2015, de 14 de julio).

Dicha sentencia 402/2015, de 14 de julio compendia la jurisprudencia en la materia diciendo:

‘Respecto a la exigencia de que las cláusulas limitativas deban ser «especialmente aceptadas por escrito», es un requisito que debe concurrir acumulativamente con el anterior (STS de 15 de julio de 2008, RC 1839/2001), por lo que es imprescindible la firma del tomador. Como se ha señalado anteriormente, la firma no debe aparecer solo en el contrato general, sino en las condiciones particulares que es el documento donde habitualmente deben aparecer las cláusulas limitativas de derechos. La STS de 17 de octubre de 2007 (RC 3398/2000) consideró cumplida esta exigencia cuando la firma del tomador del seguro aparece al final de las condiciones particulares y la de 22 de diciembre de 2008 (RC 1555/2003), admitió su cumplimiento por remisión de la póliza a un documento aparte en el que aparecían, debidamente firmadas, las cláusulas limitativas debidamente destacadas. En ningún caso se ha exigido por esta Sala una firma para cada una de las cláusulas limitativas’.

La doctrina jurisprudencial expuesta, llevada al caso objeto de enjuiciamiento, conduce a esta sala a concluir que la entidad aseguradora cumplió con las exigencias establecidas en el artículo 3 LCS para validez de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. En este sentido, con relación al requisito del especial resalte de la cláusula, debe tenerse en cuenta que, aparte de una llamada expresa a los riesgos excluidos que se realiza en las condiciones particulares, con relación al condicionado general, la cláusula controvertida (cláusula segunda, apartado «j») de las condiciones generales) viene suficientemente destacada en «negrita» a los efectos de que no pase desapercibida por el asegurado. A lo que

también contribuye la sencillez y claridad de redacción, realizada en un apartado diferenciado y sin ningún tipo de abigarramiento o mezcla de otras exclusiones heterogéneas que pudieran dificultar la lectura y visualización comprensiva del riesgo excluido; que resulta directamente referenciado ‘enfermedades o trastornos ocasionados o desencadenados por el estrés’.

Del mismo modo, con relación a la exigencia de su aceptación por escrito, donde la póliza aparece firmada por el asegurado tanto en las condiciones particulares, como en las condiciones generales. Resaltándose en las primeras, la llamada a los riesgos excluidos en las condiciones generales, y en éstas, y en ‘negrita’, destacándose, justo por encima de la firma de las partes, que el asegurado conoce y acepta las cláusulas limitativas o excluyentes que figuren en la condición segunda del clausulado general. (F.D. 2º) [P.G.P.].

3. DERECHO DE SOCIEDADES

Jurisprudencia: Aportación no dineraria de rama de actividad. Determinación de la responsabilidad de la sociedad aceptante. Diferencias con la fusión.

STS (Sala 1ª) de 10 de octubre de 2016, rec. nº 2605/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7851628&links=%22sociedad%20an%C3%B3nima%22&optimize=20161028&publicinterface=true>

“(…) En la sentencia 748/2006, de 5 de julio (Rec. 3931/1999), esta sala se pronunció en los siguientes términos: ‘La fusión, como fenómeno de extinción de una sociedad con integración de sus socios y patrimonio en otra, preexistente o de nueva creación, se caracteriza por perseguir, como modificación estructural, una concentración de empresas; provocar una disolución sin liquidación de la sociedad fusionada o absorbida y, como consecuencia, la sucesión en todos sus bienes, derechos y obligaciones por la nueva o absorbente; y, finalmente, por dar paso a la incorporación a esta última de los socios de aquélla.

La escisión total constituye un fenómeno de extinción de una sociedad por división de todo su patrimonio con traspaso en bloque de las partes resultantes a otras tantas sociedades de nueva creación o ya existentes. Sus características consisten en perseguir una disgregación de las fuerzas económicas; provocar una disolución sin liquidación de la sociedad escindida y, como consecuencia, dar lugar a una sucesión universal de aquélla a favor de las sociedades beneficiarias; e, igualmente, integrar en éstas a los socios de la que se extingue.

La escisión parcial, como traspaso en bloque de una o varias partes del patrimonio de una sociedad a otra o a varias de nueva creación o ya existentes, no provoca la extinción de la sociedad segregante, que mantiene invariable su personalidad jurídica; genera una sucesión universal, bien que limitada a los elementos patrimoniales que forman la unidad económica escindida; y, finalmente, convierte

a los socios de la sociedad aportante en socios de la beneficiaria de la aportación.

Conceptualmente, la cesión de un bloque del patrimonio de una sociedad [...] a otra [...], denominada por alguna doctrina como segregación o escisión parcial impropia, se diferencia de la fusión en tener por fin no una concentración, sino una disgregación de las fuerzas económicas útil para la creación de sociedades filiales; de la fusión y de la escisión total, en que la sociedad que se segrega no se extingue; y de las tres operaciones, en que no son sus socios, sino ella misma, la que recibe como contraprestación las acciones o participaciones de la beneficiaria, con lo que provoca una subrogación real.

También son sustanciales las diferencias entre dicha operación y la común de aportación no dineraria a otra sociedad, ya que aunque ambas se dirigen a la suscripción de acciones o participaciones mediante la entrega de bienes de tales características, la primera incorpora las particularidades que resultan de la naturaleza del objeto de la participación’.

(...) Habrá que concluir que Grupo sucedió universalmente a The Tharsis en la totalidad de los activos y pasivos correspondientes a la rama de actividad aportada -esto fue lo que acordaron en la escritura de 29 de marzo de 2004-, aunque alguno o algunos de dichos pasivos no figuraran expresamente incluidos en la operación [STS 796/2012, de 3 de enero de 2013 (Rec. 1573/2010)]. Pero no, en las obligaciones que The Tharsis, como causante de la contaminación de la Finca, viniese a tener conforme al artículo 27.2 de la Ley 10/1998; pues la Finca formaba parte del patrimonio industrial minero –correspondía a la rama de actividad- que The Tharsis había aportado a Compañía Española el 30 de junio de 1979: casi veinticinco años antes”. (F.D. 5º) [P.R.P.].

Jurisprudencia: Declaración judicial de disolución por pérdidas agravadas y constatación de imposibilidad de conseguir el fin social. Criterios de determinación del cálculo del patrimonio neto de la compañía.

STS (Sala 1ª) de 24 de noviembre de 2016, rec. nº 871/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7885361&links=sociedad%20NO%20ganancial&optimize=20161209&publicinterface=true>

“(…) A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria del capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo.

(...) El Plan General de Contabilidad, que en el Grupo 1 reseña la cuenta 118, bajo la rúbrica ‘Aportaciones de socios o propietarios’, y entiende por tales: ‘Elementos patrimoniales entregados por los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales, en virtud de operaciones no descritas en otras cuentas. Es decir, siempre que no constituyan contraprestación por la entrega de bienes o la prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan la naturaleza de pasivo. En particular, incluye las cantidades entregadas por los socios o propietarios para compensación de pérdidas’. De acuerdo con esta normativa, para poder determinar si una sociedad se encuentra sujeta a la causa de disolución prevista antes en el art. 104.1.e) LSRL y en la actualidad en el art. 363.1.c) LSC, hemos de atender a su patrimonio neto, y en concreto a si es inferior a la mitad del capital social. A estos efectos, tanto los préstamos participativos de los socios, siempre que cumplan con las exigencias legales, como las aportaciones de los socios se incluirán en el patrimonio neto. Pero conviene puntualizar que estas aportaciones de los socios son aportaciones a fondo perdido o, de forma más específica, para compensación de pérdidas, sin que los socios tengan un derecho de crédito para su devolución. Como se desprende del reseñado art. 36.1.c) CCom, es preciso que no formen parte del pasivo”.

(...) La sociedad demandada ni ha justificado que esas aportaciones se hicieran a fondos propios, ni que hubiera habido una voluntad posterior de los socios aportantes de darle esta consideración a sus aportaciones, renunciando con ello al derecho de crédito a exigir de la sociedad su devolución. (F.D. 2º) [P.R.P.]

Jurisprudencia: Impugnación de acuerdos sociales por incorrecta notificación del complemento del orden del día a momento de convocar la junta general

STS (Sala 1ª) de 24 de noviembre de 2016, rec. nº 738/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7882261&links=sociedad%20NO%20ganancial&optimize=20161202&publicinterface=true>

“(…) En el desarrollo del motivo se razona que la previsión contenida en el art. 172 LSC de que la petición de complemento del orden del día de la junta previamente convocada, debe realizarse ‘mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria’, debe estar al servicio del derecho inderogable de la minoría de solicitar el complemento. Estos requisitos formales son medios para asegurarse de que los administradores reciben y conocen la petición de complemento. ‘Tales formalidades no son un fin en sí mismo consideradas, sino un medio al servicio del verdadero fin, que no es otro que asegurar la efectividad del derecho de la minoría al complemento de convocatoria’.

(…) Dentro de los cinco días siguientes a la publicación en el BORME del anuncio de convocatoria de la junta general de accionistas de Eulen para el día 20

de junio de 2011, un socio minoritario (El Enebro, S.A.) que tenía más del 5% del capital social, ejerció el derecho que le confiere el art. 172 LCS de solicitar un complemento del orden del día de la junta.

La solicitud de complemento se presentó en la sede principal de negocios de Eulen en Madrid (calle Gobelas 25-27), y no en su domicilio social en Bilbao (calle Lehendakari Leizaola), mediante una notificación fehaciente, el día 23 de mayo de 2011.

En dos juntas generales de Eulen celebradas el año anterior, convocadas por la misma administración social, una para el día 25 de febrero de 2010, y otra para el día 28 de junio de 2010, aquel mismo socio minoritario, que poseía más del 5% del capital social, solicitó un complemento del orden del día mediante un escrito presentado, en ambos casos, dentro los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria en el BORME en la sede principal de negocios en Madrid (calle Gobelas, 25-27). Y en ambos casos los administradores no rechazaron la petición y accedieron a la publicación del complemento del orden del día.

Con estos dos precedentes, se había generado en el socio minoritario la expectativa de que las peticiones de complemento del orden del día, previstas en el art. 172 LSC, podían presentarse en la sede de negocios de Eulen en Madrid. Y bajo esta confianza generada por la actuación previa de los administradores sociales, el socio minoritario el 23 de mayo de 2010 volvió a presentar su solicitud de complemento del orden del día de la junta convocada para el día 20 de junio de 2011, en la sede principal de negocios en Madrid. Con estos antecedentes, rechazar esta petición con la excusa de que no es el domicilio social, en atención a que se trataba de último día del breve plazo legal (5 días) para presentar estas solicitudes, es un acto contrario a la buena fe (art. 7 CC), y es equivalente a un rechazo injustificado de la petición de complemento.

La consecuencia legal de no atender a la publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado es sancionado por el párrafo segundo del art. 172.2 LCS con la nulidad de la junta”. (F.D. 3º) [P.R.P.].

Jurisprudencia: Asistencia financiera en sociedad cooperativa. Determinación del derecho de devolución por disolución de la cooperativa.

STS (Sala 1ª) de 24 de noviembre de 2016, rec. nº 1762/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7882253&links=sociedad%20NO%20ganancial&optimize=20161202&publicinterface=true>

“(…) De acuerdo con el contenido de las referidas cláusulas, el hecho de la disolución de la cooperativa viene configurado como un elemento condicional de la relación obligatoria, pues el cumplimiento o efectividad del derecho a la devolución se hace depender de un suceso futuro e incierto como es la propia

disolución de una cooperativa que se constituyó por tiempo indefinido. Si bien, como alega el recurrente, el acaecimiento de dicho hecho no dependa, en toda la extensión de posibilidades que presenta, de la exclusiva voluntad o arbitrio del deudor.

(...) La ratio o fundamento que justifica la reclamación del crédito del demandante. (...) no se halla tanto en las consecuencias derivadas del carácter condicional o no del hecho de la disolución de la cooperativa y, por tanto, de la interpretación de las referidas cláusulas, sino en el fundamento de exigibilidad de su derecho de crédito que se acompaña con la separación de la cooperativa llevada a cabo por el demandante y la consiguiente extinción del contrato social. Circunstancia acreditada en el presente caso a tenor del documento de 24 de enero de 2001, por el que el demandante hace entrega a la cooperativa del 25% de los títulos que había adquirido de la familia Edmundo y de las llaves de la fábrica o almacén, dando por totalmente finalizado tanto el contrato de arrendamiento de industria celebrado con la cooperativa, como su relación de socio de la misma, causando baja con fecha de 24 de abril de 2006. De forma que ya nada le vincula a dicha cooperativa, salvo la reclamación del crédito que le adeuda.

En este contexto, si bien con relación a la señalada Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, debe estimarse la pretensión de la recurrente en el sentido de que la devolución de las participaciones sociales se ajuste al procedimiento de reembolso que contempla la citada Ley y que detalla el artículo 11 de los estatutos de la sociedad cooperativa. Pretensión que fue alegada tanto en el escrito de contestación a la demanda, como en el escrito de oposición al recurso de apelación. Por lo que el motivo debe ser estimado en este aspecto”. (F.D. 2º) [P.R.P.].

Jurisprudencia: Responsabilidad de los administradores por no cumplir la obligación de convocar Junta General en sociedad incurra en causa legal de disolución: Acción individual de responsabilidad.

STS (Sala 1ª) de 18 de enero de 2017, rec. nº 1422/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7921673&links=&optimize=20170131&publicinterface=true>

(...) “Polextrupac, S.A.L. se encontraba en una situación de pérdidas que habían reducido su patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social a primeros de octubre de 2009, antes de que nacieran las obligaciones sociales cuyo pago la demandante reclama a los administraciones de Polextrupac, S.A.L.

Concurriendo esta causa legal de disolución, los concretos deberes que los arts. 365 y 366 LSC imponían a los administradores eran: i) en primer lugar, convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución; ii) en el caso en que no se hubiera podido constituir la junta, solicitar la

disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta; y iii) si se hubiese celebrado la junta, pero no se hubiera adoptado el acuerdo de disolución o el acuerdo hubiese sido contrario, solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde el día de la junta.

En la instancia ha quedado acreditado que no se cumplió con estos deberes legales. La consecuencia legal prevista en el art. 367 LSC para el incumplimiento de estos deberes legales, es que los administradores ‘responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución’. Como ya hemos adelantado, también ha quedado probado que en este caso las obligaciones sociales reclamadas son posteriores a la aparición de la causa de disolución.

En realidad, lo que cuestiona el recurso es si cabe amortiguar el rigor de esta responsabilidad cuando consta que los administradores no promovieron la disolución pero llevaron a cabo actuaciones tendentes a paliar la crisis económica de la compañía.

(...) Las relaciones laborales, y la posterior venta de activos y pasivos de la compañía, justificaran la omisión del deber de instar la disolución de la sociedad. Estas medidas no sólo eran compatibles con la disolución de la compañía, sino que además conducían a ella.”. (F.D. 2º) [P.R.P.]

Jurisprudencia: Calificación como “consumidor” de una sociedad mercantil a efectos de declaración de nulidad de cláusula suelo.

STS (Sala 1ª) de 30 de enero de 2017, rec. nº 1531/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7936672&links=&optimize=20170217&publicinterface=true>

(...) “Los contratos de préstamo no se encuentran dentro del ámbito objetivo de dicha regulación, según se desprende inequívocamente de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros y de la Ley del Mercado de Valores. Ni el préstamo es un contrato de inversión o un instrumento financiero, conforme a las definiciones contenidas en el anexo I de la Directiva, ni el banco actúa en dicho contrato como empresa de servicios de inversión.

(...) En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC –[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez’ -, 7 LCGC –[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de

manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...].

Esta diferencia de tratamiento según el adherente sea o no consumidor la han resaltado también, en similares términos, las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; y 688/2015, de 15 de diciembre.” (F.D. 5°).

(...) “Excluida la posibilidad del control de abusividad en contratos en que el adherente no es consumidor, la antes citada sentencia 367/2016, de 3 de junio, afrontó el problema de si les era aplicable el denominado control de transparencia, conocido también como segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado.

(...) Como concluimos en dicha sentencia de Pleno, tal control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

(...) Este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/ CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

(...) Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un *tertium genus* que no ha sido establecido legislativamente, pues no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.” (F.D. 6°) [P.R.P.]

Jurisprudencia: Conflicto de intereses “indirecto”. Deber de abstención de voto en la Junta General del socio-administrador y de las personas a él vinculadas.

STS (Sala 1ª) de 2 de febrero de 2017, rec. nº 1441/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7937925&links=&optimize=20170220&publicinterface=true>

(...) “Lo que se plantea en el motivo que ahora examinamos es si este deber de abstención que afecta al socio administrador cuya dispensa de la obligación de no competencia se debate en la junta general, se extiende también a una sociedad unipersonal cuyo capital pertenece íntegramente a otra sociedad de la que, a su vez, el administrador afectado posee el 50,68% de su capital y el resto su esposa e hijos.

Aunque la LSRL no contenía una previsión al efecto, nos puede servir de orientación lo regulado actualmente en el art. 231.1 d) TRLSC, que respecto de lo previsto en los artículos precedentes [en lo que aquí importa, 229.1 f) y 230.3], considera persona vinculada al administrador persona física, a ‘Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio’. De tal manera que habrá que considerar que existe vinculación cuando el administrador se encuentre en alguno de los siguientes casos en relación con una sociedad: a) posea la mayoría de los derechos de voto; b) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

En tales casos, la Ley prohíbe al administrador instrumentalizar a los sujetos del art. 231 como personas interpuestas, del mismo modo que tampoco puede dejarse utilizar por esas mismas personas vinculadas para ejercer algunas de las conductas del art. 229.1 TRLSC.

Ahora bien, el art. 190 TRLSC únicamente prohíbe el derecho de voto, al igual que hacía el art. 52 LSRL, al socio afectado, pero no extiende dicha interdicción a las personas vinculadas. Es decir, las personas vinculadas quedan afectadas por las prohibiciones y restricciones de los arts. 229 y 230 TRLSC, pero no por la privación de voto, que tanto el art. 190 TRLSC como el art. 52 LSRL, circunscriben exclusivamente al socio o socios afectados.

Ni en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ni en la vigente Ley de Sociedades de Capital se ha regulado el denominado conflicto indirecto de intereses, es decir, aquel en que los intereses de un socio no se encuentran en

contraposición directa con los de la sociedad, pero existe una vinculación estrecha entre tales intereses de un socio y los de otro socio, que en el asunto en cuestión, entran en conflicto abierto con los de la sociedad.

Para que existiera conflicto de intereses, la dispensa del deber de no competencia (art. 65 LSRL) debería afectar al grupo de sociedades o a todos los socios, pero si solo afecta a alguno de ellos, no cabe apreciarlo, y por tanto no opera el deber de abstención de otra sociedad del grupo o de otro socio.” (F.D. 4º) [P.R.P.]

Jurisprudencia: Sociedad cooperativa. Cierre de facto de la sociedad. Acción individual contra los miembros del consejo rector.

STS (Sala 1ª) de 27 de febrero de 2017, rec. nº 2604/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7956141&links=&optimize=20170310&publicinterface=true>

(...) “La Ley 27/1999 de 16 de julio, de Cooperativas, aplicable al presente caso prevé una remisión a la normativa societaria en materia por responsabilidad por daño. En particular, su artículo 43 dispone lo siguiente: ‘La responsabilidad de los consejeros (...) por daños causados, se regirá por lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas (...)’. La Ley de Sociedades Anónimas, vigente cuando se produjeron los hechos regulaba junto con la acción social de responsabilidad, la acción individual en el artículo 135 TRLSA. Norma que en la actualidad se halla en el artículo 241 TRLSC.

Aunque en alguna ocasión hemos admitido que pudiera ejercitarse la acción individual para solicitar la indemnización del daño que suponía para un deudor el impago de sus créditos como consecuencia del cierre de facto de la actividad empresarial de la sociedad (caso de la sentencia 261/2007, de 14 de marzo), recientemente hemos establecido algunas matizaciones en relación con los requisitos que deben concurrir.

(...) Cuando la actuación ilícita del administrador social ha perjudicado directamente a la sociedad, produciendo un quebranto en su patrimonio social o incluso su desaparición de hecho, la acción que puede ejercitarse es la acción social del art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, dirigida a la reconstitución del patrimonio social, en los términos previstos en tal precepto legal en cuanto a legitimación activa, esto es, legitimación directa de la sociedad y subsidiaria, cumpliéndose ciertos requisitos, de la minoría social o de los acreedores.

De acuerdo con la reseñada distinción lógica, para que el ilícito orgánico que supone el cierre de hecho (incumplimiento de los deberes de disolución y liquidación de la sociedad) pueda dar lugar a una acción individual es preciso que el daño ocasionado sea directo al acreedor que la ejercita. Esto es: es necesario

que el ilícito orgánico incida directamente en la insatisfacción del crédito.

(...) Para que pueda imputarse al administrador el impago de una deuda social, como daño ocasionado directamente a la acreedora demandante, debe existir un incumplimiento nítido de un deber legal al que pueda anudarse de forma directa el impago de la deuda social. Es indudable que el incumplimiento de los deberes legales relativos a la disolución de la sociedad y a su liquidación, constituye un ilícito orgánico grave del administrador y, en su caso, del liquidador. Pero, para que prospere la acción individual en estos casos, no basta con que la sociedad hubiera estado en causa de disolución y no hubiera sido formalmente disuelta, sino que es preciso acreditar algo más, que de haberse realizado la correcta disolución y liquidación sí hubiera sido posible al acreedor hacerse cobro de su crédito, total o parcialmente. Dicho de otro modo, más general, que el cierre de hecho impidió el pago del crédito. Como ya hemos adelantado en el fundamento jurídico anterior, esto exige del acreedor social que ejercite la acción individual frente al administrador un mínimo esfuerzo argumentativo, sin perjuicio de trasladarle a los administradores las consecuencias de la carga de la prueba de la situación patrimonial de la sociedad en cada momento (sentencia 253/2016, de 18 de abril)". (F.D. 2º) [P.R.P.].

III. DERECHO DEL TRABAJO

Jurisprudencia: El TC declara constitucional la retransmisión de un partido de "Champions League" por parte de Tele Madrid durante la celebración de una huelga.

