

# PRAXIS JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES



Revista Semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano  
Número 7  
Enero 2018

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](http://www.idibe.com)

Director General:

José Ramón de Verda y Beamonte

[j.ramon.de-verda@uv.es](mailto: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 UNIVERSITAT POLITÈCNICA DE VALÈNCIA  
Y DE LA UNIVERSIDAD JAUME I. ABOGADO

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS  
PROFESOR AYUDANTE DOCTOR 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, Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

P.G.P.: Dr. Pablo Girgado Perandones, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Tarragona

F.H.G.: Dr. Fernando Hernández Guijarro, Abogado; Profesor Asociado de la Universitat Politècnica de València; 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.

P.R.P.: Dra. Paola Rodas Paredes, Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad “Rovira i Virgili” de Tarragona.

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. Derecho de Familia.....	6
2. Responsabilidad Civil.....	22
3. Derecho de Sucesiones.....	27
II. Derecho Mercantil.....	31
1. Contratación Mercantil.....	31
2. Derecho de Seguros.....	37
3. Derecho de Sociedades.....	55
4. Derecho Concursal.....	71
III. Derecho del Trabajo.....	82
IV. Derecho Penal.....	87
1. Parte General.....	87
2. Parte Especial.....	91
V. Derecho Administrativo.....	95
VI. Derecho Tributario.....	108
VII. Derecho Procesal.....	118
VIII. Derecho Internacional Privado.....	122

## I. DERECHO CIVIL

### 1. DERECHO DE FAMILIA

*Jurisprudencia: La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC. Hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación; otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios.*

STS (Sala 1ª) de 22 de febrero de 2017, rec. n.º 1653/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7950562&links=%221653%2F2015%22%20%22117%2F2017%22%20%22JOSE%20ANTONIO%20SEIJAS%20QUINTANA%22&optimize=20170306&publicinterface=true>

“El recurso se formula por doña Angustia por infracción del artículo 96 del Código Civil y la doctrina que lo interpreta (sentencias 1 de abril y 14 de abril, 21 de junio y 5 de septiembre de 2011; 26 de abril de 2012; 17 de octubre 2013 y 2 de junio 2014), en cuanto limita a cuatro años el uso y disfrute de la que fuera vivienda familiar a favor de los hijos menores de edad de la pareja y de la propia recurrente, al ser ella la progenitora a quien se confiere la guarda y custodia de los niños.

Se estima.

Antes de entrar a resolver el recurso, esta Sala se ve en la obligación de puntualizar algunas cuestiones que se han planteado por el recurrido en relación con el recurso de casación, y que determinarán la respuesta al único motivo formulado, en relación a la pertinencia de establecer una medida como la de la atribución del uso de la vivienda familiar en una relación de hecho de los progenitores; problema que ha sido resuelto en la sentencia de esta sala de 1 de abril de 2011, teniendo en cuenta el interés de los menores. Es cierto, señala, ‘que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159 CC), pero las reglas de los arts. 156.5 y 159 CC no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el art. 92 CC, por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones (se refiere al artículo 96 CC) existe, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 CC’.

En realidad, añade, ‘el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los arts. 14 y 39 CE’.

La respuesta a lo demás es clara. Es cierto que esta sala viene admitiendo en algunas resoluciones recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil. Lo que no es posible es que esta alegación sirva de argumento en la sentencia para contravenir la reiterada doctrina de esta sala sobre el uso de la vivienda familiar en supuestos similares pues a ninguno se refieren las ‘resoluciones más recientes’ que dice la sentencia, sin citarlas.

Lo que dice esta sala -sentencia de 17 de junio de 2013- es lo siguiente: ‘hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios...’

Consecuencia de lo cual es la siguiente doctrina: ‘la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC’ (221/2011, 1 de abril; 181/2014, 3 de abril; 301/2014, de 29 de mayo; 297/2014, 2 de junio; 660/2014, de 28 de noviembre; 282/2015, de 18 de mayo, todas ellas dictadas en recursos de casación procedentes de la misma Audiencia). (...)’ (F.D. 2º)

‘La estimación del recurso, determina la casación en este punto de la sentencia recurrida y la consiguiente reposición de la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de Valladolid, de 5 de junio de 2014, en la que se atribuye el uso del domicilio familiar a los hijos y a su madre, sin la limitación temporal impuesta en la sentencia recurrida.

Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: ‘la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art 96 cc.’” (F.D. 3º) [P.M.R.].

*Jurisprudencia: La enfermedad del recurrente -trastorno depresivo- no supone un dato relevante que comporte una modificación de circunstancias que deba hacer variar el régimen de custodia compartida acordado en convenio regulador previo.*

STS (Sala 1ª) de 22 de febrero de 2017, rec. nº 2358/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7950556&links=%22116%2F2017%22&optimize=20170306&publicinterface=true>

“(…) el régimen de guarda y custodia compartida es cada día más frecuente y es ya el ordinario y no el excepcional para aplicar la guarda y custodia de menores ante la separación o divorcio de sus padres, y lo que procede es determinar si la interpretación que se hace de ellos es contraria a la doctrina de esta sala.

Los criterios que la sala viene manteniendo al respecto, siempre bajo la prevalencia del respeto del interés superior de los menores, parten de la necesidad de optar por el sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, habiéndose reiterado que la redacción del artículo 92 CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, teniéndose en cuenta la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los mismos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes obrantes en autos y finalmente cualquier otro elemento que permita valorar con mayor precisión cuál es el interés de los menores en el caso concreto (SSTS 10 y 11 de marzo de 2010, 7 de julio de 2011, 29 abril de 2013, 25 de abril, 22 y 30 de octubre, y 18 noviembre 2014, 16 de febrero y 17 de julio de 2015, y 30 de mayo de 2016, entre otras).

No se aprecia en el caso la existencia de un cambio relevante en las circunstancias que, en su día, se tuvieron en cuenta para establecer -por acuerdo de los progenitores- el régimen de la guarda y custodia compartida. La enfermedad del recurrente -trastorno depresivo- no supone un dato relevante que comporte una modificación de circunstancias que deba hacer variar el régimen, cuando la propia Audiencia ha establecido un amplio régimen de visitas y estancias de los menores con el padre, lo que pone de manifiesto que no considera que impida llevar a cabo las tareas de guarda y atención de los mismos de forma adecuada (...)” (F.D.2º). [S.R.LL.].

*Jurisprudencia: El art. 96.3 del C. Civil permite la atribución de la vivienda familiar por un tiempo prudencial al cónyuge no titular, cuando no concurren hijos menores.*

STS (Sala 1ª) de 1 de marzo de 2017, rec. nº 1170/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7956135&links=vivienda%20%221170%2F2015%22%20%22142%2F2017%22%20%22FRANCISCO%20JAVIER%20ARROYO%20FIESTAS%22&optimize=20170310&publicinterface=true>

“(…) El escrito de interposición del recurso de casación se articula en dos motivos.

En el motivo primero, tras citar como infringidos los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo y sin alegar interés casacional alguno, se señala que el contrato de arrendamiento de vivienda protegida fue firmado por el demandante y no por su cónyuge de suerte que la cesión de la vivienda que realiza la sentencia recurrida no opera en el ámbito administrativo del contrato en tanto que en la demandada no concurren los requisitos administrativos que en su día justificaron la atribución de la vivienda al demandando, pudiendo procederse al desahucio administrativo de la vivienda.

Por último, en el motivo segundo, tras citar como precepto legal infringido el artículo 96.3 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 5 de septiembre de 2011, 11 de noviembre de 2013 y 12 de febrero de 2014, las cuales establecen que en caso de no existir hijos menores de edad, la atribución de la vivienda familiar deberá hacerse al cónyuge más necesitado de protección.

Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido vulnerada por la sentencia recurrida en tanto que reconocido tanto por la sentencia de primera instancia como por la sentencia de la Audiencia Provincial, ahora recurrida, que el interés más necesitado de protección es el del demandante, Sr. Salvador, no cabe la atribución alternativa de la vivienda realizada por dicha resolución, siendo lo procedente la atribución de la misma al demandante.

El motivo primero del recurso de casación ha sido objeto de inadmisión por alegarse la infracción de normas administrativas que carecen de la virtualidad necesaria para sustentar un recurso de casación civil, por falta de expresión por la parte recurrente en el encabezamiento o formulación del motivo de cuál es el elemento entre los que pueden integrar el interés casacional en el que se funda la admisibilidad del recurso y por inexistencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo por falta de cita de dos o más sentencias de la Sala Primera, por inexistencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales por no haberse justificado la contradicción entre Audiencias Provinciales e inexistencia por falta de aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años.” (F.D.1º)

“Motivo único (segundo admitido). Interés casacional de la sentencia recurrida por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en interpretación a la aplicación del art. 96.3 del Código Civil y el bien más necesitado de protección.

Argumenta la parte recurrente que la doctrina de esta sala ha sido vulnerada por la sentencia recurrida en cuanto que reconocido tanto por la sentencia de primera instancia como por la sentencia de la Audiencia Provincial, ahora recurrida, que el interés más necesitado de protección es el del demandante, Sr. Salvador, no cabe

la atribución alternativa de la vivienda realizada por dicha resolución, siendo lo procedente la atribución de la misma al demandante.”(F.D.2º)

*“Decisión de la sala. Atribución de vivienda familiar en ausencia de hijos mayores de edad, cedida en arrendamiento por la Junta de Andalucía, como vivienda de protección oficial.*

Procede rechazar la causa de inadmisibilidad, dado que en el recurso no se cuestiona la valoración de la prueba.

Se estima el motivo.

En la resolución recurrida se aprecia contradicción, dado que reconoce en el Sr. Salvador el interés más necesitado de protección y, sin embargo, establece un sistema de alternancia anual en el uso de la vivienda arrendada (...)

No procede partiendo de dicho razonamiento llegar a una conclusión que perjudica a quien se le reconoce el interés más digno de protección (Sr. Salvador).

El art. 96.3 del C. Civil permite la atribución de la vivienda familiar por un tiempo prudencial al cónyuge no titular, cuando no concurren hijos menores.

En el presente caso consta que el Sr. Salvador es el titular del contrato de arrendamiento sujeto a la legislación administrativa de la Comunidad Autónoma Andaluza y con sujeción a las causas de desahucio administrativo.

Por tanto, procede mantener al Sr. Salvador en el uso exclusivo de la vivienda, en régimen de arrendamiento:

1. Por ser el que ostenta el interés más digno de protección.
2. Porque al ser el titular no es preciso establecer un plazo prudencial (art. 96.3 C. Civil).

Por lo expuesto, casamos la sentencia recurrida y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia (...)” (F.D. 3º) [P.M.R.].

*Jurisprudencia. La ausencia de cualificación profesional y la práctica imposibilidad de acceder al mercado laboral impiden fijar un límite temporal a la pensión compensatoria al ser imposible predecir con cierto grado de certidumbre que la beneficiaria podrá superar el desequilibrio producido tras la ruptura matrimonial.*

STS (Sala 1ª) de 24 de marzo de 2017, rec. nº 2606/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7956145&links=%22128%2F2017%22&optimize=20170310&publicinterface=true>

“(…) Se recurre la fijación del límite temporal impuesto, por la sentencia recurrida, a la pensión compensatoria acordada a favor de mi patrocinada, al

amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC , en relación con el art. 477.3 de dicho cuerpo legal , con infracción del art. 97 del Código Civil, existiendo interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que interpreta dicho precepto legal, sobre la temporalidad de la pensión compensatoria, su función de restablecer el equilibrio perdido, que le es consustancial, y su juicio prospectivo, apreciando para ello los factores, en particular, la ausencia de cualificación profesional y la práctica imposibilidad de acceder al mercado laboral, que permitan predecir con cierto grado de certidumbre que la beneficiaria podrá superar el desequilibrio producido tras la ruptura matrimonial.

(...) Esta sala ha declarado sobre la duración de la pensión compensatoria en sentencia 304/2016 de 11 de mayo: ‘Una vez expuesto que la fijación de un límite temporal es posible, tanto legal como jurisprudencialmente, la cuestión se contrae a la determinación de los criterios que deben servir de pauta a tal fin. Según la doctrina que recoge las sentencias antes citadas ‘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, siendo ésta una exigencia o condición 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 (...) 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 de la beneficiaria 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, con criterios de certidumbre. Pero a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar la cuantía de ella el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia, y ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, como recoge la sentencia de 10 de febrero de 2005, Rc. 1876/2002, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se denomina futurismo o adivinación (STS de 2 de junio de 2015, Rc. 507/2014). El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio’.

La aplicación de esta doctrina al caso determina la casación de la sentencia (...). Si se tiene en cuenta la edad de la recurrente (56 años al momento de presentar la demanda), que su matrimonio ha durado más de 30 años, que durante ese tiempo ha sido ella quien de forma principal se ha ocupado del cuidado de la familia e hijos habidos en el matrimonio, que sólo ha trabajado esporádicamente en el negocio del marido y que como único ingreso tiene 425 euros mensuales, durante dos años, correspondientes por ayuda como víctima de violencia de género, la conclusión, con alta probabilidad y certidumbre es que no supere el desequilibrio,

pues por edad, según máximas de experiencia, le va a ser sumamente difícil acceder al mercado laboral, cuando precisamente comparten también tal dificultad las personas más jóvenes (...)” (F.D. 2º) [S.R.LL.].

*Jurisprudencia: La convivencia marital extingue la pensión compensatoria cuando no se ha previsto en el convenio regulador en que la acordaron las partes la exclusión de la aplicación de los artículos 100 y 101 del Código Civil.*

STS (Sala 1ª) de 24 de marzo de 2017, rec. nº 2606/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7977433&links=%22200%2F2017%22&optimize=20170331&publicinterface=true>

“Se recurre el pronunciamiento de la sentencia que extingue la pensión compensatoria que acordaron los esposos en convenio regulador de separación matrimonial (...). La extinción se produce en el posterior juicio de divorcio instado por don Rodrigo contra doña Noemi, beneficiaria de la pensión, en el que se imputaba a la esposa la convivencia con otra persona. Lo acordó la sentencia que ahora se recurre, revocando la del juzgado que no había considerado ‘plenamente probada a través de la prueba practicada’ la convivencia de la demandada con una tercera persona. Es hecho probado de la sentencia de la Audiencia que ‘desde el mes de junio de 2014 hasta la actualidad’ la Sra. Noemi mantuvo una convivencia con una tercera persona que ‘tiene carácter de *vida marital* a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, de acuerdo con lo establecido en el Art. 101 CC. Y ello aun cuando se califique los encuentros como esporádicos, porque, se reconoce que, por lo menos los fines de semana viven juntos, se reconocen como novios, actúan socialmente con la apariencia de un matrimonio, sus encuentros se producen también de manera pública, en su vehículo, en la vía pública y en los establecimientos públicos de su residencia” (F.D. 1º).

“El recurso se formula por infracción de los artículos 1258 y 1091 del Código Civil, en relación con los artículos 90, 91, 97, 100 y 101 del citado texto legal, así como por oponerse a las sentencias de 2 de diciembre de 1987, 10 de marzo 2009 y 25 de marzo de 2014.

Se desestima.

(...) el recurso se formula por el carácter dispositivo de la pensión y el pacto incorporado al convenio regulador en el que ambas partes acordaron libremente lo siguiente: ‘en concepto de pensión compensatoria el esposo abone a la esposa la cantidad de setecientos euros mensuales (700 euros), pagaderas en la cuenta corriente que designa la misma, sin límite temporal alguno’

Según el recurrente la pensión tuvo por finalidad ‘compensar el desequilibrio económico que sufría la esposa con la ruptura matrimonial, que quedaba tras una

vida de dedicación, totalmente desamparada y sin posibilidad de incorporarse al mercado laboral debido a su edad y falta de cualificación’, por lo que, ‘tiene naturaleza contractual y mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior’. El argumento es nuevo en casación, pues ni en primera instancia ni después en el recurso de apelación ante la Audiencia, se esgrimió tal motivo de extinción de la pensión compensatoria ni, como tal, fue analizado en la sentencia que ahora se recurre en casación referida a una acreditada vida marital de la esposa con otra persona y consiguiente aplicación de los artículos 100 y 101 del Código Civil, que en ningún caso quedaron excluidos en el convenio regulador para modificar o extinguir la pensión compensatoria, como ocurre en el caso contemplado en la sentencia 134/2014, de 25 de marzo, en el que las partes convinieron una pensión *vitalicia*, salvo nuevo matrimonio o convivencia marital, desechando como posible alteración de las circunstancias el posible crecimiento económico de la esposa, al no venir contemplado en el mismo, teniendo en cuenta el carácter dispositivo de la pensión compensatoria y que el convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos” (F.D. 2º). [S.R.LL.].

*Jurisprudencia: El régimen de custodia compartida supone evidentemente beneficios para el menor y también alguna dificultad, en cuanto implica normalmente la necesidad de cambio de domicilio en periodos cortos de tiempo, lo que sin embargo queda compensado con la posibilidad de convivencia estable con ambos progenitores. Esta sala se ha pronunciado a favor de evitar que ello comporte la necesidad de notables desplazamientos hasta el lugar de escolarización durante el tiempo en que el menor reside en alguno de los domicilios de dichos progenitores.*

STS (Sala 1ª) de 9 de junio de 2017, rec. nº 1.495/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8060848&links=custodia%20%221495%2F2016%22%20%22370%2F2017%22%20%22ANTONIO%20SALAS%20CARCELLER%22&optimize=20170619&publicinterface=true>

“El recurso de casación, interpuesto por la madre, denuncia la vulneración del artículo 96.2 CC, el artículo 6 de la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares, el artículo 2 de la LO 8/2015, artículo 3.1 de la Convención Universal de Derechos del Niño, artículo 24.2 de la Carta de Derechos de la Unión Europea, y el principio n.º 15 de la Carta de Derechos del Niño, en relación con el interés del menor. Cita como infringida la jurisprudencia emanada de las sentencias de esta sala de 11/02/2016, 17/06/2013, 17/10/2013, 15/10/2014 y 24/10/2014.

El núcleo de las infracciones denunciadas se centra en el hecho de que -según se afirma por la parte recurrente- no se ha respetado el interés superior del menor, al que se remiten las sentencias citadas, al establecer que la guarda y custodia compartida se ejerza residiendo los progenitores en localidades distintas que

distan entre sí unos cuarenta y seis kilómetros como son Alfarrasí, donde se encontraba el domicilio familiar, y Beneixama, que es donde pretende residir el padre, lo que comporta desplazamientos perjudiciales para el menor.

Hay que tener en cuenta que, con posterioridad al dictado de la sentencia hoy recurrida, se ha producido un hecho que, aunque no se ha acreditado en forma en los autos y debió haberlo sido, aparece reconocido por todas las partes y, en consecuencia, ha de tenerse por cierto. Se trata de que, por decisión de la Audiencia Provincial de Valencia, el menor Santos está escolarizado en la localidad de Onteniente, en el colegio en el cual el padre trabaja como profesor. De modo que, dado que Onteniente se encuentra prácticamente equidistante entre las dos localidades de residencia de los padres -Alfarrasí y Beneixama- resulta igual de gravoso para el menor el traslado al colegio desde una u otra localidad.

El régimen de custodia compartida -sobre cuyo establecimiento no se ha discutido en el caso- supone evidentemente beneficios para el menor y también alguna dificultad, en cuanto implica normalmente la necesidad de cambio de domicilio en períodos cortos de tiempo, lo que sin embargo queda compensado con la posibilidad de convivencia estable con ambos progenitores. Esta sala se ha pronunciado a favor de evitar que ello comporte la necesidad de notables desplazamientos hasta el lugar de escolarización durante el tiempo en que el menor reside en alguno de los domicilios de dichos progenitores (por todas, la reciente sentencia núm. 748/2016, de 21 diciembre), pero, como se ha dicho, no es ésta la situación del presente caso en que dicha dificultad aparece superada. De ahí que en este supuesto resulte factible que la residencia del hijo cambie por períodos semanales entre ambas localidades donde habitan sus progenitores -con custodia compartida- pues ello no supone especiales dificultades para el mismo.” (F.D. 3º) [P.M.R.].

*Jurisprudencia: Para la fijación de la pensión de alimentos no sólo se ha de tener en cuenta la liquidez dineraria inmediata de los obligados, sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance.*

STS (Sala 1ª) de 22 de junio de 2017, rec. nº 352/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8087650&links=%22394%2F2017%22&optimize=20170707&publicinterface=true>

“(…) Estamos, como dice el Ministerio Fiscal, ante un padre que no tiene contacto con su hija desde febrero de 2015 y no parece que pueda tenerlo a corto plazo, con las connotaciones que ello conlleva de relación de confianza y seguridad que la atención a la menor pueda ser correcta, cuando de aplicar las visitas en la forma normalizada que propone la Audiencia se estaría poniendo en

riesgo la estabilidad emocional de la niña y, en definitiva, el interés superior de la menor. Su desidia hacia su hija es evidente y no tiene visos de provisionalidad.

2.- Para fijar los alimentos, la sentencia del juzgado consideró debidamente acreditado que marido y mujer tienen un patrimonio importante. Hay bienes inmuebles y productos financieros de naturaleza ganancial o privativa, o cuya titularidad se discute, patrimonio productivo o susceptible de producir, que ha servido a ambos cónyuges y a la hija para mantener un alto nivel de vida, al margen de que ninguno de ellos tenga actividad laboral.

En su vista fijó los alimentos en 400 euros mensuales, que la sentencia de apelación redujo a 250 euros, atendiendo al principio de proporcionalidad entre los obligados a prestarlos y las necesidades de la hija; relación de proporcionalidad que atiende a las necesidades comunes y similares de otras niñas y a la carencia de trabajo del padre, sin ingresos fijos con que contar.

Sin duda este argumento no justificaría ni los 400 euros de la sentencia del juzgado ni los 250 establecidos por la Audiencia, pues estaríamos ante un padre absolutamente insolvente para hacer frente a dicha obligación. Lo que no tiene en cuenta la Audiencia es que la obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges, o, como precisa el artículo 93 del Código Civil, de ‘las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento’. En lo que aquí interesa supone que no es necesaria una liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la contribución sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance con esta finalidad, siempre con el límite impuesto en el artículo 152 2.º) del CC si la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia (sentencia 564/2014, de 14 de octubre).

El patrimonio de ambos progenitores es importante, tanto que no han necesitado trabajar para mantener un estatus importante de vida. Reducir la prestación a un ‘mínimo vital’, no resulta coherente ni con los recursos económicos, ni con el status social de la pareja” (F.D.2º) [S.R.LL.]

*Jurisprudencia: Procede la extinción de la obligación de alimentos del hijo mayor de edad cuando se acredita que, teniendo capacidad para ello, no ha concluido sus estudios dada su escasa disposición y consiguiente falta de aprovechamiento al ser un pésimo estudiante.*

STS (Sala 1ª) de 22 de junio de 2017, rec. nº 4194/2016

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8087647&links=%22395%2F2017%22&optimize=20170707&publicinterface=true>

“(…) El art. 93 del C. Civil establece la necesidad de que los padres atiendan económicamente los alimentos de los hijos mayores de edad, si carecieran de ingresos propios, alcanzando a los que aún no hayan terminado su formación, por causa que no les sea imputable a los hijos ( art. 142 del C. Civil ).

El art. 152 del C. Civil establece la cesación de la obligación de prestar alimentos, cuando el hijo pueda ejercer una profesión u oficio.

El apartado 5 del art. 152 del C. Civil establece la cesación de la obligación de prestar alimentos:

‘Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa’.

Art. 142:

‘Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. ‘Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable’.

En la interpretación de esta normativa se entiende en la resolución recurrida que no puede establecerse un límite temporal a los hijos mayores de edad, relativo a la conclusión de sus estudios” (F.D.3).

“(…) En la resolución recurrida consta como probado por directa mención o por acogimiento de lo declarado en la instancia que:

1. Emilio nació el NUM000 de 1994.
2. ‘Durante su adolescencia Emilio, ha sido un pésimo estudiante’.
3. Terminó la ESO con 20 años.
4. En 2011 tuvo siete insuficientes.
5. En 2012 y 2013 no cursó estudios.
6. Al interponerse la demanda de modificación de medidas Emilio se matriculó en formación profesional, rama de automoción, cuyo aprovechamiento no consta.
7. Convive con su madre.

Partiendo de estos hechos ha de acogerse la pretensión esgrimida en el recurso, (...), declarando la extinción de la pensión alimenticia, incluida la contribución al alquiler, en su día fijada, dado que no consta aprovechamiento alguno del hijo mayor de edad (...), pues pese a estar en edad laboral ni trabaja ni consta que estudie con dedicación, ya que solo se acredita la matriculación en fechas inmediatas a la interposición de la demanda de modificación de medidas.

Esta sala, debe declarar que la no culminación de estudios por parte de Emilio es por causa imputable a su propia actitud, dado el escaso aprovechamiento manifestado de forma continuada, pues no se trata de una crisis académica coyuntural derivada del divorcio de los padres.

De lo actuado se deduce que el hijo mayor de edad reunía capacidades suficientes para haber completado su formación académica, debiéndose las interrupciones y la prolongación en el tiempo a su escasa disposición para el estudio. Tampoco consta intento de inserción laboral” (F.D.4º) [S.R.LL.]

*Jurisprudencia: vivienda familiar: revocación de la sentencia que, habiendo acordado la custodia compartida, había atribuido el uso de la vivienda a la madre hasta que la hija alcanzara la mayoría de edad.*

STS (Sala 1ª) de 27 de junio de 2016, rec. nº 1694/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7731269&links=%221694%2F2015%22&optimize=20160708&publicinterface=true>

“[...] La ponderación de los intereses en juego no ha sido correcta pues en ningún caso se ha procurado una correcta armonización los intereses contrapuestos: el del cotitular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitirle disponer de ella, incluso en los periodos en que la hija permanecerá con él, y el de la hija a relacionarse con su madre en una vivienda, estando como está la esposa en mejor situación económica que el esposo para proporcionarla durante este periodo una vivienda adecuada a sus necesidades, sin poner en riesgo el régimen instaurado de custodia compartida pues ambos progenitores pueden responder al nuevo régimen que se crea con la medida.

[...] Es la esposa la que ha venido disfrutando del domicilio hasta ahora y la que se mantendrá en el mismo durante un año más contado desde esta sentencia. Se trata de un tiempo suficiente que va a permitirle buscar una nueva vivienda, como hizo el esposo, para atender a las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas” (F.D. 1º) [J.R.V.B.]

*Jurisprudencia: Los alimentos no tienen efectos retroactivos, y la extinción de la obligación de prestarlos produce efectos desde la sentencia que la declara, siendo solo la primera resolución que fija la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda.*

STS (Sala 1ª) de 20 de julio de 2017, rec. nº 2540/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8113090&links=%22483%2F2017%22&optimize=20170803&publicinterface=true>

“(…) En primer lugar, es doctrina reiterada de esta sala que ‘cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente’ (sentencias 3 de octubre 2008; 26 de marzo 2014; 25 de octubre 2016).

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

En segundo lugar, es también reiterada doctrina, (…), que los alimentos no tienen efectos retroactivos, ‘de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida’” (F.D. 2º) [S.R.LL.]

*Jurisprudencia: En situaciones de extrema pobreza de los progenitores, cabe la suspensión de la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad, hasta tanto aquéllos se encuentren en condiciones de poder atender las necesidades básicas de sus hijos.*

STS (Sala 1ª) de 20 de julio de 2017, rec. nº 3745/2016

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8113093&links=%22484%2F2017%22&optimize=20170803&publicinterface=true>

“(…) 2.- Tal doctrina se reiteró en la sentencia de 2 de marzo de 2015, Rc. 735/2014, en la que recoge que: ‘El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo ‘en todo caso’, conforme a las circunstancias

económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC. Ahora bien, este interés no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades.’

La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las mismas contra las que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC, esta obligación cesa ‘Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia’, que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigirá desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres.’” (F.D.2º).

“(…) Si se aplica la anterior doctrina al supuesto enjuiciado, con respeto a los hechos probados, cualquier obligación exigible en la actualidad será ilusoria por la pobreza absoluta de la recurrente.

Tal circunstancia, por respeto al orden público y al interés del menor no puede suponer la supresión de la obligación de la madre de prestar alimentos a la hija menor, pero sí su suspensión hasta que se encuentre en condiciones de prestarla para los gastos más imprescindibles de aquella.

Como recogía la sala en la sentencia antes citada ‘en tales situaciones el derecho de familia poco puede hacer, (...), debiendo ser las Administraciones públicas a través de servicios sociales las que remedien las situaciones en que tales mínimos no se encuentren cubiertos’” (F.D.3º) [S.R.LL.]

*Jurisprudencia: Tutela administrativa automática en caso de desamparo: requisitos para el retorno del menor al entorno familiar.*

SAP Alicante de 11 de enero de 2017, rec. nº 769/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8012716&links=&optimize=20170511&publicinterface=true>

“[...] para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico” (F.D. 2º) [J.B.D.]

*Tutela administrativa automática en caso de desamparo: apreciación de las circunstancias posteriores a la declaración del desamparo.*

SAP Alicante de 25 de enero de 2017, rec. nº 808/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8012731&links=&optimize=20170511&publicinterfac e=true>

“A los fines de enjuiciar pretensiones como la deducida en esta litis, en la que es objeto de impugnación una Resolución Administrativa dictada por una Entidad Publica a la que la Ley encomienda la protección de los menores, y al amparo de las previsiones contenidas en los artículos 172 y siguientes del Código Civil, esto es, las que declaren a un menor en situación de desamparo, asumiendo por ello la Administración su tutela y en su beneficio, y asimismo las que más tarde y como consecuencia de aquella puedan acordar el acogimiento familiar simple, de carácter provisional o permanente, que es procedente que, al conocer de la acción de impugnación de una declaración de desamparo o de las antes mencionadas, se debe examinar y valorar no sólo las circunstancias concurrentes en el momento en que se produjo la declaración, y ello porque el litigio y en principio versa sobre la situación de desamparo acaecida, esto es, acerca de si fue o no procedente la declaración de desamparo impugnada o en otro caso la resolución que acordó el acogimiento familiar, sino que también deben de ser tenidas en cuenta las modificaciones que pudieran haberse producido en las circunstancias familiares del menor o menores, en su entorno familiar, posteriores al momento de la declaración de desamparo o de aprobación por la Autoridad Administrativa del acogimiento, y con el fin de determinar si los padres o uno de ellos se encuentran ya en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y ejercer de nuevo de forma adecuada y responsable la efectiva guarda y custodia de los hijos en su día declarados en situación legal de desamparo” (F.D. 2º) [J.B.D.].

*Tutela administrativa automática: procedencia del establecimiento de un régimen de visitas a favor de la madre de la menor.*

SAP Alicante de 1 de marzo de 2017, rec. nº 63/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8062608&links=&optimize=20170620&publicinterface=true>

“En el presente caso, atendidas las pruebas practicadas, esta Sala no encuentra razón alguna

para disentir de la acertada valoración que de las pruebas realiza la Juzgadora de Instancia, valoración que compartimos íntegramente; debiendo de poner de relieve que como se observa desde la declaración de urgencia del desamparo de la menor Lina, nacida el día NUM000 de 2014, la madre solo ha tenido ocasión de ver a su hija en dos ocasiones; no fomentándose por los servicios sociales la potenciación o acercamiento de la menor a la madre y por tanto las relaciones materno filiales; no tanto por la actitud de la madre, que como consta en los informes se mostró colaboradora, sino por la actitud de rechazo de la menor a acercarse a sus progenitores. De forma que, en vez de intentar un acercamiento progresivo, pues no hay que olvidar que la menor tan solo contaba con un año de edad y lleva un tiempo sin contacto con su madre, se limitaron a no realizar visitas, rompiendo si cabe, mucho más el vínculo que pudiese existir entre madre e hija; no existiendo plan de intervención desde diciembre de 2015, como hizo constar la trabajadora social del Ayuntamiento de DIRECCION000.

De ahí que se considere adecuado el establecimiento del régimen de visitas acordado en la instancia, que pueda favorecer esos vínculos; atendiendo siempre el interés superior de la menor.

Por ello se ha de concluir que la resolución que se recurre es justificada pues resulta acorde con la realidad de la situación existente. Todo ello determina la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida” (F.D.3º) [J.B.D.]

*Jurisprudencia: Tutela administrativa automática: superior jerarquía del interés del menor frente a la reinserción familiar.*

SAP Palma de Mallorca de 11 de mayo de 2017, rec. nº 34/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8085470&links=&optimize=20170706&publicinterface=true>

“El artículo 172.4 CC, establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse en favor de los menores desamparados, que ‘se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia’.

Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella (‘cuando no sea contrario a su interés’).

Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor” (F.D.4º) [J.B.D.].

## 2. RESPONSABILIDAD CIVIL

*Jurisprudencia: Responsabilidad civil. Accidente de circulación con resultado de lesiones. Criterio de imputación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción.*

STS (Sala 1ª) de 18 de mayo de 2017, rec. nº 32/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8033442&links=responsabilidad%20civil%20extracontractual&optimize=20170526&publicinterface=true>

“Don R. reclama una indemnización por las lesiones sufridas con motivo del accidente de circulación ocurrido (...), al colisionar frontalmente en una curva con el demandado, (...), que circulaba en sentido contrario. La sentencia del juzgado estimó la demanda porque, valorada la prueba, considera que, ‘no puede determinarse el punto de colisión’, falta de prueba que va en perjuicio de los demandados, conforme al artículo 1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en razón al riesgo creado por la circulación de vehículos. La indemnización se cifra en 20.007,47 euros, más los intereses legales correspondientes, incluidos los del 20% a cargo de la aseguradora.

La sentencia de la Audiencia revocó la del juzgado y desestimó la demanda con el siguiente argumento: ‘Ha de estarse en el supuesto de autos a la doctrina de las versiones contradictorias a falta de pruebas objetivas que permitan la íntima convicción de culpabilidad o negligencia de uno u otro conductor, ya que ambos conductores mantienen posturas contrapuestas’ y ‘al no aportarse a los autos pruebas razonables y admisibles sobre la realidad del accidente, resultando creíbles ambas versiones en atención a las circunstancias del lugar y condiciones climatológicas, no cabe dotar de mayor verosimilitud a una u otra, por lo cual ha de ser desestimada la demanda’. La parte actora ha formulado recurso de casación, fundado en un único motivo, por infracción de los artículos 1902 y 1.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en relación con la doctrina jurisprudencial sobre imputación de responsabilidad civil en materia de daños corporales derivados de la circulación de vehículos a motor. Para acreditar el interés casacional, cita entre otras sentencias la de Pleno 536/2012, de 10 de septiembre, a la que se remite la más reciente 3/2015, de 4 de febrero, dictada en un supuesto semejante al ahora enjuiciado en el que tampoco quedó acreditado ni el lugar del impacto, ni la contribución causal de los dos conductores implicados” (F.D. 1º).

“El recurso se estima. La respuesta al problema planteado tiene como precedente la sentencia de Pleno de esta Sala de 10 de septiembre de 2012. En lo que aquí interesa, dice lo siguiente: 1.º- En supuestos de colisión recíproca de vehículos constituye jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS de 16 de diciembre de 2008, RC núm. 615/2002, que el artículo 1.1 I y II LRCSVM 1995 establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción. Este principio solamente excluye la imputación (artículo 1.1 II) cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado (si los daños se deben únicamente a ella) o una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concurra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización (artículo 1.1 IV LRCSVM 1995). El riesgo específico de la circulación aparece así contemplado expresamente en la ley como título de atribución de la responsabilidad, frente a la tradicional responsabilidad por culpa o subjetiva en que el título de imputación es la negligencia del agente causante del resultado dañoso. Esto es así tanto en el supuesto de daños personales como de daños materiales, pues en relación con ambos se construye expresamente el régimen de responsabilidad civil por riesgo derivada de la conducción de un vehículo de motor (‘daños causados a las personas o en los bienes’: artículo 1.1 (LRCSVM). Respecto de los daños materiales, sin embargo, la exigencia, que también establece la LRCSVM, de que se cumplan los requisitos del artículo 1902 CC (artículo 1.1 III LRCSVM) comporta que la responsabilidad civil por riesgo queda sujeta al principio, clásico en la jurisprudencia anterior a la LRCSVM sobre daños en accidentes de circulación, de inversión de la carga de la prueba, la cual recae sobre el conductor causante del daño y exige de ese, para ser exonerado, que demuestre que actuó con plena diligencia en la conducción.

De esta forma, como declara la citada sentencia, en el caso de que el accidente de circulación se produzca entre dos vehículos, como aquí sucede, debe interpretarse que el principio de responsabilidad objetiva por riesgo comporta el reconocimiento de la responsabilidad por el daño a cargo del conductor del vehículo que respectivamente lo ha causado y en la proporción en que lo ha hecho, pues resulta evidente que en este supuesto no puede hablarse con propiedad de compensación de culpas, sino que únicamente puede examinarse la concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos implicados. Esto es así porque cada conductor es artífice del riesgo creado por la conducción de su propio vehículo -título de atribución de su responsabilidad- y como tal, no pudiendo cada uno acreditar la existencia de causa de exoneración (esto es, que entre su conducta y el accidente se interfirió la culpa exclusiva del otro conductor o fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo o, en el caso de daños materiales, que se actuó con plena diligencia), ha de afirmarse la recíproca responsabilidad civil por el accidente en la proporción en que cada conductor haya contribuido a causarlo. 2.º- La particularidad de la recíproca colisión entre los vehículos de motor no reside en una supuesta alteración de las reglas sobre carga de la prueba (la inversión de la carga de la prueba es aplicable solo para probar la concurrencia de causas de exoneración y, en el caso de daños materiales, que el conductor ha actuado de manera plenamente diligente) o en la alteración de los criterios de imputación establecidos en la LRCSVM 1995, sino en la necesidad de determinar a cuál de los dos corresponde la eficiencia causal en la producción del daño, o si esta debe ser distribuida proporcionalmente entre ambos por haber actuado concurrentemente. En suma, una recíproca colisión de vehículos no supone excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de la circulación que establece la LRCSVM 1995 y la vigente en la actualidad. Por tanto, en el régimen de responsabilidad civil fundado en el riesgo creado por la circulación (una vez constatado que el accidente tuvo lugar en la circulación y, por consiguiente, es imputable al riesgo creado por uno y otro conductor que intervinieron en él), el mero hecho de que no haya podido constatarse en autos que solo una de las conductas generadoras del riesgo ha sido la única relevante, desde el punto de vista causal, para la producción del resultado -excluyendo así la del otro conductor- o que no haya sido posible probar la proporción en que cada una de ellas ha contribuido a causar el accidente -excluyendo así parcialmente la contribución causal del otro conductor- (cuando se discuta que solo una de las conductas ha sido causalmente relevante o que ambas lo han sido en distinta proporción) no es razón que permita soslayar la aplicación de los referidos criterios de imputación a ambos conductores ni constituye tampoco razón para no aplicar la regla de inversión de la carga de la prueba en pro de las reglas tradicionales sobre el "onus probandi" (carga de la prueba), características de los regímenes de responsabilidad objetiva y especialmente aplicables, cuando se trata de daños materiales, al conductor que alega que actuó con plena diligencia. 3.º- El principio de responsabilidad objetiva -en cuya legitimidad constitucional no es necesario entrar aquí-, en efecto, no solo supone el establecimiento de criterios de imputación ajenos a la concurrencia de culpa o negligencia, sino que comporta

también establecer una presunción de causalidad entre las actividades de riesgo y la consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquellas, como ocurre con los daños derivados de una colisión cuando se trata de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la conducción de un vehículo de motor. Esta presunción solo puede enervarse demostrando que concurren las causas de exoneración configuradas por la ley como excluyentes del nexo de causalidad entre la acción y el daño. 4.º- La solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas (F.D. 2º). [E.A.P.].

*Jurisprudencia: Responsabilidad civil derivada de accidente de circulación. Prescripción de la acción de reclamación de daños materiales. Inicio del cómputo cuando se tramita un proceso penal.*

STS (Sala 1ª) de 27 de junio de 2017, rec. nº 720/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8085637&links=responsabilidad%20civil%20extracontractual&optimize=20170706&publicinterface=true>

“El razonamiento de la sentencia para estimar la prescripción es el siguiente: ‘el ahora apelante podía ejercitar la acción desde la fecha del accidente conforme lo dispuesto en el art. 1969 del Código Civil.’ En el supuesto que ahora nos ocupa, el apelante no solo no ejercitó la acción en el plazo de un año desde que ocurrió el accidente, sino que tampoco procedió a la interrupción de la prescripción mediante la reclamación extrajudicial al acreedor tal y como contempla el art. 1973 del Código Civil.’ Pero es que, además, el procedimiento penal al que se refiere la parte apelante en su recurso, que para él no interrumpió la prescripción ya que era denunciado y no denunciante y, por lo tanto, no ejercitaba ninguna acción, por lo que no le es de aplicación lo dispuesto en el primer inciso del referido artículo 1973 del Código Civil, finalizó antes del transcurso del año desde que acaeció el accidente, pues conforme alega el propio apelante en su recurso, la resolución en el procedimiento penal recayó en fecha 14 de febrero de 2012 y el accidente ocurrió el 12 de abril de 2011. Y aun así el repetido apelante esperó para ejercitar su acción que transcurriera más de un año desde la fecha del siniestro de autos, pues no la ejercitó hasta el 6 de julio de 2012. Por todo ello y conforme se indica acertadamente en la sentencia de instancia debe considerarse que tal acción ya estaba prescrita’. El recurso se estima. Es jurisprudencia constante de esta Sala (sentencias 6/2015, de 13 de enero, 185/2016, de 18 de marzo y 721/2016, de 5 de diciembre, entre otras), la siguiente: ‘Como resulta de los artículos 111 y 114 de la LECrim, en relación con el 1969 CC, la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento u obstáculo legal a su

ejercicio (SSTS de 5 de julio de 2007, RC n.º 2167/2000; 3 de mayo de 2007, RC n.º 3667/2000; 6 de mayo de 2008, RC n.º 5474/2000; 19 de octubre de 2009, RC n.º 1129/2005 y 24 de mayo de 2010, RC n.º 644/2006). De ahí que constituya también constante doctrina de esta Sala que, en los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC, precepto que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 de la LECrim y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil, con arreglo al artículo 114 LECrim (entre otras, SSTS de 9 de febrero de 2007, RC n.º 595/2001; 3 de mayo de 2007, RC n.º 3667/2000; 1 de octubre de 2009, RC n.º 1176/2005, 24 de mayo de 2010, RC n.º 644/2006).’ Por tanto, seguido un pleito penal sobre los mismos hechos, éste subsiste, como impedimento u obstáculo legal para el ejercicio de la acción civil en el orden correspondiente, hasta que no alcance firmeza la sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento libre o provisional y, por tanto, archivo, una vez notificada al perjudicado, esté o no personado en las actuaciones’. Se mantiene, pues, dice la sentencia 721/2016, que desde que la denuncia en vía penal se interpone, la acción penal está ya ‘pendiente’ y el proceso penal ‘promovido’, en el sentido y a los efectos de lo dispuesto en los artículos 111 y 114 LECrim; con las consecuencias anteriormente expresadas sobre la prescripción extintiva de la acción civil. En palabras de la Sentencia 112/2015, de 3 de marzo: ‘(L)a denuncia en vía penal -con sus posibles efectos en el orden civil- supone una forma de ejercicio de la acción civil ante los tribunales e interrumpe la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil, al tiempo que el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impide que, promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, pueda seguirse pleito sobre el mismo hecho’. El artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no discrimina hechos o situaciones como las que refiere la sentencia. Lo que dice es: ‘Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal’. La acción civil sobre el hecho que motiva la apertura de un proceso penal no puede ejercitarse hasta que sea resuelta la cuestión penal y el fallo de la cuestión civil no se hace posible hasta la decisión del proceso penal, bien sea mediante sentencia o bien por auto de sobreseimiento firme. De tal forma que mientras esté subsistente, cualesquiera que sean las personas implicadas, quién haya comparecido como parte en él (sentencia 1372/1987, de 27 de febrero), o que en tal proceso se hubiera aquietado alguna de las partes con el archivo de las actuaciones si estas continuaron en tramitación (425/2009, de 4 de junio), el perjudicado no puede formular la demanda civil, ni contra ellas ni contra otras distintas, respondiendo a la necesidad de evitar que por los órganos de distinta jurisdicción a la penal se

puedan efectuar pronunciamientos que contraríen lo que allí se resuelva; contradicción que podría producirse aun en el supuesto de que fueran distintas las personas demandadas en el orden civil, pero siempre, claro está, que el proceso penal y el civil correspondiente versaran sobre el mismo hecho y se asentaran sobre iguales presupuestos (sentencias 111/2006, de 7 de febrero, 113/2007, de 1 de febrero, entre otras), como aquí sucede estando, como estamos, ante un mismo accidente de tráfico con varios vehículos implicados y consecuencias distintas. Bien entendido que la incoación o reapertura de una causa penal muy posterior al hecho dañoso, no puede servir para que se reavive la prescripción que ya se hubiera consumado y que no puede ser eliminada de ese modo (sentencias de 14 de febrero de 1978, 2 febrero 1984, 20 de octubre de 1987, 24 de junio de 1988 y 10 de mayo 1994, así como las sentencias 290/2013, de 25 abril y 578/2013, de 6 de octubre) (F.D. 2º).

“Como quiera que la demanda se interpuso el día 6 de julio de 2012 y el proceso penal concluyó mediante sentencia de 14 de febrero de 2012, es evidente que la acción civil ha sido ejercitada dentro de plazo, por lo que debe estimarse el recurso de casación (...)” (F.D. 3º). [E.A.P.].

### 3. DERECHO DE SUCESIONES.

*Jurisprudencia: La nulidad de testamento debe ser acreditada con la falta de juicio del testador, siendo la incapacidad referida exactamente al momento de otorgamiento del testamento, haciendo válidos los testamentos otorgados en momento de lucidez por persona aquejada por enfermedad psíquica.*

SAP de Ourense (Sección 1ª) de 20 de enero de 2017, rec. nº 255/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7930439&links=&optimize=20170209&publicinterface=true>

“(...) tienen capacidad para testar todas las personas a quienes la ley no lo prohíbe expresamente (...) ‘la sanidad de juicio se presume siempre en toda persona que no haya sido previamente incapacitada, mientras no se demuestre o justifique lo contrario por aquel a quien compete’ (...) no pueden testar quienes habitual o accidentalmente, no se hallaren en su cabal juicio (...) “cabal juicio” como aquella normalidad de la conciencia que permite comprender la importancia y consecuencias de las propias acciones y aquella integridad de la voluntad que permite decidirse libremente en las propias determinaciones (...) permita asentir y firmar.

(...) la acción de nulidad de testamento basada en la falta de capacidad de la testadora pueda prosperar, la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1959).

(...) la presunción de capacidad lo revela el propio acto del otorgamiento del testamento al haber superado el requisito de tamizar dicha capacidad a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario” (F.D.2º) [G.O.S.].

*Jurisprudencia: La figura del albaceazgo requiere un conocimiento del cargo y aceptación del mismo por la persona nombrada en testamento, independientemente de la estrecha relación que hubiere tenido con el testador.*

SAP de Pontevedra (Sección 1ª) de 24 de enero de 2017, rec. nº 833/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7930557&links=&optimize=20170209&publicinterface=true>

“(…) Debe rendir cuentas aquella persona o entidad que, como consecuencia de algún acto o negocio jurídico que le una con quien pide la rendición de cuentas, haya gestionado intereses o derechos pertenecientes a ésta. La rendición de cuentas, por tanto, ha de partir de la existencia de un acto o negocio jurídico que ligue a quien la solicita y a quien deba rendirla” (F.D.1º).

“(…) la interposición de esta demanda no es un acto de mera conservación ni de administración provisional de la herencia, sino de auténtico dominio, es decir, se trata de un acto que supone necesariamente la voluntad de aceptar o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero tal y como se expone en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27/06/2000” (F.D.3º).

“(…) Esta obligación señalaba el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de mayo de 1998 que la conocida institución de rendición de cuentas supone que el mandatario haya de realizar, dicha gestión, no solo siguiendo las instrucciones recibidas por el mandante, sino, en todo caso desplegando una conducta respetuosa con la diligencia propia de un buen padre de familia.

(…) Al quedar designado el albacea este tendrá asignadas las funciones dispuestas en el artículo 902 del Código Civil, que suponen en definitiva cumplir con la voluntad del testador abonando los legados y vigilar la ejecución de lo ordenado en el testamento, teniendo obligación de dar cuenta del encargo a los herederos (….) la rendición de cuentas que ellos supone se debe realizar frente a los herederos del causante.

(…) el albaceazgo es cargo voluntario, y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquel en que tenga noticia de su nombramiento, o, si este le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador

(…) ha quedado probado que la testadora falleció el 21 de abril de 2014, y el recurrente niega haber tenido conocimiento de su designación como albacea sino

hasta la interposición de este pleito, para rechazar el nombramiento”. (F.D.4º) [G.O.S.].

*Jurisprudencia: Toda persona viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que hubiere adquirido del cónyuge difunto.*

SAP de Palma de Mallorca (Sección 5ª) de 25 de enero de 2017, rec. nº 541/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7963896&links=&optimize=20170320&publicinterface=true>

“(…) el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, (...) pero no su mitad de gananciales.

(...) reserva viudal (...) no debe presumirse legalmente sino que ha de constar impuesta expresamente en documento público por el cónyuge premuerto, la razón de ser de la institución que establece el artículo 968 del Código Civil no es otra que la limitación legal a la facultad de disponer impuesta al cónyuge binubo, con la finalidad de proteger los intereses de los hijos y descendientes del primer matrimonio, que debe transmitir, a su muerte, a los hijos, no precisa para su existencia que así haya sido impuesta por el cónyuge premuerto, de hecho del contenido de los artículos 968 y siguientes se desprende claramente que se trata de una obligación del reservista.

(...) la verdadera finalidad de la reserva binupcial es, a nuestro entender, la protección de los hijos, lo cual se confirma por las circunstancias de que aunque se contraiga segundo o ulterior matrimonio la reserva no nace si el matrimonio anterior no tuvo descendencia o si ninguno de los descendientes sobrevive al tiempo de la celebración del segundo o ulterior matrimonio.

(...) la reserva constituye una limitación a la libre disposición por causa de muerte con fundamento en la protección de los hijos y en la conservación del orden regular de las transmisiones, que hará que los bienes permanezcan en la familia y el legislador entiende que ello coincide con la voluntad del cónyuge premuerto (F.D. 3º) [G.O.S.].

*Jurisprudencia: Reafirmación de la doctrina del TS respecto a la figura “favor testamenti” y de la prevalencia de la capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado.*

SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 2 de marzo de 2017, rec. nº 783/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8018440&links=&optimize=20170516&publicinterface=true>

“(…) La sentencia de instancia desestima la demanda con imposición de costas a la parte actora, teniendo en cuenta la presunción de capacidad del prestador y la prueba practicada en el acto del juicio, especialmente el testimonio del notario” (F.D.1º).

“(…) La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2016 (...) principio “favor testamenti”, advirtiendo previamente que nuestro código Civil sitúa el contexto del debate en la necesaria prueba, por parte del impugnante, de la ausencia o falta de capacidad mental del testador en el momento de otorgar el testamento.

Esta carga de la prueba deriva del principio de favor testamenti, que acoge nuestro Código Civil, y de su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado.

(…) el legitimado para ejercitar la acción de nulidad del testamento debe probar, la falta o ausencia de capacidad mental del testador respecto del otorgamiento del testamento objeto de impugnación y destruir, los efectos de la anterior presunción iuris tantum de validez testamentaria” (F.D.2º).

(…) prueba relevante el testimonio de notario que autorizó el testamento, don Calixto, por cuanto se trata de la persona que conversó durante algunos minutos con el testador, (...) además de tratarse de un testigo cualificado, por razón de su oficio, a valorar la situación de capacidad de las personas que acuden a la notaría para otorgar testamento o realizar algún otro acto inter vivos”. (F.D.3º) [G.O.S.].

*Jurisprudencia: La declaración de nulidad de un testamento, por falta de capacidad del testador, ha de estar acreditada en el momento de su otorgamiento.*

SAP de Madrid (Sección 13ª) de 3 de marzo de 2017, rec. nº 849/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8008864&links=&optimize=20170508&publicinterface=true>

(…) El Tribunal Supremo que la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sent.1-2-1956), pues toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sent.25-4-1959), en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción iuris tantum que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que solo puede destruirse por una prueba en contrario.

(...) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la enérgica presunción iuris tantum.

(...) el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella se ha formado el notario (...) la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, lo que no implica que puedan intervenir especialmente si el notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante.

(...) declaración de nulidad de un testamento por falta de capacidad del testador, siempre que se acredite la misma en el momento de su otorgamiento (...) a) la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) que la apariencia de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; c) que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre” (F.D.2º) [G.O.S.].

## II. DERECHO MERCANTIL

### 1. CONTRATACIÓN MERCANTIL

*Jurisprudencia: Contrato de distribución en exclusiva, indefinido y sin plazo de preaviso. Indemnización por clientela y por falta del preaviso. Indemnización por el mantenimiento de un cierto stock de productos para el cumplimiento del contrato.*

STS (Sala 1ª) de 19 de mayo de 2017, rec. nº 3085/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8033446&links=&optimize=20170526&publicinterface=true>

“(…) De acuerdo con las características de la presente relación contractual de distribución que vincula a las partes, no puede descartarse, con carácter general, la aplicación analógica del artículo 28 LCA sobre la base de la regulación sectorial que cita la recurrente.

En primer lugar, como se desprende de la prueba practicada, no consta que la comercialización de los citados productos sanitarios fuese realizada sólo con hospitales públicos, ni que la contratación fuese llevada a cabo exclusivamente por

la vía del concurso público, sin posibilidad de contratación directa por los jefes de servicio.

En segundo lugar, tampoco puede descartarse, con carácter general, que la actividad comercial del distribuidor no pueda generar o favorecer al concedente una clientela que, a su vez, puede resultar fidelizada.

Precisamente, y en tercer lugar, esto es lo que ocurre en el presente caso. En donde ambas instancias consideraron acreditada la fidelización de la clientela por la actividad desplegada por la distribuidora de los productos sanitarios.

(...)

Con relación al contrato de distribución por tiempo indefinido, en el que se ejercita la resolución del contrato sin preaviso por el concedente, esta sala, en la sentencia 569/2013, de 8 de octubre, tiene declarado lo siguiente:

‘(...) La doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de una aplicación la aplicación mimética o automática del régimen jurídico del contrato de agencia al contrato de distribución se extiende no sólo a la compensación por clientela sino también a otras previsiones legales, como es la que se refiere a la obligación de preaviso en caso de resolución de un contrato de duración indefinida (Sentencia 378/2010, de 22 de junio, con cita de otra anterior 239/2010, de 30 de abril).