STC 17/2017 (Pleno), de 2 de febrero, rec. nº 1168/2014.

https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_07/2014-01168STC.pdf

“Pues bien, el día de la huelga la emisión del partido se realizó de la siguiente manera. La única señal que se estaba emitiendo en Telemadrid era un denominado cartón de seguridad en el que se anunciaba la existencia de la huelga, y que se enviaba desde continuidad al Codificador o Emisor A de Abertis. La señal del partido llegó a la antena de Telemadrid sin locución. La señal llegó, como siempre, desde el estadio a manos de FORTA. Desde la antena de Telemadrid la señal fue a control central; en control central un trabajador, que no estaba en huelga, y que tenía entre sus funciones la de conmutar señales, la envió al locutorio, que se encontraba encendido porque el día anterior (28 de septiembre de 2010) se había retransmitido otro partido de Champions, y nadie lo apagó por la mañana porque había huelga. En el locutorio, el locutor, que tampoco estaba en huelga, efectuó la locución. La señal se devolvió automáticamente a control central donde el trabajador que no estaba en huelga la envió a grafismo, en vez de a continuidad que hubiera sido lo habitual. En grafismo, el coordinador, que no estaba en huelga, puso previamente al partido la mosca (símbolo de Telemadrid) en la señal. La señal volvió automáticamente a control central, que la envió directamente por

la línea que va al Codificador o Emisor B. Un trabajador de la empresa que no estaba en huelga y encargado de tal labor llamó a Abertis y les dijo que 18 activaran el Codificador B. Cuando terminó el partido, volvió a llamar a Abertis y les dijo que conmutaran otra vez el Emisor A, volviendo por tanto el cartón de seguridad.

De este modo, la única diferencia con un día normal fue que la señal se envió desde control central a grafismo, en vez de a continuidad. Es en continuidad donde se pone la mosca de Telemadrid y el día de la huelga la mosca se puso en una máquina del departamento de grafismo. A partir de ahí, un día normal una señal va directamente desde continuidad al Codificador A – que es el que normalmente utiliza - y otra señal va a control central donde un trabajador la envía también al Codificador B o de reserva. Pues bien, el día de la huelga únicamente se envió la señal desde control central al Codificador B, porque en continuidad todos los trabajadores estaban en huelga y por eso la señal no se pudo enviar al Codificador A.

Conforme señala el Juzgado de lo Social, y reproduce el Tribunal Superior de Justicia de Madrid indicando expresamente su ‘valor de hecho probado’, así como también posteriormente pone de relieve el Tribunal Supremo, los trabajadores que no secundaron la huelga y que colaboraron en la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente. Así, el trabajador de control central conmutó señales dentro de sus funciones y en el departamento de grafismo se encontraba el coordinador, que aun cuando dada su específica función de coordinador normalmente se encarga de controlar el trabajo en los departamentos que coordina, entre otros el de grafismo, el mismo supervisa tal trabajo y sí tiene entre sus cometidos generar la “mosca” de Telemadrid que figura en la emisión. Este trabajador lo que hizo, según consta en las resoluciones recurridas, fue generar la mosca y en lugar de remitirla al departamento de continuidad que suele ser el que añade la mosca a la emisión a través de un programa automático, la insertó en una máquina sita en el departamento de grafismo, y luego devolvió automáticamente la señal a control central. Por lo que se refiere al locutor, éste no hacía huelga”. (FJ 6).

“El reconocimiento del derecho de huelga implica el establecimiento de una serie de garantías para evitar que el ejercicio de ese derecho sea restringido por determinadas acciones del propio empresario. De este modo, el RDLRT incluye importantes limitaciones de la conducta del empresario durante la huelga, entre las que se encuentra, como ya hemos señalado, la prohibición de sustitución de trabajadores huelguistas (art. 6.5 RDLRT). La duda que se nos plantea en el presente supuesto es si la utilización de medios técnicos de los que dispone la empresa, pero que no utiliza con carácter habitual, constituye una vulneración del derecho de huelga y puede asimilarse a los supuestos de esquirolaje o sustitución de los trabajadores huelguistas. En este sentido, resulta interesante resaltar que no existe en los ordenamientos de nuestro entorno ninguna previsión que ampare una lectura del derecho de huelga que abarque lo que aquí se pretende.

En el presente recurso de amparo, la empresa utilizó medios técnicos de los que

disponía, de uso no habitual, para retransmitir el partido de Champions el día de la huelga, y para ello se sirvió de trabajadores no huelguistas que siguieron realizando las funciones propias de su categoría. No nos encontramos, por tanto, ante un supuesto en el que la empresa haya contratado a otros trabajadores para realizar las funciones de los huelguistas, ni en el que el empresario haya modificado las funciones que vienen realizando los no huelguistas.

(...) No hay duda de que la libertad del empresario, por lo que respecta a sus facultades de organización y dirección de los trabajadores, queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga, mas no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad. Una actividad que, como se ha dicho, es inherente a la lesividad del ejercicio de la huelga e instrumental al ejercicio del derecho al trabajo de aquellos trabajadores que han decidido no sumarse a la misma.

De otra parte, exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el art. 6.5 RDLRT, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos.

El respeto al contenido esencial del derecho de huelga comporta limitaciones importantes de la conducta del empresario durante la huelga, entre las que se encuentra, como hemos señalado reiteradamente, la prohibición de sustitución de los trabajadores huelguistas (art. 6.5 RDLRT). Pero ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 15; 37/1998, de 17 de febrero, FJ 3; 33/2011, de 28 de marzo, FJ 7; 69/2016, de 14 de abril, FJ 4), ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10; 72/1982, de 2 de diciembre, FJ 4; 189/1993, de 14 de junio, FJ 8). La efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma.

(...) En consecuencia, en el presente supuesto no ha existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que permitían hacerlo y porque varios trabajadores no secundaron la huelga. Los medios técnicos ya existían – no fueron

adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga – y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden”. (F.J. 7) [E.T.V].

Jurisprudencia: En la notificación individual de un despido colectivo no es preciso especificar los criterios de selección del trabajador. Reitera doctrina.

STS (Sala 4ª) de 21 de diciembre de 2016, rec. nº. 3508/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7914766&links=&optimize=20170123&publicinterface=true>

“La doctrina correcta es la que contiene la sentencia de contraste ya que es conforme con la reiterada doctrina de esta Sala según la que la ley no exige que en la carta se especifiquen los concretos motivos de elección del trabajador cuando la amortización del puesto de trabajo es medida razonable. Las exigencias procedimentales del artículo 53.1 ET (al que remite el artículo 51.4 ET) no requieren más que en la comunicación escrita al trabajador figuren las causas entendidas como la descripción de la situación de la empresa, su evolución y su influencia en la necesidad de amortizar puestos de trabajo mediante la adopción de la decisión extintiva que se comunica. Si bien no es necesario alegar ni acreditar los motivos de la elección del trabajador, puesto que es facultad empresarial, bastando con comunicar al trabajador las causas y que estas tengan entidad suficiente para justificar la reestructuración. La comunicación individual al trabajador afectado por un despido colectivo tiene por obligada indicación, exclusivamente, la expresión de la concreta causa motivadora del despido en términos compatibles con el derecho de defensa del interesado.

(...) Con fundamento en lo que antecede, la sentencia de la Sala de 15 de marzo de 2016 -pleno-, Rcu. 2507/2014 consideró que no parece razonable entender que en la comunicación individual del despido colectivo sea necesaria la reproducción de los criterios de selección fijados en el despido colectivo, con fundamento en lo siguiente:

‘a).- En plano de estricta legalidad, porque tal requisito está ausente en el art. 53.1 ET y en la remisión legal que al mismo hace el art. 54.1, de manera que su exigencia desbordaría el mandato legal; y porque -en igual línea normativa- el art. 122.1 LRJS dispone que se declarará procedente la decisión extintiva cuando el empresario ‘acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita’, y tal referencia textual -en cursiva- invita a sostener que para el legislador la ‘causa legal’ es el único dato que ha de constar en la comunicación extintiva.

b).- Atendiendo a consideraciones finalísticas, porque resultaría formalismo innecesario -y en todo caso enervante- exigir que se comunique de manera

individual a los trabajadores aquellos datos que no sólo es razonable suponer que se han conocido materialmente por ellos en el curso de las negociaciones, en tanto que la decisión extintiva de la empresa se ha adoptado con activa intervención e incluso acuerdo de la representación -legal o sindical- de los trabajadores, que obligadamente han de informarles de las gestiones y sus resultados [art. 64.7 e) ET], sino que en todo caso el general conocimiento de tales datos por los sujetos representados bien pudiera entenderse como consecuencia directa del significado que tiene por sí misma la figura del mandato legal representativo [art. 1259 CC], pues sin perjuicio de la singularidad que ofrece el mandato propio de la RLT [gestiona intereses, más que voluntades], de todas formas no parece dudoso que su válida actuación «alieno nomine» y la eficacia jurídica de sus actos respecto del ‘dominus negotii’ -personal representado- se extiende al íntegro objeto material que fije la norma de la que trae causa [aquí, el art. 51 ET], salvo que la propia disposición legal imponga -éste no es el caso- otra cosa o la intervención personal de los trabajadores afectados. Y

c). -Desde una perspectiva eminentemente práctica, tampoco resultaría en absoluto razonable pretender que en cada comunicación individual del cese se hagan constar -de manera expresa y pormenorizada- los prolijos criterios de selección que normalmente han de utilizarse en los PDC que afecten -como es el caso- a grandes empresas y numerosos afectados, dándole así a la indicada carta de despido una extensión tan desmesurada como -por lo dicho- innecesaria’.

Estas mismas consideraciones llevan a la Sala a excluir la necesidad de que en la referida comunicación se lleve a cabo la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados en el PDC de que se trate. A juicio de la Sala la respuesta ha de ser contraria a tal exigencia, por tres razones: En primer lugar, porque el precepto nada indica al respecto y la pretensión excede del mandato legal, que se limita a la expresión de la causa. En segundo lugar, porque el adecuado cumplimiento de la exigencia -caso de que procediera- supondría no sólo relatar la valoración individual del concreto trabajador notificado, sino también la de sus restantes compañeros con los que precisamente habría de realizarse el juicio de comparación, lo que en la mayor parte de los supuestos daría lugar a que la carta de despido tuviese -cuando menos tratándose de un Despido Colectivo- una dimensión ajena a toda consideración razonable. Y, en último término, porque el derecho de defensa que corresponde al hipotético trabajador demandante, queda en todo caso garantizado con la posibilidad que el mismo tiene de reclamar a la empresa los datos que considere necesarios para presentar la correspondiente demanda [si duda de la legalidad de los criterios y/o de su correcta aplicación], acudiendo -a tales efectos- a los actos preparatorios y diligencias preliminares que regula la normativa procesal (arts. 76 y 77 LRJS ; y art. 256 LEC), así como a la solicitud de oportuna aportación documental por parte de la empresa, para de esta forma acceder a todos los datos que le permitan comparar su concreta situación con la de sus compañeros no despedidos y - en su caso- poder combatir la concreta aplicación de los criterios de selección llevado a cabo por la demandada”. (F.D. 3º) [E.T.V.].

Jurisprudencia: Mantenimiento del derecho de una MIR en el percibo del complemento salarial por guardias que no ha realizado a causa de la adaptación del puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo y la lactancia.

STS (Sala 4ª) de 24 de enero de 2017, rec. n.º. 1902/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7950828&links=&optimize=20170306&publicinterface=true>

“La actora, médico residente de primer año en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias, había solicitado la adaptación de su puesto de trabajo por encontrarse en el octavo mes de gestación. Como resultado de ello, dejó de realizar guardias médicas desde dicho momento hasta que inició la baja por maternidad (13 de octubre de 2013). Al reincorporarse (en enero de 2014) solicitó asimismo la adaptación por riesgo durante la lactancia” (F.D. 1º).

“La necesidad de actuar en materia de prevención de riesgos durante el embarazo o la lactancia supuso, pues, para la actora la no prestación de servicios en las guardias que pudieran haberle correspondido durante el periodo afectado y la falta de percepción del correlativo complemento”. (F.D. 3º).

“Nos encontramos aquí ante la necesidad de determinar el alcance de la adaptación del puesto de trabajo, para discernir si es lícito que, como consecuencia del mismo, se produzca una disminución de la retribución de la trabajadora afectada y, en último extremo, si cabe excluir la ilicitud mediante la compensación a través de otros mecanismos.

En el caso concreto de la adaptación que aquí nos interesa, el art. 11.1 de la Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, establece que ‘deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada ... con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales’.

Conviene tener presente que en el caso de la actora, como de todas aquellas trabajadoras a las que se les adapta el puesto de trabajo por razón de los riesgos del embarazo o la lactancia, no existe interrupción de la prestación de servicios, de ahí que en la STJUE de 1 julio 2010 (Asunto Parviainen, C-471/08) se señale que ‘la reducción de la remuneración de una trabajadora que sigue trabajando efectivamente no sólo sería contraria al objetivo de protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la Directiva 92/85, sino que además vulneraría las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras...’.

Ahora bien, en la propia sentencia del Asunto Parviainen el Tribunal de la Unión

afirma la posibilidad de discernir los complementos específicos percibidos antes del cambio. Como suele ser habitual en este tipo de análisis sobre partidas salariales, el TJUE viene a indicar también que tal distinción debe hacerse en cada caso concreto, teniendo aquí como norte el que no se perjudique el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la Directiva 92/85, ni se deje de considerar el hecho de que esa trabajadora sigue trabajando efectivamente y realizando las prestaciones laborales que le encarga su empresario.

(...) El TJUE da tres razones para llegar a esta conclusión: a) en la mayoría de las versiones lingüísticas existentes en la fecha de su adopción, el art. 11.1 de la Directiva menciona el mantenimiento de ‘una’ remuneración y no de ‘la’ remuneración de la trabajadora interesada; b) el art. 11.4 de la Directiva prevé que los Estados miembros tendrán la facultad de someter el derecho a la remuneración o a la prestación contemplada en el art. 11.1 a la condición de que la trabajadora de que se trate cumpla los requisitos que contemplen las legislaciones nacionales para obtener el derecho a tales ventajas; lo que implica negar la obligatoriedad de la intangibilidad del importe del salario; y c) se recuerda que en la STJCE de 30 marzo 2000 (Asunto JämO - Jämställdhetsombudsmannen-, C-236/98) ya se había estimado que las circunstancias de hecho relativas a la naturaleza de los trabajos realizados y a las condiciones en que se llevan a cabo pueden considerarse en su caso constitutivas de factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, capaces de justificar eventuales diferencias de retribución entre diferentes grupos de trabajadores.

(...) De ello se desprende que, conforme al art. 11.1 de la Directiva 92/58, la remuneración de la trabajadora que debe mantenerse durante el traslado provisional a un puesto de trabajo distinto del que ocupaba antes de su situación, no puede ser inferior en cualquier caso a la que se paga a los trabajadores que ocupan un puesto de trabajo como el que provisionalmente se ha asignado a dicha trabajadora ya durante el período de ese destino provisional puesto que tendrá derecho a los componentes de la remuneración y a los complementos inherentes a dicho puesto, siempre que reúna los requisitos para la obtención del derecho a éstos conforme al art 11. 4 de la Directiva.

Además, la trabajadora conservará durante ese destino el derecho a los componentes de la remuneración o a los complementos inherentes a su condición profesional, como en particular los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales. Sin embargo, como antes hemos indicado, no podrá exigir que se le mantengan, durante ese destino provisional, los complementos que dependen del ejercicio por la trabajadora interesada de funciones específicas en condiciones singulares y que tienden en esencia a compensar los inconvenientes inherentes a ese ejercicio”. (F.D. 5°).

“El citado art. 26 LRPL sigue el mismo esquema del art. 5 de la Directiva, sobre las consecuencias de los resultados de la evaluación. La protección de la

maternidad se dispensa a través de tres grados de actuación: adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo puesto, cambio de puesto o función, y suspensión del contrato de trabajo.

En el presente caso nos encontramos en el estadio primero, en que se adoptan medidas para evitar la exposición al riesgo, consistente éste en el trabajo nocturno y a turnos (art. 26.1 LRPL y art. 7 de la Directiva 92/85).

Para estos supuestos, la ley nacional no hace mención alguna a las consecuencias retributivas de esa adaptación, rigiéndose, por tanto, este supuesto por la regla genérica del art. 11.1) de la Directiva que, en esencia, consagra el derecho al ‘mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras’; siendo ésta la disposición interpretada por el TJUE en el sentido que antes hemos expuesto.

Sin embargo, si la adaptación no fuera posible, para el cambio de puesto de trabajo el art. 26.2 LRPL impone la conservación de las retribuciones del puesto de origen; y, finalmente, ante la imposibilidad de adoptar alguna de las dos medidas previas, la suspensión del contrato de trabajo genera el derecho a la prestación de Seguridad Social (arts. 26.3 LRPL, 45.1 d) y 48.5 del Estatuto de los trabajadores -ET- y arts. 134 a 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social -LGSS-, según el texto aplicable al presente caso).

Pues bien, en el Ordenamiento jurídico español la trabajadora que, por razón de su situación de riesgo durante el embarazo o lactancia, debe ser protegida con la suspensión del contrato de trabajo -por no ser posible la adaptación o el cambio de puesto-, pasa a percibir la prestación consistente en el 100 por 100 de la base reguladora correspondiente, la cual es la misma que la establecida para la prestación de incapacidad temporal por contingencia profesionales (arts. 135 y 135 ter LGSS). Esto comporta tomar como base reguladora la correspondiente al mes anterior a la baja y, por ende, a incluir en la misma el salario percibido en dicha mensualidad, incluyendo, en suma, todos los complementos salariales.

Se desprende de ello que, de no ser posible la adaptación o el cambio de puesto, a la trabajadora se la hubiera compensado con una prestación que mantendría el más perfecto equilibrio con el salario que venía percibido antes de incurrir en situación de riesgo, y tal equilibrio se produciría por incluirse en aquel el importe del complemento de atención continuada que hubiera percibido en la mensualidad anterior. Cabría pues afirmar que en esos supuestos de suspensión del contrato no hay duda del respeto al principio del mantenimiento de los derechos retributivos de las trabajadoras.

Se hace así difícil sostener que cuando la adaptación del puesto es posible, como en el caso, la trabajadora afectada pueda sufrir una disminución salarial que, no sólo se produce en relación con la situación habitual de prestación de servicios -esto es, cuando no habiendo riesgos, se realizan efectivamente las guardias-, sino incluso con respecto a los emolumentos percibidos en el caso de suspensión del contrato de trabajo, en que, como hemos visto, las cotizaciones por las guardias

médicas del mes anterior tendrán reflejo también en la prestación.

Si nuestro Ordenamiento jurídico dispensa esa protección equilibrada en el caso de la necesidad de abandonar la efectiva prestación de servicios por riesgos del embarazo o lactancia, cabe afirmar que está estableciendo un nivel de compensación mínima específicamente dispensado a las trabajadoras respecto del cual cualquier minoración habrá de ser rechazada. Estamos aquí ante una reducción salarial que va más allá de la pérdida de un concreto complemento, sino que sitúa a la trabajadora en un nivel de tratamiento retributivo inferior incluso a la situación de no prestación de servicios, con lo que se pone en juego el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la legislación nacional, en consonancia con la Directiva 92/85.

Ello nos lleva a entender que la solución que apuntaba el TJUE en el Asunto Parviainen no sería trasladable al caso de España en los supuestos como el que se plantea en este litigio”. (F.D. 6º).

“Al apreciarse la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo debemos disponer sobre la reparación de las consecuencias de tal vulneración (art. 182 d) LRJS).

La actora, ahora recurrente, solicitaba una indemnización de 1339,03 € por daños materiales -consistentes en la remuneración dejada de percibir, calculada según el promedio mensual que por el concepto de atención continuada había venido percibiendo con anterioridad- y de 6251€ por daños morales -cuantía mínima de la multa fijada en el art. 40.1 c) de la ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS)-.

No hay duda de que el efecto pernicioso directo sufrido por la trabajadora consiste en la falta de una parte del salario que habitualmente venía percibiendo, siendo razonable calcular tal perjuicio en el promedio ponderado del importe que mensualmente le era abonado por tal concepto hasta el momento de la adaptación del puesto.

Respecto de la indemnización por los daños morales sufridos a consecuencia de la lesión de un derecho fundamental, si bien la doctrina de esta Sala IV abandonó una postura favorable a la concesión automática para exigir la justificación de bases y elementos clave de la indemnización reclamada, nuestra más reciente doctrina de la Sala se ha alejado del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en estos casos, en línea con lo dispuesto en el art. 183 LRJS (STS/4ª de 5 febrero y 13 julio 2015 -rec. 77/2014 y 221/2014, respectivamente-, 18 mayo y 2 noviembre 2016 - rec. 37/2015 y 262/2015, respectivamente-).

Por otra parte, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006) a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones

de esta Sala (STS/4ª de 15 febrero 2012 -rec. 67/2011-, 8 julio 2014 -rcud. 282/2013 - y 2 febrero 2015 -rcud. 279/2013 -, entre otras). Sin duda, cabe considerar los perjuicios de índole inmaterial que se derivan del propio ataque al derecho fundamental ahora tutelado, perjuicios no estereotipados y para cuya cuantificación cabe acudir a parámetros prestados del régimen jurídico de otras instituciones que presenten notas configuradoras transpolables al caso. Como hemos señalado en esas ocasiones anteriores, sin que con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, estemos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, debemos ceñirnos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. Y tal es lo que sucede en el presente caso en que la parte actora delimita su pretensión al importe mínimo establecido para la sanción por actos contrarios a algún derecho fundamental”. (F.D. 8º). [E.T.V].

Jurisprudencia: Constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo la supresión de un crédito de 600 euros al mes para efectuar compras en los establecimientos de una empresa, descontándose el importe de la nómina del mes siguiente.