‘Pero lo anterior no obsta que, en supuestos como el presente de contratos de distribución en exclusiva que han operado durante largo tiempo, en nuestro caso por veinte años, la jurisprudencia haya considerado el preaviso una exigencia de la buena fe con que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles. Como recuerda la sentencia 480/2012, de 18 de julio, ‘en nuestro sistema, como regla, las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida (Sentencia 130/2011, de 15 marzo), pese a lo cual, el deber de lealtad, cuya singular trascendencia en el tráfico mercantil destaca el artículo 57 Ccom, exige que la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa preavise a la contraria incluso cuando no está así expresamente previsto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1258 CC, salvo que concurra causa razonable para omitir tal comunicación’. Aunque ‘es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida (...), que un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurso en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios’ (sentencia 130/2011, de 15 de marzo, que reitera la anterior sentencia 1009/2005, de 16 de diciembre).

‘En nuestro caso, aunque en sí misma la resolución de la relación contractual es razonable, en atención a los legítimos intereses del comitente frente a una bajada ostensible de la facturación de su distribuidor, sin embargo la falta de preaviso,

que permitiera a la distribuidora reorientar su actividad comercial, sí supone una infracción de los reseñados deberes de lealtad y buena fe en el desarrollo de una relación contractual como la presente, sin que concurra ninguna circunstancia que justifique su omisión. En atención a la larga duración del contrato de distribución resuelto unilateralmente por la comitente, veinte años, el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el art. 25 LCA, que aunque no resulte directamente de aplicación, sirve de referencia para determinar prudencialmente la antelación del preaviso en un supuesto como el presente. Los perjuicios derivados del incumplimiento de este preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante, al amparo de lo previsto en el art. 1106 CC, tal y como es interpretado por la jurisprudencia. Y a este respecto estimamos el recurso de casación, pues la sentencia de instancia, al juzgar que no constaba acreditado que se hubiera producido un perjuicio como consecuencia del incumplimiento del preaviso, reducía el posible daño indemnizable derivado de la falta de preaviso a las inversiones no amortizadas y excluía de su consideración el lucro cesante’.

La decisión de la Audiencia resulta correcta porque, en el presente caso, conforme a la doctrina expuesta, la sentencia recurrida considera que resulta indemnizable el lucro cesante sufrido por el distribuidor por el incumplimiento del concedente de un preaviso razonable, que hubiera permitido reorientar su actividad comercial. En este sentido, con base en las exigencias derivadas del principio de la buena fe contractual (artículo 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio), y en su aplicación a las circunstancias del caso (contrato de distribución de larga duración, por tiempo indefinido y en exclusiva, con un importante nivel de ventas), concluye que el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el artículo 25 LCA, que aunque no resulta directamente de aplicación, sirve de referente para determinar la adecuación y el carácter razonable de la antelación del preaviso exigible en un caso como el presente”. (F.D 2º).

“(…) En principio, con carácter general, al margen de lo pactado las partes, la obligación del concedente de comprar el stock del distribuidor no puede ser considerada un elemento natural del contrato. Por lo que a falta de pacto al respecto, su determinación debe de hacerse en el seno de la integración del contrato con arreglo al principio de buena fe y atendiendo a las circunstancias del caso. En esta línea, la doctrina jurisprudencial de esta Sala en numerosas ocasiones, entre otras, en sus sentencias núms. 419/2015, de 20 de julio y 254/2016, de 19 abril, ha declarado que el principio de buena fe, como fuente de integración normativa del contrato (artículo 1258 del Código Civil) no sólo sanciona entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y de la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo, sino que también colma obligacionalmente las lagunas que presente la reglamentación contractual de las partes; de forma que las obligaciones

derivadas del principio de buena fe integran el contrato y, por tanto, su cumplimiento puede ser reclamado por vía de acción.

En el presente caso, conforme a la integración del contrato, con arreglo al principio de buena fe, debe concluirse que la distribuidora viene legitimada para exigir a la concedente el pago del stock de productos conexo a la ejecución que venían efectuándose del contrato de distribución. En este sentido, abunda la valoración de las circunstancias del presente caso. Así en primer término, debe tenerse en cuenta que la concedente no ha negado el hecho de que la distribuidora asumía una obligación de mantenimiento de un cierto stock de productos para la ejecución del contrato de distribución. En segundo término, debe destacarse la larga duración de la relación comercial que vinculaba a las partes. Relación de distribución en exclusiva, claramente acreditada al menos con cinco años de antelación con respecto a la resolución contractual ejercitada. En tercer término, y estrictamente relacionado con lo anterior, también merece resaltarse que la concedente no comunicó su decisión de resolver el contrato con un preaviso suficiente a la distribuidora, de forma que ésta pudiera gestionar con cierta antelación la venta de su stock.

Todo ello conduce a que la distribuidora debe ser indemnizada por el daño ocasionado (daño emergente) que le ha supuesto tener a disposición de la concedente un stock que finalmente no va a ser objeto de venta en los centros hospitalarios. Si bien, como declaró la sentencia de primera instancia, dicha indemnización debe ser calculada con relación al precio de adquisición de los productos en stock y no al precio de venta de las mismas, como pretende la recurrente”. (F.D. 4º) [P.G.P.]

*Jurisprudencia: Contrato de distribución en exclusiva, indefinido y sin plazo de preaviso. Indemnización por clientela y por falta del preaviso. Indemnización por el mantenimiento de un cierto stock de productos para el cumplimiento del contrato.*

STS (Sala 1ª) de 19 de mayo de 2017, rec. nº 3085/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8033446&links=&optimize=20170526&publicinterface=true>

“(…) De acuerdo con las características de la presente relación contractual de distribución que vincula a las partes, no puede descartarse, con carácter general, la aplicación analógica del artículo 28 LCA sobre la base de la regulación sectorial que cita la recurrente.

En primer lugar, como se desprende de la prueba practicada, no consta que la comercialización de los citados productos sanitarios fuese realizada sólo con hospitales públicos, ni que la contratación fuese llevada a cabo exclusivamente por la vía del concurso público, sin posibilidad de contratación directa por los jefes de servicio.

En segundo lugar, tampoco puede descartarse, con carácter general, que la actividad comercial del distribuidor no pueda generar o favorecer al concedente una clientela que, a su vez, puede resultar fidelizada.

Precisamente, y en tercer lugar, esto es lo que ocurre en el presente caso. En donde ambas instancias consideraron acreditada la fidelización de la clientela por la actividad desplegada por la distribuidora de los productos sanitarios.

(...) Con relación al contrato de distribución por tiempo indefinido, en el que se ejercita la resolución del contrato sin preaviso por el concedente, esta sala, en la sentencia 569/2013, de 8 de octubre, tiene declarado lo siguiente:

‘La doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de una aplicación la aplicación mimética o automática del régimen jurídico del contrato de agencia al contrato de distribución se extiende no sólo a la compensación por clientela sino también a otras previsiones legales, como es la que se refiere a la obligación de preaviso en caso de resolución de un contrato de duración indefinida (Sentencia 378/2010, de 22 de junio, con cita de otra anterior 239/2010, de 30 de abril).

Pero lo anterior no obsta que, en supuestos como el presente de contratos de distribución en exclusiva que han operado durante largo tiempo, en nuestro caso por veinte años, la jurisprudencia haya considerado el preaviso una exigencia de la buena fe con que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles. Como recuerda la sentencia 480/2012, de 18 de julio, ‘en nuestro sistema, como regla, las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida (Sentencia 130/2011, de 15 marzo), pese a lo cual, el deber de lealtad, cuya singular trascendencia en el tráfico mercantil destaca el artículo 57 Ccom, exige que la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa preavise a la contraria incluso cuando no está así expresamente previsto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1258 CC, salvo que concurra causa razonable para omitir tal comunicación’. Aunque ‘es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida (...), que un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurrida en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios’ (sentencia 130/2011, de 15 de marzo, que reitera la anterior sentencia 1009/2005, de 16 de diciembre).

‘En nuestro caso, aunque en sí misma la resolución de la relación contractual es razonable, en atención a los legítimos intereses del comitente frente a una bajada ostensible de la facturación de su distribuidor, sin embargo la falta de preaviso, que permitiera a la distribuidora reorientar su actividad comercial, sí supone una infracción de los reseñados deberes de lealtad y buena fe en el desarrollo de una relación contractual como la presente, sin que concurra ninguna circunstancia que justifique su omisión. En atención a la larga duración del contrato de distribución resuelto unilateralmente por la comitente, veinte años, el preaviso debería haber

sido de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el art. 25 LCA, que aunque no resulte directamente de aplicación, sirve de referencia para determinar prudencialmente la antelación del preaviso en un supuesto como el presente. Los perjuicios derivados del incumplimiento de este preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante, al amparo de lo previsto en el art. 1106 CC, tal y como es interpretado por la jurisprudencia. Y a este respecto estimamos el recurso de casación, pues la sentencia de instancia, al juzgar que no constaba acreditado que se hubiera producido un perjuicio como consecuencia del incumplimiento del preaviso, reducía el posible daño indemnizable derivado de la falta de preaviso a las inversiones no amortizadas y excluía de su consideración el lucro cesante’.

La decisión de la Audiencia resulta correcta porque, en el presente caso, conforme a la doctrina expuesta, la sentencia recurrida considera que resulta indemnizable el lucro cesante sufrido por el distribuidor por el incumplimiento del concedente de un preaviso razonable, que hubiera permitido reorientar su actividad comercial. En este sentido, con base en las exigencias derivadas del principio de la buena fe contractual (artículo 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio), y en su aplicación a las circunstancias del caso (contrato de distribución de larga duración, por tiempo indefinido y en exclusiva, con un importante nivel de ventas), concluye que el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el artículo 25 LCA, que aunque no resulta directamente de aplicación, sirve de referente para determinar la adecuación y el carácter razonable de la antelación del preaviso exigible en un caso como el presente.

5. En el motivo tercero, la recurrente denuncia la vulneración de la jurisprudencia relativa a la excepción *non adimpleti contractus*, con cita, entre otras, de la sentencia de esta sala 294/2012, de 18 de mayo. Argumenta que debió ser aplicada ante el incumplimiento de la demandante al tratar de condicionar las decisiones comerciales del concedente”. (F.D. 2º)

“(…) En principio, con carácter general, al margen de lo pactado las partes, la obligación del concedente de comprar el stock del distribuidor no puede ser considerada un elemento natural del contrato. Por lo que a falta de pacto al respecto, su determinación debe de hacerse en el seno de la integración del contrato con arreglo al principio de buena fe y atendiendo a las circunstancias del caso. En esta línea, la doctrina jurisprudencial de esta Sala en numerosas ocasiones, entre otras, en sus sentencias núms. 419/2015, de 20 de julio y 254/2016, de 19 abril, ha declarado que el principio de buena fe, como fuente de integración normativa del contrato (artículo 1258 del Código Civil) no sólo sanciona entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y de la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo, sino que también colma obligacionalmente las lagunas que presente la reglamentación contractual de las partes; de forma que las obligaciones

derivadas del principio de buena fe integran el contrato y, por tanto, su cumplimiento puede ser reclamado por vía de acción.

En el presente caso, conforme a la integración del contrato, con arreglo al principio de buena fe, debe concluirse que la distribuidora viene legitimada para exigir a la concedente el pago del stock de productos conexo a la ejecución que venían efectuándose del contrato de distribución. En este sentido, abunda la valoración de las circunstancias del presente caso. Así en primer término, debe tenerse en cuenta que la concedente no ha negado el hecho de que la distribuidora asumía una obligación de mantenimiento de un cierto stock de productos para la ejecución del contrato de distribución. En segundo término, debe destacarse la larga duración de la relación comercial que vinculaba a las partes. Relación de distribución en exclusiva, claramente acreditada al menos con cinco años de antelación con respecto a la resolución contractual ejercitada. En tercer término, y estrictamente relacionado con lo anterior, también merece resaltarse que la concedente no comunicó su decisión de resolver el contrato con un preaviso suficiente a la distribuidora, de forma que ésta pudiera gestionar con cierta antelación la venta de su stock.

Todo ello conduce a que la distribuidora debe ser indemnizada por el daño ocasionado (daño emergente) que le ha supuesto tener a disposición de la concedente un stock que finalmente no va a ser objeto de venta en los centros hospitalarios. Si bien, como declaró la sentencia de primera instancia, dicha indemnización debe ser calculada con relación al precio de adquisición de los productos en stock y no al precio de venta de las mismas, como pretende la recurrente”. (F.D. 4º) [P.G.P.]

## 2. DERECHO DE SEGUROS

*Jurisprudencia: Seguro de vida. Falta de legitimación activa. Infracción del deber de declaración del riesgo.*

STS (Sala 1ª) de 5 de abril de 2017, rec. nº 542/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7990706&links=contrato%20de%20seguro&optimize=20170418&publicinterface=true>

“(…) De aplicar la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta a los motivos examinados se desprende que estos deben ser estimados por las siguientes razones:

1ª) Estando ante un seguro de vida con cobertura de invalidez vinculado a un préstamo hipotecario, que no se niega fuera suscrito con una aseguradora del mismo grupo que la entidad designada como primera beneficiaria, es indudable que al producirse el siniestro objeto de cobertura -reconocimiento de la invalidez-, y ante la inactividad de la entidad prestamista beneficiaria, la asegurada/tomadora,

demandante y hoy recurrente, tenía legitimación activa para interesar el cumplimiento del seguro en vigor y, por tanto, para reclamar de su aseguradora el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, entre ellas, y como principal, el pago de la suma asegurada, sin perjuicio de respetar los derechos de la entidad prestamista beneficiaria.

2ª) Esto fue lo que aconteció pues, como resulta de las peticiones de la demanda (la demandante destacó en negrita la pretensión de cumplimiento) y de los preceptos invocados en su fundamentación jurídica (arts. 1088, 1089, 1091, 1101, y 1124 CC, todos ellos relativos a la fuerza vinculante del contrato denegado y a la responsabilidad contractual por incumplimiento), la acción principalmente ejercitada fue la de cumplimiento contractual, para la que la demandante se encontraba legitimada como parte del contrato de seguro y como titular del interés asegurado. No admitir tal legitimación podría dar lugar a que, por la sola inactividad de la entidad prestamista en cuanto beneficiaria del seguro y su actividad en cuanto prestamista frente al prestatario, este tuviera que seguir amortizando el préstamo, que es precisamente aquello frente a lo que le protege el seguro cuya prima corre a su cargo.

3ª) En definitiva, el seguro litigioso respondía a un interés compartido por la tomadora/asegurada demandante y la entidad de crédito prestamista: el de la primera, quedar liberada de su obligación de devolver el préstamo si se producía el siniestro; y el de la segunda, garantizarse la devolución del préstamo si no lo devolvía la prestataria en caso de muerte o invalidez. Pero en cualquier caso es más que evidente el interés legítimo de la asegurada, y en caso de muerte el de quienes le sucedan en sus derechos y obligaciones, en que el seguro responda a la causa por la que se contrató, se haga efectivo y, en consecuencia, se la libere de su obligación de devolver el préstamo por quedar entonces la obligación de devolver el capital pendiente a cargo de la aseguradora. Entenderlo de otra forma equivale a poder dejar inermes al asegurado o a su familia en un trance especialmente difícil que el asegurado quiso evitar precisamente mediante la concertación del seguro y el pago de la prima correspondiente, cuya contrapartida no puede ser otra que la respuesta de la aseguradora entregando el dinero a la prestamista designada como primera beneficiaria pero para saldar la deuda que aparezca en la cuenta del asegurado, lo que demuestra que también este es beneficiario desde un punto de vista sustancial o material y no puramente formal.

4ª) Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación negaron la legitimación activa de la demandante hoy recurrente por haber solicitado el cobro para sí y no para la primera beneficiaria. Sin embargo, no hay ninguna base razonable para entender que la demandante pretendiera soslayar los derechos de la entidad prestamista intentando el cobro para sí del capital asegurado, pues cualquier duda a que pudiera dar lugar la literalidad de las peticiones de la demanda quedó disipada por la propia parte demandante en el acto de la audiencia previa por el cauce del art. 426.2 LEC. No hubo, pues, una *mutatio libelli* prohibida por el art. 412 LEC, como considera la sentencia recurrida, sino una aclaración

conducente a delimitar el objeto del proceso en función de lo alegado en la contestación a la demanda.

5ª) En consecuencia, no admitir dicha aclaración -con base en una interpretación excesivamente formalista del art. 426 LEC -, causó una evidente indefensión a la parte demandante hoy recurrente desde el momento en que la razón decisoria de las sentencias de ambas instancias fue que la demandante no podía reclamar el pago para sí del capital asegurado.

La estimación de estos dos primeros motivos del recurso determina que no sea necesario examinar el tercero. Se anula la resolución recurrida para, a continuación, según lo establecido en la DF 16ª, regla 7ª, LEC, resolver sobre el fondo de las pretensiones formuladas en la demanda con sujeción a lo alegado como fundamento del recurso de casación (así, sentencias 625/2016, de 24 de octubre, y 627/2016, de 25 de octubre).

(...)

En consecuencia, procede examinar la segunda cuestión, esto es, si la declaración de salud, formalmente válida como cuestionario, lo era también materialmente, es decir, si por su contenido podía concluirse que era conducente a que la asegurada pudiera conocer su salud y si las preguntas que se le hicieron eran bastantes para que pudiera ser consciente de que, al ocultar su esquizofrenia, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo.

En este sentido, la sentencia 726/2016, de 12 de diciembre, declara que “configurado jurisprudencialmente el deber del tomador de declarar el riesgo como un deber de contestación o respuesta a lo que le pregunta el asegurador, y recayendo en este las consecuencias que derivan de la presentación de un cuestionario incompleto (en el que se omitan circunstancias que puedan influir en la exacta valoración del riesgo), la controversia finalmente se contrae a determinar si las preguntas formuladas (cualquiera que sea la fórmula elegida por el asegurador) “fueron o no conducentes a que, en sus circunstancias, el tomador pudiera razonablemente advertir o ser consciente de la existencia de antecedentes médico-sanitarios relacionados con su estado de salud que la aseguradora debiera conocer para poder identificar y valorar correctamente el riesgo asegurado con las coberturas de vida e invalidez contratadas” (sentencia 72/2016, de 17 de febrero)”.

Partiendo de esa doctrina general, su aplicación concreta ha llevado a esta sala a distintas soluciones, justificadas por las diferencias de contenido de la declaración-cuestionario.

-La sentencia 157/2016, de 16 de marzo, en un caso que guarda cierta semejanza con el presente (pues también se trató de una póliza de seguro de vida exigida por la entidad prestamista con la finalidad de garantizar la devolución del préstamo - en aquel caso, para la adquisición de un vehículo a motor-, que fue suscrita por el tomador/asegurado ante los empleados de la entidad bancaria, sin intervención

directa de la aseguradora), valora el contenido la declaración de salud, en concreto la circunstancia de que se tratara de una cláusula “estereotipada acerca de la salud general que presenta el asegurado” en el momento de suscribir el seguro, en la que no se concretaban preguntas relevantes acerca de la determinación del riesgo objeto de cobertura, y por eso descarta que en ese caso el asegurado hubiera infringido el deber de contestación o respuesta que le imponía el art. 10 LCS al no mencionar la enfermedad (cáncer) que padecía. En concreto declara lo siguiente:

“Como se observa de la póliza suscrita, lejos de interesar alguna respuesta acerca de enfermedades relevantes del asegurado, caso del cáncer padecido, resulta claramente estereotipada acerca de la salud general que presenta el asegurado, sin individualizar o concretar preguntas relevantes acerca de la determinación del riesgo objeto de cobertura. De forma que no puede considerarse que el asegurado, al no mencionar dicha enfermedad padecida, infringiera el deber de contestación o de respuesta que le impone el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro”.

-Por el contrario, en el caso analizado por la sentencia 726/2016, de 12 de diciembre, respecto de un seguro de la misma entidad RV, la sala sí aprecia infracción del deber de declarar el riesgo porque en las condiciones particulares se incluyó una declaración de salud según la cual, a diferencia del caso examinado por la sentencia 157/2016, no se le preguntó al tomador de forma meramente genérica si se encontraba en buen estado de salud o si había padecido o padecía en ese momento cualquier enfermedad o lesión, sino que se le preguntó específicamente acerca de patologías concretas (cardíacas, circulatorias, oncológicas, infecciosas del aparato digestivo o endocrinas -diabetes-) que además hubieran precisado tratamiento médico, constanding al respecto que el asegurado sabía, al menos desde el año 1997, que sufría una patología cardíaca y respiratoria grave, para la que se le prescribió como tratamiento oxígeno domiciliario y que terminó siendo la causa de su invalidez. En atención a ello esta sala concluye que, con independencia de la forma elegida por el asegurador para dar cumplimiento a su obligación de someter al tomador/asegurado a un cuestionario, lo relevante era que las cuestiones integrantes de la “Declaración de salud” fueron suficientemente claras para que el tomador pudiera razonablemente advertir, ser consciente y, por tanto, no ocultar, la existencia de antecedentes médico- sanitarios relacionados con su estado de salud que debía percibir como objetivamente influyentes para poder identificar y valorar correctamente el riesgo asegurado con las coberturas de vida e invalidez contratadas, máxime cuando a continuación de la declaración sobre su salud, pero también como declaraciones del asegurado, se incluyeron las relativas al no ejercicio de determinadas profesiones y actividades de riesgo y, en último lugar, la relativa al no consumo de tabaco y/o bebidas alcohólicas, con una precisión para esta última (“salvo uno o dos vasos de vino o cervezas al día”) que apoyaba más la tesis del tribunal sentenciador sobre la participación consciente del asegurado en su declaración.

-La misma sentencia 726/2016 se apoyaba a su vez en la sentencia 72/2016, de 17 de febrero, que también confirmó la existencia de una actuación dolosa del tomador por ocultar a sabiendas datos sobre su salud (antecedentes sobre

depresión y posterior trastorno bipolar, que precisaron tratamiento con medicación) conocidos por él y que guardaban relación con las preguntas de los cuestionarios y con la naturaleza y cobertura de los seguros de vida e invalidez suscritos. Aunque no se le formularon preguntas sobre una patología o enfermedad en particular, esa sentencia 72/2016, de 17 de febrero, concluyó que, teniendo el asegurado antecedentes de enfermedad psíquica (depresión) que venían mereciendo atención y tratamiento continuado desde al menos doce años antes de su adhesión, “nada justificaba que respondiera negativamente a la pregunta de si había tenido o tenía alguna limitación psíquica o enfermedad crónica, y menos aún que también negara haber padecido en los cinco años anteriores alguna enfermedad que precisara tratamiento médico”.

4. El presente asunto presenta una mayor similitud con el analizado por la sentencia 157/2016, de 16 de marzo, y, en consecuencia, la solución ha de ser la misma. En el asunto resuelto por la sentencia 726/2016, de 12 de diciembre, a pesar de que la declaración de salud era de un tenor muy similar a la que ahora se enjuicia (no en vano, ya se ha dicho que en ambos casos se trata de seguros suscritos por la misma entidad aseguradora), lo determinante para que entonces se apreciara que hubo ocultación dolosa fue que el asegurado era conocedor de que sufría una patología cardíaca y respiratoria grave, por la que había precisado tratamiento con oxígeno domiciliario, y que, preguntado expresamente sobre si padecía o había padecido alguna enfermedad de esa misma naturaleza (cardíaca o respiratoria), lo negó, afirmando tener buena salud y plena capacidad para trabajar. En el asunto resuelto por la sentencia 72/2016, aunque las preguntas fueron más genéricas y no se le interrogó sobre una patología en concreto, al menos sí se le preguntó sobre si había tenido o tenía alguna limitación física o enfermedad crónica, situación en la que encajaban sus antecedentes por depresión. En cambio, en el presente caso, a diferencia de los dos anteriores, dados los términos en que se encuentra redactada la declaración de salud por parte de la compañía aseguradora, no cabe entender que porque la tomadora no manifestara en 2009 los antecedentes de posible psicosis que padecía desde finales de 2003 estuviera ocultando datos de salud relevantes para la valoración del riesgo, pues no se le preguntó específicamente sobre si padecía o había padecido enfermedad o patología afectante a su salud mental (solo se aludió a patologías de tipo cardíaco, respiratorio, oncológico, circulatorio, infeccioso, del aparato digestivo o endocrino -diabetes-) ni si padecía enfermedad de carácter crónico, con tratamiento continuado, que ella pudiera vincular de forma razonable con esos antecedentes de enfermedad mental que condujeron finalmente a la incapacidad. En tales circunstancias, siguiendo el criterio de la sentencia 157/2016, de 16 de marzo, ha de ser la aseguradora la que soporte la imprecisión del cuestionario -declaración de salud- y la consecuencia de que por tal imprecisión no llegara a conocer el estado de salud de la asegurada en el momento de suscribir la póliza, sin que pueda apreciarse incumplimiento doloso por el tomador del seguro del deber de declaración del riesgo que permita liberar a la aseguradora del pago de la prestación reclamada con base en los arts. 10 y 89 LCS”. (F.D. 6º y 7º) [P.G.P.].

*Jurisprudencia: Seguro de decesos. Legitimación activa del cesionario del crédito (indemnización) para reclamar al deudor cedido (la entidad aseguradora) el recargo por demora del art. 20 LCS.*

STS (Sala 1ª) de 19 de junio de 2017, rec. n° 99/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8070329&links=&optimize=20170623&publicinterface=true>

“(…) Esta sala, en el plano de las relaciones entre aseguradoras y respecto al ejercicio de la acción subrogatoria prevista en el artículo 43 LCS, ha declarado la improcedencia de la aplicación del recargo por demora previsto en el artículo 20 de dicha Ley. Entre los fundamentos que justificaron esta conclusión, expuestos en la sentencia 43/2009, de 5 de febrero, se ha señalado lo siguiente: “(…) A) Desde el punto de vista literal, no puede afirmarse que ni el artículo 20 LCS ni el artículo 43 LCS hayan previsto la solución a la cuestión planteada. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el 43 LCS limita el ejercicio de la acción subrogatoria a la cantidad efectivamente satisfecha, pues la concede “una vez pagada la indemnización” y precisa que comprende los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieron al asegurado frente a las personas responsables del mismo “hasta el límite de la indemnización”. Así lo ha admitido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 15 de junio de 1988 y 7 de mayo de 1993), precisando que el reembolso únicamente puede referirse a dicha indemnización cuando se halla dentro de la cobertura del contrato de seguro (STS de 5 de marzo de 2007, RC n° 382/2000). Por otra parte, la nueva redacción del artículo 20 LCS establece con mayor precisión los sujetos a los que afecta a mora del asegurador, entre los cuales figura el “tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil”, figura en la que no puede incluirse la aseguradora que ejercita la acción de subrogación, entre otras razones, porque ésta puede tener lugar en general en los seguros de cosas (dado que el artículo 43 LCS figura entre las disposiciones generales de los seguros de daños), mientras que la acción directa por parte del tercero perjudicado, a la que parece referirse específicamente el legislador, sólo cabe en el seguro de responsabilidad civil (artículo 76 LCS), específicamente mencionado en el artículo 20 LCS.