STS (Sala 4ª) de 25 de enero de 2017, rec. n.º. 47/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7950837&links=&optimize=20170306&publicinterface=true>

“En el presente caso, según resulta de los incontestados hechos probados de la sentencia de instancia ahora recurrida, los trabajadores disponían de una tarjeta de crédito por un importe de 600 € al mes para efectuar compras en los establecimientos de la empresa, procediendo la empresa a descontar el gasto posteriormente en la nómina el mes siguiente (hecho probado tercero).

De este modo se otorgaba a los trabajadores la ventaja de adquirir a crédito bienes a la venta en la propia empresa -dedicada a la actividad de supermercados-; ventaja o beneficio estos que, pese a venir siendo reconocidos a los trabajadores de forma colectiva, quedaban suprimidos de modo unilateral por la decisión de la empresa.

Era esta una ventaja que, pese a lo sostenido por la recurrente, se reconocía a quienes tienen la condición de trabajadores de la empresa en razón precisamente de tal vínculo laboral y, por tanto, está claramente conectada con el sistema de abono de la retribución mensual, sobre la que se cargan posteriormente los gastos efectuados por tales compras.

Coincidimos con la Sala de instancia y con el Ministerio Fiscal en considerar que, efectivamente, la supresión de aquel beneficio o ventaja tiene una incidencia sustancial en las condiciones de trabajo de los afectados. Estos venían disfrutando de una posibilidad de crédito, cuyo reconocimiento no se discute y cuya supresión se ha llevado a cabo, también de modo indiscutido, sin seguir los trámites

previstos en el citado art. 41 ET. La ventaja económica que con tal línea de crédito se beneficiaba los trabajadores constituye una condición de trabajo que, como tal no podía ser alterada de modo unilateral, pues el importe mensual del crédito resulta además significativo y, por consiguiente, el recurso debe ser desestimado, con confirmación de la sentencia recurrida”. (F.D. 3º) [E.T.V].

Jurisprudencia: No existe condición más beneficiosa por la mera creencia empresarial de que la normativa exigía que el crédito horario de los representantes de los trabajadores se devengaba sin descontar el mes de vacaciones. La empresa comunicó que la bolsa de acumulación de horas del crédito horario se iba a conformar por las horas correspondientes a once meses al año, atendiendo a la doctrina sentada por el Pleno del TS en su sentencia de 23 de marzo de 2015.

STS (Sala 4ª) de 1 de febrero de 2017, rec. nº. 119/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7950843&links=&opti>

“En la sentencia del pleno de la Sala de 23 de marzo de 2015 (Rec. 49/2014) dijimos que el crédito horario es un permiso retribuido que, por su propia naturaleza, requiere que sea disfrutado durante el trabajo -salvo supuestos excepcionales en que deba utilizarse en todo o en parte fuera de la jornada de trabajo (en empresas con régimen de trabajo a turnos) o en situaciones de baja de representante por IT que se lo cederá a otro o lo disfrutará en otro momento-. Pero salvo esos casos, el crédito horario está establecido con carácter mensual pero en relación con el periodo de actividad desempeñada, lo que consiguientemente lleva al disfrute del derecho tan solo en los 11 meses de trabajo”. (F.D. 3º).

“Resulta comúnmente admitido que por condición más beneficiosa hay que entender el derecho nacido del acuerdo expreso o tácito de las partes del contrato de trabajo que, manifestando su voluntad en tal sentido, introducen condiciones laborales o regímenes jurídicos más beneficiosos para el trabajador que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia, los cuales deberán ser respetados en sus propios términos hasta su modificación o supresión por los procedimientos oportunos. Así entendida, puede asumirse que toda condición de trabajo establecida por el contrato de trabajo es, en principio, una condición más beneficiosa, puesto que la única virtualidad de la autonomía individual es la mejora de las disposiciones legales o convencionales. Significa ello también que la condición más beneficiosa no es más que una condición de trabajo cuyo origen reside en la autonomía individual cuando ésta ha actuado dentro de los límites que le permite el artículo 3 ET, siendo este precepto la norma positiva básica que posibilita y fundamenta la existencia de la denominada condición más beneficiosa. De esta forma, el denominado principio de condición más beneficiosa implica que las condiciones más favorables que goza el trabajador como consecuencia de pacto contractual o de decisión unilateral del empresario no pueden ser modificadas ni suprimidas por decisión unilateral del propio empresario, salvo en

los casos y circunstancias expresamente previstos en la ley. Así formulado el principio nada añade a la regulación común de los contratos pues los pactos contractuales se rigen por el acto o pacto de concesión, sin que resulte admisible su modificación o supresión por voluntad unilateral de una de las partes.

En la mayoría de las ocasiones, como ocurre en el presente caso, la conflictividad se plantea en torno a la propia existencia de la condición más beneficiosa y su propio régimen jurídico; es decir, si lo más favorable es producto de un pacto contractual expreso o tácito o, por el contrario, no es más que una decisión del empresario que nunca se incorporó al nexo contractual o, simplemente, se trata de un uso o costumbre de empresa; y, en consecuencia, en determinar si su supresión o modificación por voluntad unilateral del empresario es o no válida. Ello es debido, probablemente, a que la mayoría de las condiciones más beneficiosas se han establecido de forma verbal o tácita. La ausencia de pacto escrito provoca innumerables dudas sobre su contenido, su régimen jurídico y hasta su propia existencia. A tales problemas hemos tenido que hacer frente constantemente, entendiendo, con carácter general, que la prueba de su efectiva existencia dependerá de que se acredite que hubo realmente voluntad de las partes, y especialmente del empresario, de asumir el correspondiente compromiso contractual, fuente u origen de la condición de que se trate; esto es, que concorra la voluntad expresa o tácita de las partes para establecer una condición o un derecho, porque de no ser así, de tratarse de una condición vinculada a las propias características del trabajo desarrollado, o a la mera tolerancia empresarial, no habrá surgido la condición más beneficiosa y podría ser modificada o suprimida por el empresario y alterada como efecto de un cambio normativo o convencional.

Nuestra doctrina jurisprudencial al respecto puede resumirse, esquemáticamente, de la forma siguiente:

a) Para que exista condición más beneficiosa es necesario que ésta sea fruto de la voluntad deliberada de establecerla, bien mediante acuerdo bilateral entre empresario y trabajador, bien mediante decisión unilateral del empresario que es aceptada tácitamente por el trabajador (SSTS 9 de noviembre de 1989; de 30 de junio de 1993, Rec. 1961/92 y 20-12-93, Rec. 443/93, entre otras). Cabe, por lo tanto, entender establecida una condición más beneficiosa por un pacto tácito derivado de una actuación empresarial, aceptada por los trabajadores en virtud del principio de libertad formal que rige en materia contractual (STS 17 de noviembre de 1991, Rec. 439/91). De esta forma, por ejemplo, las condiciones ofrecidas en una circular de empresa constituyen una oferta que, una vez aceptada por el trabajador, se incorpora a la regulación contractual. Tales condiciones constituyen una condición más beneficiosa (SSTS 25 de marzo de 1994, Rec. 2552/92 y de 1 de junio de 1992, Rec. 1834/91).

b) En todo caso ha de tenerse en cuenta que lo decisivo es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad -o tolerancia- del empresario, por lo que para su acreditación no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute ya que es necesaria la

prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador (SSTS de 7 de julio de 2010 rec. 196/09 y de 22 de septiembre de 2011, rec. 204/10).

c) No basta, por tanto, la repetición o la mera persistencia en el tiempo del disfrute de la concesión, sino que es necesario que dicha actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o el convenio (SSTS 3 de noviembre de 1992, Rec. 2275/91; de 7 de junio de 1993, Rec. 2120/92; de 8 de julio de 1996, Rec. 2831/95 y de 24 de septiembre de 2004, Rec. 119/03, entre otras).

d) Son posibles las denominadas condiciones más beneficiosas de disfrute colectivo, otorgadas por el empresario a una pluralidad de trabajadores o a todos ellos, que nacen no sólo de concesiones individuales, sino también de pactos y acuerdos de empresa que no tienen naturaleza de convenio, pero que se destinan a una pluralidad de trabajadores (SSTS 30 de diciembre de 1998, Rec. 1399/98 y de 25 de octubre de 1999, Rec. 4937/98).

e) La condición más beneficiosa se incorpora al nexo contractual de aquellos trabajadores a quienes se concedió y, por ello, la empresa no está obligada a aplicarlo a otros (SSTS de 10 de febrero de 1995 Rec. 2351/93 y de 14 de mayo de 2002, Rec. 1286/01)". (F.D. 4º).

“Al contrario, lo que se deduce de los inalterados hechos probados de la sentencia y de las circunstancias concurrentes reflejadas en los antecedentes fácticos que la misma contiene es que la mejora en las condiciones de disfrute del crédito horario de los representantes tuvo como origen, exclusivamente, la creencia de que la normativa vigente exigía que tal crédito previsto en el artículo 68 e) ET y en el artículo 76 del convenio colectivo aplicable se computase por todos los meses del año sin descontar el mes de vacaciones. Por ello, cuando se publica nuestra aludida sentencia de 23 de marzo de 2015, la empresa comunicó de manera inmediata que su actuación se iba a atener a la interpretación que en la misma se efectuaba, indicando a los representantes que la bolsa de acumulación de horas del crédito horario se iba a conformar por las horas correspondientes a once meses al año, puesto que se excluía el mes de vacaciones. Comunicación empresarial que se fundamentó en la indicada doctrina de la Sala -que aquí se reitera- y que se hizo efectiva a las pocas semanas de la fecha de la misma.

En tales condiciones no se puede sostener la existencia de la condición más beneficiosa pretendida y sí de una práctica que se llevaba a cabo en la empresa en la creencia de que era la que se derivaba de la exigencia de la ley, práctica cuya modificación no vulneró las exigencias del artículo 1256 CC puesto que no estamos en presencia de un derecho que se hubiera incorporado al nexo contractual". (F.D. 5º) [E.T.V].

Jurisprudencia: Privación de la prestación “a favor de familiares” a una persona separada “de hecho” en el momento del hecho causante (fallecimiento de la madre).

STS (Sala 4ª) de 1 de febrero de 2017, rec. nº. 3007/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7958144&links=&optimize=20170313&publicinterface=true>

“Conforme a los hechos declarados probados: a) la actora se halla separada de hecho desde 30/09/89 y obtuvo sentencia de separación judicial en 09/05/13; b) desde aquella fecha de separación ha venido conviviendo con su madre, pensionista de Jubilación y fallecida en 12/03/13, a la que hasta la fecha del óbito dedicó prolongados cuidados y de la que dependía económicamente; y c) solicitada pensión en favor de familiares, le fue denegada por el INSS porque ‘A la fecha del hecho causante usted estaba casada con don Pedro Francisco. Por tanto, no acreditaba el requisito de estado civil exigido en la normativa vigente para el acceso a la pensión en Favor de Familiares’”. (F.D. 1º).

“El recurso ha de tener favorable acogida, y en justificación de ello hemos de partir de las dos básicas prescripciones que al efecto contiene el art. 176 LGSS/1974. El precepto refiere, en su apartado 2, los requisitos para lucrar la pensión de que tratamos: ‘a) Haber convivido con el causante y a su cargo.- b) Ser mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos.- c) Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante.- d) Carecer de medios propios de vida’. Y en el apartado 4, norma que ‘[a] efectos de estas prestaciones, quienes se encuentren en situación legal de separación tendrán respecto de sus ascendientes o descendientes, los mismos derechos que los que le corresponderían de estar disuelto su matrimonio’.

La sentencia recurrida parte de un equívoco que por fuerza hemos de referir -disyuntivamente- a error fáctico o jurídico, cuando justifica su decisión estimatoria con el argumento de que la actora se hallaba ‘separada judicialmente’ y que ‘se trata de una situación análoga expresamente equiparada’ en el art. 176.4 LGSS al divorcio o viudez. Disyuntivamente, decimos, porque la Sala pudo haber partido -error fáctico- de considerar que la reclamante estaba legalmente separada en la fecha del hecho causante [12/03/13], siendo así que la decisión judicial de separación tiene fecha de 09/05/13; o bien entendió -error jurídico- que el requisito de ‘separación legal’ se cumplía concurriendo en la fecha de la solicitud de la prestación y no en la del hecho causante.

Nuestra estimación del recurso, con rechazo de la pretensión actora, tiene apoyo en una primera consideración, básica en materia de Seguridad Social, cual es la de que los requisitos de acceso a las prestaciones han de concurrir ‘necesariamente’ en la fecha del hecho causante [HC], que es aquella en la que se actualiza la contingencia, y que en el caso de las prestaciones de que tratamos -muerte y supervivencia- no es otro sino la fecha de fallecimiento del generador de las prestaciones, de manera tal que resulta absolutamente irrelevante que tales

requisitos pudieran haber tenido existencia previa, o que pudieran alcanzarla en data posterior a la referida fecha. Así lo dispone expresamente -como consecuencia del sinalagma contractual propio del aseguramiento- el art. 124.1 LGSS/1994, cuando dispone que se ‘causarán derecho a las prestaciones’ cuando se cumplan los requisitos generales y particulares exigidos ‘para la respectiva prestación...al sobrevenir la contingencia protegida’”. (F.D. 3º).

“Así, pues, hemos de partir de la base -contraria a la tesis de la sentencia impugnada- de que la situación legal de la actora en la fecha del HC era la de separada ‘de hecho’, y la cuestión que entonces se plantea -a los efectos de dilucidar su derecho a la prestación reconocida por el TSJ- es la de si esta situación es equiparable a la ‘situación legal de separación’ a la que el art. 176.4 LGSS atribuye igualdad de efectos al divorcio. Cuestión ya de antiguo examinada - y rechazada- por esta Sala.

(...) Posteriormente, ya examinando la redacción de la LGSS/1994 y con más detalle argumental, hemos sostenido que el estado civil requerido a los titulares de la prestación es el de ‘solteros, divorciados o viudos’, a los que la ley equipara la ‘separación legal’, sin que quepa la extensión analógica de estos estados civiles a la situación matrimonial de ‘separación de hecho’, pues -como dice la citada STS 25/06/92 - en tal situación de separación de hecho ‘existe un vínculo conyugal con toda su potencialidad de efectos económicos derivados del deber de mutuo auxilio o ayuda - art. 67 del Código Civil -’, y [e]l mantenimiento del deber de ayuda mutua entre cónyuges en la separación de hecho no se produce en los mismos términos en la separación legal o separación declarada por el juez... Esta distinta regulación se asienta en la distinta finalidad que persiguen una y otra situación de separación; la separación de hecho constata la existencia de una mera crisis matrimonial que no presenta una cualificación jurídica especial, a diferencia de la separación legal que es, según opinión doctrinal autorizada... una situación de crisis matrimonial previa o ‘puente’ a la disolución del vínculo. En consonancia con lo anterior, la disposición de medios de vida suministrados en el marco de la institución del matrimonio no es la misma en la ‘separación de hecho’ y en la ‘separación legal’. Y ello impide apreciar la identidad de razón que exige la aplicación analógica, respecto de una contingencia de Seguridad Social en cuya regulación desempeña un papel primordial la situación legal de necesidad económica de la persona que solicita la prestación’ (STS 10/02/04 -rcud 1701/02-). (F.D. 4º).

“En la misma línea, recientemente esta Sala ha mantenido que no reúnen el requisito de que tratamos -relativo al estado civil- quien presentó la demanda de divorcio pocos días antes de morir el causante y firmó el convenio regulador cuatro meses después, sin fijación de pensión compensatoria, siendo así -se argumenta- que el art. 176.4 LGSS ‘nos muestra que el derecho a la prestación controvertida sólo lo tienen las hijas que ‘se encuentren en situación legal de separación’ al tiempo del hecho causante, lo que obliga a entender que cuando el artículo 176-2-b) habla de divorciados se refiere a quienes reúnen esa condición legal y no a quienes están pendientes de la resolución de una demanda de la que

pueden desistir antes de recaer sentencia...Y es que la prestación se reconoce en los supuestos de crisis matrimonial legalizada, aunque siempre quepa la posibilidad de reconciliación, porque mientras tanto los deberes del marido subsisten y se entiende que la mujer vive a su cargo y que puede reclamarle alimentos con la extensión prevista en los artículos 142 y 143 del Código Civil (STS 21/12/16 -rcud 2255/15 -)”. (F.D. 5º) [E.T.V.]

Jurisprudencia: Validez de la prueba obtenida a través de cámaras de vídeo-vigilancia en la captación de conductas laborales irregulares. Despido procedente.

STS (Sala General) de 2 de febrero de 2017, rec. nº 554/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7958146&links=&optimize=20170313&publicinterface=true>

“Como se ha hecho constar al realizar el análisis de la contradicción, en el gimnasio en donde presta servicios el trabajador existen videocámaras en la entrada y en los espacios públicos del gimnasio (excepto en vestuarios y aseos), sin que la representación unitaria de los trabajadores, que no existe en el gimnasio, ni los trabajadores, hayan sido advertidos de su posible uso con fines disciplinarios.

(...) Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en fecha reciente, 7 de julio de 2016, R.C.U.D 3233/2014 acerca de la validez de una prueba obtenida mediante cámaras de videovigilancia, cuya existencia era conocida de los trabajadores. En la sentencia de unificación se contempló el criterio adoptado por otra sentencia, esta vez la STC 39/2016 de 8 de abril en la que nuevamente se analizaba la adecuación constitucional del uso como medio de prueba de la reproducción de la imagen mediante el mismo procedimiento que ahora nos ocupa. Se trataba en el supuesto de referencia resuelto por el Tribunal Constitucional de la instalación de una cámara de seguridad en una caja de un establecimiento al conocer que se estaban produciendo ciertas irregularidades. No se comunicó a los trabajadores la instalación de la cámara pero en el escaparate del establecimiento y el lugar visible se colocó el distintivo informativo. Mediante la cámara se constató los actos de apropiación por la demandante y se procedió a su despido. La sentencia analiza las circunstancias descritas y resuelve como se verá a continuación: ‘5. Como señala la STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 6, ‘el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 LET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo. Los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4). Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades

empresariales sólo puede derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7; 6/1995, de 10 de enero, FJ 3, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 7). Pero, además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre; 108/1989, de 8 de junio; 171/1989, de 19 de octubre; 123/1992, de 28 de septiembre ; 134/1994, de 9 de mayo , y 173/1994, de 7 de junio), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (STC 11/1981, de 8 de abril , FJ 22). Por eso, este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven ‘el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional (STC 6/1998, de 13 de enero), pues, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador y, muy especialmente, del derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 CE, teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad’.

(...) Extrapolando los conceptos vertidos en nuestra anterior resolución y, en todo caso, necesitando establecer si los imprescindibles valores constitucionales se hallan presentes en la medida adoptada y en que extensión la necesidad, la proporcionalidad e idoneidad del uso de las cámaras videográficas han sido satisfechas en la situación sobre la que se provee y el modo de hacerlo, la situación a valorar presenta los pormenores examinados a continuación. Existía constancia de las conductas irregulares pero tampoco cabía practicar controles aleatorios afectando a quienes nunca había participado en las conductas bajo sospecha. Por otra parte el público conocimiento de la colocación de cámaras aleja la idea de adopción sorpresiva de la conducta y del mantenimiento de una actitud tolerante de la empresa. En cuanto al caso concreto del demandante, las quejas emitidas por sus compañeros acerca de otras conductas y el incumplimiento de otras obligaciones laborales le hacían acreedor a una mayor atención respecto del conjunto de sus deberes como trabajador de suerte que en lo que a su actitud personal concierne la proyección disciplinaria del medio empleado para la averiguación de sus infracciones no puede considerarse un exceso de las facultades que a su empleador confiere el artículo 5 c) del Estatuto de los Trabajadores.

(...) Por las razones expuestas deberá entenderse que en el supuesto examinado el uso de la videocámara revistió carácter razonable y proporcionado a su objeto sin que por el lugar de su instalación exista riesgo para la vulneración del derecho al honor a la intimidad personal y familiar ni por las circunstancias de tiempo y oportunidad lo haya tampoco para el pleno ejercicio de sus derechos al haber actuado el demandante como lo ha hecho siendo conocedor de que su conducta

estaba siendo grabada y de que por lo que respecta a las cámaras de la entrada el acceso indebido con auxilio interno ya había sido objeto de sanción. Partiendo de la anterior afirmación, con estimación del primero de los motivos del recurso, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, declaramos la validez de la prueba videográfica y como quiera que la sentencia recurrida no pudo incluir en la calificación de las conductas las que fueron objeto de la prueba cuya validez ahora declaramos, no procede entrar a examinar el segundo de los motivos del recurso sino casar y anular la sentencia estimando el recurso en el extremo analizado por cuanto se ha razonado y ordenar la devolución de las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen a fin de que con libertad de criterio resuelva acerca de la calificación de las conductas objeto de prueba videográfica en conjunto con las restantes, sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LRJS “. (F.D. 2º). [E.T.V.].

Jurisprudencia: El TS declara como enfermedad común la contingencia ocasionada por el fallecimiento de un trabajador “en misión”, que tuvo lugar en el Hotel donde se hospeda.

STS (Sala 4ª) de 7 de febrero de 2017, rec. nº. 536/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7958123&links=&optimize=20170313&publicinterface=true>

“La sentencia recurrida contempla el caso de un trabajador de una empresa vasca de montajes eléctricos que era desplazado al efecto, junto con otros, a distintas localidades españolas y que en el periodo de 8 de marzo a 23 de marzo de 2011 prestó servicios con normalidad en dos localidades de Cataluña. Pero el 24 de marzo, como no bajó a desayunar, un compañero extrañado subió a su habitación del Hotel donde se alojaban y le preguntó que le pasaba contestándole que no se encontraba bien y que ese día se quedaría en su habitación. Más tarde, sobre las 13 horas, el compañero fue de nuevo a verlo al Hotel y, como no contestaba a sus llamadas, el personal del Hotel abrió la habitación y lo encontró muerto, fallecimiento que se imputó a un edema agudo de pulmón con fibrilación auricular en persona con factores de riesgo (colesterol alto, obesidad, tabaquismo, etc.). A la viuda y a la hija se le reconocieron prestaciones por enfermedad común y presentaron demanda reclamando que se declarase que la contingencia causante era profesional, pretensión que fue denegada por la sentencia de instancia que fue revocada por la sentencia de suplicación, al entender que el suceso se debió a un accidente de trabajo en misión, por considerar que por estar fuera de su ambiente y entorno doméstico natural y presionado por el trabajo no acudió a pedir asistencia médica y se quedó en el Hotel, pese a los síntomas que tenía a la hora de inicio y desarrollo de su jornada laboral. Contra esta resolución se ha interpuesto el presente recurso”. (F.D. 1º)

“En efecto, como dijimos en nuestra sentencia del Pleno de 6 de marzo de 2007 (Rec. 3415/2005) rectificando anteriores criterios:

La noción de accidente en misión ha sido aceptada por la doctrina de esta Sala como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa. La misión integra así dos elementos conectados ambos con la prestación de servicios del trabajador: 1º) el desplazamiento para cumplir la misión y 2º) la realización del trabajo en que consiste la misión. La protección del desplazamiento presenta cierta similitud con la del accidente ‘in itinere’, en la medida en que el desplazamiento se protege en cuanto que puede ser determinante de la lesión, como en el caso de la sentencia 26 de diciembre de 1988, sobre la insuficiencia cardíaca por una crisis de asma durante un vuelo en avión que impidió que el trabajador fuese debidamente atendido, con lo que sin el desplazamiento el resultado lesivo no se hubiese producido. En cuanto al accidente que se produce en la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, su régimen es el normal del artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Pero no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral. Así la sentencia de 10 de febrero de 1983 excluyó de la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento de un trabajador en misión en Nigeria; fallecimiento que se produjo un domingo, día de descanso, por asfixia por inmersión, al bañarse en la playa de Badagry, y las sentencias de 17 de marzo de 1986 y 19 de julio de 1986 niegan también la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento por infarto de miocardio de trabajadores en misión cuando los infartos se produjeron cuando descansaban en el hotel y sin que constase ninguna circunstancia que pudiese evidenciar una relación entre el trabajo realizado y la lesión cardíaca padecida. La solución es diferente en algunas sentencias como las de 14 de abril de 1988 y 4 de mayo de 1998, pero lo es en atención a las especiales circunstancias de los casos decididos: en la primera - también un infarto en el hotel padecido por un directivo que participa en una reunión profesional- porque el propio infarto se vincula no a la misión, sino una situación laboral de ‘gran stress’, y en la segunda porque la lesión se produce en el propio vehículo que conducía el trabajador, aunque mientras descansaba, conduciendo otro compañero. De acuerdo con esta doctrina, no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado’.

(...) La aplicación de la anterior doctrina al presente caso obliga, como antes se anticipó, a estimar el recurso porque, como la crisis cardíaca sobrevino al causante en horas de descanso y en la habitación del hotel en que se alojaba un día en el que amaneció indispuerto y no se levantó para ir al trabajo, no puede estimarse la existencia de accidente de trabajo ‘in itinere’ y, consecuentemente, al no jugar la presunción en favor de la existencia de accidente laboral, ni constar la existencia de conexión alguna entre el trabajo realizado y la enfermedad causante de la muerte, ni que esta tuviese por origen el trabajo realizado, procede estimar el recurso”. (F.D. 2º) [E.T.V].

IV. DERECHO PENAL

1. PARTE GENERAL

Jurisprudencia: el TS concreta los criterios para la aplicación de la agravante de ensañamiento.

STS (Sala 2ª) de 19 de enero de 2017, rec. nº 10341/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7926505&links=%2210341%2F2016%22&optimize=20170206&publicinterface=true>

“(…) el ensañamiento es apreciable: 1º) por la causación del dolor mediante actos complementarios ejecutados a tal fin sin ser precisos para la consecución del resultado mortal; 2º) por la prolongación intencionada de la agonía retrasando la llegada de la muerte precisamente para aumentar el sufrimiento; o 3º) por la elección de una acción mortífera especialmente cruel y dolorosa dejando de utilizar otro método mortal posible y menos cruento.

En el caso actual, conforme al relato fáctico, concurren la primera y segunda modalidad de ensañamiento: la causación del dolor mediante actos complementarios ejecutados a tal fin sin ser precisos para la consecución del resultado mortal y la prolongación intencionada de la agonía retrasando la llegada de la muerte precisamente para aumentar el sufrimiento. En efecto los acusados asestaron a la víctima más de quince puñaladas en zonas que no era previsible que le ocasionasen la muerte inmediata, cuya única finalidad plausible era la de aumentar deliberada e inhumanamente el dolor de la agredida, prolongando su agonía, y finalmente procedieron a degollarla de una forma salvaje, siendo esta herida final la que le ocasionó la muerte.” (F.D. 8º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: el TS determina los presupuestos para que los celos sean considerados para la apreciación de la atenuante de arrebató u obcecación.

STS (Sala 2ª) de 3 de abril de 2017, rec. nº 10479/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7992051&links=%22229%2F2017%22&optimize=20170419&publicinterface=true>

“(…) los celos no pueden justificar la atenuante de obrar por un impulso de estado pasional, pues, exceptuando los casos en que tal reacción tenga una base patológica perfectamente probada, de manera que se disminuya sensiblemente la imputabilidad del agente, las personas deben comprender que la libre determinación sentimental de aquellas otras con las que se relacionan no puede entrañar el ejercicio de violencia.

(...) el fundamento de la atenuante del art. 21.3ª CP se encuentra en la disminución de la imputabilidad que se produce por la ofuscación de la mente y de las vivencias pasionales determinados por una alteración emocional fugaz (arrebato) o por la más persistente de incitación personal (obcecación), pero siempre produciéndose por una causa o estímulo poderoso. En ambas modalidades se precisa para su estimación que haya en su origen un determinante poderoso de carácter exógeno o exterior y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente, de modo que sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio completo o incompleto, exceda del leve aturdimiento que suele acompañar a ciertas infracciones.

Como regla general, ‘el estímulo ha de ser tan importante que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo. Si esta reacción es algo absolutamente discordante, por exceso notorio, respecto del hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación’ (...) Además, tales estímulos no han de ser reprochados por las normas socio-culturales que rigen la convivencia social y deben proceder del precedente comportamiento de la víctima, con una relación de causalidad entre los estímulos y el arrebato u obcecación y una conexión temporal, si no inmediata sí próxima entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión (...).

Es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales estímulos repudiados por la norma socio-cultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto sentido ético, ya que su conducta y sus estímulos no pueden ser amparados por el Derecho cuando se apoyan en una actitud antisocial reprobada por la conciencia social imperante; pues no basta para la estimación de la atenuante cualquier reacción colérica de las que, con frecuencia, acompañan a ciertas acciones delictivas (...).

El desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebato u obcecación (...). Ello es aplicable incluso en un caso como el presente, en que la reacción homicida no se produce contra la propia expareja sino contra la persona que abiertamente y con conocimiento del propio acusado inició una relación con aquella (...) (F.D. 2º) [A.C.T.]

Jurisprudencia: el TS fija jurisprudencia respecto de los requisitos para la apreciación de la agravante de multirreincidencia.

STS (Sala 2ª) de 6 de abril de 2017, rec. nº 10701/2016.

http://www.poderjudicial.es/search_old/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7992054&links=%2210701%2F2016%22%20%22259%2

[F2017%22&optimize=20170419&publicinterface=true](#)

“(…) la multirreincidencia a que se refiere el artículo 66.1.5 además de constituir una regla de penalidad, describe una agravante cualificada respecto a la agravante genérica del artículo 22.8, lo que implica que cuando los antecedentes de los tres delitos del mismo título ‘hayan sido cancelados o hubieran podido serlo’ no podrá aplicarse la reincidencia cualificada que constituye la multirreincidencia al faltar los requisitos necesarios para apreciar la reincidencia.

(…)

(…) no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo, debiéndose aplicar la doctrina que esta Sala Segunda ha establecido para estos supuestos, que podemos compendiar (...) 1). Las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya carga probatoria compete a la parte que las alega, deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (...)

2) En los casos en que la acusación cuenta con una condena por una sentencia que permita la rehabilitación de los antecedentes penales debe preocuparse de aportar a la causa certificado de la extinción de la pena, en virtud de la carga probatoria que le compete pues las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe probarlas la acusación (...).

3) En la sentencia de instancia deben constar todos los datos de los que resulte la reincidencia, sin que por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del art. 849.1, pueda esta Sala acudir al examen de las actuaciones al amparo del art. 899 LECrim. pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirecta al reo (...).

4) Por lo tanto para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en el factum: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas.- Este último dato solamente será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual- por cuanto la aplicación ‘contra reo’ de cualquier precepto solo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los Derechos Fundamentales del art. 24 CE (...).

5) Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto, expediente de refundición (...), expresando la STC. 80/92 de 26.5, que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten

en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

6) Por consiguiente, a falta de constancia de la fecha de extinción, que es la del día inicial para el computo del plazo de rehabilitación.” (F.D. 3º) [A.C.T.]

Jurisprudencia: la atenuante de dilaciones indebidas: el derecho de todos a ser juzgados en un plazo razonable.

SAP León (Sección 3ª) de 18 de enero de 2017, rec. nº 1266/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7927294&links=%22%201266%2F2016%22&optimize=20170207&publicinterface=true>

“(…) señala la STS de 28-2-2.006 que: El derecho de los acusados de ser juzgados en un plazo razonable constituye uno de los derechos fundamentales de la persona, de modo especial en el ámbito del proceso penal (v. art. 14.3, c) del PIDCyP y el art. 6º.1 del CEDHyLF y arts. 10.2, 96.1 y 24.2 CE, en los que se proclama el derecho de todas las personas a ser juzgadas en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas.

Tiene declarado el Tribunal Constitucional sobre este derecho que el mismo consiste en el derecho del justiciable a que el proceso se desenvuelva con normalidad dentro del tiempo requerido, en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción, porque el derecho a la jurisdicción no puede interpretarse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (v., por todas, SSTC 24/1981 y 133/1988).

La Sala Segunda del TS, por su parte, ha declarado sobre el particular que, para apreciar si en un determinado proceso se han producido ‘dilaciones indebidas’ es necesario que exista un retraso injustificado y de importancia, en relación a la complejidad de la causa, y desde luego no imputable al recurrente’ (v., por todas, STS de 2 de junio de 1998).

(…)

Dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

La ‘dilación indebida’ es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo

previsible o tolerable (Sentencias del TC 133/1988, de 4 de junio y del TS de 14 de noviembre de 1994, entre otras)’.

La dilación indebida venía siendo reconocida por la jurisprudencia por la vía de la atenuante analógica, si bien a partir de la reforma introducida por la ley orgánica 5/2010 se le ha dado carta de naturaleza normativa incorporándola al artículo 21.6ª del código penal en el que se considera circunstancia atenuante ‘la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa’...”. (F.D. 5º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: la medida de reforma impuesta a un menor no puede ser superior a la pena impuesta al adulto por el mismo hecho.

SAP Madrid (Sección 4ª) de 6 de marzo de 2017, rec. nº 209/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7994945&links=L%20O%205%2F2000%20%22209%2F2017%22&optimize=20170421&publicinterface=true>

“(…) La medida de internamiento en régimen semiabierto ha sido impuesta con una duración de seis meses; y el delito de hurto en grado de tentativa por el que se declara la responsabilidad penal de la menor llevaría aparejada una pena que, en atención a lo dispuesto en los artículos 16, 62, 70.1.2ª y 234.1. del Código Penal, tendría una extensión máxima de seis meses menos un día.

Por su parte, el artículo 8 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, impide que la duración de las medidas privativas de libertad (entre ellas la de internamiento en régimen semiabierto) pueda exceder, en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiese impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.

Sobre la base de los preceptos citados, la medida de internamiento impuesta a la menor por el delito de hurto intentado no podía alcanzar la duración de seis meses que le ha sido impuesta en la Sentencia apelada, por lo que debe reducirse la duración de esa medida, estimando adecuado la Sala imponerla en una duración de cinco meses, siendo el último mes en régimen de libertad vigilada.” (F.D. 2º) [A.C.T.].

2. PARTE ESPECIAL

Jurisprudencia. La amenaza de difusión de vídeos pornográficos integra la intimidación que exigen las agresiones sexuales.

STS (Sala 2ª) de 24 de enero de 2017, rec. nº 10143/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7926506&links=%2210143%2F2016%22&optimize=20170206&publicinterface=true>

“(…) Como ha establecido esta misma Sala en la STS 480/2016, de 2 de junio, ‘la amenaza de difusión de vídeos o fotografías tomadas a la menor en actitudes pornográficas, para que acceda a continuar los contactos sexuales, y permita el acceso carnal, puede calificarse de seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado, por lo que constituye intimidación’. En consecuencia, las actuaciones realizadas cuando la víctima alcanzó los trece años, con la intimidación de desvelar los videos grabados sin conocimiento de la menor conteniendo las relaciones sexuales entre el acusado y su víctima, constituyen delitos de agresión sexual, y no de simple abuso.” (F.D. 5º) [A.C.T.].

Jurisprudencia. Delito de humillación a las víctimas por razones de género: humor negro y libertad de expresión.

SAN (Sección 4ª) de 26 de enero de 2017, rec. nº 14/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7926620&links=%2214%2F2016%22&optimize=20170206&publicinterface=true>

“(…) Lo que rezuman los contenidos de los twists, es la discriminación hacia la mujer, en tanto trato diferente y por debajo que al hombre, con consecuencia negativa para las primeras. Partiendo de esa privación o desventaja en la que se ubica a la mujer, denigrándola así en algunos mensajes, acto continuo a esa consideración que le merecen al acusado, alimenta la explicación a los fatales desenlaces acontecidos a las mismas, que contabiliza, llegando a la conclusión de que se pueden aumentar.

Buena prueba de ello son el texto de los dos mensajes de la misma fecha de 14 de enero de 2016, en detrimento de la mujer, a la que ubica en un plano de ínfima consideración personal, y, los relativos al número de las que habían sido asesinadas, a la espera de que se doblase aquel.

Tal proceder cae de lleno en la conducta definida en el artículo 510.1 del Código Penal toda vez que revelan hostilidad hacia la mujer, por la discriminación de las que las hace objeto, a tenor del planteamiento del acusado.

Como dice la STS de 30 de diciembre de 2015 (Ne 846/2015), en todos los delitos de expresión subyace un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión, siendo un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplista, de ahí, que el debate se ha de llevarse a cabo en concreto y no en abstracto, esto es, si se han respetado las limitaciones marcadas

por el Código Penal y debiendo examinarse si los hechos desbordan los márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en los artículos 16 y 20 de la Constitución Española .

En el caso que nos ocupa, no encuentran amparo ni justificación en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión los mensajes emitidos por el acusado dado no ser de menor relevancia que ese derecho constitucionalmente amparado, el que preconiza la igualdad de las personas y por ende el respeto al otro, cualquiera que sea su sexo u otras connotaciones diferenciado ras. Ni que decir tiene que aquel derecho no ampara sino al revés, la prohibida alabanza de actividades terroristas al margen de su efectivo y actual acaecimiento.

El Tribunal, a tenor de la prueba practicada y el resultado de la misma según previamente se ha analizado, ha llegado a la convicción exigida por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de que Dimas, ha incurrido en las conductas penales a que se contrae la acusación contra el mismo formulada.” (F.D. 2º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: la AN analiza la relación entre los delitos de autoadoctrinamiento y el de colaboración con organización terrorista.

SAN (Sección 1ª) de 17 de marzo de 2017, rec. nº 5/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7992768&links=%2211%2F2017%22&optimize=20170420&publicinterface=true>

“(…) En este caso se ha estimado probado que Sandra a raíz de ir radicalizándose en sus convicciones religiosas empezó a hacer público su apoyo al DAESH y a difundirlo en la Red. Pero no sólo se ha estimado probado que hizo público un contenido que presentaba al Estado Islámico como heroico, sino que además hizo llamamientos a llevar cabo la yihad, y mantuvo contactos con individuos concretos a los que facilitó información, ayuda y hasta consejos sobre la forma de desplazarse a las zonas de conflicto, y estaba en contacto en chat restringidos con líderes de esta organización. Al mismo tiempo fue tomando la determinación de desplazarse ella misma. Esta conducta se inició en el mes de marzo de 2015 pero con cierta tibieza, y se acrecentó a lo largo de los meses de julio y agosto, hasta la detención el 5 de septiembre. Este tiempo, aunque no es despreciable, tampoco es lo suficientemente prolongado para considerar que nos encontramos ante una persona que llegó a tener una vinculación estable y permanente con el Estado Islámico suficiente para estimarla integrante. Parece que su comportamiento responde a la previsión del art. 577.2 del C.P. antes expuesto, y que se trata de una colaboradora del DAESH, en su modalidad de llevar a cabo actividad de captación, idónea para incitar a la incorporación a esta organización terrorista.

Por ello se estima que los hechos son constitutivos de un delito de colaboración con organización terrorista del art. 577.2 del C. P. y no de un delito de

integración.

(...)

El ministerio fiscal, en su petición alternativa, considera que el delito de colaboración concurre con otros dos delitos, el auto adoctrinamiento del art. 575.2 y el delito de trasladarse a territorio extranjero controlado por organización terrorista del art. 575.3 en grado de tentativa.

El artículo 575 -redactado por la L.O. 2/2015 - incluyen tres conductas distintas:

- a) El capacitarse para cometer delito de terrorismo recibiendo adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate.
- b) El adoctrinamiento pasivo: Prepararse ideológicamente o adiestrarse por sí mismo, con especial referencia al que se lleva a cabo a través de internet. Se exige una nota de habitualidad o lo que es lo mismo un acceso reiterado y repetido, persistente en el tiempo, y un elemento finalista, esto es que este dirigido a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines.
- c) Trasladarse o permanece en territorio extranjero controlado por una organización terrorista a estos fines: incorporarse o colaborar con la organización o grupo terrorista.

Con estas conductas, castigadas con una pena de prisión de dos a cinco años el legislador ha adelantado las barreras de protección frente a conducta que implican una elevada peligrosidad por la amenaza que supone el terrorismo individual de tipo yihadista. Sin embargo, en este caso no cabe individualizarlas, distinguiéndolas de la colaboración, tipo penal sensiblemente más grave, que se estima. El sujeto colabora -o en otro caso se integra- con una organización terrorista porque comulga con sus planteamientos, lo que implica que antes ha tenido que adquirirlos, por sí mismo o gracias a otros. De modo que la condena del auto-adoctrinamiento que este precepto contempla se ve absorbida en una progresión natural por el delito de colaboración.

En cuanto a la conducta del párrafo 3, trasladarse o establecerse en un territorio extranjero, se exige que el traslado tenga la finalidad de incorporarse o colaborar con la organización del terrorista, y tampoco puede aplicable cuando, como en este caso, la integración o la colaboración ya se viene produciendo. Sandra ya es una colaboradora del DAESH, y el que además tuviese la intención de trasladarse al territorio controlado por el Estado Islámico se ve absorbida por la colaboración que ya está llevando a cabo. Por ello procede su absolución por los delitos de auto-adoctrinamiento y de tentativa de desplazamiento a zona de conflicto.” (F.D. 4º) [A.C.T.]

V. DERECHO ADMINISTRATIVO

Jurisprudencia: el Tribunal Constitucional refuerza la labor de la competencia del Estado en materia económica.

STC (Pleno) de 16 de noviembre de 2016, rec. n° 194/2016.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25156>

“Aun reconociendo la posibilidad de que el Estado limite la oferta de empleo público a través de la técnica del tope máximo porcentual, ello no le permite establecer, además, los concretos sectores que se verían exceptuados. En suma, lo que vulnera la competencia autonómica es la predeterminación de los ámbitos en los que cabe la tasa de reposición del 10 por 100, pues se condiciona con ello la organización interna. (...) una justificación de relevancia económica que permita entender desde parámetros de constitucionalidad el fundamento estatal para identificar unos sectores en detrimento de los demás.” (F.J.1º)

“En efecto, la STC 178/2006, de 6 de junio, FJ 3, ya consideró que el Estado, en el ejercicio de su de competencia en materia de ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE) y en virtud del principio de coordinación de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas con la hacienda estatal (art. 156.1 CE), podía limitar la oferta de empleo público por parte de las Administraciones públicas y, singularmente, de las autonómicas, pues esa decisión tiene relación directa con los objetivos de política económica, en cuanto que está dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público como es el caso de los gastos de personal.

Sentado lo anterior, no puede negarse que la norma impugnada establece una limitación de sectores para los cuales se fija una tasa de reposición mínima y que, en dicha tarea, el art. 23.1.2 de la Ley 17/2012 ofrece menor margen al desarrollo autonómico que el precepto examinado en la STC 178/2006. Sin embargo, esa circunstancia no determina por sí sola la vulneración de la competencia autonómica en los términos denunciados. Al respecto conviene advertir que este precepto utiliza también la técnica del tope máximo porcentual y señala de forma amplia los sectores de la Administración a los que resulta aplicable la excepción a la aplicación de la tasa de reposición. De esta forma la Comunidad Autónoma, en el marco diseñado por la norma básica, dispone de margen de actuación para decidir, dentro de los sectores definidos, la aplicación de la tasa de reposición prevista en la ley estatal.

La cuestión guarda así relación con lo decidido en la STC 178/2006, FJ 3, en la que declaramos que “la limitación de la oferta de empleo público a través de la técnica del tope máximo porcentual, así como la utilización de criterios genéricos como el carácter absolutamente prioritario de los sectores, funciones y categorías en que debe concentrarse no predeterminan un resultado singular”. En este caso se emplea también el criterio del carácter prioritario, indicándose además

expresamente los sectores afectados. Por tanto, la norma resulta compatible con las competencias de auto-organización que tiene asumidas la Comunidad Autónoma del País Vasco en el art. 10.2 EAPV.” (F.J.3º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo expone que la falta de diligencia de la Administración no tiene como resultado el beneficio para la misma.

STS (Sala 3ª) 25 de noviembre de 2016, rec. nº 2880/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7882424&links=%222880%2F2015%22&optimize=20161202&publicinterface=true>

“Acercas de la forma en que han de computarse los plazos, lo primero que debe decirse, como declaraba la sentencia de este Tribunal Supremo de 9 de enero de 2002, es que cuando el que interpone el recurso es un Director del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT, legitimado para ello, debe actuarse en materia de notificaciones con mayor rigor, si cabe todavía, pues nos hallamos ante un recurso excepcional- el recurso extraordinario de revisión- y ante la comunicación interórganos del Ministerio de Hacienda. Si no se hiciera así se estaría dando un trato de privilegio a la Administración frente a los particulares, dejando en sus manos la facultad de fijar, casi con absoluta libertad, la determinación de la fecha *ad quem* en la interposición de los recursos cuando es ella la que ejercita la impugnación.