“(B) Desde el punto de vista sistemático, no pueden aceptarse los argumentos que parten de la equiparación absoluta entre la acción subrogatoria que corresponde al acreedor, al cesionario de un crédito o a quien paga en interés del deudor, con arreglo a los artículos 1111 y 1212 CC, y el ejercicio de la acción subrogatoria que contempla el artículo 43 LCS. Esta es una acción de carácter específico legalmente prevista en favor de las aseguradoras fuera de los supuestos previstos en el CC y con unos requisitos determinados en función de la indemnización efectivamente satisfecha, del importe del daño causado y del ámbito de la cobertura del contrato. Por el contrario, no pueden ser desechadas las argumentaciones que hacen hincapié en el carácter extraordinario que tiene el recargo por demora previsto en el artículo 20 LCS, el cual, si bien no puede afirmarse que por sí mismo imponga una interpretación restrictiva, obliga, para determinar su alcance, a examinar la finalidad con que se concibe tanto el ejercicio de la acción subrogatoria del

artículo 43 LCS, como el recargo por demora de la aseguradora contemplado en el artículo 20 LCS.

“C) Desde esta perspectiva teleológica, la mora prevista en el artículo 20 LCS, en algunas modalidades, como el abono del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber o la reparación o reposición del objeto siniestrado (artículo 20.2ª LCS), carece de sentido en relación con la aseguradora como sujeto pasivo. Por otra parte, la finalidad del artículo 20 LCS radica en fomentar el rápido resarcimiento del asegurado o perjudicado imponiendo sobre la aseguradora que retrasa injustificadamente el cumplimiento de su obligación un recargo indemnizatorio de notoria importancia, a la que se hace referencia en STS de 1 de marzo de 2001 dictada por el Pleno de esta Sala. Esta finalidad pierde su sentido cuando se trata de las relaciones entre aseguradoras”.

Por el contrario en el caso que nos ocupa, a diferencia de lo anteriormente señalado, no hay óbice alguno en considerar que el recargo de demora, previsto en el artículo 20 LCS, forma parte del contenido contractual de una cesión de crédito expresamente contemplada en la reglamentación contractual del contrato de seguro que vincula a las partes. En efecto, no hay disposición legal que la prohíba, por lo que las partes pueden acordarla al amparo del artículo 1255 del Código Civil; sin que haya fundamento para una aplicación restrictiva de la cesión de los intereses de demora. A su vez, la legitimación resultante no es extraordinaria o legal, pues deriva del propio título contractual acordado por las partes. De forma que, una vez perfeccionada la cesión, el cesionario adquiere la titularidad del crédito cedido con el contenido contractual que tenía en origen, por lo que puede exigir dicho crédito a el deudor cedido sin ninguna restricción o limitación al respecto (artículos 1112 y 1528 del Código Civil).

Por lo que la cuestión planteada, que accede por primera vez a esta sala, debe resolverse en favor de la aplicación del recargo de demora previsto en el artículo 20 LCS, como parte integrante de los derechos que conforman el contenido obligacional del crédito cedido”. (F.D. 2º) [P.G.P.]

*Jurisprudencia: Seguro de responsabilidad civil patrimonial de una entidad local. Competencia judicial. Contrato público o privado.*

STS (Sala 1ª) de 27 de junio de 2017, rec. nº 758/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8096745&links=&optimize=20170714&publicinterface=true>

“(…) Sobre la naturaleza de esta clase de contratos ha existido una evolución legislativa que ha esclarecido las dudas que existían.

El texto original de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas consideraba los contratos de seguro de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas como contratos administrativos.

Mediante la reforma operada por la Ley 13/1999, de 28 de diciembre, estos contratos pasaron a tener carácter de privados.

La naturaleza privada del contrato de seguro para cubrir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública aparece reconocido en el TRLCAP aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio, de aplicación al contrato litigioso, según ya hemos adelantado.

Conviene reseñar los siguientes preceptos:

“El seguro es un instrumento que permite a un actor económico sustituir un coste incierto y elevado por un coste cierto y reducido. El seguro transfiere riesgos del patrimonio del asegurado al patrimonio del asegurador, que puede asumirlos mediante el procedimiento de acumular unidades del riesgo, de forma tal que las pérdidas resulten estadísticamente previsibles.

“En el ámbito de la Administración pública, este proceso de transferencia de riesgos tiene un alcance inesperado. El proceso de aseguramiento supone una privatización del riesgo. Éste se transfiere desde las Administraciones públicas, que deben hacer frente al mismo con cargo a su presupuesto (mediante un sistema que ha sido llamado de autoaseguramiento), a las aseguradoras privadas. Esto permite a las Administraciones sustituir la previsión económica de las consecuencias de un riesgo incierto por el abono cierto a la aseguradora privada de la cantidad que resulta de la prima. Con ello se plantean diversos problemas de compatibilidad del régimen jurídico-administrativo de responsabilidad con el régimen del seguro privado.”

“(…) *Artículo 5. Carácter administrativo y privado de los contratos.* 1. Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado. 2. Son contratos administrativos:

“a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos (...).

“*Artículo 9. Régimen jurídico de los contratos privados.*

“1. Los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado (...).

“2. Los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, se adjudicarán conforme a las normas contenidas en los Capítulos II y III del Título IV, Libro II, de esta Ley.

“3. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso- administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción.

“*Artículo 206. Categorías de los contratos.* “Para la aplicación del artículo 203 [supuestos de publicidad], los contratos se agrupan en las siguientes categorías: “(...) 6. Servicios financieros: “a) Servicios de seguros (...)”.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, declara el carácter privado de los contratos que celebre una Administración con los servicios financieros de seguros.

El art. 10 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el TRLCSP, incluye los seguros de responsabilidad patrimonial al hacer referencia a las pólizas de seguro suscritas por la Administración.

QUINTO.- Con tales antecedentes, y en aplicación de la doctrina de los “actos separables”, se ha de distinguir entre la fase de preparación y adjudicación del contrato, cuya impugnación se habría de decidir ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de aquellos conflictos que surjan entre la Administración y la aseguradora en cuanto a los efectos y extinción del contrato, que sería competencia de la Jurisdicción civil.

De ahí que se puede coincidir con la sentencia 781/2007, de 25 de junio, aunque el contrato sobre el que decide ésta no es de seguro, que el contrato cuyo incumplimiento origina la reclamación objeto de este proceso reviste carácter privado, y se halla sólo sometido a la legislación administrativa en todo cuanto afecta a los actos tradicionalmente considerados separables -los relativos a la formación de la voluntad de la Administración, a su preparación y adjudicación-, en tanto que en cuanto a sus efectos y extinción se somete a las normas de derecho privado, correspondiendo, por consiguiente, a los órganos de la jurisdicción civil la competencia para conocer de los litigios relativos, como aquí sucede, a las consecuencias del incumplimiento contractual”. (F.D. 4º y 5º) [P.G.P.]

*Jurisprudencia: Seguro de transporte. Sospechas de simulación. Trascendencia de las diligencias penales como causa justificativa para excluir el recargo por demora de la entidad aseguradora (art. 20.8 LCS)*

STS (Sala 1ª) de 27 de junio de 2017, rec. nº 3424/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8087648&links=&optimize=20170707&publicinterface=true>

“(…) 4. En el segundo submotivo, la recurrente denuncia la infracción del artículo 20.8 LCS. Argumenta que el haberse seguido un procedimiento penal contra la entidad aseguradora es causa justificativa para la demora en el pago y la exclusión del recargo.

5. El submotivo debe ser desestimado. La jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación y aplicación de la regla 8ª del artículo 20 LCS, ha quedado sintetizada en la sentencia 73/2017, de 8 febrero.

En la línea de la sentencia citada, se ha mantenido una interpretación restrictiva de la citada norma, para impedir que se utilice el proceso como excusa general para dificultar o retrasar el pago debido.

La mera existencia de un proceso judicial no constituye causa que justifique, por sí sola, el retraso en la indemnización, o permita presumir la racionalidad de la oposición.

En el presente caso, atendido el canon del carácter razonable de la oposición, resulta evidente que una vez dictada la sentencia absolutoria del Tribunal Supremo, en términos tan concluyentes, ninguna razón amparaba a la demandada para oponerse a la consignación o al pago de la indemnización reclamada. Por lo que resulta de aplicación el recargo de demora previsto en el artículo 20 LCS”. (F.D. 2º) [P.G.P.]

*Jurisprudencia: Contrato de compraventa. Afianzamiento o aseguramiento de las entregas a cuenta por entidad de crédito. Incumplimiento de la promotora vendedora. Responsabilidad de la entidad de crédito aunque no se ha llegado a extender el aval individual.*

STS (Sala 1ª) de 4 de julio de 2017, rec. nº 950/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8096748&links=contrato%20de%20seguro&optimize=20170714&publicinterface=true>

“(…) Después de la interposición del presente recurso de casación, la sentencia del pleno 322/2015, de 23 de septiembre, resolvió expresamente la cuestión de la responsabilidad de las entidades de crédito al amparo del art. 1 Ley 57/1968 para los casos de incumplimiento de la promotora cuando no se haya llegado a

extender el aval individual. Es a esta jurisprudencia de la sala a la que debe estarse para resolver el presente recurso.

Según la sentencia del pleno 322/2015 : “i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía; ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al art. 3 Ley 57/1968 ; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva”.

De acuerdo con esta doctrina, hay que interpretar la ley de forma que los compradores tienen derecho a reclamar de la aseguradora o avalista la devolución de las cantidades entregadas a cuenta al promotor sobre la base de las pólizas colectivas concertadas por el promotor con las demandadas, aunque no se hubiera llegado a extender un aval individualizado. La póliza de afianzamiento suscrita es título suficiente para justificar la reclamación.

La interpretación de que no debe caer sobre el comprador la negligencia del promotor que no requiere los certificados individuales es la que mejor responde a la finalidad tuitiva de la regulación de las garantías por cantidades anticipadas en la construcción, habida cuenta de la confusa redacción de la regulación de esta materia vigente en el momento de la celebración del contrato: de una parte parece imponerse la obligación de entregar en el momento de celebrar el contrato de compraventa un documento acreditativo de la garantía individualizada (art. 2 de la Ley 57/1968, sin que la disp. adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación , en vigor desde el 6 de mayo de 2000 hasta el 1 de enero de 2016 dijera nada a este respecto) pero, al mismo tiempo, en norma reglamentaria, parece supeditarse la emisión de la póliza individual a la firma del contrato (art. 5 de la Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas).

La interpretación de la sentencia del pleno 322/2015 ha sido reiterada, entre otras, por las sentencias 272/2016, de 22 de abril, 626/2016, de 24 de octubre y 739/2016, de 21 de diciembre (también, aunque en el caso se excluyera la aplicación de la Ley 57/1968 por la condición del comprador y el uso no residencial de la vivienda, en sentencias 246/2014, de 1 de junio y 675/2016, de 16 de noviembre).

En consecuencia, mantiene una interpretación errónea y contraria a la doctrina de esta sala la sentencia recurrida, al entender que la existencia de la póliza suscrita entre la entidad bancaria y la promotora solo da lugar al nacimiento del

compromiso de perfeccionar un afianzamiento con cargo a la línea de aval pero no hace nacer la garantía de la entidad frente al comprador mientras no se perfeccione esa garantía que, por lo demás, la sentencia considera precisaría no solo la emisión de un nuevo consentimiento del fiador sino también, dice la sentencia, de los compradores (cuando, en realidad, aunque se tratara de una fianza ordinaria ya habrían expresado su aceptación de la fianza anticipadamente en el contrato de compraventa en el que se hacía referencia a la garantía de la entidad por las cantidades anticipadas). La interpretación que hace del art. 1827 CC y de la póliza de aval suscrita por el promotor y la demandada prescinde del carácter irrenunciable de los derechos que la hoy derogada Ley 57/1968 reconocía a los compradores y, más concretamente, la exigencia de la emisión de un certificado individual.

Como resulta del contenido de la sentencia 322/2015, de 23 de septiembre y de otras posteriores, una interpretación semejante a la que realiza la sentencia recurrida pone en evidencia cómo puede quedar insatisfecha la previsión de garantía contenida en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 57/68, porque bajo la apariencia de la garantía concertada en la póliza colectiva a la que se hace referencia en el contrato, el comprador no tiene por qué conocer que todavía debe recibir el aval individualizado y queda a merced de la mayor o menor diligencia del promotor solicitar los concretos certificados o avales individuales.

La aplicación de la doctrina de la sala al presente caso resulta que la entidad demandada incurrió en la responsabilidad porque consta probado que la vivienda no se terminó, que los compradores-recurrentes anticiparon cantidades en cuentas de la promotora-vendedora en BBK (y, conforme al último inciso del art. 1, condición 2ª, de la Ley 57/1968, para la apertura de estas cuentas o depósitos a que se refiere la ley para el ingreso de las cantidades anticipadas, la entidad de crédito *bajo su responsabilidad*, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior).

La estimación del motivo da lugar a la estimación del recurso de casación, la casación de la sentencia recurrida y, conforme al art. 487.2 LEC procede, asumiendo la instancia, resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia de primera instancia.

La Audiencia resolvió conjuntamente ambos recursos y, al entender que no existía afianzamiento de la entidad demandada a favor de los actores ya no hubo de pronunciarse sobre otras cuestiones planteadas en los recursos de apelación y a las que debe darse respuesta ahora. (F.D. 3) [P.G.P.].

*Jurisprudencia: Seguro de vida. Condiciones generales y particulares. Cláusulas limitativas. Riesgos excluidos.*

STS (Sala 1ª) de 27 de septiembre de 2017, rec. nº 866/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8159691&links=seguro&optimize=20171006&publicinterface=true>

“(…) No se discute el carácter limitativo de tales cláusulas. Lo que no se sostiene es que sean nulas por el simple hecho de su carácter limitativo. Lo serán cuando no se sujeten al régimen especial impuesto en la Ley para las mismas, distinto del que se exige para las condiciones particulares. En efecto, 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).

La sentencia 402/2015, de 14 de julio, que cita la más reciente 76/2017, de 9 de febrero resume 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’.

4. La entidad aseguradora cumplió con las exigencias establecidas en el artículo 3 LCS para validez y eficacia de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, como así lo señala la sentencia recurrida: a) con relación al requisito del especial resalte, aparte de una llamada expresa a los riesgos excluidos que se realiza desde las condiciones particulares al condicionado general, vienen suficientemente destacadas en ‘negrita’ y son fácilmente detectables por el asegurado; b) no son complejas, sino de fácil entendimiento por el asegurado, y c) la póliza aparece firmada por el asegurado tanto en las condiciones particulares, como en las condiciones generales, en la forma que exige la jurisprudencia citada” (F.D. 2º).

“(…) La misma suerte desestimatoria del primer motivo ya analizado, deben seguir los tres restantes, especialmente el tercero en el que se plantea la infracción por inaplicación del artículo 20.3 y 4 de la Ley de Contrato de Seguro, así como de la jurisprudencia que los interpreta. El número 3 referido a cuando el asegurador incurre en mora, mientras que el 4 a la indemnización por mora, cuando la

sentencia no ha determinado que sea procedente la indemnización por parte de la aseguradora.

1. El segundo porque no existe infracción del artículo 102 y 3, en relación con el 100 ambos de la Ley de Contrato de Seguro, en cuanto a la intencionalidad en el origen del accidente. En primer lugar, la intencionalidad no integra el razonamiento principal desestimatorio del recurso de apelación. En segundo, porque la valoración efectuada por el tribunal de instancia, que vincula la acción intencional al suicidio, entendida como la muerte causada consciente y voluntariamente por el asegurado, viene respaldada por los hechos que la propia sentencia declara probados y como tal deben respetarse en casación.

2. El cuarto, porque tampoco se infringe por inaplicación el artículo 100, relación con los artículo 1 y 2 de la misma ley, además de la jurisprudencia que cita. Los recurrentes mantienen que la muerte de su hijo se produjo al ser atropellado por un camión por lo que debe considerarse accidente de circulación y, por tanto, les corresponde de acuerdo con la garantía complementaria de la póliza la cantidad asegurada de 60.000 euros. Y es que, al margen de que la asegurabilidad del suicido está en clara contradicción con el concepto de accidente contenido en el art. 100, párrafo 1, y la norma del art. 102, párrafo 2º, y con la propia definición que se hace en la póliza, que establece que el accidente ha de ser ajeno a la voluntad o intencionalidad del asegurado, el siniestro en cuestión está excluido de cobertura aseguratoria por las razones expuestas”. (F.D. 4º) [P.G.P.]

*Jurisprudencia: Seguro de responsabilidad civil profesional. Reclamación de cantidad. Interpretación art. 20 LCS.*

STS (Sala 1ª) de 27 de septiembre de 2017, rec. nº 1347/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8159694&links=seguro&optimize=20171006&publicinterface=true>

“(…) Como recoge la sentencia 73/2017, de 8 de febrero, la jurisprudencia de esta sala sobre la interpretación y aplicación de la regla del artículo 20.8º LCS quedó detalladamente expuesta, con exhaustiva relación de sus precedentes, en la sentencia 743/2012, de 4 de diciembre, que es la citada por la parte recurrente.

Más recientemente se reiteró la doctrina por la sentencia 206/2016, de 5 de abril, y las posteriores 514/2016, de 21 de julio, 456/2016 de 5 de julio y 36/2017 de 20 de enero, entre otras.

“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 qué 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’.

2.- La doctrina de la sala la cita la sentencia recurrida, y siendo concedora de ella la aplica.

Como en el presente caso el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para valorar como justificada la oposición de la aseguradora a efectos de no imponerle los intereses, será preciso examinar la fundamentación de la sentencia recurrida, partiendo de sus apreciaciones, teniendo en cuenta que corresponde al Tribunal de instancia citar los hechos probados y las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica necesaria para integrar los presupuestos de la norma aplicada (STS 20 de octubre de 2015).

3.- Al examinar la fundamentación de la sentencia recurrida se aprecia, según se ha recogido en el resumen de antecedentes, que no solo es que existiese una auténtica necesidad de acudir a litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda razonable entorno a la obligación de indemnizar, sino que seguido éste, y practicadas las pruebas, el tribunal de instancia abriga dudas sobre si concurre o no el presupuesto fáctico de la cláusula de exclusión de cobertura; y si se inclina por no aplicar la cláusula en cuestión y estima la demanda es por entender que las

dudas han de perjudicar a la compañía de seguros, que tendría la carga de acreditar cumplidamente los presupuestos de la cláusula de exclusión.

Los hechos nucleares en que el recurrente funda su recurso como presupuestos fácticos, no los acoge la sentencia recurrida, pues, tras valorar minuciosamente las pruebas practicadas y venidas a autos, no alcanza la convicción de la intervención del Arquitecto asegurado en la causa desencadenante de la infracción urbanística.

De ahí, que la valoración jurídica de la sentencia recurrida se compadezca con el artículo 20.8 LCS en la interpretación que de su aplicación hace la jurisprudencia. (F.D. 2º) [P.G.P.]

*Jurisprudencia: Seguro colectivo de vida. Reclamación de cantidad. Infracción del deber de declaración del riesgo. Dolo del asegurado.*

STS (Sala 1ª) de 4 de octubre de 2017, rec. nº 992/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8165189&links=seguro&optimize=20171013&publicinterface=true>

“(…) El motivo, y por tanto el recurso, ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1.ª) La cuestión jurídica debatida en apelación y ahora en casación se contrae a si la ocultación por parte del asegurado del dato de que estaba siendo tratado con un medicamento (‘Lioresal’) indicado para una patología que finalmente se demostró tuvo que ver con la que determinó su invalidez, supuso o no una actuación dolosa o gravemente negligente en cuanto a su deber de declarar el riesgo. Dicha cuestión jurídica debe analizarse a partir de dos hechos probados: el carácter preexistente de su enfermedad (molestias persistentes en extremidades inferiores, sobre todo pierna izquierda, que le provocaban dificultades ambulatorias, y que empeoraron progresivamente, estando documentadas dichas patologías al menos desde el año 2003), y que al momento de suscribir el boletín de adhesión y contestar al cuestionario de salud el asegurado era consciente de que estaba siendo tratado con dicho medicamento, pese a lo cual contestó negativamente.

2.ª) Según constante jurisprudencia, que aparece sintetizada en las recientes sentencias 726/2016, de 12 de diciembre, 72/2016, de 17 de febrero, mencionadas por la parte recurrida, y 222/2017, de 5 de abril, el deber del tomador de declarar el riesgo se configura como un deber de contestación o respuesta a lo que le pregunte el asegurador, sobre el que recaen las consecuencias que derivan de la presentación de un cuestionario incompleto.

Además de reconocerse validez a la declaración de salud contenida en la póliza, con independencia de su forma (sentencias 157/2016, de 16 de marzo, y 726/2016, de 12 de diciembre), para resolver la cuestión que plantea el recurso,

esto es, si la declaración de salud, formalmente válida como cuestionario, lo era también materialmente (es decir, si por su contenido podía concluirse que era conducente a que el asegurado pudiera conocer su salud y si las preguntas que se le hicieron eran bastantes para que pudiera ser consciente de que, al silenciar su tratamiento con ‘Lioresal’, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo), hay que partir de la doctrina general contenida en la sentencia 726/2016, de 12 de diciembre, luego reiterada por la más reciente de 222/2017, de 5 de abril:

‘Configurado jurisprudencialmente el deber del tomador de declarar el riesgo como un deber de contestación o respuesta a lo que le pregunta el asegurador, y recayendo en este las consecuencias que derivan de la presentación de un cuestionario incompleto (en el que se omitan circunstancias que puedan influir en la exacta valoración del riesgo), la controversia finalmente se contrae a determinar si las preguntas formuladas (cualquiera que sea la fórmula elegida por el asegurador) ‘fueron o no conducentes a que, en sus circunstancias, el tomador pudiera razonablemente advertir o ser consciente de la existencia de antecedentes médico-sanitarios relacionados con su estado de salud que la aseguradora debiera conocer para poder identificar y valorar correctamente el riesgo asegurado con las coberturas de vida e invalidez contratadas’ (sentencia 72/2016, de 17 de febrero)’.

3.<sup>a</sup>) Partiendo de esa doctrina general, su aplicación concreta ha llevado a esta sala a distintas soluciones, justificadas por las diferencias de contenido de la declaración- cuestionario.

La sentencia 157/2016, de 16 de marzo, valora el contenido la declaración de salud, en concreto la circunstancia de que se tratara de una cláusula ‘estereotipada acerca de la salud general que presenta el asegurado’ en el momento de suscribir el seguro, en la que no se concretaban preguntas relevantes acerca de la determinación del riesgo objeto de cobertura, y por eso descarta que en ese caso el asegurado hubiera infringido el deber de contestación o respuesta que le imponía el art. 10 LCS al no mencionar la enfermedad (cáncer) que padecía. En concreto declara lo siguiente:

‘Como se observa de la póliza suscrita, lejos de interesar alguna respuesta acerca de enfermedades relevantes del asegurado, caso del cáncer padecido, resulta claramente estereotipada acerca de la salud general que presenta el asegurado, sin individualizar o concretar preguntas relevantes acerca de la determinación del riesgo objeto de cobertura. De forma que no puede considerarse que el asegurado, al no mencionar dicha enfermedad padecida, infringiera el deber de contestación o de respuesta que le impone el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro’.

Por el contrario, en el caso analizado por la sentencia 726/2016, de 12 de diciembre, la sala sí aprecia infracción del deber de declarar el riesgo porque en las condiciones particulares se incluyó una declaración de salud según la cual, a diferencia del caso examinado por la sentencia 157/2016, no se le preguntó al tomador de forma meramente genérica si se encontraba en buen estado de salud o si había padecido o padecía en ese momento cualquier enfermedad o lesión, sino

que se le preguntó específicamente acerca de patologías concretas (cardíacas, circulatorias, oncológicas, infecciosas del aparato digestivo o endocrinas -diabetes-) que además hubieran precisado tratamiento médico, constanding al respecto que el asegurado sabía, al menos desde el año 1997, que sufría una patología cardíaca y respiratoria grave, para la que se le prescribió como tratamiento oxígeno domiciliario y que terminó siendo la causa de su invalidez. En atención a ello la sentencia concluye que, con independencia de la forma elegida por el asegurador para dar cumplimiento a su obligación de someter al tomador/asegurado a un cuestionario, lo relevante era que las cuestiones integrantes de la ‘Declaración de salud’ fueron suficientemente claras para que el tomador pudiera razonablemente advertir, ser consciente y, por tanto, no ocultar la existencia de antecedentes médico-sanitarios relacionados con su estado de salud que debía percibir como objetivamente influyentes para poder identificar y valorar correctamente el riesgo asegurado con las coberturas de vida e invalidez contratadas, máxime cuando a continuación de la declaración sobre su salud, pero también como declaraciones del asegurado, se incluyeron las relativas al no ejercicio de determinadas profesiones y actividades de riesgo y, en último lugar, la relativa al no consumo de tabaco y/o bebidas alcohólicas, con una precisión para esta última (‘salvo uno o dos vasos de vino o cervezas al día’) que apoyaba más la tesis del tribunal sentenciador sobre la participación consciente del asegurado en su declaración.

La misma sentencia 726/2016 se apoyaba a su vez en la sentencia 72/2016, de 17 de febrero, que también confirmó la existencia de una actuación dolosa del asegurado/tomador por ocultar a sabiendas datos sobre su salud (antecedentes sobre depresión y posterior trastorno bipolar, que precisaron tratamiento con medicación) conocidos por él y que guardaban relación con las preguntas de los cuestionarios y con la naturaleza y cobertura de los seguros de vida e invalidez suscritos. Aunque en este caso, a diferencia del anterior, no se le formularon preguntas sobre una patología o enfermedad en particular, la sentencia 72/2016, de 17 de febrero, concluyó que, teniendo el asegurado antecedentes de enfermedad psíquica (depresión) que venían mereciendo atención y tratamiento continuado desde al menos doce años antes de su adhesión, ‘nada justificaba que respondiera negativamente a la pregunta de si había tenido o tenía alguna limitación psíquica o enfermedad crónica, y menos aún que también negara haber padecido en los cinco años anteriores alguna enfermedad que precisara tratamiento médico’.

4.<sup>a</sup>) El presente asunto presenta una mayor similitud con el analizado por esta última sentencia 72/2016, de 17 de febrero, y, en consecuencia, la solución ha de ser la misma. Es verdad que no se le formularon al asegurado preguntas concretas sobre una patología o enfermedad en particular, pero esto no es suficiente para justificar sus reticencias porque, aunque no fuera plenamente consciente de la concreta enfermedad que padecía o de su gravedad, indudablemente sí que era conocedor de que padecía importantes problemas de salud de presumible evolución negativa por los que había precisado consulta médica y la realización de diversas pruebas, y, por tanto, de que esos problemas eran los que le habían llevado a estar bajo tratamiento médico con ‘Lioresal’, que es el dato cuya

ocultación a la aseguradora no puede tener cabida en la buena fe (‘canon de la buena fe’ según sentencia 1373/2007, de 4 de enero) que preside la relación contractual de seguro, por cuanto no se trataba de un medicamento indicado para problemas de salud cotidianos, comunes o habituales que el asegurado pudiera representarse como desvinculados del riesgo asegurado, sino de un medicamento de prescripción, indicado para enfermedades graves como la esclerosis múltiple, que el asegurado además no tuvo reparo en mencionar tan solo unos días antes en la revisión médica de la empresa. En consecuencia, la pregunta de si padecía alguna enfermedad que necesitara tratamiento puede considerarse genérica pero, por la naturaleza de los padecimientos que venía sufriendo el asegurado desde años antes, que afectaban a su movilidad y tenían un pronóstico de evolución negativa, por el carácter específico para el tratamiento de tales padecimientos que tenía el concreto medicamento que se le había prescrito (según el vademécum, su dispensación exige prescripción médica), por la advertencia que aparecía en el propio boletín de adhesión (en el sentido de que una respuesta positiva determinaría la necesidad de responder a un cuestionario más exhaustivo) y, en fin, por las coberturas del seguro contratado, que incluía la invalidez, existían suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar el riesgo cubierto, máxime si se tiene en cuenta que entre el reconocimiento médico laboral en el que sí mencionó el tratamiento que seguía desde años antes y sus respuestas al cuestionario, en las que negó cualquier tipo de tratamiento, mediaron tan solo unos días.