Sentado lo que antecede, se plantea aquí con carácter previo y como excepción de índole formal la inadmisibilidad del recurso de revisión por considerarlo extemporáneo en su interposición.

El recurso se interpondrá en el plazo de tres meses contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución judicial (art. 244.5 de la LGT 58/2003).

(...) Es reiterado el criterio de esta Sala, a propósito de la presentación en plazo de este privilegiado recurso de revisión, de que ha de estarse en todo caso a la fecha de entrada del recurso en el registro del TEAC, sin que la fecha que figura en el sello del registro de salida del propio órgano impugnante pueda ser considerada válida y eficaz.

Y es que, como decíamos en la sentencia de 9 de julio de 2002, la presentación del recurso de alzada o de revisión no debe haber sido efectuada ante un órgano o dependencia de la propia entidad que los formaliza o interpone pues evidente es que, al efecto de evitar toda sombra de connivencia en favor del recurrente- como teóricamente sería factible si el escrito impugnatorio se presentase ante una mera dependencia, como es el registro general de salida, del propio órgano recurrente- el recurso ha de interponerse directamente ante el TEAC o éste ha de recibirlo a través de otras autoridades o del servicio de Correos; es decir, que la presentación tenga lugar dentro del plazo legal, ante una autoridad u oficina pública que,

diferente de las propias dependencias de la entidad recurrente, puedan garantizar, con objetividad, la veracidad de la fecha y del hecho mismo de la presentación dentro del plazo normativamente señalado.

La aplicación del criterio precedente al presente recurso determina que en ningún caso sea admisible como fecha de presentación del recurso la de 6 de julio de 2011, sino la de entrada en el TEAC el 20 de julio de 2014 cuando ya había transcurrido el plazo hábil establecido al efecto, lo cual, en definitiva, debió haber conllevado la declaración de inadmisibilidad - por extemporáneo- del recurso de revisión en cuestión por parte del TEAC; y al no haberlo hecho en el acuerdo anulado por la sentencia aquí recurrida procedente resultaba su revocación con la paralela estimación del recurso, como correctamente hizo la sentencia recurrida.” (F.D. 2º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo suaviza la identificación de los extranjeros.

STS (Sala 3ª) de 19 de diciembre de 2016, rec. nº 1696/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7896415&links=%221696%2F2015%22&optimize=20161223&publicinterface=true>

“A la vista de los términos en que se suscita el debate es necesario retomar la cuestión sobre la competencia de este Tribunal Supremo en relación con estas cuestiones reguladas por normas autonómicas, que no puede ser otra que la de establecer si los mencionados preceptos reglamentarios de la normativa estatal sobre extranjería imponen, en todo caso, que la identificación de los extranjeros en cualquier actuación ante las Administraciones Públicas deben ineludiblemente acreditarse, además de con su documentación personal nacional, con la TIE expedida por las autoridades españolas. Solo ese debate es el que nos está autorizado por las competencias de este Tribunal Supremo al examinar el precepto autonómico, como presupuesto de la legalidad del concreto acto impugnado en la instancia.

Pues bien, centrado el debate en la forma expuesta es indudable que a los extranjeros, a quienes se reconocen los derechos del Título I de la Constitución (artículo 3 de la Ley Orgánica de 2000), es previsible que deba intervenir en procedimiento administrativos o incluso jurisdiccionales sin que esté en condiciones de obtener la TIE, porque no puede olvidarse que el artículo 24 de la Ley reconoce a los extranjeros, sin condición alguna, intervenir en la tramitación de los procedimientos administrativo con las ‘garantías previstas en la legislación general’, lo cual quebraría si se exigiera la acreditación de la personalidad con la exigencia de la TIE, porque en tanto no se pudiera obtener ésta quedaría ineficaz el derecho que se reconoce. Los extranjeros pueden estar interesados en procedimientos ante las autoridades españolas, como sería el de solicitar la residencia, antes de obtener esa documentación, intervención que, de interpretarse

los preceptos reglamentarios en la forma pretendida por la Administración recurrente, quedarían frustradas. Incluso es de señalar que dándose en el caso de autos la peculiaridad de que uno de los solicitantes de la inscripción es residente con TIE, comportaría la posibilidad de que pudiera instar el reagrupamiento familiar que autoriza el artículo 17 de la Ley Orgánica, en cuanto la norma autonómica no impone condición alguna a la convivencia previa a la inscripción; en tanto que no podría obtener la inscripción que sería presupuesto de esa posibilidad.

Así pues, hemos de concluir que en modo alguno la sentencia de instancia vulnera lo establecido en los artículos 100 y 101 del Reglamento de la Ley de Extranjería, en cuanto dichos preceptos no imponen necesariamente que, en todo caso, las solicitudes de los extranjeros ante cualquier Administración Pública española requiera necesariamente la posesión de la TIE, único supuesto en que nos sería dable pronunciarnos sobre la pretendida nulidad del acto que se revisa en la instancia y que la Sala territorial, al interpretar el precepto reglamentario autonómico, no vulneró lo establecido en aquellos preceptos de naturaleza estatal”. (F.D. 3º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: Criterios sancionadores que deberían fijar todas las delegaciones de la Agencia Tributaria y los despachos de la inspección

STS (Sala 3ª) de 22 de diciembre de 2016, rec. nº 348/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7900312&links=%22348%2F2016%22&optimize=20170102&publicinterface=true>

“Si cabe considerar a efectos de motivar la culpabilidad en la imposición de sanciones tributarias, que las circunstancias de tener importantes medios económicos, haber firmado en conformidad el Acta y la mención de no apreciarse causas exoneración de la culpabilidad, son suficientes” (F.D.3º)

“a) La intencionalidad de la conducta y aun la culpabilidad a título de negligencia, no cabe deducirlas de la conformidad prestada en las actas inspectoras, dado que la conformidad se presta únicamente respecto de los hechos, y la cuestión de la culpabilidad comporta la valoración de la conducta; además de que no puede descartarse que existan supuestos en los que el obligado tributario acepte el criterio manifestado por la Administración con la única finalidad de evitar litigios ineficaces.

b) Es criterio jurisprudencial reiterado de esta Sala que ‘el simple hecho de que el obligado tributario *tenga experiencia*, disponga de *suficientes medios* y esté *asistido de profesionales jurídicos* no permite presumir una conducta dolosa por el mero hecho de las especiales circunstancias que rodean al sujeto pasivo de la imposición (importancia económica, clase de asesoramiento que recibe, etc.), sino que, en

cada supuesto y con independencia de dichas circunstancias subjetivas, hay que ponderar si la discrepancia entre el sujeto pasivo y la Hacienda Pública se debe o no a la diversa, razonable y, en cierto modo, justificada interpretación que uno y otra mantienen sobre las normas aplicables' [Sentencias de 29 de junio de 2002 (rec. cas. núm. 4138/1997), FD Segundo; y de 26 de septiembre de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm.11/2004), FD Cuarto]. En efecto, conforme a nuestra jurisprudencia, lo que 'no cabe de ningún modo es concluir que la actuación del obligado tributario ha sido dolosa o culposa atendiendo exclusivamente a sus circunstancias personales; o dicho de manera más precisa, lo que no puede hacer el poder público, sin vulnerar el principio de culpabilidad que deriva del art. 25 CE [véase, por todas, la Sentencia de esta Sección de 6 de junio de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 146/2004), FD 4], es imponer una sanción a un obligado tributario (o confirmarla en fase administrativa o judicial de recurso) por sus circunstancias subjetivas -aunque se trate de una persona jurídica, tenga grandes medios económicos, reciba o pueda recibir el más competente de los asesoramientos y se dedique habitual o exclusivamente a la actividad gravada por la norma incumplida- si la interpretación que ha mantenido de la disposición controvertida, aunque errónea, puede entenderse como razonable' (Sentencia de 26 de septiembre de 2008, cit., FD Cuarto).

c) Se han efectuado alegaciones encaminadas a acreditar que la conducta estaba amparada por una interpretación razonable de la norma. Y, en todo caso, como señala nuestra jurisprudencia, no es posible invertir la carga de la prueba que deriva de la presunción de inocencia. Tuviera o no razón en la manera de entender la norma aplicable, el sujeto pasivo sostuvo que el préstamo no tenía un contenido económico que hubiera de integrarse en la base imponible del Impuesto sobre el Patrimonio porque no le había sido concedido a título personal, sino para que se constituyera una fianza por responsabilidades civiles de las sociedades. La referencia a la falta de concurrencia de causas de exoneración de la culpabilidad no es suficiente para cumplir con el requisito de motivación del elemento subjetivo de la infracción 'que derivan, no sólo de la Ley tributaria (arts. 103.3 , 210.4 y 211.3 de la Ley 58/2003), sino también de las garantías constitucionales, entre las que hay que destacar el principio de presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE (véase, por todas, nuestra Sentencia de 6 de junio de 2008 , cit., FD Cuarto). Y es que, como ha señalado esta Sección, 'el principio de presunción de inocencia garantizado en el art. 24.2 CE no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o, dicho de manera más precisa, mediante la afirmación de que la actuación del obligado tributario es culpable porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable -como ha sucedido en el caso enjuiciado- o la concurrencia de cualquiera de las otras causas excluyentes de la responsabilidad de las recogidas en el art. 77.3 LGT (actual art. 179.2 Ley 58/2003), entre otras razones, porque dicho precepto no agota todas las hipótesis posibles de ausencia de culpabilidad. A este respecto, conviene recordar que el art. 77.3.d) LGT establecía que la interpretación razonable de la norma era, *en particular* [el vigente art. 179.2.d) Ley 58/2003, dice *[e]ntre otros supuestos*], uno de los casos en los que la

Administración debía entender necesariamente que el obligado tributario había *puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios*; de donde se infiere que la circunstancia de que la norma incumplida sea clara o que la interpretación mantenida de la misma no se entienda razonable no permite imponer automáticamente una sanción tributaria porque es posible que, no obstante, el contribuyente haya actuado diligentemente”. (F.D. 8º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: Ante la Memoria del Análisis de Impacto Normativo deficiente del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, en consonancia con los arts. 22 y 24 de la Ley del Gobierno de 1997 cabe la invalidez del reglamento.

STS (Sala 3ª), de 31 de enero de 2017, rec. nº 4028/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7926578&links=%224028%2F2015%22&optimize=20170206&publicinterface=true>

“Cabe, pues, que las normas reglamentarias sean nulas no solo en los casos en que carezcan por completo de análisis económico y presupuestario, sino también en aquellos otros en los que el que acompaña a la decisión de que se trate resulta ser de todo punto insuficiente de manera que no permita a la Memoria cumplir la importante finalidad que, a tenor de la normativa vigente, le es propia (motivar la necesidad y oportunidad de la norma, suministrar información relevante a la propia Administración y a sus destinatarios y facilitar, en su caso, el necesario control del ejercicio de la actividad)” (F.D.3º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el tormento que supone la acreditación para profesor de Universidad.

STS (Sala 3ª), de 15 de febrero de 2017, rec. nº 460/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7946146&links=%22460%2F2015%22&optimize=20170228&publicinterface=true>

“(…) La recurrente combatía la denegación de la acreditación para el Cuerpo de Profesores Titulares, pues alegaba que no había sido valorada correctamente la docencia y la formación académica, y se rechaza el alegato contenido en el escrito de demanda, al considerar que la se trata de una cuestión sometida a la discrecionalidad técnica del órgano calificador ‘al pretender sustituir el criterio del órgano calificador por el propio del recurrente, sin combatir los elementos reglados de dicha decisión calificadora, como tampoco puede esta Sala sustituir el núcleo de la decisión técnica adoptada por la suya propia, conforme al criterio reiterado del Tribunal Supremo sobre la presunción de certeza de los órganos técnicos calificadores” (F.D.1º),

“(…) De modo que el escrito de interposición se centra más en expresar una legítima queja sobre la valoración de los méritos realizada por la Administración, y no corregida por la sentencia recurrida, que en reprochar a la sentencia que se impugna infracciones normativas específicas que puedan dar lugar, siguiendo las razones indicadas, a casar y anular la sentencia. Recordemos que el recurso de casación, vigente antes de la reforma por la expresada Ley Orgánica 7/2015, se configura como un remedio procesal para depurar las infracciones, sustantivas y procesales, en que haya podido incurrir la Sala de instancia al interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico. En todo caso, los méritos que han de valorarse para la obtención de la acreditación son los que se aportan y concurren en el momento de la solicitud, no los realizados con posterioridad a la misma que, como es obvio, no han sido examinados en los informes de los expertos ni tomados en consideración por la Administración. En consecuencia, procede desestimar el motivo invocado y declarar que no ha lugar al recurso de casación.” (F.D.4º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: A vueltas con el cambio de criterio de la ANECA para las acreditaciones.

STS (Sala 3ª), de 22 de febrero de 2017, rec. nº 1219/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7950801&links=%221219%2F2015%22&optimize=20170306&publicinterface=true>

“(…) la queja de la recurrente sobre que la determinación del número de contribuciones, así como el baremo y los criterios a tener en cuenta por el órgano evaluador que, a su juicio, debió establecerse también en la norma reglamentaria, no comporta un déficit en la regulación de la materia, sino el ejercicio de una opción que tiene en cuenta que se trata de ramas o áreas de conocimiento muy diversas (Artes y Humanidades, Ciencias, Ciencias de la Salud, Ciencias Sociales y Jurídicas, e Ingeniería y Arquitectura) que tienen unos contornos, contenidos y peculiaridades propias que no resulta posible reconducir, con el detalle que postula la recurrente, a un régimen uniforme e idéntico. En todo caso, ese alegato no comporta vulneración alguna del artículo 23 de la CE. Ni en los términos que se postula supone alteración alguna de los límites propios de la discrecionalidad técnica.” (F.D.4º)

“La lesión de la igualdad, con cita del artículo 14 de la CE, por la disposición adicional primera, apartado 2, del Real Decreto impugnado, carece de fundamento, pues el desarrollo de esa infracción, en el escrito de demanda, se limita a transcribir el contenido de dicha disposición adicional, y a señalar, de modo apodíctico, que hay una diferencia de trato entre los profesores titulares de universidad y los profesores titulares de escuelas universitarias, pero sin especificar en qué consiste. De modo que dicha afirmación está ayuda de cualquier operación de contraste que ponga de manifiesto tales diferencias y que razone sobre la falta, o no, de justificación en el distinto trato normativo que señala, pero que no

concreta. En definitiva, la denuncia de la vulneración del principio de igualdad en la norma, ha de expresar el término adecuado de comparación, señalando la diferente regulación de los casos que se pretenden contrastar, y expresando las razones que llevan a considerar que dicho trato diferente carece de justificación razonable. Y en este caso lo único que se ha puesto de manifiesto es el término de contraste entre los profesores titulares de universidad y los de escuelas universitarias.” (F.D.5º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo aclara cuando debe entenderse discriminatoria la convocatoria de plazas de Empleo público.

STS (Sala 3ª), de 21 de abril de 2017, rec. nº 1688/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8001975&links=&optimize=20170428&publicinterface=true>

“(…) Señala que prohíbe la incorporación de nuevo personal en el ámbito de la Administración General, y es norma básica, en relación con el art. 10.4 del EBEP, ya que dicho precepto no opera durante ese año por vedarlo la Ley General de Presupuestos del Estado y no puede entenderse infringido. En este caso era 0 la tasa de reposición de efectivos respecto de la Administración General, y por tanto no fue posible aprobar la oferta. Añade que por tal razón el art. 31.5 de la ley 1/2014, de 23 de enero, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2014 estatuyó que la oferta de empleo público se rige por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014. Insiste en que la economía, art. 149.1. 13. CE es competencia estatal, tal cual ya se analizó en la STC 178/2006, de 6 de junio enjuiciando un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Abogado del estado contra una Ley de presupuestos autonómicas que pretendía convocar oferta de empleo público sin atender a la limitación establecida en el por la Ley General de Presupuestos del Estado. (...) Defiende que el número de plazas que se incluyan en la Oferta de Empleo no afecta para nada al principio de igualdad y a las condiciones de acceso (siendo éstas las que no pueden ser discriminatorias), ya que estas condiciones de acceso de los procesos selectivos convocados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón para cubrir esas plazas ofertadas, tienen que ser iguales para todos los ciudadanos que se presenten a las mismas, respetando siempre los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. La discriminación, en caso de darse, iría de acuerdo con lo expuesto, más allá de la Oferta de Empleo, esto es, en el hipotético caso de que los órganos administrativos incluyeran, en las diversas convocatorias derivadas de la Oferta, condiciones de acceso discriminatorias o, los mismos a la hora de valorar a los distintos candidatos presentados a las pruebas selectivas realizadas de acuerdo con la citada oferta, actuaran con indiscriminada arbitrariedad, sin atender a los principios constitucionales anteriormente citados de igualdad mérito y capacidad, de ahí la importancia que se da por la

jurisprudencia al protagonismo de los jueces en el control de los procesos selectivos como se ha indicado en la última sentencia transcrita.” (F.D. 2º) [B.A.S.]

VI. DERECHO TRIBUTARIO

Jurisprudencia: Tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, tasa por pasos de vehículos o carruajes. Parámetro de valor. Parámetro de intensidad de uso. Anulación parcial de la Ordenanza.

STS (Sala 3ª) de 15 de diciembre de 2016, rec. nº 3133/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7893263&links=impuesto%20sobre%20construcciones%20instalaciones%20y%20obras&optimize=20161220&publicinterface=true>

“En definitiva, se trata de fijar el importe de esta tasa ‘tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público’. No se trata, pues, de saber el valor del aprovechamiento de un aparcamiento de un determinado hospital o de un aparcamiento de viviendas. Esa magnitud no es la requerida por la norma, es el aprovechamiento del dominio público el objeto del gravamen. Por eso, tal y como prevé el artículo 24 del TRLHL, no es oportuno aplicar valores de dominio público (como el de zona verde o vial) para valorar ése aprovechamiento privativo, sino que hay que emplear referencias valorativas típicas del uso privativo (‘como si los bienes no fuesen de dominio público’), que son los usos de suelo de tipo lucrativo y sometidos al mercado.

El propio concepto de zona de valor supone la delimitación de un área geográfica concreta en el que los elementos de valoración del suelo, conforme al estudio de mercado y el análisis de valores realizado por la Gerencia del Catastro, son fundamentalmente iguales, sin que el uso específico de los inmuebles suponga variaciones de valor. Además, en el caso concreto de la Tasa por Paso de Vehículos, el valor del suelo se vincula al aprovechamiento especial del dominio público, por lo que el uso del edificio al que da acceso, desde el punto de vista del valor del suelo, no es relevante. Por tanto, la utilización de la información de las zonas de valor de catastro permite ajustar con gran precisión los valores representativos asociados a cada paso de vehículos.

Por tanto, como decíamos en la Sentencia de 2 de enero de 2015 , ‘si bien es cierto que la dificultad es extremada en la cuantificación de la tasa , en tanto se está exigiendo por el legislador que se concrete un valor de mercado de una utilidad que no tiene mercado, aunque con referencia al mercado existente respecto de los mismos bienes que no sean de dominio público, lo que indirectamente hace factible una discrecionalidad amplísima en la elección del método o modelo a seguir, al menos sí ha de exigirse que los elementos, datos y

critérios utilizados sean objetivos y adecuados y de los mismos puedan derivarse razonablemente que el fijado sea ‘el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público’, pues siendo discrecional la elección del método de determinación, dado que el valor de mercado de la utilidad es un concepto jurídico indeterminado, sólo puede ser uno, que ha de ser el resultado derivado de dichos elementos, datos y criterios utilizados, lo que exige que estos sean adecuados a dicho fin, y le corresponde al municipio, normalmente a través del informe técnico jurídico acreditar dicha idoneidad y suficiencia’. En su consecuencia en el informe técnico-económico en cuestión, se acredita suficientemente la idoneidad de los criterios utilizados para la determinación de la utilidad derivada del aprovechamiento.” (F.D. 2º) [F.H.G.]

Jurisprudencia: Límites a la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas: nulidad del precepto legal que regula el impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito.

STC 30/2015, de 19 de febrero, rec. nº 5832-2014.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24326>

“Como recordamos en las SSTC 122/2012, de 5 de junio (FFJJ 4 a 7); y 210/2012, de 14 de noviembre (FJ 4), para determinar si se han vulnerado las prohibiciones de doble imposición contenidas en el art. 6.2 LOFCA, el examen de los tributos que se reputan coincidentes no puede ceñirse a la mera comparación de la definición legal de sus hechos imponible, de manera que “no es posible afirmar si existe una coincidencia de hechos imponible de dos impuestos tan sólo porque su definición sea o no gramaticalmente idéntica, ya que será preciso atender a las circunstancias que ha seleccionado el legislador para dar lugar a los hechos imponible de ambos impuestos” (SSTC 122/2012, FJ 4; y 210/2012, FJ 4). En consecuencia, el método de comparación deberá tomar el examen del hecho imponible como punto de partida, pero abarcando también “los restantes elementos del tributo que se encuentran conectados con el hecho imponible, es decir, los sujetos pasivos, que constituyen el aspecto subjetivo del tributo, la base imponible, que representa la cuantificación del hecho imponible, la capacidad económica gravada ... o los supuestos de no sujeción y exención”, extendiéndose lógicamente también a los elementos de cuantificación del hecho imponible (SSTC 122/2012, FJ 7; 210/2012, FJ 4). Entre los elementos a comparar se encuentra lógicamente la posible concurrencia de fines extrafiscales en el tributo o, en alguno de sus elementos, (STC 122/2012, FJ 4), si bien teniendo en cuenta, como también hemos reiterado, que para que la finalidad extrafiscal tenga consecuencias en la comparación no bastará con que el correspondiente preámbulo de la norma declare dicho objetivo, sino que es preciso que dicha finalidad encuentre reflejo en los elementos centrales de la estructura del tributo (por todas, STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 5).

En suma, para apreciar la coincidencia o no entre hechos imponible, que es lo

prohibido en el art. 6.2 LOFCA, se hace preciso atender a los elementos esenciales de los tributos que se comparan, al objeto de determinar no sólo la riqueza gravada o materia imponible, que es el punto de partida de toda norma tributaria, sino la manera en que dicha riqueza o fuente de capacidad económica es sometida a gravamen en la estructura del tributo. Atendiendo además a la propia finalidad del art. 6 LOFCA, la comparación entre la norma reguladora del tributo autonómico y la del tributo estatal deberá llevarse a cabo teniendo en cuenta la regulación vigente del impuesto del Estado en el momento de resolver la controversia.

4. Una vez recordado en estos términos el contenido del canon de enjuiciamiento del art. 6.2 y 3 LOFCA, debemos comenzar por examinar en este momento los elementos esenciales de los impuestos sobre depósitos bancarios estatal y autonómico (impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito e impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito de la Comunidad Valenciana), para comprobar su posible equivalencia, que de verificarse implicaría la vulneración del art. 6.2 LOFCA.

El impuesto objeto de impugnación está regulado en el art. 161 de la Ley de la Generalitat Valenciana 5/2013, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat...

Del análisis efectuado se infieren las siguientes determinaciones:

Primera. El hecho imponible es, en ambos casos, “el mantenimiento de fondos de terceros, cualquiera que sea su naturaleza jurídica”.

Segunda. Las exenciones son también idénticas (Banco de España y resto de entidades citadas).

Tercera. También coincide sustancialmente la base imponible, definida en ambos casos de forma idéntica, estando constituida por “el importe resultante de promediar aritméticamente el saldo final de cada uno de los meses del año natural, con independencia de la duración del periodo impositivo, correspondiente a la partida 4 ‘depósitos de la clientela’ del Pasivo del Balance reservado de las entidades de crédito, incluidos en los estados financieros individuales. A estos efectos, el saldo final se minorará en las cuantías de los ‘Ajustes por valoración’ incluidos en las partidas 4.1.5, 4.2.5, 4.3.2 y 4.4.5...”

Pues bien, de acuerdo con nuestra doctrina, citada en los fundamentos 2 y 3, las citadas coincidencias sustanciales, en los elementos esenciales de ambos impuestos, suponen la vulneración de los arts. 133.2 y 157.3 CE, así como del art. 6.2 LOFCA, por lo que debe declararse la inconstitucionalidad y nulidad del art. 161 de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2013, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat.” (F.D. 3º y 4º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Principio de capacidad económica y prohibición de confiscatoriedad: nulidad de los preceptos de la norma foral fiscal en tanto someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor de los terrenos de naturaleza urbana.

STC 37/2017, de 1 de marzo, rec. nº 6444/2015.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25274>

“Pues bien, con fundamento en esa regulación concluíamos a renglón seguido que “los preceptos cuestionados fingen, sin admitir prueba en contrario, que por el solo hecho de haber sido titular de un terreno de naturaleza urbana durante un determinado período temporal (entre uno y veinte años), se revela, en todo caso, un incremento de valor y, por tanto, una capacidad económica susceptible de imposición, impidiendo al ciudadano cumplir con su obligación de contribuir, no de cualquier manera, sino exclusivamente ‘de acuerdo con su capacidad económica’ (art. 31.1 CE)”. De esta manera, “al establecer el legislador la ficción de que ha tenido lugar un incremento de valor susceptible de gravamen al momento de toda transmisión de un terreno por el solo hecho de haberlo mantenido el titular en su patrimonio durante un intervalo temporal dado, soslayando, no solo aquellos supuestos en los que no se haya producido ese incremento, sino incluso aquellos otros en los que se haya podido producir un decremento en el valor del terreno objeto de transmisión, lejos de someter a tributación una capacidad económica susceptible de gravamen, les estaría haciendo tributar por una riqueza inexistente, en abierta contradicción con el principio de capacidad económica del citado art. 31.1 CE” (STC 26/2017, de 16 de febrero, FJ 3).

En definitiva, la circunstancia de que el nacimiento de la obligación tributaria se hiciese depender, entonces y también ahora, de la transmisión de un terreno podría ser una condición necesaria en la configuración del tributo, pero, en modo alguno, puede erigirse en una condición suficiente en un tributo cuyo objeto es el “incremento de valor” de un terreno. Así las cosas, al hecho de esa transmisión hay que añadir, por tanto, la necesaria materialización de un incremento de valor del terreno, exponente de una capacidad económica real o, por lo menos, potencial. Sin embargo, cuando no se ha producido ese incremento en el valor del terreno transmitido (como ha sucedido en el supuesto controvertido), la capacidad económica pretendidamente gravada deja de ser potencial para convertirse en irreal o ficticia, violándose con ello el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE).

Por lo que antecede, hemos de señalar que el tratamiento que otorgan los arts. 4 y 7.4 Norma Foral 46/1989 “a los supuestos de no incremento o, incluso, de decremento, en el valor de los terrenos de naturaleza urbana, carece de toda justificación razonable, al imponer a los sujetos pasivos del impuesto la obligación de soportar la misma carga tributaria que corresponde a las situaciones de incremento derivados del paso del tiempo, sometiendo con ello a tributación situaciones de hecho inexpressivas de capacidad económica, en abierta contradicción con el principio de capacidad económica que la Constitución

garantiza en el art. 31.1” (STC 26/2017, de 16 de febrero, FJ 3). Por consiguiente, los preceptos enjuiciados deben ser declarados inconstitucionales, aunque exclusivamente en la medida que no han previsto excluir del tributo a las situaciones inexpressivas de capacidad económica por inexistencia de incrementos de valor.” (F.D. 3º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Procedimientos tributarios. Prescripción. Caducidad. Cómputo de plazos.

STS (Sala 3ª) de 25 de enero de 2017, rec. nº 2253/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7926544&links=impuesto&optimize=20170206&publicinterface=true>

“Esta doctrina ha sido recordada en las posteriores de 4 de marzo de 2015, (recurso de casación 1295/2013), de 14 de mayo de 2015 (recurso de casación 2443/2013) y 18 de junio de 2015 (recurso de casación 3533/2014). En esta última se ha indicado que ‘resulta obvio que lo previsto en el citado 150.5 de la Ley General Tributaria no puede quedar diluido por lo previsto en el artículo 66.2 del Real Decreto 520/2005, como pretende el Abogado del Estado, pues ha de prevalecer primero por su mayor rango y especialidad, pues el artículo 150.5 de la Ley General Tributaria establece la norma especial relativa al plazo máximo en que deben concluirse los procedimientos de inspección’.

En fin, en la Sentencia de 26 de noviembre de 2015 (recurso de casación 4031/2013) nos pronunciamos en el mismo sentido.

No se nos oculta que el artículo Único. 27 de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre ha dado nueva redacción al artículo 150 de la Ley 58/2003, General Tributaria. Y en particular, el apartado 7 del referido precepto dispone ahora:

‘Cuando una resolución judicial o económico-administrativa aprecie defectos formales y ordene la retroacción de las actuaciones inspectoras, éstas deberán finalizar en el período que reste desde el momento al que se retrotraigan las actuaciones hasta la conclusión del plazo previsto en el apartado 1 o en seis meses, si este último fuera superior. El citado plazo se computará desde la recepción del expediente por el órgano competente para ejecutar la resolución.

Se exigirán intereses de demora por la nueva liquidación que ponga fin al procedimiento. La fecha de inicio del cómputo del interés de demora será la misma que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 26, hubiera correspondido a la liquidación anulada y el interés se devengará hasta el momento en que se haya dictado la nueva liquidación’.

Sin embargo, la Disposición Transitoria Única. 6 de la Ley 34/2015, dispone que los apartados 1 a 6 del nuevo artículo 150, serán aplicables a todos los procedimientos de inspección que se inicien a partir de la fecha de entrada en

vigor de esta Ley, mientras que el apartado 7, será aplicable a todas las actuaciones inspectoras en las que la recepción del expediente por el órgano competente para la ejecución de la resolución como consecuencia de la retroacción, que se haya ordenado, se produzca a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Por lo expuesto, en el presente caso, debe entenderse, conforme a lo dispuesto en el apartado 5 en su conexión con los apartados 1 y 2, del artículo 150 LGT, en su versión anterior a la actual, que no produjeron efecto interruptivo de la prescripción las actuaciones inspectoras, reclamaciones o recursos anteriores al 25 de mayo de 2006 con lo que se habría consumado la prescripción de los cuatro años establecida para la liquidación de la deuda tributaria del Impuesto sobre sucesiones derivado del fallecimiento de don Cipriano ocurrido el 10 de noviembre de 2000.” (F.D. 4º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre Sociedades. Gastos deducibles. Fusión de sociedades. Procedimiento sancionador. Falta de culpabilidad.

STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2017, rec. nº 2300/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7926551&links=impuesto&optimize=20170206&publicinterface=true>

“Baste brevemente añadir que el acuerdo sancionador recoge las distintas operaciones realizadas y la calificación que las mismas han merecido a criterio de la Inspección, pero que a pesar del largísimo relato realizado sobre la culpabilidad concurrente en el caso concreto, página 28 de acuerdo sancionador, como recuerda la sentencia de instancia, se limita a afirmar que el obligado tributario ha incumplido sus obligaciones fiscales, sin que quepa exculpar su conducta por una interpretación razonable de la norma, pues su contenido es claro y no admite interpretación en contrario, y que de no haber mediado procedimiento de comprobación e investigación no podría haberse llegado a enervar lo declarado en su autoliquidación. Motivación que se antoja de todo punto insuficiente como una constante jurisprudencia pone de manifiesto, baste recordar por todos los pronunciamientos al respecto lo dicho en la sentencia de 13 de abril de 2016, rec. cas. 1644/2014:

“Vista la justificación ofrecida en el acuerdo sancionador para sancionar y los términos en los que se desenvuelve el motivo de casación articulado por el Sr. Abogado del Estado, la resolución de este pasa, una vez más, por recordar lo dicho por este Tribunal en una jurisprudencia constante y consolidada. Recordar que el órgano competente para sancionar, el que tiene atribuida la potestad sancionadora es al que le viene impuesta la justificación y motivación sobre la concurrencia de culpabilidad, lo que no puede ser suplido ni por el órgano económico administrativo, ni por el judicial; no puede considerarse probada la existencia de culpabilidad por el mero hecho de no haber existido una interpretación

razonable de la norma, y no es suficiente para fundamentar la sanción, porque el principio de presunción de inocencia garantizado en el artículo 24.2 CE no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o, dicho de manera más precisa, mediante la afirmación de que la actuación del obligado tributario es culpable porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable o la concurrencia de cualquiera de las otras causas excluyentes de la responsabilidad de las recogidas en el art. 179.2 Ley 5812003, entre otras razones, porque dicho precepto no agota todas las hipótesis posibles de ausencia de culpabilidad por lo que la circunstancia de que la norma incumplida sea clara o que la interpretación mantenida de la misma no se entienda razonable no permite imponer automáticamente una sanción tributaria porque es posible que, no obstante, el contribuyente haya actuado diligentemente.

En aquellos casos en los que, como en el presente, la Administración tributaria no motiva mínimamente los hechos o circunstancias de los que deduce que el obligado tributario ha actuado culpablemente, confirmar la sanción porque este último no ha explicitado en qué interpretación alternativa y razonable ha fundado su comportamiento, equivale, simple y llanamente, a invertir la carga de la prueba, soslayando, de este modo, las exigencias del principio de presunción de inocencia.

Sobre las circunstancias personales de infractor se ha dicho que no es factible, en ningún caso, presumir una conducta dolosa por el mero hecho de las especiales circunstancias que rodean al sujeto pasivo de la imposición, sino que, en cada supuesto y con independencia de dichas circunstancias subjetivas, hay que ponderar si la discrepancia entre el sujeto pasivo y la Hacienda Pública se debe o no a la diversa, razonable y, en cierto modo, justificada interpretación que uno y otra mantienen sobre las normas aplicables; lo que no cabe de ningún modo es concluir que la actuación del obligado tributario ha sido dolosa o culposa atendiendo exclusivamente a sus circunstancias personales; o dicho de manera más precisa, lo que no puede hacer el poder público, sin vulnerar el principio de culpabilidad que deriva del artículo 25 CE es imponer una sanción a un obligado tributario (o confirmarla en fase administrativa o judicial de recurso) por sus circunstancias subjetivas - aunque se trate de una persona jurídica, tenga grandes medios económicos, reciba o pueda recibir el más competente de los asesoramientos y se dedique habitual o exclusivamente a la actividad gravada por la norma incumplida- si la interpretación que ha mantenido de la disposición controvertida, aunque errónea, puede entenderse como razonable.

El hecho de que se haya tenido que iniciar y tramitar un procedimiento inspector para descubrir los hechos, en nada absolutamente incide sobre el elemento culpabilidad, que, claro está, es anterior al procedimiento y ajeno en su existencia a que haya o no procedimiento al efecto. Tampoco tiene soporte jurídico alguno pretender fundar la culpabilidad en el dato negativo de que el principio de prudencia no exigía realizar la provisión, pues esta circunstancias en todo caso serviría para excluirla, pero evidentemente no para justificarla.” (F.D. 5º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Procedimiento sancionador. Elemento de culpabilidad. Deducción indebida de gastos. Motivación.

STS (Sala 3ª) de 28 de febrero de 2017, rec. nº 105/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7956217&links=impuesto&optimize=20170310&publicinterface=true>

“Según resulta de la reseña del motivo que se ha efectuado en el FJ anterior, el argumento principal esgrimido por el Abogado del Estado para sostener esos reproches deducidos en dicho motivo único es que la sentencia recurrida ha excluido indebidamente el elemento de culpabilidad.

Y aduce que ha incurrido en esa indebida exclusión por estas dos razones: (i) no toma en consideración que el acto sancionador, además de la falta de ingreso de la deuda tributaria (que es el incumplimiento o conducta básica recogida en el tipo aplicado), aprecia una falta de la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones tributarias; y (ii) no aplica la jurisprudencia de este Tribunal Supremo (expresada en la STS de 19 de mayo de 2014) que permite sancionar las conductas negligentes.

Mas no es así, ya que la sentencia recurrida explica de manera detallada por qué no advierte el necesario elemento de culpabilidad en cada una de las dos conductas apreciadas como base de la infracción sancionada, y lo hace correctamente por lo que seguidamente se explica.

1.- En lo que hace a la indebida deducción por gastos, la Sala de instancia descarta la culpabilidad con estos dos argumentos. Por un lado, que la cuestión referida a la procedencia o no de la deducción del gasto no era tan clara porque exigía una extensa tarea interpretativa, y esto descarta que el mero hecho objetivo de no haber aplicado determinadas normas exteriorice un inequívoco animo defraudatorio. Por otro, que la regularización aplicada se basó en una insuficiente prueba del gasto deducido por parte del contribuyente.

Y los dos argumentos merecen ser asumidos y confirmados. El primero porque, siendo necesaria una compleja tarea de hermenéutica normativa para determinar la procedencia o no de la deducción, la conducta que sólo exteriorice la falta de aplicación de determinadas normas no presenta las notas de intencionalidad o negligencia que son necesarias para apreciar el elemento de culpabilidad. Y el segundo porque, tratándose de una insuficiente justificación del gasto y no de la demostración de su absoluta falta de certeza, es de apreciar así mismo la ausencia de esas notas que determinan la culpabilidad.

2.- En lo que se refiere a la deducción por el concepto de provisión por depreciación de cartera, la Sala de la Audiencia Nacional viene a razonar que la mera invocación, en términos genéricos, de no haberse puesto la diligencia debida, no es motivación suficiente del elemento de culpabilidad.

Y este razonamiento es también acertado porque una adecuada motivación de la modalidad negligente de la culpabilidad exige identificar el concreto deber de cuidado cuyo incumplimiento es determinante de la desidia apreciada.” (F.D. 4º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impugnación de la Orden 23/2013, de 20 de diciembre, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se establecieron los coeficientes aplicables en 2013 al valor catastral a los efectos de la comprobación de valores de determinados bienes inmuebles de naturaleza urbana en el ámbito de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sobre Sucesiones y Donaciones.

STS (Sala 3ª) de 6 de abril de 2017, rec. nº 888/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7990798&links=impuestos%20Y%20Liquidaci%C3%B3n&optimize=20170418&publicinterface=true>

“En definitiva, si la Administración tributaria se acoge al segundo de los medios previstos en el art. 57.1 de la Ley General Tributaria de 2002, que permite la aplicación de coeficientes multiplicadores, determinados y publicados por la Administración tributaria competente, a los valores que figuren en el Catastro Inmobiliario, no cabe plantear la improcedencia del método planteado, tan válido como cualquier otro técnico y objetivo de valorar.

Cuestión distinta es que el contribuyente no se encuentre conforme con el valor final asignado, en cuyo caso podrá promover la tasación pericial contradictoria a que se refiere el apartado 2 del art. 57 de la Ley General Tributaria, o bien agotar los recursos disponibles alegando y probando que el coeficiente aprobado por la Administración Tributaria de la Comunidad Autónoma aplicado al valor catastral no responde al valor real del bien.

En todo caso, la utilización de este medio para la comprobación exige que la Administración justifique adecuadamente su elección y razone el resultado de la comprobación de modo que permita al contribuyente conocer los datos tenidos en cuenta relativos a la referencia catastral del inmueble, su valor catastral en el año del hecho imponible, el coeficiente aplicado y la normativa en que se basa la Administración Tributaria, al objeto de que pueda prestar su conformidad o rechazar la valoración.

Sin embargo, lo que no resulta admisible es que la normativa autonómica se aplique a hechos imponibles producidos con anterioridad a su entrada en vigor, aunque se hayan tenido en cuenta valores vigentes a la fecha del devengo, toda vez que los obligados tributarios tienen derecho a conocer previamente los valores considerados por la Administración para evitar una posterior comprobación, cuyo resultado si resulta favorable genera intereses de demora.

En efecto, no debemos olvidar que el art. 157.1 del propio Real Decreto

1065/2007, de 27 de julio , por el que se aprobó el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria, que desarrolla el art. 134.1 de la Ley General Tributaria , dispone que la comprobación de valores no procederá cuando el obligado tributario haya declarado de acuerdo con los valores publicados por la propia Administración actuante en aplicación de alguno de los medios previstos en el art. 57.1 de la Ley General Tributaria , agregando el art. 158.1 del mismo Reglamento que la aplicación del medio de valoración consistente en la estimación por referencia a los valores que figuren en los registros oficiales de carácter fiscal exigirá que la metodología técnica utilizada para el cálculo de los coeficientes multiplicadores, los coeficientes resultantes de dicha metodología y el periodo de tiempo hayan sido objeto de aprobación y publicación por la Administración tributaria que los vaya a aplicar.

Por otra parte, el art. 90 de la Ley General Tributaria regula la información por la Administración Tributaria con carácter previo a la adquisición o transmisión de bienes inmuebles, información que lógicamente ha de tener en cuenta los coeficientes aprobados.

En consecuencia, si los obligados tributarios pueden consignar en sus declaraciones y autoliquidaciones el valor que la Administración Tributaria asigna a los bienes inmuebles urbanos aplicando los coeficientes establecidos al valor catastral actualizado a la fecha del devengo, sin que el órgano de gestión pueda proceder a la comprobación por otro medio si han declarado un valor igual o superior, razones de seguridad jurídica impiden aplicar la normativa con carácter retroactivo” (F.D. 7º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. El deber de retener y la prohibición de la doble imposición y del enriquecimiento sin causa.

STS (Sala 3ª) de 17 de abril de 2017, rec. nº 785/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8001932&links=impuestos%20Y%20Liquidaci%C3%B3n&optimize=20170428&publicinterface=true>

“Lo que parece lógico es que, cualquiera que sea la naturaleza de la retención (obligación accesoria de otra principal, obligación dependiente de otra, obligación en garantía del cumplimiento de otra), es imposible su permanencia cuando ha sido cumplido la obligación principal, la obligación de la que depende o la obligación que garantiza.

Así pues, el cumplimiento de la obligación principal determina la imposibilidad de exigir la cuota correspondiente a la retención. Si el contribuyente ha pagado la cuota tributaria, no tiene sentido que la Administración despliegue la pretensión de cobro sobre el retenedor, pues ello determinaría un doble cobro de la cuota correspondiente a la retención del contribuyente en su declaración, en primer lugar, y del retenedor después. Dos pretensiones de cobro, pues, dirigidas hacia

dos sujetos distintos para exigir la misma cuota. Si los sujetos pasivos han cumplido con la obligación tributaria principal, no tiene sentido exigir el ingreso de la retención de una cuota debidamente ingresada». En esta línea: «Por ello, incluso desde la postura doctrinal indicada, en el caso presente, transcurridos dos años desde el vencimiento del plazo para declarar por parte de los sujetos pasivos, que aparecían perfectamente identificados, no hubiera supuesto un esfuerzo excesivo incorporar al expediente inspector la información acerca de las correctas declaraciones de los seis profesionales, tanto de pagos fraccionados, como de la general del ejercicio, para que , incluso con las aclaraciones precisas que se solicitaran, pudieran servir de base, en su caso y en su momento, a devoluciones de oficio (originadas de forma especial en retenciones exigidas «ex post» al mecanismo normal de gestión tributaria del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según lo antes expuesto) o a facilitar información a los sujetos afectados para que pudieran solicitar la iniciación del procedimiento de devolución de ingresos indebidos, según lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley General Tributaria .

Sin embargo, nada se hizo en este aspecto, limitándose la Administración, una vez más, a la mera exigencia de la obligación de retención y a mantener una nueva actitud pasiva con los efectos antes indicados».

En fin, basta la lectura de las sentencias de este Tribunal Supremo traídas de contraste y el extracto seleccionado y transcrito, para comprobar que para evitar la doble imposición y el enriquecimiento injusto prohibido, en los supuestos de regularización de la obligación de retener, no basta con que la Administración adopte una posición pasiva respecto de la regularización de esta obligación de retener y remita a futuras actuaciones para la regularización de la obligación principal, sino que es preciso una actitud activa dentro del propio procedimiento de inspección referido a la obligación de retener con el fin de evitar el riesgo de la doble imposición y del enriquecimiento injusto.