5.ª) En consecuencia, la sentencia recurrida no infringe los arts. 10 y 89 LCS, porque aun cuando el recurrente no fuera plenamente consciente de la gravedad de su enfermedad, razón por la que la sentencia de primera instancia rechazó aplicar en su contra el art. 10 LCS, su silencio acerca del tratamiento que seguía por una patología que se había manifestado dos años antes y que empeoraba progresivamente siempre sería subsumible en el concepto de ‘culpa grave’ como negligencia inexcusable”. (F.D. 5º) [P.G.P.]

### 3. DERECHO DE SOCIEDADES

*Jurisprudencia: Responsabilidad de los administradores por falta de convocatoria de la Junta General para tratar de la causa de disolución. Determinación del momento de nacimiento de la obligación de indemnizar.*

STS (Sala 1ª) de 1 de marzo de 2017, rec. nº 2198/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasearch=TS&reference=7956157&links=&optimize=20170310&publicinterface=true>

“(…) La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales nace: (i) cuando concurre una causa de disolución y no cuando nace la deuda, aunque tal

deuda origine posteriormente la causa de disolución por pérdidas (luego el administrador contra el que se dirige la acción no puede ser el que ostentaba el cargo cuando se produjo la deuda, sino el que lo ostentaba cuando se produjo la causa de disolución y no cumplió los deberes de promover la disolución); (ii) no se haya convocado la Junta en el plazo de dos meses para adoptar el acuerdo de disolución o cualquier otro para restablecer el equilibrio patrimonial; y (iii) ni se haya solicitado la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde aquella fecha.

(...) Como la causa de disolución acaece con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 19/2005 de 14 de noviembre, resulta de aplicación el art. 105.2 LSRL en la redacción dada por esta Ley.

(...) En la sentencia 246/2015, de 14 de mayo, consideramos que el momento relevante para decidir sobre si la obligación es posterior a la concurrencia de la causa legal de disolución es el momento en que nace la obligación social de la que se pretende hacer responsable solidario al administrador.

Este criterio concuerda con el seguido por esta sala para atribuir al administrador social la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales existentes estando vigente su cargo, y, por el contrario, no atribuirle responsabilidad por las obligaciones nacidas con posterioridad a que haya cesado en su cargo, pese a que el incumplimiento del deber de promover la disolución y liquidación de la sociedad por concurrir causa legal de disolución se haya producido estando vigente su nombramiento (sentencias 585/2013, de 14 de octubre, y 731/2013, de 2 de diciembre).

No es preciso, por tanto, que la deuda esté vencida y sea líquida y exigible, pues si la obligación nació estando vigente el cargo del administrador, el mismo responde solidariamente con la sociedad, aunque hubiera cesado en el cargo antes de que la obligación estuviera vencida y fuera líquida y exigible.

(...) En el presente supuesto, la obligación de pago nació cuando se prestaron los servicios a la sociedad por los profesionales que le representaron y defendieron en los procesos relativos a la nulidad del contrato de compraventa de un vehículo. Como se ha dicho, la última actuación procesal se produjo en marzo de 2006.

Por tanto, la obligación social nació antes del acaecimiento de la causa legal de disolución, que la Audiencia fijó en julio de 2006.

(...) La consecuencia de lo expresado es que la deuda social no puede considerarse posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución y, por tanto, no puede condenarse al administrador solidariamente con la sociedad al pago de dicha deuda con base en el art. 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”. (F.D. 3º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Acción individual de responsabilidad contra administradores sociales. Elementos necesarios para declarar su existencia.*

STS (Sala 1ª) de 2 de marzo de 2017, rec. nº 2118/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7956151&links=&optimize=20170310&publicinterface=true>

“(…) La acción individual de responsabilidad de los administradores supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (art. 135 TRLSA, y en la actualidad art. 241 TRLSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 del Código Civil. Se trata de una responsabilidad por ilícito orgánico, entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo.

Para su apreciación, la jurisprudencia requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos: i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) el daño que se infiere sea directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (vi) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero.

(…) No puede identificarse la actuación antijurídica de la sociedad que no abona sus deudas y cuyos acreedores se ven impedidos para cobrarlas porque la sociedad deudora es insolvente, con la infracción por su administrador de la ley o los estatutos, o de los deberes inherentes a su cargo. Esta concepción de la responsabilidad de los administradores sociales convertiría tal responsabilidad en objetiva y se produciría una confusión entre la actuación en el tráfico jurídico de la sociedad y la actuación de su administrador: cuando la sociedad resulte deudora por haber incumplido un contrato, haber infringido una obligación legal o haber causado un daño extracontractual, su administrador sería responsable por ser él quien habría infringido la ley o sus deberes inherentes al cargo, entre otros el de diligente administración.

Esta objetivización de la responsabilidad y esta equiparación de incumplimiento contractual de la sociedad con la actuación negligente de su administrador no es correcta, puesto que no resulta de la legislación societaria ni de la jurisprudencia que la desarrolla. Esta sala ha declarado que el impago de las deudas sociales no puede equivaler necesariamente a un daño directamente causado a los acreedores sociales por los administradores de la sociedad deudora, a menos que el riesgo comercial quiera eliminarse por completo del tráfico entre empresas o se pretenda desvirtuar el principio básico de que los socios no responden personalmente de las deudas sociales. De ahí que este tribunal exija al demandante, además de la

prueba del daño, tanto la prueba de la conducta del administrador, ilegal o carente de la diligencia de un ordenado empresario, como la del nexo causal entre conducta y daño, sin que el incumplimiento de una obligación social sea demostrativo por sí mismo de la culpa del administrador ni determinante sin más de su responsabilidad.

(...) Quien ha causado el quebranto patrimonial de la demandante, al no pagar las rentas del arrendamiento, no finalizar el periodo pactado para el arrendamiento y no devolver las fincas arrendadas en el estado en que se encontraban cuando se inició el arrendamiento (sin entrar en si se produjeron realmente estos incumplimientos o su alcance), ha sido la sociedad Eurovalls, no sus administradores sociales. El argumento que sustenta la pretensión de la demandante, que si los administradores hubieran dado las instrucciones adecuadas tales daños no se habrían producido, es inconsistente puesto que haría en todo caso responsable a los administradores sociales del pago de las deudas que resultaran impagadas por la sociedad.

(...) Para que el administrador responda frente al socio o frente al acreedor que ejercita una acción individual de responsabilidad del art. 135 TRLSA, es necesario que el patrimonio receptor del daño directo sea el de quien ejercita la acción. Y no es directo, sino indirecto, el daño (F.D. 3º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Usufructo de participaciones sociales. Derechos ejercibles por el nudo propietario y por el usufructuario.*

STS (Sala 1ª) de 15 de marzo de 2017, rec. nº 1203/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7971494&links=&optimize=20170327&publicinterface=true>

“(…) Como dijimos en la sentencia 256/2015, de 20 de mayo, en el usufructo de participaciones sociales cabe distinguir un doble ámbito de relaciones jurídicas: a) las externas, que se refieren al ejercicio frente a la sociedad de los derechos de socio que, por comprometer el desenvolvimiento de la sociedad, pueden ser reguladas en sus estatutos dentro del margen de autonomía que para ello les confiere la Ley, estableciendo al efecto un régimen que prevalecerá sobre cualesquiera previsiones que pudiera contener al respecto el título constitutivo del usufructo; b) las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario, que estarán sujetas a lo que sobre el particular establezca el título constitutivo o resulte de la legislación que le sea aplicable y que, como algo ajeno a los intereses sociales, queda al margen de la autonomía normativa de los estatutos.

Como veremos, la sentencia recurrida contempla adecuadamente este doble régimen, para concluir que solamente cabría extender las normas de adquisición de las participaciones propias al usufructo cuando éste atribuya a la sociedad el derecho de voto.” (F.D. 2º).

“(…) Este segundo motivo vuelve a plantear, bajo otra perspectiva y con la cita de otros preceptos legales, la misma cuestión jurídica antes resuelta, ya que parte de la base de que el derecho de usufructo constituía parte del capital social de la sociedad demandada.

La solución ha de ser la misma, por las razones ya expuestas. Solo cabe remarcar que la constitución del usufructo no altera su titularidad, puesto que, como ya hemos visto, el art. 127.1 LSC atribuye la cualidad de socio al nudo propietario. Esta atribución es una norma de derecho imperativo que no puede ser alterada estatutariamente, porque lo que puede configurarse estatutariamente es la distribución de derechos entre nudo propietario y usufructuario, pero no la atribución de la titularidad [cualidad de socio] a este último. Los preceptos del Código Civil que se citan como infringidos no contradicen dicha regla. Al contrario, el art. 467 CC, al definir el usufructo, deja claro que se trata de un derecho sobre bienes ajenos (por todas, sentencia de esta sala 38/2008, de 22 de enero).” (F.D. 3º)

“(…) Es cierto que una atribución indiscriminada y absoluta de todos los derechos del socio al usufructuario lo colocarían en una posición equivalente a la del titular de las participaciones, ya que el nudo propietario lo sería solo formalmente. Pero ello fue tenido en cuenta por la Audiencia Provincial, que consideró que en tales casos la normativa sobre autocartera también resultaría aplicable. Y no tuvo las consecuencias que la parte recurrente pretende, porque la propia Audiencia Provincial establece que tal situación de atribución de todos los derechos al usufructuario quedó sin efecto tras la sentencia del mismo órgano de 11 de octubre de 2010, por lo que concluye:

‘[e]l capital social está fuera de la titularidad de la demandada, esta solo posee un derecho de usufructo limitado a las participaciones que importan el 23,80% del capital social, por lo que no se da, una vez neutralizado el riesgo de abuso por parte de la administración social mediante el ejercicio del derecho de voto sobre las participaciones sociales, ninguna de los riesgos que con la normativa sobre acciones propias se trata de proteger existe, sin que de otra parte, se dé el supuesto de hecho previsto por el art. 141 de la LSC existe, esto es que haya adquirido la sociedad participaciones propias. Por lo que no existe el supuesto legal, no se dan los riesgos que la norma trata de evitar y con la sola previsión del art. 142 de la LSC puede hacerse frente al riesgo de abuso en el ejercicio de los derechos sociales’. (F.D. 4º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Declaración de nulidad de un acuerdo social. Criterio de cálculo del quórum mínimo necesario para aprobar la modificación estatutaria impugnada con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 31/2014.*

STS (Sala 1ª) de 3 de mayo de 2017, rec. nº 2576/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8015781&links=&optimize=20170512&publicinterface=true>

“(…) Las novedades que trajo consigo el art. 201.1 TRLSC, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, respecto del texto del art. 93.1 TRLSA fueron, por una parte, que se especificaba que la mayoría debía ser de los votos de los accionistas presentes o representados, lo que ya se venía entendiendo anteriormente al interpretarse el art. 93.1 TRLSA; y, por otra, que se añadió el adjetivo «ordinaria» para calificar la mayoría. Dicho añadido no sirvió para aclarar las dudas existentes respecto de si tal mayoría debía ser absoluta (esto es, más de la mitad de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta) o relativa (esto es, más votos a favor que en contra, sin que se tuvieran en cuenta los votos en blanco ni las abstenciones).

Respecto de los supuestos especiales, el TRLSC reguló en preceptos distintos el quórum necesario para la válida constitución de la junta (art. 194) y las mayorías necesarias para adoptar válidamente los acuerdos (art. 201.2). La regulación de estos supuestos especiales, en lo que aquí interesa, dejando aparte determinados matices que no son relevantes para resolver lo que es objeto de este recurso, es similar en el TRLSA y en la primera redacción del TRLSC, vigente hasta su reforma por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Por lo que respecta a los quóruns para la constitución de la junta en estos casos, la válida constitución de la junta exige, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que sean titulares de, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto. Si no se alcanza este quórum, será válida la constitución de la junta en segunda convocatoria cuando concurra el veinticinco por ciento de dicho capital.

En cuanto a las mayorías de votos necesarias para alcanzar el acuerdo, en estos casos especiales, entre los que está el de la junta que tenga por objeto votar la reforma de los estatutos sociales, si la junta se constituía en primera convocatoria porque concurrían o estaban representados accionistas titulares de al menos el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto, ni el TRLSA ni el originario texto del TRLSC contenía previsión especial alguna. Por tanto, era aplicable la regla del art. 93.1 TRLSA (‘los accionistas [...] decidirán por mayoría...’) y, posteriormente, la del art. 201.1 TRLSC (‘...los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría ordinaria de los votos...’).

Solo en el caso de que la junta se constituyera en segunda convocatoria y concurrieran accionistas que representaran el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento, tanto el art. 103.2 TRLSA como el art. 201.2 del TRLSC contenían una previsión especial: la adopción de estos acuerdos con objeto especial, en concreto el de reforma de los estatutos, requería en este supuesto el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado.

(...) Pese a que el acuerdo impugnado es uno de aquellos a los que se refiere el art. 194 TRLS (modificación de los estatutos sociales), al haberse constituido la junta en primera convocatoria por concurrir accionistas que representaban más de la mitad del capital social con derecho a voto, no es aplicable el segundo apartado del artículo 201 TRLS, que exige para la adopción de estos acuerdos ‘el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por cien’. Es de aplicación el apartado primero del art. 201 TRLS, que exige para la aprobación del acuerdo la «mayoría ordinaria de los votos de los accionistas presentes o representados».

Y aquí es donde surge la discrepancia de la recurrente respecto de la solución adoptada por los tribunales de instancia, porque mientras estos han considerado que esa ‘mayoría ordinaria’ de votos es la mayoría absoluta (esto es, el voto favorable de socios que representen más de la mitad del capital presente o representado en la junta), la recurrente considera que la ‘mayoría ordinaria’ es la mayoría simple, esto es, que haya más votos a favor de adoptar el acuerdo que en contra, por lo que para calcular esa mayoría no se tomaría en consideración los votos nulos ni las abstenciones.

(...) Lo ocurrido con esta reforma es que a los supuestos que antes se regulaban por el art. 201.1 TRSLC, y que exigían una «mayoría ordinaria» para su aprobación (que eran tanto los acuerdos «ordinarios» como los acuerdos a los que se refiere en art. 194 TRSLC cuando la junta en que se aprueben se hubiera constituido con más de la mitad del capital social presente o representado), ahora se les da una regulación diferenciada. En el caso de los acuerdos que pueden considerarse ‘ordinarios’, en el sentido de que la ley no exige para su aprobación quórum ni mayorías reforzadas, la mayoría necesaria para su aprobación se ha flexibilizado, pues en la nueva redacción del precepto no es necesaria la mayoría absoluta, sino que basta la mayoría simple, que no toma en consideración votos en blanco ni abstenciones. En el caso de los acuerdos a los que se refiere el art. 194 TRLS, cuando la junta se hubiera constituido con más de la mitad del capital social presente o representado, se sigue exigiendo la mayoría absoluta, como antes de la reforma se exigía para la aprobación tanto de estos acuerdos como de los acuerdos ‘ordinarios’.” (F.D. 3º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Acción individual de responsabilidad de la administradora única. Cumplimiento de los requisitos necesarios para la determinarla.*

STS (Sala 1ª) de 5 de mayo de 2017, rec. nº 3298/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8015784&links=&optimize=20170512&publicinterface=true>

(...) Con carácter general, no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad o por cualquier deuda social, aunque tenga otro origen, que resulte impagada. Lo contrario supondría contrariar los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídica de las mismas, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, u olvidar el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, como proclama el art. 1257 CC.

(...) No puede identificarse la actuación antijurídica de la sociedad que no abona sus deudas y cuyos acreedores se ven impedidos para cobrarlas porque la sociedad deudora es insolvente, con la infracción por su administrador de la ley o los estatutos, o de los deberes inherentes a su cargo. Esta concepción de la responsabilidad de los administradores sociales convertiría tal responsabilidad en objetiva y se produciría una confusión entre la actuación en el tráfico jurídico de la sociedad y la actuación de su administrador: cuando la sociedad resulte deudora por haber incumplido un contrato, haber infringido una obligación legal o haber causado un daño extracontractual, su administrador sería responsable por ser él quien habría infringido la ley o sus deberes inherentes al cargo, entre otros el de diligente administración.

(...) La sentencia recurrida no se aparta de tales requisitos jurisprudenciales, sino que, por el contrario, se adapta plenamente a los mismos. Identifica la conducta negligente en la salida injustificada del activo social de una elevada suma (en relación con la cuantía del patrimonio de la sociedad), razona que, en un contexto de liquidación de hecho, dicho abono inexplicado privó de facto a la sociedad de cualquier posibilidad de pagar el crédito de la demandante y, como veremos al resolver el segundo motivo de casación, establece la relación de causalidad entre la distracción de un activo para eludir el pago a los demás acreedores (la mencionada liquidación por vía de hecho) y el daño sufrido por la acreedora reclamante.” (F.D. 5º). [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Acción social de responsabilidad de la administradora de hecho. Cumplimiento de los requisitos necesarios para la determinarla.*

STS (Sala 1ª) de 10 de mayo de 2017, rec. nº 2379/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8026247&links=&optimize=20170522&publicinterface=true>

“(…) Tanto cuando nació la acción como cuando se ejercitó, estaba en vigor la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL). En su art. 69.1, al regular la responsabilidad de los administradores, se remitía a la Ley de Sociedades Anónimas: ‘La responsabilidad de los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada se regirá por lo establecido para los

administradores de la sociedad anónima?. Esto es, se regía por el art. 134 del RDLeg 1564/1989, de 22 de diciembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA). Esta Ley no contenía ninguna previsión específica respecto de la prescripción de la acción social de responsabilidad, razón por la cual la jurisprudencia consideró de aplicación el plazo general previsto en el art. 949 Ccom. Este precepto dispone lo siguiente: ‘La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración’. Este régimen de prescripción de la acción social de responsabilidad, que la jurisprudencia extendía también a la acción individual y a la acción de responsabilidad derivada del incumplimiento del deber de promover la disolución, ha sido alterado recientemente por la Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que ha introducido en el art. 241 bis un plazo especial de prescripción: ‘La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse’.

Pero como ya hemos advertido, resulta de aplicación el régimen anterior, en concreto respecto de la prescripción de la acción del art. 949 CCom. Según este precepto, la acción prescribe a los cuatro años desde el cese en el ejercicio de la administración. Al margen de que, como se afirma en el recurso, el cómputo deba hacerse, conforme al art. 5 CC y al art. 121-23.3 CCCat, de fecha a fecha, en nuestro caso el comienzo del cómputo no se sitúa en el día 18 de marzo de 2006. Si bien ese día fue cesada como administradora la Sra. Natividad, ella siguió actuando en los meses sucesivos como administradora, y de hecho en calidad de tal, como administradora de hecho, concertó un contrato de alquiler del local que explotaba la sociedad, lo que impidió de facto que la sociedad pudiera hacerlo por ella misma. Es precisamente esta actuación como administradora de hecho la que lleva a la Audiencia a imputarle la responsabilidad por el perjuicio que esta conducta provocó a la sociedad.

De tal forma que, si bien el recurso tiene razón en que la Audiencia aplicó de forma errónea las normas relativas al cómputo del plazo de prescripción, sin embargo no estimamos el motivo por carencia de efecto útil, ya que la Audiencia ha estimado la responsabilidad de la administradora demandada por actos realizados después de su cese formal, esto es, por actos realizados como administradora de hecho aparente. De tal forma que el comienzo del cómputo sería desde que cesó en la administración de hecho, que a los efectos que ahora interesa, cuando menos sería después de que hubiera intervenido por la sociedad al concertar la relación arrendaticia que privó a la sociedad del uso del local (junio 2006). Y computados desde ese momento los cuatro años, no hay duda de que no se habían cumplido cuando se presentó la demanda de responsabilidad.

(...) Las conductas de la Sra. Felipe, respecto de las que se estima la acción de responsabilidad, fueron realizadas en su calidad de administradora. En un caso como administradora legal, al solicitar un préstamo en nombre de la sociedad y dejar de aplicar a los fines de la sociedad una parte de la suma prestada (32.197

euros); y en otros como administradora de hecho aparente, ya sea al concertar la cesión arrendaticia que impidió a la sociedad explotar por ella misma el local, ya sea en los meses siguientes a su cese y a que continuara ella explotando el local, al propiciar que los proveedores pasaran a la sociedad las facturas, generadas con esta explotación. Este comportamiento contraría las exigencias de un representante leal. En el primer caso, pide en nombre de la sociedad un préstamo de 50.000 euros, y una parte significativa de este dinero (32.197 euros) deja de destinarlo a los fines e intereses de la sociedad. Al respecto conviene advertir que este es un hecho acreditado en la instancia y que la recurrente no puede tratar de contradecirlo en casación.” (F.D. 3º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Disolución, liquidación y extinción de una sociedad de responsabilidad limitada. Capacidad de la sociedad extinta de ser parte de un procedimiento judicial. Determinación de la persistencia de la personalidad jurídica.*

STS (Sala 1ª) de 24 de mayo de 2017, rec. nº 197/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8033511&links=&optimize=20170526&publicinterface=true>

“(…) Nos encontramos con una sociedad de capital, válidamente constituida, y por lo tanto que ha estado inscrita en el Registro Mercantil, y que, conforme a las previsiones legales, fue disuelta y liquidada. Y el liquidador, en cumplimiento de lo prescrito en el art. 278 LSA, entonces en vigor, solicitó y obtuvo del registrador la cancelación de los asientos referentes a la sociedad extinguida. El art. 6.1.3º LEC atribuye capacidad para ser parte a las personas jurídicas. En la actualidad existen pronunciamientos contradictorios de esta sala sobre la capacidad para ser parte de la sociedad de capital disuelta y liquidada, después de la cancelación de todos sus asientos registrales.

(…) Aunque con carácter general suele afirmarse que las sociedades de capital adquieren su personalidad jurídica con la inscripción de la escritura de constitución y la pierden con la inscripción de la escritura de extinción, esto no es del todo exacto. En el caso de las sociedades de capital, anónimas y limitadas, tanto bajo la actual Ley de Sociedades de Capital, como bajo las anteriores leyes de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada, la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución es y era necesaria para adquirir la personalidad jurídica propia del tipo social elegido. En este sentido se expresa el actual art. 33 LSC, cuando regula los efectos de la inscripción, y antes lo hacía el art. 7.1 LSA. Pero la falta de inscripción de la escritura de constitución no priva de personalidad jurídica a la sociedad, sin perjuicio de cuál sea el régimen legal aplicable en función de si se trata de una sociedad en formación o irregular. En uno y en otro caso, tienen personalidad jurídica, y consiguientemente gozan de capacidad para ser parte conforme al art. 6.1.3º LEC. Sin perjuicio, además, de los supuestos previstos en el art. 6.2 LEC en los que se reconoce capacidad para ser

demandadas a 'las entidades que, no habiendo cumplido con los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado'. Por otra parte, aunque la inscripción de la escritura de extinción y la cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad extinguida conlleva, en principio, la pérdida de su personalidad jurídica, en cuanto que no puede operar en el mercado como tal, conserva esta personalidad respecto de reclamaciones pendientes basadas en pasivos sobrevenidos, que deberían haber formado parte de las operaciones de liquidación. A estos efectos, relacionados con la liquidación de la sociedad, esta sigue teniendo personalidad, y por ello capacidad para ser parte demandada. En otros términos, empleados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, 'después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular (Resolución de 14 de diciembre de 2016).

(...) Ya sea bajo la Ley de Sociedades Anónimas, ya sea bajo la Ley de Sociedades de Capital que, como hemos visto, completa el régimen de extinción de las sociedades anónimas, aunque formalmente la cancelación de los asientos registrales relativos a la sociedad conlleva su extinción, no podemos negarle cierta personalidad jurídica respecto de reclamaciones derivadas de pasivos sobrevenidos. Estas reclamaciones presuponen que todavía está pendiente alguna operación de liquidación. Es cierto que la actual Ley de Sociedades de Capital, en su art. 399, prevé la responsabilidad solidaria de los antiguos socios respecto de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación, en caso de pasivos sobrevenidos. En muchos casos, para hacer efectiva esta responsabilidad, no será necesario dirigirse contra la sociedad. Pero reclamaciones como la presente, sin perjuicio de que acaben dirigiéndose frente a los socios para hacer efectiva responsabilidad solidaria hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación, pueden requerir de un reconocimiento judicial del crédito, para lo cual resulte conveniente dirigir la demanda frente a la sociedad. En estos supuestos, en que la reclamación se basa en que el crédito reclamado debería haber formado parte de la liquidación, y que por lo tanto la practicada no es definitiva, no sólo no debemos negar la posibilidad de que pueda dirigirse la reclamación frente a la sociedad sino que, además, no debemos exigir la previa anulación de la cancelación y la reapertura formal de la liquidación. De este modo, no debe privarse a los acreedores de la posibilidad de dirigirse directamente contra la sociedad, bajo la representación de su liquidador, para reclamar judicialmente el crédito, sobre todo cuando, en atención a la naturaleza del crédito, se precisa su previa declaración." (F.D. 2º) [P.R.P.].

*Jurisprudencia: Impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento del deber de incluir nuevos puntos en el orden del día antes de la celebración de la junta Vulneración del derecho de información de socio minoritario.*

SAP La Coruña (Sección 4ª) de 4 de octubre de 2017, rec. nº 311/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8224031&links=%22junta%20general%20de%20accionistas%22&optimize=20171201&publicinterface=true>

“(…) Conforme a lo normado en el art. 197.1 de la LSC, hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta, los accionistas podrán solicitar de los administradores las informaciones o aclaraciones que estimen precisas acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, o formular por escrito las preguntas que consideren pertinentes. Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general. Ahora bien, ese derecho de información que corresponde a los socios conforme a reiterada jurisprudencia no se trata de un derecho absoluto, pues está sujeto al límite genérico o inmanente de su ejercicio de forma no abusiva objetiva y subjetivamente (STS 531/2013, de 19 de septiembre). Ha de ser ejercitado de buena fe, como todos los derechos subjetivos (STS 10 de noviembre de 2004, y las que allí se citan). No puede ser llevado al paroxismo, esto es a una situación en que se impida o se obstaculice gravemente el funcionamiento correcto y normal de la sociedad, como han dicho las Sentencias de la Sala 1ª de 8 de mayo de 2003 y 31 de julio de 2002 entre muchas otras. Lógicamente la información a recabar ha de referirse a los puntos relativos al orden del día, con la finalidad no fraudulenta, de acopiar los conocimientos precisos para el ejercicio del derecho de voto, no para obtener datos desconectados con los acuerdos impugnados o sin relación causal con los mismos. En definitiva, su verdadera finalidad radica en que el socio conozca perfectamente o al menos tenga la posibilidad de conocer los pormenores del acuerdo que se somete a su consideración, pues difícilmente cabe votar, si no se da la opción de conocimiento de aquello que se somete a la soberanía de la Junta.