No resultaba, por demás, suficiente que las actuarias en el expresado Informe dejaren señalado que debía modificarse de oficio las declaraciones de IRPF de los socios y su puesta en conocimiento de los organismos competentes al efecto, multiplicando con ello trámites innecesarios, en el mejor de los casos, o produciendo consecuencias indeseadas y prohibidas como las antes referidas, cuando dentro del propio procedimiento le resultaba sumamente fácil y nada gravoso comprobar el cumplimiento o no de la obligación "principal" por los socios de la que derivaba la obligación de retener, pues tal proceder resulta irrespetuoso con el principio de buena administración, de tan arraigada raigambre en el Derecho Europeo forjado en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y plasmado en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -que aún no aplicable al caso en concreto que nos ocupa dado su ámbito material, no puede desconocerse su proyección práctica en general-, principio implícito en la Constitución , arts. 9.3 y 103, proyectado en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y positivizado, actualmente, en nuestro Derecho común, art. 3.1.e) de la Ley 40/2015.

Evitar la doble imposición y la prohibición del enriquecimiento injusto en el ámbito tributario enlaza con un sistema tributario basado en el principio superior de Justicia y el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos conforme a la capacidad económica de cada uno; lo que constituye un mandato a los responsables de gestionar el sistema impositivo, a la propia Administración Tributaria, de observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad y de garantizar la protección jurídica que haga inviable la doble imposición y el enriquecimiento injusto de la Administración, lo que casa mal con la mera comunicación parcial -cabe recordar que uno de los socios residía en Barcelona- para que se proceda a la modificación de oficio de las declaraciones de IRPF de los socios residentes en Guipúzcoa, pues le era exigible a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivada de su actuación, por así exigirle el principio de buena administración que no se detiene en la mera observancia estricta de procedimiento y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente.

Por todo ello procede estimar el presente recurso de casación para unificación de doctrina, y constituidos en jueces de la instancia, parafraseando lo dicho en ocasiones precedentes, ha de convenirse que la obligación de retener, sin perjuicio de posibles sanciones, en su caso, y de posibles intereses, no es posible su permanencia cuando ha sido cumplida la obligación principal, la obligación de la que depende o la obligación que garantiza, por lo que le era exigible a la Administración que dentro del procedimiento de regularización del deber de retener, comprobar su subsistencia por no haberse cumplido total o parcialmente la obligación principal.” (F.D. 3º) [F.H.G.].

VII. DERECHO PROCESAL

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la necesidad de impugnar en la instrucción la prueba indubitada obrante en la base de datos de ADN.

STS (Sala 2ª) de 7 de abril de 2016, rec. nº 1572/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7642104&links=%22286%2F2016%22&optimize=20160415&publicinterface=true>

“En el caso que nos ocupa -tal como destaca la sentencia recurrida- la defensa del hoy recurrente no impugnó en la fase instructora de la causa su identificación mediante el contraste del ADN obtenido del mechero incautado debajo de la cama de la habitación donde estaba durmiendo la víctima, y la base de datos de ADN humano INT-SAIP de la Secretaria del Estado de Seguridad, y se limitó en el escrito de defensa a impugnar el informe del Departamento de Biología del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil Comisaria General de Policía

científica de Madrid, NUM008, en relación a la supuesta obtención de muestra indubitada del recurrente, así como la cadena custodia y en última instancia las conclusiones alcanzadas en dicho informe, y a aportar un informe aclaratorio sobre la concreción técnica y las conclusiones del informe criminalístico referido al expediente NUM008, emitido por D^a Lucía, doctora en química, especialidad química analítica, y D. Samuel, doctor en Biología y especialidad en genética. Fue solo en el juicio oral, en el trámite de cuestiones previas, art. 786.1 LECrim, cuando impugnó y consideró ilícita la prueba del ADN; en esencial por el modo de obtención del material biológico correspondiente al acusado, que permitió su incorporación a la base de datos.

Siendo así tal impugnación no se efectuó en tiempo procesal oportuno. En la instrucción no solicitó la aportación a la causa del expediente de incorporación de su información genética a la base de datos, lo que hubiera permitido constatar la forma de obtención de las muestras y, en su caso, la falta de asistencia letrada en la prestación del consentimiento del acusado detenido a su toma. No solicitó tanto en fase instructora como en su escrito de defensa una nueva toma de muestras y análisis de ADN con control judicial y participación de las partes en lo que sea procedente. Y solo en el trámite de cuestiones previas, al plantear la ilicitud de la prueba, indico que no obraba en la causa el acta/documento, expediente, en virtud del cual se dejaría constancia del modo en que se habría obtenido el vestigio o fluido del que se habría obtenido el ADN que conformaba la supuesta prueba indubitada.

Por ello siendo uno de los principios básicos de la sustanciación de las infracciones procesales es que interesado en su denuncia ponga de manifiesto la infracción en el momento en que tuviese conocimiento y pudiera hacerlo, pues de otro modo habría consentido la infracción y quedaría sometido a sus consecuencias (...)” (F.D. 3º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la legitimación de un copropietario de propiedad horizontal para el ejercicio de acciones en nombre propio.

STS (Sala 1ª) de 18 de mayo de 2016, rec. nº 1131/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7684384&links=%22321%2F2016%22&optimize=20160527&publicinterface=true>

“(…) es doctrina jurisprudencial consolidada, como complemento del ordenamiento jurídico conforme el artículo 1.6 del Código civil, que un copropietario por sí solo puede ejercer esta acción de cesación que contempla el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Ya las sentencias del 9 febrero 1991, 28 octubre 1991 y 15 julio 1992 dijeron que cualquiera de los dueños está legitimado procesalmente para ejercitar acciones en beneficio de todos los comuneros (...)” (F.D. 2º).

“El problema que aquí se presenta es si esta jurisprudencia, que es clara e incluso el Tribunal Constitucional lo deduce de la tutela judicial efectiva, es aplicable en el caso que plantea el artículo 7. 2 de la Ley de Propiedad Horizontal que contempla la actuación del presidente de la comunidad. Pero éste no lo impone como exclusivo y excluyente. Así, si el presidente o la junta de propietarios, no toma ninguna iniciativa, el propietario individual que sufre en su persona o familia las actividades ilícitas de un copropietario y tras los requerimientos oportunos (como en el caso presente) no puede quedar indefenso y privado de la defensa judicial efectiva, por lo cual tiene la acción de cesación que contempla dicha norma y ante la inactividad del presidente o de la junta (o de ambos) está legitimado para ejercer esta acción en interés propio (no en el de la comunidad) y en defensa de su derecho, que no ha ejercido la comunidad” (F.D. 3º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo establece doctrina jurisprudencial sobre consecuencias procesales desproporcionadas en caso de incomparecencia del procurador del demandante al acto del juicio del proceso ordinario.

STS (Sala 1ª) de 15 de junio de 2016, rec. nº 145/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7715213&links=%22402%2F2016%22&optimize=20160621&publicinterface=true>

“(…) Es cierto que el legislador ha querido que en el acto del juicio las partes comparezcan representadas por su procurador y asistidas de abogado, lo que viene establecido en el artículo 432.1 LEC como garantía procesal de la propia parte y no de la contraria ni de la actuación del tribunal. En el caso presente los demandantes comparecieron por sí con su abogado defensor, no haciéndolo la procuradora que los representaba por causas en ese momento ignoradas, sin que pudiera ser localizada pese a que consta que se intentó.

Ante tal situación, cabía a la juzgadora de primera instancia adoptar distintas soluciones y optó finalmente por la más perjudicial para los derechos de la parte demandante, que quedó indefensa al no poder practicar la prueba que le había sido admitida, ya que se le tuvo por no comparecida.

La norma del artículo 432 LEC -que se considera infringida- es clara al requerir la presencia de procurador y letrado para que la comparecencia de la parte en el juicio pueda entenderse correctamente efectuada. No obstante, ante una situación como la que se dio en el caso presente en que, sin conocimiento de la causa motivadora por la parte ni por su abogado, no comparece la procuradora y no es posible su localización, es preciso determinar si resulta proporcionada, y acorde con los derechos constitucionales de tutela judicial y defensa en juicio, la consecuencia de tener por no presente a la parte y privarle de cualquier intervención, incluida la práctica de la prueba que se le había admitido y que podía llevarse a cabo en ese momento sin detrimento alguno de derechos para la

contraria.

La inasistencia del procurador al acto del juicio, cuando le consta el señalamiento y no alega causa justificada para ello, podrá comportar incumplimiento de deberes profesionales de carácter estatutario y de las obligaciones propias de la relación de apoderamiento, con las consecuencias a que haya lugar –incluso el artículo 553-3º LOPJ prevé la incomparecencia como generadora de posible responsabilidad disciplinaria exigible por el tribunal- pero no ha de suponer la privación al litigante de toda posibilidad de defensa en juicio cuando el mismo está presente y asistido técnicamente por abogado (...)"(F.D. 3º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la recurribilidad en casación de la Sentencia dictada en fase de ejecución para la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito.

STS (Sala 2ª) de 6 de julio de 2016, rec. nº 10945/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7738257&links=%22597%2F2016%22&optimize=20160718&publicinterface=true>

“(…) A) (...) Por último, hemos declarado recurrible el auto que contiene un pronunciamiento de fondo relativo al alcance de la obligación de indemnizar, en aquellos supuestos en los que esa cuestión pudo haber sido resuelta en sentencia si las partes lo hubieran planteado en la instancia en sus correspondientes calificaciones. Es el caso, por ejemplo, de la STS 368/1995, 14 de marzo, que estima recurrible el auto que resuelve el incidente de liquidación de intereses o la STS 234/2008, 30 de abril, que proclama la recurribilidad del auto que fija en fase de ejecución las bases conforme a las que debe calcularse la indemnización: ‘... se impugna la admisión del recurso por estimar que es inadmisibile contra los autos dictados en ejecución de sentencia.(...) La regulación específica del procedimiento abreviado y en el de faltas que autorizaba la concreción de la responsabilidad civil en la fase de ejecución de la sentencia penal, fue generalizada por el Código Penal de 1995 al establecer en el nuevo art. 115 que la cuantía de la indemnización civil se determine en la fase de ejecución. Ciertamente tal doble posibilidad de ubicación de la decisión no debe alterar el régimen de recursos contra ésta, dejándolo condicionado al evento de la elección de la sentencia sobre el momento de la fijación de la cuantía’.

[...] Y así lo ha venido entendiendo este Tribunal en supuestos similares.

Como en el caso de la Sentencia de esta Sala núm. 368/1995, de 14 marzo en la que dijimos: ‘...entendemos que la materia aquí resuelta en ejecución de sentencia es una cuestión que, caso de que hubiera sido propuesta por las partes en momento procesal oportuno, tendría que haber sido resuelta en sentencia. Se trata de un pronunciamiento de fondo relativo al alcance de la obligación de indemnizar que, aunque referido a un tema accesorio como lo es siempre el pago

de intereses respecto del principal relativo a la obligación de indemnizar, sin embargo pudo haber sido resuelto en sentencia si las partes lo hubieran planteado en la instancia en sus correspondientes calificaciones. Si así no se hizo y, por ello, fue preciso resolverlo en trámite de ejecución de sentencia, entendemos que, a los efectos aquí examinados, es decir, para ver si cabe o no recurso de casación, el auto correspondiente ha de considerarse como un complemento de la sentencia y, por tanto, como susceptible de casación en los mismos términos que si de una sentencia se tratara?

Y lo reiteramos en nuestra Sentencia núm. 545/1996, de 22 julio en que dijimos: ‘...la admisión del recurso, sin embargo, no puede ser puesta en duda, toda vez que la decisión contenida en el auto recurrido no es sino una concreción relativa a un punto que forma parte necesariamente del fallo de la sentencia, según lo establece el art. 142 LECrim. En la medida en la que dicho fallo es recurrible, toda decisión que, en buena técnica, hubiera debido ser motivo de éste, debe ser susceptible de los recursos que la ley prevé contra el fallo, en particular, en el presente caso, el recurso de casación. De lo contrario, la postergación, técnicamente difícil de justificar, de una decisión propia de la sentencia, quedaría arbitrariamente privada del recurso, con lo que se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva’” (F.D. 2º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo fija su doctrina sobre el plazo de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad en los llamados casos de reconocimiento de complacencia.

STS (Sala 1ª) de 15 de julio de 2016, rec. nº 1290/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7742371&links=%22494%2F2016%22&optimize=20160722&publicinterface=true>

“(…) Esta sala, en Pleno, manteniendo el criterio adoptado en la referida sentencia de 4 de julio de 2011, fija la doctrina siguiente:

Cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el artículo 136 CC si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el artículo 140.II CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción” (F. D. 4º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal al apreciar la vulneración en apelación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa reconocido en el art. 24. 2 CE.

STS (Sala 1ª) de 12 de septiembre de 2016, rec. nº 1183/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7819386&links=%22529%2F2016%22&optimize=20160923&publicinterface=true>

“Motivo segundo. Al amparo del art. 469.1.4 LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE, en su vertiente a la práctica de prueba pertinente, al denegar recabar la vida laboral de la actora.

Se estima el motivo.

En el segundo motivo, al amparo del art. 469.1, 4.º LEC, denuncia la vulneración en el proceso de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE en su vertiente del derecho a la práctica de prueba, al haber sido denegada la petición de recabar la vida laboral de la actora. Se infringe lo dispuesto en el art. 752 LEC, que permite la alegación y prueba incluso en fase de recurso de cualesquiera elementos necesarios para la formación de convicción sobre materias que no pueden ser objeto de disposición de las partes, como lo es en este caso el extremo de las retribuciones que percibe al Sra. Virginia que deben ponderarse para fijar las pensiones de alimentos de los menores. Cuestión que fue denegada por auto de 8 de enero de 2015, y formulado recurso de reposición fue desestimado por auto de 6 de febrero de 2015.

En la sentencia recurrida se declara que no se prueba la actividad laboral de Dña. Virginia, y que bien pudo el demandado pedirlo durante el procedimiento como prueba, sin necesidad de articularlo en la alzada.

Por otro lado consta que dicha prueba (informe de vida laboral) se pidió, al amparo del art. 752 LEC, al oponerse al recurso de apelación de Dña. Virginia, fue denegada y desestimado el recurso de reposición, como ya hemos referido por auto de 6 de febrero de 2015, al entender que era innecesario.

Esta Sala debe declarar que los ingresos de Dña. Virginia pueden ser relevantes en orden a la fijación de los alimentos que han de percibir los menores, pues los mismos se fijan con arreglo al principio de proporcionalidad de los ingresos de los que han de prestarlos, conforme al art. 145 C. Civil.

El recurrente hizo constar que la que fue su esposa estaba trabajando como conserje del Ayuntamiento y pese a ello ni el tribunal acepta una prueba tan relevante ni la propia recurrida, en su legítimo derecho, aporta información alguna al respecto.

Por todo ello esta Sala debe declarar que se ha provocado indefensión a la parte recurrente dado que no se le ha permitido probar un extremo de esencial importancia como eran los posibles ingresos de la que fue su esposa, aspecto que no pudo probar antes, dado que la situación se planteó, tras estar interpuesto el recurso de apelación (art. 469 LEC y art. 24 de la Constitución)” (F. D. 3º)

[R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda su doctrina relativa a que la documentación de las actuaciones no constituye un requisito de validez de los actos procesales.

STS (Sala 2ª) de 21 de septiembre de 2016, rec. nº 57/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7826318&links=%22711%2F2016%22&optimize=20160930&publicinterface=true>

“(…) Es cierto que al documentar la exploración de la menor no se especifica la intervención de las partes en el interrogatorio, lo que es acorde con la manera en que, según explicó la sentencia recurrida, se desarrolló éste: ‘Las preguntas se formularon a través de la presidencia quien también le formuló las preguntas que las partes solicitaron, tanto de la acusación como de la defensa’. Así consta que todas las preguntas las formuló la Presidenta y a continuación se recogen las respuestas que la niña facilitó. Es cierto que no se especifica a quien correspondió la iniciativa de los distintos puntos del interrogatorio, pero lo allí relatado coincide con el análisis que respecto al contenido de esta declaración incorpora la sentencia recurrida.

En palabras de la STS 55/2015, de 16 de marzo, ‘la documentación de las actuaciones no constituye un requisito de validez de los actos procesales, sino la prueba auténtica que permite constatar la realidad material de lo actuado. Ello podría afectar el ejercicio de algunos derechos fundamentales. Esta doctrina ya se dejó sentada en la STC 4/2004, de 14 de enero, FJ 5, que declaró que la pérdida de la documentación de las actuaciones no comporta en sí misma la vulneración de ninguna de las garantías esenciales del proceso’ (…).” (F. D. 4º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo aprecia vulneración del derecho a la defensa del acusado, ya que la denegación del derecho a designar abogado de confianza, así como las dificultades y deficiencias de comunicación impidieron que en el caso el acusado gozara de una defensa efectiva.

STS (Sala 2ª) de 2 de noviembre de 2016, rec. nº 733/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7863091&links=%22821%2F2016%22&optimize=20161111&publicinterface=true>

“En el caso actual, y valorando todas las circunstancias concurrentes, podemos apreciar fácilmente que las decisiones de la Audiencia Provincial relativas a la denegación de la nulidad interesada por indefensión material del acusado durante la tramitación del procedimiento y a la inadmisión de su solicitud de que se le permitiese designar un letrado de confianza, apoyada por su abogado de oficio,

ordenando la continuación del juicio con el letrado proveniente del turno de oficio, sin admitir la posibilidad de practicar prueba alguna adicional, quebrantaron el derecho constitucional de defensa del recurrente, al impedir que dispusiera de una defensa efectiva.

En efecto, en primer lugar esta denegación aparece inmotivada. La sentencia no contiene argumentación alguna para justificar esta doble denegación, de nulidad y de cambio de letrado, ni incorpora justificación alguna acerca las razones que pudieron llevar al Tribunal a estimar que las solicitudes de la defensa incurrieran en abuso de derecho, o que la defensa del acusado, pese a las manifiestas deficiencias puestas de manifiesto en el juicio, podía ser calificada de efectiva. Tampoco se ha dictado auto alguno para resolver esta vulneración constitucional del derecho de defensa, denunciada en el juicio como cuestión previa, auto que podría subsanar la deficiencia motivadora de la sentencia.

En segundo lugar, si se analizan los supuestos en que el cambio del abogado designado puede ser desatendido por el Tribunal sobre la base del abuso de derecho cabe fácilmente apreciar que no concurren en el caso actual. Las peticiones del acusado no fueron inmotivadas ni motivadas de forma irrazonable. La defensa de oficio reconoció en el juicio oral que su incomunicación con el acusado hasta pocos minutos antes de la celebración del propio juicio había determinado que no pudiese proponer unas pruebas que razonablemente se presentan como relevantes en atención a las circunstancias del caso. El propio acusado pone de manifiesto que la totalidad del procedimiento se practicó a sus espaldas, ni se le notificó el nombramiento de su abogado, ignorando quien era y como ponerse en contacto con él, ni el auto de transformación del procedimiento, ni los escritos de acusación y las pruebas propuestas por la acusación pública y privada, ni el auto de apertura del juicio oral, ni siquiera conoció el escrito de calificación formulado por su defensa, por lo que sus alegaciones de indefensión no pueden ser calificadas de irrelevantes o manifiestamente injustificadas. Tampoco se ha puesto de manifiesto una estrategia dilatoria por demorar injustificadamente la solicitud hasta el propio momento del juicio, pues consta que el acusado no la pudo formular antes dado que estaba en prisión, a mas de mil kilómetros de distancia de donde se tramitaba el procedimiento contra él y no se le notificó resolución alguna hasta el momento del juicio. Y tampoco se aprecia una calculada desidia a la hora de hacer valer el propio derecho de defensa, pues si bien es cierto que el acusado no extremó su diligencia tras prestar declaración como imputado en las diligencias previas, también lo es que al no haber recibido ninguna otra noticia del procedimiento pudo estimar razonablemente que se había archivado, sin que se le pueda exigir como carga la indagación personal del estado de un procedimiento penal en el que la Constitución le reconoce un derecho efectivo de defensa letrada” (F.D. 12°).

“Es cierto que al Tribunal tampoco le compete subsanar las deficiencias técnicas de la defensa, y que el artículo 768 de la Lecrim establece que en el procedimiento abreviado el abogado designado por la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo necesaria la intervención del

procurador hasta el trámite de apertura del juicio oral, por lo que puede recibir notificaciones para su defendido. Pero no se trata aquí de señalar ningún defecto formal de tramitación imputable al Instructor o al Tribunal sentenciador, sino de apreciar que, atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, lo cierto es que resulta manifiesto que el acusado no dispuso de una defensa efectiva, y el Tribunal de Instancia no subsanó dicha circunstancia al serle puesta de relieve en el acto del juicio oral, por lo que deben estimarse los motivos de casación interpuestos que, con fundamentos diversos pero acumulativos, denuncian la vulneración del derecho fundamental de defensa (...)” (F. D. 13º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre el cómputo del plazo de caducidad de la acción de protección del derecho al honor en el caso de inicio de proceso penal sobre los mismos hechos.

STS (Sala 1ª) de 7 de diciembre de 2016, rec. nº 2528/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7896346&links=%22725%2F2016%22&optimize=20161223&publicinterface=true>

“(…) Se añade a ello que ‘En la demanda se adujo que el plazo de ejercicio de su pretensión comenzó en la fecha de notificación de la sentencia resolutoria del recurso de apelación penal; da por supuesto que la incoación de causa penal obsta al ejercicio de la acción civil de protección. Sin embargo el artículo 1º, 2, inciso inicial, de la citada Ley Orgánica, en la redacción que le dio la disposición final cuarta del Código Penal de 1995, dispone que "el carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9º de esta Ley", es decir, al proceso civil. Tampoco hay razón para entender, dada su generalidad, que el artículo 114, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal juega de distinto modo en el caso de delitos públicos y privados. Así pues nada impedía interponer la demanda en el plazo de cuatro años, aunque la pendencia de la causa penal (por cierto incoada el tres de marzo de 2004, casi medio año después) produjese la suspensión del proceso civil (sentencias del Tribunal Supremo de veintiocho de septiembre de 1998, treinta y uno de julio de 2000, veintidós de noviembre de 2002, veinte de marzo de 2007, veintiuno de julio de 2008, veintinueve de abril de 2009 y veinticinco de febrero de 2013 y 77/2002 del Tribunal Constitucional). Así pues la caducidad se consumó antes de la interposición de la demanda y ello acarrea por sí solo la imposibilidad de estimación’.

Dicha argumentación no se acomoda a la doctrina sostenida por esta sala que únicamente se pronuncia en tal sentido cuando se trata de delitos perseguibles sólo a instancia de parte (sentencia núm. 285/2009, de 29 de abril) y no cuando - como ocurrió en el caso- se actuó penalmente a instancia del Ministerio Fiscal.

En consecuencia no puede considerarse que la acción civil había caducado en el

momento de la interposición de la demanda, ya que no habían transcurrido cuatro años desde la finalización del proceso penal, y por ello dicha consideración no puede justificar la desestimación de la demanda y sí la estimación de este primer motivo en el aspecto de que se trata” (F. D. 6º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la falta de técnica casacional en la elaboración del recurso de casación civil.

STS (Sala 1ª) de 22 de diciembre de 2016, rec. nº 1943/2013.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7914608&links=%22749%2F2016%22&optimize=20170123&publicinterface=true>

“1. (...) Por ello, esta Sala ha declarado de forma reiterada que la imprescindible claridad y precisión del recurso de casación, implícitamente exigidas en el citado art. 477.1 LEC, exigen una estructura ordenada que posibilite un tratamiento separado de cada cuestión, con indicación de la norma sustantiva, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo o el principio general del Derecho infringidos. Y además, que el recurrente argumente la infracción con razonable claridad para permitir la individualización del problema jurídico planteado, de tal forma que no cabe una argumentación por acarreo que se limite a la genérica afirmación de que la sentencia yerra en la decisión de los extremos que se indican, quizás admisible en las instancias, pero inadecuada en la casación (...).

3. En el presente caso, el escrito de interposición del recurso adolece totalmente de falta de la precisión que impone la función nomofiláctica de la casación, ya que ni siquiera se formulan motivos casacionales propiamente dichos, sino que se contienen unas alegaciones sin mención específica a infracciones legales, en las que se entremezclan los meros alegatos de parte con la cita indiscriminada de sentencias de Audiencias Provinciales, en un maremágnum argumentativo que hace prácticamente imposible la identificación del motivo casacional y de la infracción legal o jurisprudencial atribuida a la sentencia recurrida (...).

5. Aplicada tal doctrina al recurso examinado, la conclusión no puede ser otra que su desestimación por inadmisibile, al consistir en un conjunto de alegaciones que no responden mínimamente a la estructura propia de un recurso de casación. Lo que implica la concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el artículo 473.2.1º, en relación con la DF 16.a, 1, regla 2.a, LEC, que se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del recurso (sentencias de esta Sala núm. 72/2009, de 13 de febrero, 33/2011, de 31 de enero, y 564/2013, de 1 de octubre). A lo que no obsta que en su día el recurso fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de dicha admisión inicial, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias núm. 97/2011, de 18 de febrero, y 548/2012, de 20 de septiembre). El Tribunal Constitucional ha afirmado en

numerosas resoluciones que «la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos» (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero; 204/2005, de 18 de julio; 237/2006, de 17 de julio; 7/2007, de 15 de enero; 28/2011, de 14 de marzo; 29/2011 de 14 de marzo; 69/2011, de 16 de mayo; y 200/2012, de 12 de noviembre)” (F. D. 3º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo precisa su doctrina sobre el derecho de asistencia letrada en las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal.

STS (Sala 2ª) de 11 de enero de 2017, rec. nº 1498/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7912486&links=%22980%2F2016%22&optimize=20170118&publicinterface=true>

“(…) Tampoco podemos coincidir con la línea argumental que inspira el recurso del Fiscal, conforme a la cual, la presencia de Letrado en el interrogatorio al que fue sometido el agente denunciado era perfectamente prescindible al no hallarse éste detenido. No es eso lo que prescribe el apartado 2 del art. 5 del EOMF. En él no sólo se exige la asistencia de Letrado en el acto del interrogatorio, sino que se proclama el derecho de defensa como uno de los principios que han de informar la práctica de esas diligencias: ‘... todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad. [...] Los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias. [...] A tal fin, el Fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas’. En la misma línea, el art. 773.2 de la LECrim establece que ‘el Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal’. Y las garantías asociadas al derecho de defensa están expresamente anunciadas en el art. 118 de la LECrim, encabezado por una locución cuyo olvido aleja al proceso penal de sus principios informadores: ‘toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa’. No existen, pues, otras limitaciones que las expresamente fijadas en ese mismo precepto, cuya literalidad no prescinde del Fiscal cuando menciona a los sujetos públicos destinatarios de ese recordatorio: ‘el derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial (...) y que estará presente en todas sus declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos’ (art. 118.2, 2º LECrim).

“(…) En definitiva, sean cuales fueren las dificultades para la correcta catalogación de esas diligencias de investigación del Fiscal -preliminares, preprocesales, preparatorias-, lo cierto es que esa etiqueta nunca puede concebirse como una excusa para despojar al ciudadano de las garantías y límites que nuestro sistema constitucional impone a la actividad investigadora de los poderes públicos, tanto si se trata de un sospechoso llamado por el Fiscal u otro ciudadano que, sin haber sido llamado, llega a tener conocimiento de que está siendo investigado por el Ministerio Público.

Una práctica que se distancia de esa elemental idea contribuye a la degradación de nuestro sistema procesal (...)” (F. D. 2º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la posible afectación a la imparcialidad cuando el órgano judicial de enjuiciamiento está integrado por personas que formaron parte del órgano judicial que controló la actividad del órgano judicial instructor al resolver recursos devolutivos contra decisiones de este.

STS (Sala 2ª) de 12 de enero de 2017, rec. nº 971/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7921690&links=%22989%2F2016%22&optimize=20170131&publicinterface=true>

“(…) En consecuencia, atendiendo a las circunstancias del caso, cabe estimar que las dos Magistradas que dictaron la sentencia impugnada, incluida la Presidenta del Tribunal y la ponente de la citada resolución, habían ya prejuzgado los hechos pues el juicio expresado en las resoluciones dictadas durante la Instrucción, revocando en dos ocasiones el sobreseimiento en contra del criterio de la Juez Instructora y de la representante del Ministerio Público, apenas difiere del expresado en la sentencia. En definitiva, en las resoluciones interlocutorias se efectuaron valoraciones que, aunque fuesen provisionales, resultan sustancialmente iguales a las que son propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando un pronunciamiento anticipado al respecto, por lo que resultan justificadas las dudas sobre la imparcialidad de la mayoría de los miembros del Tribunal en el momento del enjuiciamiento.

Procede, por lo tanto, estimar el motivo y apreciar el vicio denunciado de falta de imparcialidad del Tribunal” (F. D. 5º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre los efectos de la negativa al sometimiento a la prueba biológica de paternidad, recayendo en el caso voto particular.

STS (Sala 1ª) de 17 de enero de 2017, rec. nº 2016/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7921663&links=%2218%2F2017%22&optimize=20170131&publicinterface=true>

“2.- La doctrina de la Sala al respecto aparece correctamente citada tanto en la sentencia de primera instancia como en la sentencia recurrida, y era recordada más recientemente por la sentencia 299/2015, de 28 de mayo, en los siguientes términos: ‘Es doctrina consolidada que la negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una ficta confessio, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que, unido a otras pruebas obrantes en el proceso, debe ser ponderado por el juzgador a los efectos de atribuir la paternidad reclamada (STC 14-2-2005 y SSTs 27-2-2007, entre otras). Por lo tanto, hay que examinar cuáles son las razones de la decisión y las pruebas que se han aportado, con las que debe ponderarse la negativa al sometimiento a dicha prueba’ (...).

3.- Se concluye, pues, que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no determina en el ordenamiento español una ficta confessio y por ello el artículo 767.4 LEC dice que se permite la atribución de la paternidad o maternidad ‘siempre que existan otros indicios...’. Precisamente es lo que mantiene la sentencia recurrida cuando indica que será necesario ver en este caso cuáles son tales indicios.

4.- Al enumerarlos refleja fielmente la prueba practicada, que esta Sala ha examinado a través de la grabación efectuada de la vista en su día celebrada. De ello se colige que no existe más indicio que la relación breve que mantuvieron las partes, presentadas por conocidos comunes, de no más de 15 días, en los que tomaron café unas cuantas veces y cenaron, según él, un día, y, según ella, dos, siendo tras esta segunda cena cuando afirma la actora que mantuvieron relaciones sexuales. Tanto la testigo Jacinta como el testigo Adolfo contradicen algunas de las manifestaciones de la actora, que serían relevantes al caso (...).

5.- No puede concluirse, por lo anteriormente expuesto, que la sentencia recurrida incurra en un error patente al valorar la prueba practicada, a la que, a juicio de esta Sala, podría añadirse el tiempo transcurrido desde el nacimiento de la niña hasta la interposición de la demanda de reclamación de paternidad (ocho años), sin que la actora haya acreditado reclamación o gestión alguna con el demandado a los efectos ahora pretendidos” (F.D. 2º).

“Voto particular”

“(…) Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller”

“(…) Una vez que la sala ha estimado oportuno entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada entiendo, como ya adelanté, que la solución debió ser la estimación de la demanda puesto que, al muy valioso indicio representado por la negativa del demandado a someterse a dicha prueba, se une otro consistente en la evidencia de que la demandante y el demandado se conocieron en las fiestas de

carnaval del año 2004 en Santa Cruz de Tenerife y se vieron en varias ocasiones durante esos días, período durante el cual debió tener lugar la concepción a la vista de la fecha de nacimiento de la niña” (F.D. 1º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la incomunicación de los testigos que hayan de declarar en el juicio oral.

STS (Sala 2ª) de 20 de enero de 2017, rec. nº 10261/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7926499&links=%2218%2F2017%22&optimize=20170206&publicinterface=true>

“Entre los elementos que la Sala sentenciadora analizó se encuentra el que sustenta el tercer motivo de recurso, que denunció infracción del artículo 704 LECrim en cuanto que el testigo víctima de los hechos estuvo presente en la Sala mientras los acusados declaraban. El artículo 704 LECrim prevé la incomunicación de los testigos que hayan de declarar en el juicio oral, lo que, entre otras cuestiones, impide que los que estén llamados a intervenir como tales presencien, antes de hacerlo, las sesiones del juicio oral. Sin embargo, ello no es condición de la validez del testimonio (STS 32/1995 de 19 de enero; 1421/2001 de 16 de julio o 46/2010 de 2 de enero), sin perjuicio de que en cada caso haya podido producir efectos que deberán ser analizados extrayendo las oportunas consecuencias en orden al poder probatorio de concretos testigos. La reciente sentencia 912/2016 de 1 de diciembre, sintetiza la jurisprudencia de esta Sala al respecto, y explica que la razón de la incomunicación se centra en evitar que un testigo preste su declaración condicionado o influido por lo que ha oído declarar a otro, o, en su caso, a los acusados. En consecuencia, la forma correcta de proceder es la que señala la ley, es decir, que los testigos permanezcan incomunicados y que declaren de uno en uno, evitando riesgos innecesarios que, de concretarse, pudieran restar valor a las pruebas disponibles. La incomunicación no es condición de validez de la prueba testifical y sí sólo de su credibilidad (entre otras STS 153/2005 de 10 de febrero).

(...) En este caso, la Sala sentenciadora analizó la cuestión, descartó que la presencia del testigo víctima de los hechos desde el inicio de la sesión del juicio oral respondiera a un ánimo torcido por su parte o la del letrado que en su nombre actuaba como acusador particular, y lo atribuyó a un mero error. Así calificó la irregularidad de involuntaria, y concluyó que en nada pudo afectar a la objetividad o veracidad de su testimonio, ni verse este condicionado por lo que los acusados hubieran manifestado, en cuanto que aquellos se limitaron a negar su intervención en los hechos. El recurso no aporta elemento alguno que permita cuestionar esas conclusiones” (F.D. 6º).

“En atención a lo expuesto, no se aprecian razones para poner en cuestión la credibilidad que la Sala sentenciadora reconoció al testimonio del perjudicado en

orden a acreditar la realidad de los hechos enjuiciados, y la intervención del recurrente Simón, como uno de sus protagonistas” (F.D. 7º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la recurribilidad formal en casación de los autos de sobreseimiento dictados en apelación en el procedimiento abreviado y precisa el alcance de su competencia cuando se recurre en casación un auto de sobreseimiento libre.

STS (Sala 2ª) de 26 de enero de 2017, rec. nº 1231/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7920555&links=%2232%2F2017%22&optimize=20170130&publicinterface=true>

“(…) Se invoca también -ahora en el marco de la infracción de derecho que autoriza el art. 849.1 de la LECrim la indebida aplicación de los preceptos en los que el Fiscal considera subsumibles los hechos por los que formula acusación. Conviene matizar, en línea con otros pronunciamientos de esta Sala, que cuando se recurre en casación un auto de sobreseimiento libre, el error de derecho denunciado por la vía del art. 849.1 de la LECrim no nos autoriza a evaluar la corrección de un juicio de tipicidad que, como es lógico, sólo puede ser proclamado por el Tribunal de instancia una vez valoradas las pruebas practicadas en el juicio oral (cfr. art. 741 LECrim). De lo que se trata, en fin, es de examinar el fundamento de la imputación con la que el Fiscal o cualquiera de las acusaciones aspiran a abrir el juicio oral. Nos movemos, por tanto, en un plano en el que la subsunción sólo tiene que dibujarse indiciariamente, con toda la provisionalidad que es asociable a esa etapa del proceso calificada como fase intermedia, de marcado carácter jurisdiccional en nuestro sistema y que se orienta precisamente a garantizar que ningún ciudadano habrá de soportar una acusación infundada. En palabras de la STS 903/2011, 15 de junio -con cita literal de la STS 1524/2004, 29 de diciembre -, en tales casos ‘... el juicio de revisión casacional debe extenderse a comprobar si los hechos investigados pueden ser o no constitutivos de infracción penal teniendo en cuenta el fundamento de la imputación a la vista de los indicios racionales de criminalidad existentes en las diligencias (artículos 386 y 779.1 ambos LECrim), luego en estos casos necesariamente la infracción de preceptos penales sustantivos es de segundo grado o por alcance teniendo en cuenta la existencia o no de fundamento de la imputación. La existencia de indicios racionales de criminalidad sobre la participación de una persona en hechos presuntamente delictivos es suficiente para fundamentar la imputación frente a la misma, lo que en este caso equivale a acordar la apertura del juicio oral’.

“(…) El acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día 9 de febrero de 2005, proclamó que los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones: a) que se trate de un auto de sobreseimiento libre; b) que haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el

hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables; c) el auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación. Esta idea ha sido reiterada en una línea jurisprudencial que puede considerarse plenamente consolidada y de la que las SSTS 836/2008, 11 de diciembre, 705/2008, 4 de noviembre y 612/2007, 1 de junio, son fieles exponentes. Criterio jurisprudencial que también inspira la nueva redacción del art. 848 de la LECrim, modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre” (F.D. 2º) [R.B.P.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo determina las consecuencias sobre la condena en costas procesales de un allanamiento parcial de una codemandada durante la tramitación del recurso de casación.

STS (Sala 1ª) de 8 de febrero de 2017, rec. nº 355/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7940485&links=%2274%2F2017%22&optimize=20170222&publicinterface=true>

“La aseguradora demandada Asefa -hoy recurrida- presentó escrito ante esta sala por el que solicitó que se le tuviera por allanada respecto del recurso interpuesto de contrario por lo que se refiere a la solicitud de reintegro de las cantidades entregadas a cuenta a la promotora codemandada, Marina Isla Valdecasas S.A., extendiéndose por tanto a la allanada la condena a reintegro de las cantidades satisfechas a la promotora, sin que proceda condena al pago del interés previsto en el artículo 20 LCS y a las costas. Por aplicación del principio dispositivo que rige en el proceso civil (artículo 21 LEC) procede la estimación del recurso de casación interpuesto por la demandante, lo que lleva a que esta sala deba limitarse a resolver las cuestiones pendientes acerca de la aplicación del interés moratorio del artículo 20 LCS y a formular los correspondientes pronunciamientos sobre costas causadas en las instancias. La primera de dichas cuestiones ha sido resuelta por la sentencia de esta sala 527/2016, de 12 septiembre, que cita la parte recurrida como causa de su allanamiento, en el sentido de condenar a la aseguradora al pago de los intereses previstos en el artículo 20 LCS en un caso sustancialmente igual al presente y derivado de la misma promoción, por lo que procede reiterar dicho pronunciamiento en el caso presente entrando en juego los intereses previstos en el artículo citado desde la fecha en que se produjo la reclamación de devolución a la entidad aseguradora. Igualmente procede la condena en costas de primera instancia a la aseguradora, dejando sin efecto la condena que respecto de las costas causadas por ésta se impuso a la demandante en ambas instancias, todo ello por aplicación de los artículos 394 y 398 LEC” (F.D. 2º).

“(…) Estimado el recurso, no procede condena en las costas causadas por el mismo (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con devolución del depósito constituido” (F.D. 3º) [R.B.P.].

VIII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Jurisprudencia: Derecho a la naturalización por residencia a pesar de no cumplir con el requisito de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior.

STS (Sala 2ª) de 3 de mayo de 2016, rec. nº 295/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7672743&links=&optimize=20160517&publicinterface=true>

[Nacionalidad española. Naturalización por residencia. Derecho a la obtención a pesar de que el interesado no cumplía el requisito de residencia legal de dos años, continuada e inmediatamente anterior a la petición, y no estar provisto de la preceptiva autorización de residencia durante un año.

Aplicación de la jurisprudencia que viene interpretando de forma flexible el requisito de residencia continuada en aquellos supuestos de mero retraso en la solicitud de renovación de la autorización de la residencia cuando el interesado ha residido de forma legal durante largo tiempo en España, ha obtenido diversas renovaciones de permiso de residencia y ha demostrado suficiente arraigo y estancia continuada] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales y al divorcio.

STS (Sala 1ª) de 20 de diciembre 2016, rec. nº 2833/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7900285&links=&optimize=20170102&publicinterface=true>

[Divorcio. Capitulaciones matrimoniales. Determinación de la legislación aplicable entre el Código de Familia de Cataluña y el Código Civil francés. Efectos del matrimonio y situaciones de crisis matrimonial. Determinación de la legislación aplicable en orden a la concesión de una pensión compensatoria y de una indemnización tras el divorcio y la consiguiente extinción de la relación matrimonial de los cónyuges. Doctrina jurisprudencial aplicable] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Modificación de medidas sobre guarda y custodia acordadas por tribunal extranjero.

STS (Sala 1ª) de 18 de enero de 2017, rec. nº 2545/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7926437/Recurso%20de%20casacion/20170206>

[Modificación de las medidas acordadas por un tribunal extranjero en procedimiento sobre guarda y custodia, instada por el progenitor residente en el extranjero debido al traslado a España del progenitor custodio con el menor. Interés del menor] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Anulación de la denegación de la nacionalidad española.

SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3, de 7 de junio 2016, rec. nº 1874/20145.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7714371&links=&optimize=20160620&publicinterface=true>

[Nacionalidad española. Solicitud. Denegación por no haber justificado suficiente grado de integración social. El conocimiento de la lengua, de las diferentes facetas de la realidad española y del marco institucional, forma parte del grado de adaptación a la cultura española, que es un componente del requisito del suficiente grado de integración social que la parte interesada ha de justificar, si bien el nivel de exigencia de dichos conocimientos puede modularse en función del grado de instrucción del interesado y demás circunstancias que concurran en el mismo, requiriéndose en cualquier caso un dominio de la lengua que permita una comunicación fluida a nivel oral y un cierto grado de conocimiento de la realidad española. El desconocimiento de algunas cuestiones formuladas durante el procedimiento no justifica la denegación de la nacionalidad española cuando ello obedece al nivel cultural del solicitante y no a una falta de integración social] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Expulsión justificada de un extranjero por estancia irregular.

STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sede de Albacete, Sección 2, de 16 de mayo de 2016, rec. nº 129/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=7717418&links=&optimize=20160623&publicinterface=true>

[Expulsión del territorio nacional del recurrente, como consecuencia de encontrarse en situación irregular y por haber sido sancionado por la misma infracción sin haber cumplido con la salida obligatoria que en su momento le había sido impuesta. Aplicación de lo dispuesto en la STJUE de 23 de abril de 2015: la consecuencia de la estancia irregular de un extranjero ha de ser la expulsión del país, salvo casos excepcionales que en el presente caso no concurren. Examen de la posible aplicación de la excepción contenida en el art. 5 c) de la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en

situación irregular, que dispone la no devolución en razón del estado de salud del extranjero de un tercer país. No aplicación. Si bien el recurrente tiene diagnosticado cáncer y VIH, consta que el cáncer está resuelto con normalidad, y el VIH es una enfermedad crónica que se trata con la administración de medicamentos, sin que se haya acreditado que no pudiera recibirlos en su país de origen] [A.O.G.].

Jurisprudencia: Derecho al permiso de residencia y trabajo de persona condenada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, de 19 de mayo de 2016, rec. nº 36/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7717942&links=&optimize=20160623&publicinterface=true>

[Derecho al permiso de residencia y trabajo a pesar de que el solicitante fue condenado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Constancia en el expediente que el solicitante había cumplido la condena impuesta referida a las jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad, y respecto de las restantes penas, se aportó certificado del Registro central de Penados del que resultó que, a la fecha de la resolución de la denegación del permiso, se encontraban extinguidas. Ha quedado acreditado que el actor ha figurado de alta en el Sistema de la Seguridad Social durante más de dos años, y que a la fecha de celebración de la vista en primera instancia estaba trabajando. En el recurso de apelación se ha aportado informe favorable de esfuerzo de integración emitido por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia] [A.O.G.].