(…) El actor solicita que se le envíe, de forma inmediata y gratuita, una relación de 40 documentos plurales desplegados además en otros varios sobre un orden del día, convocado judicialmente a su instancia, en el que pretende una especie de pesquisa o auditoría propia de la vida de una sociedad, que se encuentra en situación de concurso declarado por auto de 8 de febrero de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense, en el cual se dictó auto de 28 de febrero de 2013, anterior a la celebración de la presente Junta, en el que se declaró finalizada la fase común y abierta la de liquidación, con disolución de la mentada mercantil, cesando sus administradores, siendo sustituidos por el administrador concursal, al que se le requiere presente en el plazo de quince días el plan de liquidación, con la finalidad prevista en el art. 148 de la Ley Concursal de proceder a la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso.

(…) La información que se solicita se refiere a decisiones que corresponde adoptar en el concurso de acreedores, que excedían de la competencia de la Junta General, procedimiento en el que podría hacer uso de los derechos que, bajo su criterio, considerase el recurrente lesionados, volviendo incluso a plantear información sobre cuestiones tratadas en el anterior procedimiento judicial 124/2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña, en el que impugnó la

Junta de 27 de enero de 2015 sobre aprobación cuentas anuales de 2011 y 2012, que finalizó por sentencia de esta Sala de 21 de enero de 2016 , confirmatoria de la del Juzgado, en el que consta información recibida sobre cuestiones ahora suscitadas (ver último párrafo del fundamento de derecho cuarto de dicha resolución).” (F.D. 3º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Ampliación de capital por compensación de créditos. Cumplimiento de los requisitos para su correcta tramitación y diferencia con préstamos a la sociedad por un socio.*

SAP Barcelona (Sección 1ª) de 5 de octubre de 2017, rec. nº 1213/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8113088&links=&optimize=20170803&publicinterface=true>

“(…) El actor había asumido el compromiso de efectuar una inversión en la sociedad de hasta 65.000 euros que se inició en marzo de 2012 y concluyó (salvo 5.000 euros) en septiembre de 2012. Sin embargo, tales documentos acreditan también que entre las partes existían cuestiones varias a dilucidar, entre ellas la capitalización del indicado sweat equity, de modo que la posibilidad de efectuar la ampliación de capital por compensación de créditos no era todavía posible, pues no se trataría de créditos líquidos conforme a lo que exige el artículo 301 de la Ley de Sociedades de Capital, y lo cierto es que por parte de la sociedad no hubo iniciativa alguna de promover el acuerdo societario de ampliación de capital hasta después del requerimiento remitido por el Sr. Calixto en fecha 19 de julio de 2013 para que le fuera devuelta la cantidad que consideraba prestada..” (F.D. 3º)

“(…) La calificación que deba darse a las sucesivas aportaciones efectuadas por el actor debe analizarse dentro del marco legal de las sociedades de capital en que tuvieron lugar, lo que significa que las aportaciones de capital deben efectuarse siguiendo el sistema legalmente establecido puesto que se trata de un acto de gran trascendencia para el cual es necesario el acuerdo de la junta general con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales, como así ordena el artículo 296.1 Ley de Sociedades de Capital.

(…) Sin embargo, no fue así porque para seguir esta modalidad de ampliación de capital se precisa el acuerdo previo de la junta, lo que en el caso presente no existe, y que se haya efectuado el depósito con tal fin en una entidad de crédito cuya certificación debería incorporarse a la escritura y sin que en ningún caso la fecha del depósito pueda ser anterior en más de dos meses a la de la escritura del acuerdo de aumento de capital (art. 189 Reglamento Registro Mercantil).

(…) El hecho de que las aportaciones dinerarias se contabilizaran dentro del patrimonio neto como fondos propios, junto con el capital social y las reservas, no altera su naturaleza ni las convierte en capital social desembolsado, pues ya hemos visto las concretas exigencias que rodean este tipo de desembolsos y los requisitos que deben cumplirse para la ampliación de capital con aportaciones

dinerarias, y evidencia que la sociedad aplicó criterios contables diferentes a situaciones análogas, pues recuérdese que las aportaciones de socio efectuadas con anterioridad a la escritura de 8 de julio de 2011 se contabilizaron como un crédito a favor del socio Sr. Calixto y de los demás, en tanto que las efectuadas con posterioridad se contabilizaron como fondos propios con nota en la Memoria de 2012 extraña al procedimiento para la ampliación de capital que correspondía. En consecuencia, procede estimar la impugnación de la sentencia que efectúa la parte actora y reconocer en favor del actor del derecho a ser reintegrado de la cantidad de 60.000 euros con el interés legal devengado a contar desde transcurridos treinta días a partir del requerimiento notarial efectuado el día 22 de enero de 2014, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 313 del Código de Comercio y 1108 del Código civil”. (F.D. 4º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Ejercicio del derecho de información del socio en sociedad de responsabilidad limitada. Ámbito de la información solicitada.*

SAP Barcelona (Sección 15º) de 24 de octubre de 2017, rec. nº 282/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8230708&links=%22liquidador%22&optimize=20171212&publicinterface=true>

“(…) En el caso que se enjuicia mediante este recurso quedó acreditado el cumplimiento por parte de la sociedad demandada de las obligaciones informativas que al órgano de administración de la misma le corresponden, entregándose un ejemplar de las cuentas anuales del ejercicio 2011, que debían ser aprobadas, proceder ajustado a lo dispuesto en el art. 272 LSC así como informe de liquidación e inventario provisional, ya que la sociedad estaba en fase de liquidación. Se cumplió de esta forma el derecho que asistía a la parte recurrente (Art. 196.1 LSC) que le faculta a formular preguntas, una vez que la junta general de la sociedad se encuentre convocada pudiendo hacerlo por escrito o verbalmente durante el desarrollo de la junta. De las peticiones que formuló la actora se atendieron todas aquellas que presentaban una conexión con los puntos que conformaban el orden del día de la junta impugnada, y como se ha dicho, se rechazaron aquellos referidos a ejercicios contables que no se sometían a deliberación y aprobación de ningún tipo, y tampoco aquellas informaciones sobre hechos en los que la propia recurrente había participado directamente.

(…) La jurisprudencia ha venido refrendando que los socios tienen derecho a acceder a determinados documentos que han servido de base para la realización de la contabilidad, pues con ello se garantiza la transparencia de la situación económica de la compañía aunque no debe amparar bajo su ejercicio la realización de investigaciones o revisiones acerca de la contabilidad de la sociedad (SSTS núm.1193/1998, de 15 de diciembre (RJ 1998,9636) y Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1141/2003, de 3 de diciembre (RJ 2003, 8521) donde dice que el derecho de información ‘no autoriza en manera alguna al accionista a investigar en

la contabilidad y en los libros sociales y menos aún en toda la documentación de la sociedad'. En el mismo sentido se expresa el Alto Tribunal en su sentencia de 22 de mayo de 2002 (La Ley 5896/2002) confirmando que 'tal derecho de información ha de recaer sobre extremos concretos del orden del día de la junta general y no sobre una diversa y completa documentación contable'."(F.D. 3º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Impugnación de acuerdos sociales. Contenido de las cuentas anuales como imagen fiel de la sociedad. Consolidación de cuentas de grupo.*

SAP Barcelona (Sección 15º) de 27 de octubre de 2017, rec. nº 317/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8230729&links=%22junta%20general%20de%20socios%22&optimize=20171212&publicinterface=true>

“(…) Los recurrentes consideran que las cuentas anuales del año 2013 de la sociedad UPB no reflejan la imagen fiel de la compañía. En el recurso hacen referencia a distintas cuestiones procesales - errores en la valoración de las pruebas practicadas - y materiales - incorrecta aplicación de normativa contable - que, a su juicio, determinarían la revocación de la sentencia. Los motivos de apelación se desarrollan en la extensa alegación quinta del recurso, en la que se interrelacionan distintas consideraciones fácticas y jurídicas.

(…) La valoración de [LAT 53, VB] no debía ser a valor contable de sus participaciones, sino que debería haberse valorado teniendo en cuenta la incorporación al patrimonio de esa sociedad de la venta de Panrico, que habría reportado un beneficio superior a los 200 millones de euros. La sociedad demandada no niega que LAT 53 hubiera recibido los beneficios derivados de la venta de Panrico, beneficios cuya cuantificación exacta no aparece determinada en autos. Lo que indica la demandada es que la valoración de la sociedad no debe realizarse teniendo en cuenta esa plusvalía, sino teniendo en cuenta el valor contable de las participaciones, conforme a las normas generales de contabilidad. En la sentencia recurrida se hace referencia a la norma 2.5 del Plan General Contable, que determina que en la elaboración de las cuentas anuales la contabilización del activo se realizará a coste de adquisición, sin perjuicio de que al cierre del ejercicio se puedan realizar las correcciones correspondientes”. (F.D. 8º).

“(…) Los demandantes, partiendo de la legislación contable, consideraban en su demanda inicial que UPB debía consolidar cuentas con todas las sociedades vinculadas a ella. En el desarrollo de las actuaciones la propia parte demandante ha reconocido que la demandada no tenía obligación de consolidar cuentas. Tal y como se refleja en la sentencia recurrida, UPB no tenía obligación de consolidar cuentas, y así lo reconoce el perito de la actora al declarar, sin embargo, en el recurso de apelación se reiteran los argumentos que imputan a UPB infracción de

las normas contables sobre consolidación. (...) UPB no es la cabecera de grupo, sino la cabecera de un subgrupo y que el deber de consolidar se debería plantear desde la cabecera del grupo” (F.D. 9º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Acción de responsabilidad del administrador. Acción individual. Aplicación de los nuevos requisitos para declarar su existencia.*

SAP Logroño (Sección 1º) de 30 de octubre de 2017, rec. nº 517/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8239594&links=%22acci%C3%B3n%20social%20de%20responsabilidad%22&optimize=20171220&publicinterface=true>

“(…) La Sentencia 363/2017, 14 de julio de 2017 de la Sección 28ª (especializada mercantil) de la Audiencia Provincial de Madrid - Ponente, Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco de Borja Villena Cortés, analiza los requisitos generales de la acción del art. 241 de la LSC cuando existe cierre de hecho de la mercantil aplicando las nuevas Sentencias del TS.

(…) Ni en la demanda ni en el recurso de apelación se ha realizado esfuerzo argumentativo alguno tendente a acreditar ni que como consecuencia del cierre de facto de la sociedad y del incumplimiento por parte del administrador de su deber de convocar junta para proceder a la disolución de la sociedad y ulterior liquidación, el socio acreedor no pudo ver satisfecho su derecho de crédito ni, lo que es más importante, que en caso de haberse procedido al cumplimiento de tales obligaciones hubiera podido satisfacer su derecho de crédito. Es más, el cierre de hecho de la empresa, como razonó la sentencia y como se ha confirmado en esta alzada, no se produjo en febrero de 2013 sino con posterioridad y la deuda surgió con anterioridad. Además, el crédito del actor frente a la empresa como consecuencia del aval ejecutado ascendía a 35.191,91 euros y antes de presentar demanda la mercantil le hizo dos pagos de 3.900 euros y 500 euros. Durante la tramitación del PO 1346/2013 seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 5 el actor obtuvo de la mercantil un nuevo pago parcial de 10.000 euros lo que denota que el administrador pudo incumplir la obligación esencial de convocar junta para proceder a la disolución pero que su voluntad fue pagar al socio acreedor lo que le correspondía en la medida en que las posibilidades económicas de la empresa se lo permitían. No existe ningún dato en el procedimiento del que se desprenda directa o indirectamente que de haber procedido el administrador a la correcta disolución y ulterior liquidación de la empresa, el SR. Celestino hubiera podido ver satisfecho su derecho de crédito, lo que supone que no concurren los requisitos para que la acción del art. 241 de la LSC pueda ser viable.” (F.D. 3º) [P.R.P.]

#### 4. DERECHO CONCURSAL

*Jurisprudencia: Clasificación de las costas judiciales como crédito contra la masa.*

STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 2017, rec. nº 3155/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8098837&links=&optimize=20170717&publicinterface=true>

“(…) La Ley Concursal regula en el apartado 2 del art. 84 qué créditos pueden considerarse ‘créditos contra la masa’. Estos créditos tienen en la práctica una preferencia de cobro respecto del resto de los créditos concursales, pues deben satisfacerse a sus respectivos vencimientos (art. 84.3 LC). En atención a esta ‘preferencia de cobro’, en la medida en que merman en la práctica las posibilidades de cobro de los créditos concursales, en función de los cuales y para cuya satisfacción se abrió el concurso, hemos declarado que ‘la enumeración de créditos contra la masa se interprete de forma restrictiva’ (sentencia 720/2012, de 4 de diciembre).

El apartado 3º del art. 84.2 LC reconoce la consideración de créditos contra la masa a:

‘Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos’.

Este precepto no ha sufrido variación desde la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio.

El precepto distingue entre costas y gastos judiciales, todos ellos ocasionados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o se inicien después de la declaración de concurso. La referencia a los juicios que continúen guarda relación con la previsión contenida en el art. 51 LC, que regula la incidencia de la declaración de concurso sobre los juicios declarativos pendientes, en los que fuera parte el deudor concursado.

En nuestro caso, cuando se declaró el concurso de acreedores de Hirma, S.L., esta sociedad había presentado una demanda civil contra otra sociedad y contra los ahora recurrentes (Máximo y la comunidad hereditaria de Antonia), cuya cuantía litigiosa había sido fijada en la audiencia previa en 8.250.000 euros.

El concurso de acreedores de Hirma, S.L. fue declarado antes de que se celebrara la vista de aquel juicio ordinario. La vista fue finalmente celebrada el 26 de octubre de 2010.

Para entonces estaba en vigor la redacción originaria del art. 51 LC, según la cual:

‘1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.

La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores’.

En este caso, el juzgado que tramitaba el concurso de acreedores no acordó la acumulación, razón por la cual el juzgado que conocía de aquel juicio ordinario dictó finalmente sentencia el 14 de marzo de 2011, en la que desestimó las pretensiones de Hirma, S.L. y le impuso las costas.

El pleito iniciado por Hirma, S.L. debe entenderse que, después de su declaración en concurso, continuó en interés del concurso, pues si no fuera así cabría haber instado el desistimiento, con el efecto previsto en el primer párrafo del art. 51.2 LC, al que también se remite el art. 51.3 LC, de que las costas generadas por el desistimiento fueran consideradas ‘crédito concursal’. A esto es a lo que se refiere el art. 84.2.3º LC cuando apostilla ‘salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor...’. De este modo, los pleitos pendientes en primera instancia cuando se declara el concurso de acreedores de una de las partes, se entiende que continúan en interés del concurso cuando no se provoca su terminación mediante el desistimiento, el allanamiento o la transacción.

En nuestro caso, después de la declaración de concurso, no se solicitó ni la acumulación del pleito pendiente al concurso, que en aquel momento era posible, ni tampoco su terminación mediante el desistimiento. Luego, debe entenderse que su continuación lo fue en interés del concurso, y por lo tanto se asumía el riesgo de que una eventual sentencia desestimatoria de las pretensiones de la concursada conllevara la condena en costas. Y estas costas encajan en la previsión contenida en el art. 84.2.3º LC.

El art. 84.2.3º LC distingue, como hemos visto, entre costas y gastos judiciales. El crédito por costas requiere que la concursada haya sido condenada al pago de las costas ocasionadas a la otra parte en aquel pleito que, iniciado antes de la declaración de concurso, continuó en interés del concurso porque no se provocó su terminación mediante desistimiento -teniendo en cuenta que la concursada era la demandante- o transacción.

El crédito por costas nació con la sentencia dictada en primera instancia que las impuso a la concursada, sin perjuicio de que la determinación de su cuantía

quedara pendiente de la posterior tasación. De este modo, este crédito por costas que es posterior a la declaración de concurso, conforme al art. 84.2.3º LC debe ser considerado ‘crédito contra la masa’.

Al no hacerlo así, la sentencia recurrida ha infringido este precepto (art. 84.2.3º LC). Razón por la cual se estima el motivo primero de casación, sin que sea necesario entrar a analizar los restantes motivos”. (F.D. 2º) [P.G.P.]

*Jurisprudencia: Créditos contra la masa. Liquidación de relaciones sinalagmáticas surgidas tras la declaración de concurso. Inaplicación de la prohibición de compensación del art. 58 LC.*

STS (Sala 1ª) de 27 de junio de 2017, rec. nº 1838/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8087663&links=%221838%2F2014%22&optimize=20170707&publicinterface=true>

“(…) Es cierto que la sentencia recurrida, sobre la base de la tesis del recurrente de que la concesión de una garantía contextual para cubrir una obligación ajena sólo puede dejar de ser gratuita cuando se haya obtenido a cambio una ventaja compensatoria que lo justifique, razona que había quedado acreditado que existieron garantías concedidas por TAS para cubrir créditos concedidos por terceros a MECSA, y que correspondía a la administración concursal acreditar que estas fianzas no reportaban ninguna ventaja compensatoria.

Pero, como razonaremos por extenso al resolver el recurso de casación, lo verdaderamente relevante para poder apreciar que la prestación de la garantía por la concursada no fue a título gratuito no era la eventual falta de acreditación del beneficio que pudo reportar a la concursada las fianzas prestadas por TAS. Lo relevante, a la vista de la jurisprudencia de esta sala es que la sentencia recurrida declara directamente probado, como lo había hecho el juzgado, a partir de las escrituras aportadas a los autos y de las alegaciones de hechos no contradichas, que había habido una serie de préstamos y créditos bancarios recibidos por MECSA, afianzados por TAS. Sobre estos hechos se apoya la apreciación judicial de que la constitución de la hipoteca, además de ser contextual a la concesión de los dos préstamos bancarios a favor de TAS, no ocasionaba perjuicio para la masa activa, en la medida en que por sí mismos muestran, como razonaremos con más detalle al resolver el recurso de casación, una ventaja o beneficio indirecto que justifica el sacrificio que conllevaba la prestación de la garantía, pues facilitaron la obtención del crédito.

En cuanto a la segunda infracción, conviene advertir que el allanamiento fue realizado por alguna de las partes, pero no por todas, y que la incidencia que se quiere extraer de ella respecto de la apreciación del carácter gratuito y por ende perjudicial de la constitución de la hipoteca, es ajeno a este recurso extraordinario por infracción procesal, porque se refiere a la valoración jurídica que encierra la apreciación del carácter gratuito del acto de disposición (F.D. 2º).

“(…) En la formulación del motivo se denuncia la infracción del art. 71 LC. En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia de apelación, al igual que la de primera instancia, infringe aquel precepto al no apreciar la rescisión concursal de las hipotecas constituidas por una filial a favor de su matriz.

Según el recurrente, la sentencia recurrida se extralimita de ‘la recta interpretación y aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal’, e incurre en una ‘indebida consideración de los conceptos de onerosidad, perjuicio patrimonial y presunción’, con lo que se aleja de la ‘exigua aunque sugerente doctrina de esta Excma. Sala’. Y cita las sentencias de 13 de diciembre de 2010 y 8 de noviembre de 2012.

En relación con el argumento de la Audiencia de que en otras ocasiones el crédito bancario recibido por la concursada había sido afianzado por TAS, la matriz, la recurrente afirma que ‘una cosa es que no sea exigible una reciprocidad, entendida ésta como equivalencia de prestaciones, y otra admitir que cualquier actuación recíproca sirva para enervar la gratuidad’

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación, y que coinciden sustancialmente con las empleadas en la sentencia de referencia (sentencia 213/2017, de 31 de marzo), pues el motivo se formuló y desarrolló en los mismos términos, con las únicas diferencias relativas a la concreta operación impugnada.

2. *Desestimación del motivo. Jurisprudencia aplicable al caso.* Conforme al art. 71.2 LC, ‘el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso’.

Como declaramos en la sentencia 193/2014, de 21 de abril, la prestación de una garantía, personal o real, podría considerarse acto de disposición a título gratuito, y por lo tanto podría estar afectada por la presunción de perjuicio, siempre y cuando se estimara que la causa fue la mera liberalidad:

‘(S)e presume de forma absoluta este perjuicio (*iuris et de iure*) cuando se trata de un acto o contrato otorgado a título gratuito por el concursado (art. 71.2 LC). Las garantías personales y reales pueden ser actos susceptibles de ser afectados por el precepto. Lo esencial y determinante es si el acto, contrato o negocio fue realizado a título oneroso o gratuito por el fiador concursado’.

En la actualidad, en el caso de constitución de una hipoteca para garantizar una deuda ajena, para determinar cuándo la causa es onerosa o gratuita, la jurisprudencia tiene en cuenta si la concesión de la garantía es contextual a la concesión del crédito garantizado.

Cuando la concesión de la garantía es contextual, la jurisprudencia entiende que no lo es a título gratuito. En realidad, se trata de una presunción, porque cabría contradecirla si se acreditara que la garantía fue prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella.

Por el contrario, cuando la garantía se hubiera concedido después del nacimiento de la obligación, y por ello no fuera contextual, debe entenderse que la causa es la mera liberalidad, salvo, lógicamente, que se acredite que la garantía se prestó a cambio de una contraprestación o ventaja.

Esta jurisprudencia se contiene en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, que constituye la sentencia de referencia en la materia. En ella se superan las primeras aproximaciones contenidas en las sentencias citadas por el recurso (sentencias 791/2010, de 13 de diciembre, y 652/2012, 8 de noviembre), y su doctrina ha sido reiterada por todas las sentencias posteriores que se han tenido que pronunciar sobre esta cuestión (sentencias 290/2015, de 2 de junio; 289/2015, de 2 de junio; 294/2015, de 3 de junio; y 295/2015, de 3 de junio). En la reseñada sentencia 100/2014, de 30 de abril, afirmamos:

‘Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza (...). La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero’.

3. En nuestro caso, la hipoteca fue constituida por MECSA para garantizar obligaciones derivadas de dos préstamos que son claramente contextuales, el de 388.000 euros que ese mismo día 29 de julio de 2011 recibió TAS y el de 290.000 euros que la propia MECSA recibió también ese mismo día.

La hipoteca se extendió a otra operación de crédito anterior, una póliza de anticipo de facturas por importe de 150.000 euros, que había sido concedida el 4 de mayo de 2010 a favor de TAS y estaba avalada por MECSA. La constitución de la garantía hipotecaria sobre esta última obligación no es propiamente contextual, pues el crédito se había concedido un año antes, pero no se trata de una garantía sobre deuda ajena, en la medida en que cuando se constituye la hipoteca, MECSA había asumido ya la obligación propia del fiador.

Sin perjuicio de que la constitución de la garantía era fruto de una operación global, que goza de una causa común que impide desglosar una y otra operación para juzgar sobre su rescisión concursal, respecto de la garantía hipotecaria sobre las obligaciones derivadas de la póliza de anticipo de facturas, estaríamos no tanto bajo la presunción de perjuicio *iuris et de iure* por haberse realizado un acto a título gratuito (art. 71.2 LC), como bajo la presunción de perjuicio *iuris tantum* por haberse constituido una garantía sobre una obligación preexiste (art. 71.3.2º LC).

En cualquier caso, si nos ceñimos al motivo del recurso, debemos concluir que, a la vista de lo expuesto, la causa de la concesión de la hipoteca no fue la mera liberalidad, y por ello no opera la presunción del art. 71.2 LC.

El que no resulte de aplicación la presunción de perjuicio *iuris et de iure*, no excluye que la concesión de la garantía no pueda ser rescindida si se estima perjudicial para la masa, esto es, si no se acredita que el sacrificio patrimonial que suponía la hipoteca, en cuanto que reducía el valor del activo gravado, estaba justificado.

Como afirmamos en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, habrá que valorar ‘si ha existido alguna atribución o beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía’. Teniendo en cuenta que ‘no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto’.

La Audiencia ha entendido, de forma razonable, que la constitución de la hipoteca se encuentra justificada por las garantías que a su vez la matriz TAS había concedido y siguió concediendo durante ese tiempo, para hacer posible que MECSA pudiera acceder a la financiación externa. En concreto, según ha quedado probado, en ese tiempo el crédito financiero recibido por MECSA que fue a su vez afianzado por TAS ascendía a un total de 3.903.000 euros. De tal forma que la ventaja o el beneficio venía representado porque a su vez TAS facilitaba la obtención de financiación externa”. (F.D. 3º) [P.G.P.].

*Jurisprudencia: Créditos contra la masa. Liquidación de relaciones sinalagmáticas surgidas tras la declaración de concurso. Inaplicación de la prohibición de compensación del art. 58 LC.*

STS (Sala 1ª) de 27 de junio de 2017, rec. nº 1838/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7963999&links=contrato%20de%20seguro&optimize=20170320&publicinterface=true>

“(…) Es cierto que la sentencia recurrida, sobre la base de la tesis del recurrente de que la concesión de una garantía contextual para cubrir una obligación ajena sólo puede dejar de ser gratuita cuando se haya obtenido a cambio una ventaja compensatoria que lo justifique, razona que había quedado acreditado que existieron garantías concedidas por TAS para cubrir créditos concedidos por terceros a MECSA, y que correspondía a la administración concursal acreditar que estas fianzas no reportaban ninguna ventaja compensatoria.

Pero, como razonaremos por extenso al resolver el recurso de casación, lo verdaderamente relevante para poder apreciar que la prestación de la garantía por la concursada no fue a título gratuito no era la eventual falta de acreditación del beneficio que pudo reportar a la concursada las fianzas prestadas por TAS. Lo relevante, a la vista de la jurisprudencia de esta sala es que la sentencia recurrida

declara directamente probado, como lo había hecho el juzgado, a partir de las escrituras aportadas a los autos y de las alegaciones de hechos no contradichas, que había habido una serie de préstamos y créditos bancarios recibidos por MECSA, afianzados por TAS. Sobre estos hechos se apoya la apreciación judicial de que la constitución de la hipoteca, además de ser contextual a la concesión de los dos préstamos bancarios a favor de TAS, no ocasionaba perjuicio para la masa activa, en la medida en que por sí mismos muestran, como razonaremos con más detalle al resolver el recurso de casación, una ventaja o beneficio indirecto que justifica el sacrificio que conllevaba la prestación de la garantía, pues facilitaron la obtención del crédito.

En cuanto a la segunda infracción, conviene advertir que el allanamiento fue realizado por alguna de las partes, pero no por todas, y que la incidencia que se quiere extraer de ella respecto de la apreciación del carácter gratuito y por ende perjudicial de la constitución de la hipoteca, es ajeno a este recurso extraordinario por infracción procesal, porque se refiere a la valoración jurídica que encierra la apreciación del carácter gratuito del acto de disposición”. (F.D. 2º)

“(…) En la formulación del motivo se denuncia la infracción del art. 71 LC. En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia de apelación, al igual que la de primera instancia, infringen aquel precepto al no apreciar la rescisión concursal de las hipotecas constituidas por una filial a favor de su matriz.

Según el recurrente, la sentencia recurrida se extralimita de ‘la recta interpretación y aplicación del artículo 71 de la Ley Concursal’, e incurre en una “indebida consideración de los conceptos de onerosidad, perjuicio patrimonial y presunción’, con lo que se aleja de la ‘exigua aunque sugerente doctrina de esta Excm. Sala’. Y cita las sentencias de 13 de diciembre de 2010 y 8 de noviembre de 2012.

En relación con el argumento de la Audiencia de que en otras ocasiones el crédito bancario recibido por la concursada había sido afianzado por TAS, la matriz, la recurrente afirma que ‘una cosa es que no sea exigible una reciprocidad, entendida ésta como equivalencia de prestaciones, y otra admitir que cualquier actuación recíproca sirva para enervar la gratuidad’.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación, y que coinciden sustancialmente con las empleadas en la sentencia de referencia (sentencia 213/2017, de 31 de marzo), pues el motivo se formuló y desarrolló en los mismos términos, con las únicas diferencias relativas a la concreta operación impugnada.

2. *Desestimación del motivo. Jurisprudencia aplicable al caso.* Conforme al art. 71.2 LC, ‘el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso’.

Como declaramos en la sentencia 193/2014, de 21 de abril, la prestación de una garantía, personal o real, podría considerarse acto de disposición a título gratuito,

y por lo tanto podría estar afectada por la presunción de perjuicio, siempre y cuando se estimara que la causa fue la mera liberalidad:

“(S)e presume de forma absoluta este perjuicio (*iuris et de iure*) cuando se trata de un acto o contrato otorgado a título gratuito por el concursado (art. 71.2 LC). Las garantías personales y reales pueden ser actos susceptibles de ser afectados por el precepto. Lo esencial y determinante es si el acto, contrato o negocio fue realizado a título oneroso o gratuito por el fiador concursado’.

En la actualidad, en el caso de constitución de una hipoteca para garantizar un deuda ajena, para determinar cuándo la causa es onerosa o gratuita, la jurisprudencia tiene en cuenta si la concesión de la garantía es contextual a la concesión del crédito garantizado.

Cuando la concesión de la garantía es contextual, la jurisprudencia entiende que no lo es a título gratuito. En realidad, se trata de una presunción, porque cabría contradecirla si se acreditara que la garantía fue prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella.

Por el contrario, cuando la garantía se hubiera concedido después del nacimiento de la obligación, y por ello no fuera contextual, debe entenderse que la causa es la mera liberalidad, salvo, lógicamente, que se acredite que la garantía se prestó a cambio de una contraprestación o ventaja.

Esta jurisprudencia se contiene en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, que constituye la sentencia de referencia en la materia. En ella se superan las primeras aproximaciones contenidas en las sentencias citadas por el recurso (sentencias 791/2010, de 13 de diciembre, y 652/2012, 8 de noviembre), y su doctrina ha sido reiterada por todas las sentencias posteriores que se han tenido que pronunciar sobre esta cuestión (sentencias 290/2015, de 2 de junio; 289/2015, de 2 de junio; 294/2015, de 3 de junio; y 295/2015, de 3 de junio). En la reseñada sentencia 100/2014, de 30 de abril, afirmamos:

‘Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. El art. 1823 del Código Civil prevé esta dicotomía respecto de la fianza (...). La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero’.

3. En nuestro caso, la hipoteca fue constituida por MECESA para garantizar obligaciones derivadas de dos préstamos que son claramente contextuales, el de

388.000 euros que ese mismo día 29 de julio de 2011 recibió TAS y el de 290.000 euros que la propia MECSA recibió también ese mismo día.

La hipoteca se extendió a otra operación de crédito anterior, una póliza de anticipo de facturas por importe de 150.000 euros, que había sido concedida el 4 de mayo de 2010 a favor de TAS y estaba avalada por MECSA. La constitución de la garantía hipotecaria sobre esta última obligación no es propiamente contextual, pues el crédito se había concedido un año antes, pero no se trata de una garantía sobre deuda ajena, en la medida en que cuando se constituye la hipoteca, MECSA había asumido ya la obligación propia del fiador.

Sin perjuicio de que la constitución de la garantía era fruto de una operación global, que goza de una causa común que impide desglosar una y otra operación para juzgar sobre su rescisión concursal, respecto de la garantía hipotecaria sobre las obligaciones derivadas de la póliza de anticipo de facturas, estaríamos no tanto bajo la presunción de perjuicio *iuris et de iure* por haberse realizado un acto a título gratuito (art. 71.2 LC), como bajo la presunción de perjuicio *iuris tantum* por haberse constituido una garantía sobre una obligación preexiste (art. 71.3.2º LC).

En cualquier caso, si nos ceñimos al motivo del recurso, debemos concluir que, a la vista de lo expuesto, la causa de la concesión de la hipoteca no fue la mera liberalidad, y por ello no opera la presunción del art. 71.2 LC.

El que no resulte de aplicación la presunción de perjuicio *iuris et de iure*, no excluye que la concesión de la garantía no pueda ser rescindida si se estima perjudicial para la masa, esto es, si no se acredita que el sacrificio patrimonial que suponía la hipoteca, en cuanto que reducía el valor del activo gravado, estaba justificado.

Como afirmamos en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, habrá que valorar ‘si ha existido alguna atribución o beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía’. Teniendo en cuenta que ‘no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto’.

La Audiencia ha entendido, de forma razonable, que la constitución de la hipoteca se encuentra justificada por las garantías que a su vez la matriz TAS había concedido y siguió concediendo durante ese tiempo, para hacer posible que MECSA pudiera acceder a la financiación externa. En concreto, según ha quedado probado, en ese tiempo el crédito financiero recibido por MECSA que fue a su vez afianzado por TAS ascendía a un total de 3.903.000 euros. De tal forma que la ventaja o el beneficio venía representado porque a su vez TAS facilitaba la obtención de financiación externa”. (F.D. 3º) [P.G.P.]

*Jurisprudencia: Clasificación de las costas judiciales como crédito contra la masa*

STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 2017, rec. nº 3155/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8098837&links=&optimize=20170717&publicinterface=true>

“(…) La Ley Concursal regula en el apartado 2 del art. 84 qué créditos pueden considerarse ‘créditos contra la masa’. Estos créditos tienen en la práctica una preferencia de cobro respecto del resto de los créditos concursales, pues deben satisfacerse a sus respectivos vencimientos (art. 84.3 LC). En atención a esta ‘preferencia de cobro’, en la medida en que merman en la práctica las posibilidades de cobro de los créditos concursales, en función de los cuales y para cuya satisfacción se abrió el concurso, hemos declarado que ‘la enumeración de créditos contra la masa se interprete de forma restrictiva’ (sentencia 720/2012, de 4 de diciembre).

El apartado 3º del art. 84.2 LC reconoce la consideración de créditos contra la masa a:

‘Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos’.

Este precepto no ha sufrido variación desde la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio.

El precepto distingue entre costas y gastos judiciales, todos ellos ocasionados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o se inicien después de la declaración de concurso. La referencia a los juicios que continúen guarda relación con la previsión contenida en el art. 51 LC, que regula la incidencia de la declaración de concurso sobre los juicios declarativos pendientes, en los que fuera parte el deudor concursado.

En nuestro caso, cuando se declaró el concurso de acreedores de Hirma, S.L., esta sociedad había presentado una demanda civil contra otra sociedad y contra los ahora recurrentes (Máximo y la comunidad hereditaria de Antonia), cuya cuantía litigiosa había sido fijada en la audiencia previa en 8.250.000 euros.

El concurso de acreedores de Hirma, S.L. fue declarado antes de que se celebrara la vista de aquel juicio ordinario. La vista fue finalmente celebrada el 26 de octubre de 2010.

Para entonces estaba en vigor la redacción originaria del art. 51 LC, según la cual:

‘1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén

tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores.

La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores’.

En este caso, el juzgado que tramitaba el concurso de acreedores no acordó la acumulación, razón por la cual el juzgado que conocía de aquel juicio ordinario dictó finalmente sentencia el 14 de marzo de 2011, en la que desestimó las pretensiones de Hirma, S.L. y le impuso las costas.

El pleito iniciado por Hirma, S.L. debe entenderse que, después de su declaración en concurso, continuó en interés del concurso, pues si no fuera así cabría haber instado el desistimiento, con el efecto previsto en el primer párrafo del art. 51.2 LC, al que también se remite el art. 51.3 LC, de que las costas generadas por el desistimiento fueran consideradas ‘crédito concursal’. A esto es a lo que se refiere el art. 84.2.3º LC cuando apostilla ‘salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor...’. De este modo, los pleitos pendientes en primera instancia cuando se declara el concurso de acreedores de una de las partes, se entiende que continúan en interés del concurso cuando no se provoca su terminación mediante el desistimiento, el allanamiento o la transacción.

En nuestro caso, después de la declaración de concurso, no se solicitó ni la acumulación del pleito pendiente al concurso, que en aquel momento era posible, ni tampoco su terminación mediante el desistimiento. Luego, debe entenderse que su continuación lo fue en interés del concurso, y por lo tanto se asumía el riesgo de que una eventual sentencia desestimatoria de las pretensiones de la concursada conllevara la condena en costas. Y estas costas encajan en la previsión contenida en el art. 84.2.3º LC.

El art. 84.2.3º LC distingue, como hemos visto, entre costas y gastos judiciales. El crédito por costas requiere que la concursada haya sido condenada al pago de las costas ocasionadas a la otra parte en aquel pleito que, iniciado antes de la declaración de concurso, continuó en interés del concurso porque no se provocó su terminación mediante desistimiento -teniendo en cuenta que la concursada era la demandante- o transacción.

El crédito por costas nació con la sentencia dictada en primera instancia que las impuso a la concursada, sin perjuicio de que la determinación de su cuantía quedara pendiente de la posterior tasación. De este modo, este crédito por costas que es posterior a la declaración de concurso, conforme al art. 84.2.3º LC debe ser considerado ‘crédito contra la masa’.

Al no hacerlo así, la sentencia recurrida ha infringido este precepto (art. 84.2.3º LC). Razón por la cual se estima el motivo primero de casación, sin que sea necesario entrar a analizar los restantes motivos”. (F.D. 2º) [P.G.P.]

### III. DERECHO DEL TRABAJO

*Jurisprudencia: Extinción de la prestación por desempleo a una persona que se ausentó fuera del territorio español durante 69 días sin comunicarlo previamente al Servicio Público de Empleo Estatal.*

STS (Sala 4ª), de 27 de septiembre de 2017, rec. nº 2242/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8184990&links=&optimize=20171027&publicinterface=true>

“El demandante, beneficiario del subsidio de desempleo, se ausentó del territorio español desde el 15 de noviembre de 2013 hasta el 23 de enero de 2014, sin comunicación previa ni autorización del Servicio Público de Empleo Estatal, en razón de lo cual el mencionado Organismo, mediante resolución dictada el 5 de mayo de 2014, acordó la extinción de la prestación con efectos del 15 de noviembre de 2013 y declaró indebidamente percibidas las cantidades obtenidas desde ese día hasta el 28 de febrero de 2014 - fecha esta última a la que se hace referencia en el fundamento de derecho primero de la sentencia objeto de la presente casación, salvando así el error material advertido en el hecho probado tercero de la recaída en instancia-, en cuantía de 1.505,20 euros”. (FD 1º).

“(…) cuando la salida es por periodo no superior a 15 días naturales y se comunica a la Administración española en tiempo oportuno, la prestación se mantiene; por el contrario, se extingue cuando la salida se produce por periodo superior a los 90 días que señala la legislación de extranjería en relación con el paso de la estancia a la residencia temporal; suspendiéndose en los supuestos de búsqueda de empleo o realización de trabajo o perfeccionamiento profesional en el extranjero por tiempo inferior a 12 meses, o en todos los demás casos.

Siendo ello así, es de ver que en todos los supuestos en que la Sala tomó en consideración los mencionados criterios, y en particular el referido a la repercusión que tiene sobre la protección por desempleo la ausencia del beneficiario por un plazo superior a 15 días e inferior a 90, sin comunicárselo al SPEE, los hechos que motivaron la intervención de la entidad gestora tuvieron lugar antes de la promulgación del Real Decreto Ley 11/2013, y que en una de las sentencias dictadas después de la entrada en vigor de esa norma, fechada el 2 de marzo de 2016 (Rec. 1006/2015), la Sala advirtió expresamente que la posición fijada en esta materia lo era sin perjuicio de la que proceda adoptar cuando resulte

de aplicación la nueva normativa, ‘momento en el que, probablemente, la Sala habrá de replantearse la cuestión’.

Pues bien, una vez cumplida esa previsión, toda vez que tanto en la sentencia recurrida como en la aportada como contradictoria, los hechos determinantes de la resolución administrativa que declaró extinguida la prestación de desempleo y la obligación de reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, el periodo de estancia en el extranjero- de más de 15 días y menos de 90, sin que mediase comunicación al SPEE ni concurriese causa justificativa alguna- son posteriores al 4 de agosto de 2013, la superación del anterior vacío legislativo, que vino a colmar la doctrina de esta Sala y la clara dicción del párrafo e) del artículo 212.1 de la Ley General de la Seguridad Social, añadido por el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, y del párrafo e) del artículo 213.1 del citado Texto Legal, modificado por esa misma norma de urgencia, aplicables igualmente al subsidio de desempleo a virtud de la remisión que a dichos preceptos hace el artículo 219.2 de dicha Ley General, impide mantener la anterior doctrina en situaciones como la enjuiciada, producida bajo la vigencia de la nueva regulación, tal como resulta de los siguientes razonamientos:

1.- De un lado, las disposiciones reseñadas están redactadas de forma tal que no permite abrigar dudas acerca de su significado y alcance. La primera - artículo 212.1.e) LGSS - previene que el derecho a la prestación por desempleo se suspenderá por la Entidad Gestora ‘en los supuestos de estancia al extranjero por un periodo, continuado o no, de hasta 90 días como máximo durante cada año natural siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora’, junto con la puntualización de que ‘no tendrá consideración de estancia (...) la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez al año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1’. La segunda norma - artículo 213.1.e) LGSS - dispone, en lo que aquí importa, de manera correlativa y ‘a sensu contrario’, que el derecho a la prestación se extinguirá en el caso de ‘... estancia en el extranjero, salvo en los supuestos que sean causa de suspensión recogidos en los apartados (...) y g) del artículo 215’.

La nueva regulación cubre la anterior laguna en la materia y la lectura conjunta e integrada de los apartados transcritos deja claro que en los supuestos de estancia en el extranjero por un periodo superior a 15 días naturales, el incumplimiento del deber de comunicar al SPEE la salida del territorio español acarrea la extinción de la prestación de desempleo.

2.- De otro lado, la conclusión se refuerza a la vista de la finalidad perseguida con la reforma, expresada en términos inequívocos en la Exposición de Motivos del RDL 11/2013, al identificar como tal la de ‘garantizar una mayor seguridad jurídica’, haciendo la aclaración de que en los supuestos de salida ocasional al extranjero por un periodo máximo de 15 días naturales dentro de un año natural, se conserva la condición de beneficiario y se sigue percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo, y dejando finalmente constancia de que se incorporan, ‘de forma expresa como supuestos de suspensión de la prestación por desempleo

la estancia en el extranjero hasta un periodo de 90 días (...), debiéndose comunicar previamente la salida a la entidad gestora, que deberá autorizarla, extinguiéndose en caso contrario?

En definitiva, la doctrina sentada por la Sala, interpretando la normativa vigente con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2013, sobre los efectos que produce en la dinámica de las prestaciones por desempleo la salida del beneficiario del territorio español durante un periodo superior a 15 días e inferior a 90, sin comunicárselo al SPEE, no resulta de aplicación cuando los hechos que dan lugar a la actuación de la entidad gestora se suceden bajo el nuevo régimen normativo.

Por consiguiente, como en el caso analizado el actor no comunicó al SPEE su salida al extranjero y la estancia fuera del territorio español se prolongó durante un periodo de 69 días, resulta de aplicación lo previsto en el artículo 213.1 g) de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción aplicable por razones cronológicas, lo que fuerza a concluir que la resolución impugnada en el proceso resulta ajustada a derecho, en línea con lo resuelto por el Juzgado de lo Social”. (FD 3º). [E.T.V.]

*Jurisprudencia: naturaleza mercantil y no laboral de una persona que comienza su relación con la empresa con un contrato de trabajo y posteriormente es nombrado miembro del Consejo de Administración, ostenta un tercio de las participaciones sociales y realiza funciones de gerencia.*

STS (Sala 4ª), de 28 de septiembre de 2017, rec. nº 3341/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8184985&links=&optimize=20171027&publicinterface=true>

“Tal y como resulta de dicha sentencia, teniendo en cuenta la revisión del relato de hechos probados realizada por la Sala de Suplicación, en virtud del motivo de recurso formulado por la parte al amparo del artículo 193 b) de la LRJS, el actor formalizó contrato con la empresa demandada el 12 de mayo de 2004, para prestar servicios con la categoría profesional de jefe de sección, percibiendo unos emolumentos de 5.492,10 E al mes, con prorrata de pagas extras. El actor era socio de la mercantil demandada, siendo titular de un 33% de las participaciones, siendo los otros dos socios, que totalizaban el 100% del capital social, D. Silvio y D. Juan Antonio. Hasta el 25 de mayo de 2005 la administración de la sociedad era ejercida por un administrador único, D. Silvio, y a partir de esa fecha cambió el órgano de administración a Consejo de Administración, presidido por el actor, que ejerció como tal hasta el 31 de octubre de 2013. El actor ejerció como miembro del Consejo de Administración, actuando con autonomía e iniciativa propia y plena responsabilidad, solo limitada por instrucciones del órgano de administración en decisiones conjuntas en las que el también influía, no constando que realizara tareas propias de una relación laboral común ya que figuraba como

jefe de un departamento, al igual que los otros dos socios, y como tal realizaba labores propias de la gerencia o dirección de la empresa. La sociedad fue declarada en concurso el 18 de diciembre de 2013 por el Juzgado Mercantil número 4 de Madrid. El 28 de enero de 2014 la administración concursal dirigió carta al actor haciéndole saber que la actividad que desarrolla normalmente para la sociedad no cumple las condiciones para ser calificada como relación laboral, sino que se trata de una relación mercantil y que, debido a la imposibilidad de la sociedad de continuar desarrollando su actividad, el 10 de enero de 2014 se solicitó al Juzgado del concurso que procediera a la liquidación ordenada de sus bienes y derechos, comunicándole que desde dicha fecha la relación mercantil con la sociedad queda resuelta por lo que se le ruega se abstenga de continuar prestando servicios mercantiles a la sociedad”. (FD 1º)

“En el supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala, el actor es titular del 33% de las participaciones sociales, al igual que los otros dos socios, es Presidente del Consejo de Administración desde mayo de 2005, habiendo ejercido como miembro del Consejo de Administración, actuando con autonomía e iniciativa propia y plena responsabilidad, solo limitada por instrucciones del órgano de administración en decisiones conjuntas en las que el también influía. Si bien es cierto que suscribió un contrato de trabajo con la empresa en mayo de 2004, con la categoría de jefe de sección, es lo cierto que no consta que realizara tareas propias de dicha relación laboral común, sino que ejercía funciones de jefe o gerente de ventas y que al año de tener suscrito dicho contrato pasó a desempeñar el cargo de Presidente del Consejo de Administración.

Al venir desempeñando simultáneamente actividades propias del Consejo de Administración de la sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, en aplicación de la doctrina anteriormente expuesta, la relación ha de ser calificada como mercantil ya que existe una relación de integración orgánica en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente”. (FD 3º) [E.T.V.].

*Jurisprudencia: Opera el silencio positivo por resolución extemporánea por parte del FOGASA incluso cuando el ente administrativo conteste a través de un requerimiento por error en la documentación presentada.*

STS (Sala 4ª), de 28 de septiembre de 2017, rec. nº 804/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8185011&links=&optimize=20171027&publicinterface=true>

“Los elementos relevantes de la sentencia recurrida en orden al análisis de la contradicción, son como siguen: 1) En fecha 3 de octubre de 2012 los trabajadores presentaron las respectivas solicitudes de prestaciones al FOGASA. 2) El 23 de enero de 2013, la Secretaria General del FOGASA les requirió para

que en el plazo de 10 días presentaran documentación: sentencia firme declarando el despido improcedente y auto de extinción de la relación laboral u opción empresarial por el pago de la indemnización, 3) El 29 siguiente (y fecha de registro en FOGASA de 5 de febrero), aquellos presentaron escrito manifestando que carecían de tal documentación, disponiendo del certificado de la administración concursal. 4) La resolución del FOGASA sobre admisión de la documentación y reconocimiento de cantidades se emitió el 12 de febrero de 2013, y el 18 sobre desistimiento de un trabajador por no haber atendido el requerimiento.”(FD 1º).

“(…) el dictado de la resolución del FOGASA acaece transcurridos en exceso los tres meses de que disponía, y tal conclusión no puede quedar neutralizada por el requerimiento de aportación documental que efectúa dicho organismo una vez pasado tres meses desde la presentación de la solicitud.

Si la emisión de una resolución desestimatoria extemporánea no tiene virtualidad para subvertir los efectos del silencio positivo, por las razones expresadas, tampoco podrá tenerla un requerimiento que se ha verificado fuera del tiempo del que disponía el FOGASA para resolver sobre lo solicitado.

Razón por lo que en el presente caso no cabe reconocer efectos suspensivos del plazo del silencio positivo a tal requerimiento, lo que hace innecesario que entremos a analizar la eficacia jurídica que eventualmente pudiere atribuírsele en el supuesto de que hubiere tenido lugar antes de los tres meses.

La aplicación de la doctrina anterior al supuesto aquí examinado conduce, tal como interesa el Ministerio Fiscal en su informe, a la estimación del recurso de casación unificadora interpuesto por la parte actora, cuya solicitud debe entenderse estimada por silencio positivo”. (FD 3º) [E.T.V.]

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo declara que existe cosa juzgada cuando una sentencia penal resuelve sobre la condena o absolución en relación con un accidente de trabajo y no hubo reserva de acciones civiles.*

STS (Sala 4ª), de 3 de octubre de 2017, rec. nº 2008/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8185004&links=&optimize=20171027&publicinterface=true>

“En el presente recurso de casación unificadora se cuestiona el alcance de los efectos de cosa juzgada que puede producir en el proceso laboral una sentencia penal firme por la que se exonera de responsabilidad penal y civil administrador de una sociedad anónima y a esta del delito contra la seguridad de los trabajadores a raíz del accidente de trabajo en que se vió implicado el actor a quien dejó secuelas que motivaron que el mismo fuese declarado en situación de gran invalidez. Más concretamente, se plantea si ese pronunciamiento absolutorio produce efectos de cosa juzgada en el posterior proceso, instado ante esta

jurisdicción, en reclamación de los daños y perjuicios causados al trabajador en aquel accidente”. (FD 1º).

“(…) la responsabilidad civil, derivada del acto ilícito, al igual que la penal, cuya viabilidad reconoce el art. 127-3 de la LGSS (168-3 del Texto Articulado vigente actualmente), es única y si se juzga sobre ella en un proceso penal, al no haber existido reserva de esas acciones civiles para un futuro proceso, tal cuestión queda resuelta definitivamente por mor de la llamada santidad de la cosa juzgada lo que se impone en aras a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica y al prestigio de los Tribunales que se pierde si recaen resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto. Eso ha ocurrido en el presente caso en el que la existencia de la responsabilidad civil de la sociedad recurrente y de su Administrador fue controvertida y declarada en la instancia, pero dejada sin efecto en apelación por la sentencia penal que absolvió a la recurrente y a la par confirmó la condena por responsabilidad civil a otra persona jurídica. Por tanto, por ese hecho, ya juzgado, no se puede volver a reclamar la responsabilidad civil de la recurrente, pues el art. 24 de la Constitución y el 222 de la LEC lo impiden [E.T.V.]

## IV. DERECHO PENAL

### 1. PARTE GENERAL

*Jurisprudencia. Naturaleza del delito -menos grave o leve- cuya pena principal ha sido degradada a pena leve y penas accesorias.*

STS (Sala 2ª) de 31 de mayo de 2017, rec. nº 887/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8053115&links=%22887%2F2016%22%20%22392%2F2017%22&optimize=20170612&publicinterface=true>

“(…) La norma recogida en el artículo 13.4 del Código Penal, no es sino una regla especial para la determinación de la naturaleza de la infracción penal, en aquellos exclusivos supuestos en los que la pena, por su extensión, no puede categorizarse conforme con las reglas expresadas en el artículo 33 del Código Penal. Únicamente cuando la extensión de la pena fijada por el legislador se sitúa a caballo entre dos categorías que vienen definidas precisamente por su duración, el desvanecimiento de las referencias legales para la graduación, justifica la regla complementaria que analizamos. Para el resto de supuestos, entre los que se incluyen aquellos delitos en los que la penalidad es compuesta (bien por fijarse de forma conjunta varias penas con distinta consideración de leves o menos graves, como acontece en el artículo 405 del Código Penal; bien en los casos en que la diversidad afecta a penas cuya imposición está prevista de manera alternativa, como el que nos ocupa), la no concurrencia de los presupuestos contemplados en la regla especial del artículo 13.4 del Código Penal, conduce a la aplicación de unas reglas generales que resultan perfectamente claras al respecto: cuando la infracción

penal esté castigada por la Ley con una pena menos grave (individual, conjunta o alternativamente impuesta), la naturaleza menos grave viene también aparejada al delito, y éste sólo tiene la consideración de leve, cuando la pena con la que esté castigado sea leve. (...).” (F.D. 6º)

“(…) Con independencia de que concluyamos en esta resolución que es *menos grave* el delito que tiene prevista una pena de esta entidad, aun cuando la sanción venga anunciada como alternativa a otra pena que merezca la consideración de leve, surge la cuestión de si las prohibiciones accesorias de acercamiento y comunicación con la víctima, deben ajustarse a la gravedad o levedad del delito, o por el contrario se corresponden con la gravedad de la pena principal finalmente impuesta.

Como bien indica el Ministerio Fiscal en su impugnación al recurso, las prohibiciones contempladas en el artículo 57 del Código Penal, ubicado en la Sección Quinta del Capítulo Tercero del Libro I del C.P. bajo la rúbrica ‘*De las penas accesorias*’, es una pena accesoria impropia. No sólo es una pena accesoria cuya extensión, excepcionalmente, no está vinculada a la duración de la pena principal (art. 33.6 y 57 del Código Penal), sino que también, a diferencia del resto de penas accesorias reguladas en la misma sección, no se trata de restricciones inherentes a la imposición de otras sanciones, sino que su aplicación deriva de la condena por determinados delitos.

En consecuencia, partiendo de que el delito perpetrado ha de considerarse menos grave y que su naturaleza no muta ante la posibilidad de que el juez haya rebajado las penas principales en un grado y haya impuesto finalmente la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en un tramo correspondiente a pena leve, resulta correcta la decisión de la Audiencia Provincial de aplicar el art. 57-2 en relación al art. 57-1 del C.P., desechando la norma del 57.3 del Código Penal, por venir únicamente prevista para los delitos leves.(...)” (F.D. 7º) [A.C.T.]

*Jurisprudencia. Criterios de aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.*

STS (Sala 2ª) de 21 de junio de 2017, rec. nº 10105/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8077412&links=%2210105%2F2017%22%20%22454%2F2017%22&optimize=20170629&publicinterface=true>

“(…) Según jurisprudencia constante, a la hora de interpretar esta atenuante concurren dos elementos relevantes ‘el plazo razonable’ y las ‘dilaciones indebidas’. Al primero se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el ‘derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable’. A las segundas el artículo 24 de la CE que garantiza un proceso sin ‘dilaciones indebidas’. En realidad, son conceptos que confluyen en la idea de un

enjuiciamiento ágil y sin demora, pero que difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas implican retardos injustificados en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de los distintos actos procesales. El ‘plazo razonable es un concepto mucho más amplio y más orientado a la duración total del proceso, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices de referencia la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de similar naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (...). (F.D. 8º)

(...) En atención a la secuencia expuesta resulta evidente que la tramitación de la causa, en la fase de instrucción dista de poder considerarse modélica. Su duración total hasta ser celebrado en la instancia (7 años y 6 meses) ha sido excesiva en relación a un estándar ordinario a razón de la complejidad de la investigación que los hechos exigían y el número de partes intervinientes. A una general ralentización en el trámite una vez concluido el grueso de la instrucción que había requerido la práctica de abundante pericial, se suman tres periodos de paralización total de 9, 5 y 11 (...) que integran en conjunto el concepto de dilación extraordinaria como incluida en la atenuación prevista en el artículo 21.6 CP, por lo que en este aspecto el recurso debe prosperar. (F.D. 9º).

“Aclarado lo anterior, y respondiendo ya a la solicitud del recurrente sobre la cualificación de la atenuante de dilaciones indebidas, las circunstancias particulares del caso permiten hablar de una dilación del proceso extraordinaria, pero nunca como especialmente extraordinaria o superlativa, que es la condición que ha de tener para poder apreciar la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a tenor de la redacción que le ha dado el legislador en el nuevo artículo 21.6ª CP. Pues si para apreciar la atenuante genérica o simple se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal, para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario (...)

Para aplicarla con ese carácter esta Sala requiere que concurren retrasos en la tramitación de la causa de una intensidad extraordinaria y especial, esto es, que se trate de supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúen muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente, que sea superextraordinaria (...).” (F.D. 10º) [A.C.T.].

*Jurisprudencia: El TS determina la incompatibilidad de la eximente de miedo insuperable en una situación de trastorno mental transitorio basada en la misma alteración psíquica.*

STS (Sala 2ª) de 17 de julio de 2017, rec. nº 1491/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8113218&links=%221491%2F2016%22&optimize=20170803&publicinterface=true>

“(…) ‘una situación de miedo insuperable que provoque un estado psíquico de inimputabilidad que anule la voluntad es poco probable que quien sufra esa alteración no sea alcanzado por la eximente de trastorno mental transitorio y que ello impidiera su simultánea estimación, de acuerdo con el principio jurisprudencial que dispone que de un mismo hecho psíquico no pueden derivarse varias eximentes o atenuantes del mismo carácter, de tal modo ligadas entre sí, que la existencia de una suponga la de la otra, y la eximente de miedo insuperable lleva implícita una anulación del nivel de consciencia que es la verdadera razón de su existencia, anulación psíquica que también constituye el fundamento del trastorno mental transitorio’.

Pues bien, en el supuesto que ahora se dirime si bien es verdad que el acusado al haber recibido una violenta mordedura por parte de Gumersindo (hijo de la víctima), que le provocó un intenso dolor y la amputación de la nariz, entró en un estado de shock que le generó una pasajera e intensa disminución de sus facultades volitivas e intelectivas, no puede ignorarse que ese estado de shock ha de comprender y absorber también la situación de temor que sufrió el acusado al ver venir a lo lejos una persona. De modo que si bien es cierto que el miedo que ello le genera puede contribuir a que persista el estado de shock y que mantenga su intensidad, lo cierto es que psíquicamente no concurren factores para deslindar en el aspecto psíquico los efectos de ambas situaciones. Es más, el estado de trastorno mental que le generó el primer envite con los dos primeros oponentes hace difícil concebir una merma psicológica a mayores que incremente su merma de facultades de forma cualificada o notable (...)” (F.D. 2º) [A.C.T.]

*Jurisprudencia: Criterios para la interpretación del art. 62 del CP en supuestos de tentativa acabada.*

STS (Sala 2ª) de 24 de julio de 2017, rec. nº 2134/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8132754&links=%222134%2F2016%22&optimize=20170905&publicinterface=true>

“(…) Atendiendo pues al factor clave del ‘peligro engendrado’ por la acción perpetrada, que es el que despunta como esencial en el Código Penal, parece que lo razonable es que la tentativa inacabada conlleve una menor pena que la acabada, y también que la tentativa idónea (peligro concreto para el bien jurídico) determine una mayor pena que la tentativa inidónea (peligro abstracto para el bien jurídico que tutela la norma penal). Por lo tanto, de acuerdo con lo anterior lo coherente será que la pena se reduzca en un grado en caso de tratarse de una tentativa acabada y en dos grados en los supuestos en que nos hallemos ante una tentativa inacabada. Y también que en los supuestos de tentativa idónea se tienda a reducir la pena en un solo grado, mientras que en los casos de la tentativa inidónea se aminore en dos.

Sin embargo, debe quedar claro que como el criterio prevalente y determinante, según el texto legal, es el del peligro para el bien jurídico que lleva inherente el intento, no siempre que la tentativa sea inacabada se impondrá la pena inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada a tenor del plan proyectado por el autor ponderado por un espectador objetivo, pero que su grado de ejecución sea muy avanzado y que concurra el peligro concreto de la tentativa idónea (se hayan ya realizado varios actos que auspician la proximidad de la consumación), en cuyo caso lo razonable será reducir la pena sólo en un grado a tenor del peligro que se muestra en el intento todavía no acabado(...)" (F.D. 3º) [A.C.T.].

## 2. PARTE ESPECIAL

*Jurisprudencia. Concreta el TS el bien jurídico protegido en el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia.*

STS (Sala 2ª) de 8 de junio de 2017, rec. nº 9/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8059347&links=%229%2F2017%22%20%22419%2F2017%22&optimize=20170616&publicinterface=true>

“6. (...) El delito específico de desobediencia del art. 383 del C. Penal ha sido conceptualizado por un sector doctrinal como un *delito obstáculo*, que son aquellos fenómenos de criminalización anticipada mediante los que se castigan conductas en un momento anterior a la lesión del bien jurídico e incluso con anterioridad a que se genere un peligro concreto o abstracto para el bien jurídico. Son por lo tanto delitos que se configuran como auténticos *obstáculos* que tienen como función impedir que lleguen a producirse los actos delictivos futuros que se tipifican en otros preceptos. En ellos el principio de ofensividad cede ante la necesidad de prevención general y se presentan como tipos penales formales o de mera desobediencia mediante los que se anticipa, si bien en algunos casos de forma muy cuestionable, la barrera defensiva que supone la aplicación de toda norma penal.

En el caso del art. 383 del C. Penal el legislador ha entendido que era precisa la implantación de un delito específico de desobediencia con el fin de que no quedara desactivada o debilitada de forma sustancial la eficacia de otro tipo penal que ya de por sí es un delito de peligro abstracto, cual es el contemplado en el art. 379.2 del C. Penal. El legislador ha sopesado que, de no reforzar con una amenaza penal la obligación de someterse a la pericia de alcoholemia, los conductores se negarían a realizarla y los bienes jurídicos que tutela el precepto principal se verían desprotegidos.

El carácter meramente instrumental y formal del tipo penal recogido en el art. 383 y, además, su condición de precepto que a su vez tiene como fin garantizar y reforzar la aplicación de un tipo penal de peligro abstracto, así como la cuantía de

la pena (superior a la del art. 379.2), son los factores que generan cierta reservas o recelos a su aplicación, dado el vínculo lejano que muestra con respecto a los bienes jurídicos materiales que de una forma muy mediata pretende tutelar (la vida y la salud de las personas).

Pues, en efecto, si el delito del art. 379.2 del C. Penal es un delito de peligro abstracto que protege directamente la seguridad vial e indirectamente los bienes jurídicos de la vida y la salud, el delito del art. 383 cumple una función aún más indirecta o mediata, en cuanto que anticipa todavía más en el tiempo y de forma más mediata la tutela los bienes personales materiales a los que se orientan los delitos previstos en el Capítulo IV del Título VII del C. Penal. .” (F.D. 2 °) [A.C.T.].

*Jurisprudencia. Examina el TS los requisitos mínimos de la conducta de conducción en los delitos contra la seguridad vial.*

STS (Sala 2ª) de 15 de junio de 2017, rec. nº 2122/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8070501&links=%22122%2F2016%22%20%22436%2F2017%22&optimize=20170623&publicinterface=true>

“(…) La acción de *conducir* un vehículo de motor incorpora de esa forma unas mínimas coordenadas espaciotemporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro. Sin movimiento no hay conducción. Pero no es necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto. Actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, más allá de que algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribunales (el vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular…) puedan ser ajenos al tipo penal por razones diversas que no son del caso analizar ahora. En este supuesto, además, concurre otro dato especialmente relevante. La idea inicial del autor no era mover ligeramente el vehículo. Había intención de realizar un trayecto más largo, intención que revierte por la presencia policial. Lo destaca también el informe del Ministerio Fiscal. Se puede afirmar con rotundidad que el autor había comenzado a *conducir*.

El art. 379.2 CP exige, un movimiento locativo, cierto desplazamiento pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia. Un trayecto del automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar algún daño es conducción.

La conducta será delictiva si concurren el resto de presupuestos del tipo objetivo: determinada tasa de alcohol en aire espirado o acreditación de que el conductor se hallaba bajo la efectiva influencia de las bebidas alcohólicas.

En el supuesto ahora examinado se produce una *conducción* con una tasa superior a la objetivada pues se proclama un desplazamiento aunque sea escaso. Además también es detectable, aunque no sería elemento imprescindible al superarse la tasa objetivada, un peligro hipotético. Este no exige que el riesgo se haya concretado ni que se compruebe *a posteriori*; sino tan solo que sea imaginable en abstracto en un juicio *ex ante*.

En conclusión, el desplazamiento de un vehículo a motor o un ciclomotor en una vía pública bajo los efectos de bebidas alcohólicas integra el verbo típico previsto en el artículo 379 CP, aunque el trayecto recorrido no haya sobrepasado los 2 metros.” (F.D. 5º) [A.C.T.].

*Jurisprudencia: Consideración del delito de conducción sin permiso como de peligro abstracto: diferencia con la infracción administrativa.*

STS (Sala 2ª) de 17 de julio de 2017, rec. nº 2116/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8113204&links=%22%202116%2F2016%22&optimize=20170803&publicinterface=true>

“(…) Se trata de garantizar la aptitud de los conductores para manejar vehículos y la idoneidad de éstos para circular con el mínimo riesgo posible, en la línea con lo exigido por la Directiva 2006/126/CE que impone a los Estados la obligación de unas mayores comprobaciones y requisitos en las pruebas previas de autorización de la licencia o permiso de conducción.

b) Al tratarse de un bien jurídico constituido por el simple ‘riesgo abstracto’, la conducta se consuma cuando se conduce careciendo de la oportuna habilitación administrativa (permiso o licencia) sin que tenga incidencia el haberse cometido infracción vial alguna, ni haberse realizado maniobra antirreglamentaria, como exige la Audiencia de origen, al adicionar ese dato al relato histórico estampado por el Juzgado de lo Penal, y que sirve a los jueces a quibus’ de fundamento a la absolución.

c) La Audiencia (...) ha incorporado al tipo penal unos requisitos que el legislador en modo alguno exige para configurar la conducta típica, conformándose la ley con que el autor jamás haya obtenido el permiso de conducir (...).

d) A su vez la Audiencia ha partido de una premisa errónea al considerar que la conducta que sustenta el delito tipificado en el art. 384.2 C.P, es exactamente la misma que la definida en la ley de Seguridad Vial citada.

El presupuesto fáctico administrativo se refiere a carecer de la autorización gubernativa ‘correspondiente’, es decir, puede estarse en posesión de un permiso o una licencia, pero que no sea adecuada a las características del vehículo con el

que se circula, conforme a las diversas modalidades que se determinan legalmente (...)” (F.D. 1º) [A.C.T.].

*Jurisprudencia: Criterios para la aplicación de la agravante de multirreincidencia en el delito de hurto.*

STS (Sala 2ª) de 17 de julio de 2017, rec. nº 488/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8113202&links=%22488%2F2017%22&optimize=20170803&publicinterface=true>

“(…) para interpretar los arts. 234 y 235 del C. Penal en un sentido que resulte congruente el ‘concepto de multirreincidencia’ con el concepto básico de reincidencia y que se respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad de la pena, ‘ha de entenderse’ que cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores ‘éstas han de ser’ por delitos ‘menos graves o graves’, y no por delitos leves. Y ello porque ése es el criterio coherente y acorde con el concepto básico de reincidencia que recoge el Código Penal en su parte general, y porque, además, en ningún momento se afirma de forma específica en los arts. 234 y 235 que las condenas anteriores comprendan las correspondientes a los delitos leves.

(…)

(…) los razonamientos expuestos en los fundamentos precedentes, puede ‘afirmarse’ que al reconocer el propio legislador el escaso grado de ilicitud del delito leve de hurto dada la pena de multa que le asigna, su agravación hipercualificada sobre el único soporte de otros delitos leves ya condenados nos sitúa en un terreno muy próximo a la infracción del principio de ‘proporcionalidad’ de las penas e incluso cercano a la vulneración del principio ‘non bis in ídem’. A ello ha de sumarse la unilaterización en que puede incurrirse en orden a la operatividad de los fines de la pena, al centrarse la nueva pena hiperagravada en el fin de la ‘prevención general positiva’ (aminorar la alarma social y generar la confianza en la vigencia de la norma), vaciando prácticamente de contenido el fin de la ‘prevención especial’, al mismo tiempo que se debilita sustancialmente la eficacia del principio de ‘culpabilidad’ como freno a los excesos punitivos cuando se pone en relación con la ilicitud concreta del hecho que se juzga.

Los referidos argumentos y otros que se exponen en el curso de la sentencia son los que nos llevan a respetar ‘el concepto de reincidencia’ que se prevé en la ‘parte general’ del C. Penal, y que no resulta excluido de forma específica y singularizada en los arts. 234 y 235 del C. Penal. Tal opción ‘no excluye’ tampoco la aplicación de la multirreincidencia del art. 235.1.7ª del C. Penal en los supuestos en que los antecedentes penales sean por ‘delitos menos graves’ de hurto, resultando así una interpretación de la norma que resulta más restringida y acorde con los principios constitucionales que se han ido citando en el cuerpo de esta resolución...” (F.D. 2º). [A.C.T.]

## V. DERECHO ADMINISTRATIVO

*Jurisprudencia: Ratificación del Tribunal Constitucional de los límites competenciales en materia urbanística en el ordenamiento jurídico balear, del procedimiento administrativo común que se extiende a los correlativos supuestos de nulidad.*

STC (Pleno), de 21 de septiembre de 2017, rec. nº 109/2017.

[http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25457#complete\\_resolucion](http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25457#complete_resolucion)

“Por su parte, en relación con dicha exigencia, el artículo 8.1 de la Ley 21/2013 solo permite excluir de evaluación ambiental estratégica los planes y programas que tengan como único objeto la defensa nacional o la protección civil en casos de emergencia; y los de tipo financiero o presupuestario. De este modo, los preceptos estatales fijan una regla general: el sometimiento a evaluación ambiental estratégica, sea ordinaria o simplificada, de todo plan o programa y sus modificaciones relativos a sectores materiales con incidencia medioambiental, admitiendo solamente excepciones tasadas en función del objeto del plan o programa. Ambos preceptos son formalmente básicos de conformidad con la disposición final octava de la Ley 21/2013, y también deben ser así considerados desde la perspectiva material por cuanto fijan una norma mínima de protección ambiental. Responden a la función que cumple la legislación básica en este ámbito, que persigue el objetivo de que todas las Administraciones públicas valoren el medio ambiente cuando ejercen sus competencias sobre cualquiera de las obras, instalaciones u otras actividades de su competencia. Ésta competencia se ha plasmado al aprobar la norma que “obliga a todas las Administraciones Públicas a que, cuando actúan en el ejercicio de cualesquiera de sus competencias, ponderen y evalúen las repercusiones sobre el medio ambiente, minimizando y corrigiendo los daños causados a la población y al medio ambiente natural y cultural del territorio afectado por dicha actuación, cuando no renunciando a llevarla a cabo” (F.D. 3º)

“Se altera así el ejercicio de las competencias propias de cada Administración, pues es claro que el legislador autonómico no está regulando materias de su competencia, ya que no le corresponde fijar, siquiera sea en un caso concreto, el régimen de validez de los actos de la Administración del Estado. Por un lado, desplaza la competencia estatal sustantiva a cuyo amparo se realiza el proyecto sometido a examen, lo que “supondría convertir la competencia sobre medio ambiente en una competencia prevalente sobre la competencia en materia de obras de interés general, desconociendo la doctrina de éste Tribunal que considera que es la Administración estatal la que ejerce sus propias competencias sustantivas sobre las obras, instalaciones o actividades proyectadas, aun cuando preceptivamente deba considerar su impacto medioambiental. Obras, instalaciones y actividades que forman parte de materias que están sometidas por

la Constitución y los Estatutos de Autonomía a reglas específicas de reparto de competencias, que son títulos que por su naturaleza y finalidad atraen a la competencia de medio ambiente, y no al revés” (STC 202/2013, de 5 de diciembre, FJ 3). Por otro, no sería conforme a la finalidad pretendida por la regulación estatal que la Comunidad Autónoma pudiera prever cuales son las consecuencias de la omisión de la actuación estatal, pues la sanción que a tal omisión pudiera corresponder es una cuestión cuya regulación corresponde al Estado, tanto a través de la normativa general en materia de validez de los actos administrativos ex artículo 149.1.18 CE (por todas, STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3), como específicamente mediante el ejercicio de las competencias reconocidas en el artículo 149.1.23 CE, en relación específicamente con los procedimientos de evaluación de impacto ambiental.

Lo anterior determina que el artículo 26.2 de la Ley 12/2016 sea contrario al orden constitucional de distribución de competencias, sin perjuicio de las consecuencias que, en cada caso concreto, deriven de la omisión del preceptivo trámite de consulta, en relación con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, lo que no corresponde valorar en este proceso, centrado en el enjuiciamiento abstracto del precepto impugnado. Por tanto, el artículo 26.2 de la Ley 12/2016 es inconstitucional y nulo.” (F.D. 4º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: Impugnación de un convenio colectivo empresarial por vulnerar el derecho a la igualdad salarial, ya que la antigüedad de sus trabajadores tenía un doble régimen según la fecha de ingreso. Estas medidas serán de aplicación a todos los órganos jurisdiccionales, con particular incidencia a los contencioso-administrativos.*

STC (Pleno), de 16 de octubre de 2017, rec. nº 112/2017.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25471>

“Así delimitado el eje discursivo de la Sentencia, no es posible acoger el primero de los argumentos que sostiene el Alto Tribunal para rechazar la desigualdad denunciada, toda vez que, en primer lugar, pese a haber denegado la eficacia positiva de la cosa juzgada en virtud de lo resuelto en otra Sentencia del año 2010 de la misma Sala, la resolución de 2016 impugnada viene, en cambio, a otorgarle materialmente dicha eficacia, puesto que se remite in toto a las consideraciones que hizo la anterior para rechazar la desigualdad salarial denunciada, sin que se hayan incorporado otros argumentos que los que en aquella se hubieron recogido. (...) Es decir que, en definitiva, la Sentencia de 11 de julio de 2016, objeto de nuestro enjuiciamiento, se remitió a la anterior de 19 de enero de 2010, que, a su vez, lo había hecho a otras dos anteriores de 2006 y de 2007, las que, igualmente, habían sustentado su argumentación justificativa de la doble escala salarial, como se ha destacado supra, en unos argumentos referidos a un momento determinado, el del año 1995, en que se produjeron los cambios en la situación del mercado y de la legislación laboral anteriormente descritos. Y tampoco es posible aceptar el

segundo de los argumentos de la Sentencia impugnada, pues, además de concurrir para desestimarlos, las mismas razones que han servido para rechazar el anterior, dada su íntima conexión con éste, hay que señalar, también, que la tesis defendida por el Tribunal Supremo no se corresponde con la interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental que consagra el artículo 14 CE, dado que la Sentencia impugnada, ante la existencia reconocida por todas las partes y por el propio Tribunal de que concurre en el caso de autos una doble escala salarial entre los empleados de CLH, S.A., que ha venido perdurando a lo largo de veinte años y sin que en los últimos diez se haya puesto de manifiesto ningún otro argumento que justifique la persistencia en el tiempo de aquella diferencia salarial, invierte los términos de la carga procesal que incumbe a las partes, en el sentido de que ha exigido a la que denunció la existencia de la discriminación salarial la aportación de nuevos argumentos que la hicieran injustificable, cuando, conforme a nuestra doctrina y a la del propio Tribunal Supremo, que así lo refleja en su sentencia impugnada, la parte que defiende la desigualdad de trato salarial es la que ha de aportar o, en este caso seguir aportando, una justificación razonable y actualizada que pueda servir de fundamento a la permanencia de aquella diferencia en el complemento de antigüedad a lo largo de tanto tiempo, cuando lo propio, por otro lado, es que el sistema de doble escala salarial sirva únicamente para proporcionar una solución transitoria a un momento coyunturalmente comprometido para una empresa, que la obligue a establecer un tratamiento diferenciado a sus empleados por razón del tiempo de incorporación a la misma.” (F.D. 6º). [B.A.S.]

*Jurisprudencia: La “no” procedencia de las pretensiones adicionales en el contencioso-administrativo y la ‘si’ reconvencción en el proceso civil.*

STS (Sala 3ª) de 11 de mayo de 2017, rec. nº 2506/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8046513&links=%222506%2F2015%22&optimize=20170606&publicinterface=true>

“No está de más subrayar que en el recurso contencioso-administrativo no cabe una reconvencción o una pretensión adicional, como si acontece en el proceso civil (art. 770 LEC). En tal sentido se pronunció de forma clara la STS 16 de abril de 2003, recurso 3269/2000 al declarar que ‘en el recurso contencioso administrativo la parte demandada no puede ‘formular pretensiones’, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil por medio de la reconvencción” (F.D. 3º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la posible notificación por vía del teléfono móvil.*

STS (Sala 3ª) de 14 de junio de 2017, rec. nº 2638/2015

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8070579&links=%222638%2F2015%22&optimize=20170623&publicinterface=true>

“(3o) Denuncia la recurrente en casación que la sentencia, sin motivarlo debidamente, se aparta del criterio que venía siguiendo la Sala de instancia respecto de la interpretación del artículo 59.6 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Señala al respecto que nunca había admitido que ese precepto deba completarse ‘incorporando, a las formas de notificación que el mismo contempla, una más, no prevista en el precepto (la llamada telefónica al número de teléfono móvil designado por el aspirante al presentar su solicitud de participación en el proceso selectivo) (...)’.

(5o) Respecto de la infracción del artículo 59.2, 5 y 6 de la Ley 30/1992 y de los principios de legalidad y seguridad jurídica, dice la recurrente que, pese a reconocer que se cumplió escrupulosamente ese precepto al intentar la notificación, no dos sino tres veces en el último trimestre de 2011, y no obstante no haber sido cuestionado por nadie ese proceder, la sentencia entiende que se debió hacer la notificación personal ‘(...) indagando el domicilio real a través de todos los medios imaginables, o recurriendo a la llamada telefónica (sólo porque este medio se empleó para corroborar si se había o no presentado la documentación en plazo). Y ello es contrario a la legalidad vigente. No corresponde a la Administración (ni se lo impone norma alguna) llevar a cabo una suerte de investigación detectivesca para obtener el domicilio de los interesados, y menos aún si nos encontramos ante un procedimiento iniciado a su solicitud. Por más que hayan sobrevenido circunstancias que han alterado sustancialmente el contenido de las primeras resoluciones dictadas en el proceso selectivo’. De este modo, sostiene, la Sala introduce en la sentencia un medio de notificación de actos y resoluciones administrativas no contemplado en la norma e impone a la Administración la carga de averiguar el domicilio de los interesados llamándoles por teléfono sólo porque se trata de un medio de comunicación habitual en la sociedad actual.” (F.D.4º)

“No hay infracción del artículo 59 de la Ley 30/1992 porque la sentencia no impone a la Administración ninguna suerte de investigación detectivesca para averiguar el domicilio real del interesado. Solamente, le requiere que mire el expediente. Es decir, que haga exactamente lo mismo que, sin aparente esfuerzo, hizo para dar al Sr. Balbino audiencia sobre la resolución que constataba la falta de presentación en plazo de la documentación. No es fácil comprender la argumentación de la recurrente a la vista de lo sucedido ni tampoco a la luz de cuanto viene manteniendo el Tribunal Constitucional en este punto. La notificación personal debe realizarse siempre que, sin esfuerzos desproporcionados, la Administración pueda obtener el domicilio actual del interesado (sentencias 6/2017, 200/2016, 151/2016, 150/2016, 181/2015, 137/2014, 136/2014, 126/2014, 59/2014, 30/2014, entre muchas otras) y poca desproporción había en este caso cuando la Comunidad Autónoma de Castilla y

León disponía del teléfono móvil del Sr. Balbino desde el primer momento. Ese mismo que, como se ha dicho, utilizó en el último momento sin que parece que hiciera entonces ninguna pesquisa extraordinaria.

Si, además, se tienen en cuenta las circunstancias que habían concurrido y en las que se detiene la sentencia de instancia para explicar la singularidad del caso, la conclusión anterior se hace más evidente y queda claro que no se ha incluido ninguna exigencia adicional respecto de las notificaciones a las que ya impone la Ley y explica la jurisprudencia.” (F.D. 6º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: Disparidad de votos particulares que determinan la legalidad del nombramiento de un cargo judicial.*

STS (Sala 3ª) de 27 de junio de 2017, rec. nº 4942/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8079245&links=%224942%2F2016%22&optimize=20170630&publicinterface=true>

“A) Cuestiones previas:

1o.- Llama la atención poderosamente el estilo utilizado por la resolución impugnada, en primer lugar, impropio de un órgano constitucional, después, para mí, con un aroma altanero, y cierto regusto de taberna. En sí mismo ese estilo no merece comentario alguno, salvo el que luego diré al tratar la cuestión de fondo, pero sí hacer constar su realidad porque tan importante como saber lo que se ‘es’ (órgano constitucional), es saber ‘cómo se actúa’ (del modo indicado).

2o.- Vengo advirtiendo sobre la deriva de esta Sala tendente a consagrar las ‘inmunidades del poder’ en las sentencias dictadas por el Pleno de esta Sala III: STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1a, 1100/2011, de 4 de febrero (rec. 588/2009) ECLI:ES:TS:2011:1100; y STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1093/2014, de 3 de marzo (rec. 4453/2012 ) ECLI:ES:TS:2014:1093.

3o.- La sentencia de la que disiento da un paso más, mejor dicho, dos, en esa dirección inmunizadora del poder. Por un lado, en materia de control de discrecionalidad, nos retrotrae a las épocas en las que a pretexto de discrecionalidad la inmunidad de los actos de la Administración estaba consagrada. De otra parte, en punto a la ejecución de las sentencias, acepta su incumplimiento mediante la excusa de la interpretación difícil de la sentencia que se ejecuta, argumentación que al ser consagrada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo se convierte en especialmente dolorosa.

B) Cuestión litigiosa:

1o.- Lo que el CGPJ tenía que hacer era sencillo: ejecutar una sentencia que le había ordenado que efectuara un determinado nombramiento razonando cómo un ‘mérito secundario’, pero prevalente en el criterio del CGPJ de un candidato: el ‘programa de actuación’, podía superponerse a los méritos ‘jurisdiccionales’ que otro candidato tenía en mayor medida.

La orden dada era clara y terminante, si el CGPJ insistía en el nombramiento inicial tenía que justificar y razonar en términos jurídicos que el ‘programa de actuación’ del candidato finalmente nombrado prevalecía sobre los superiores méritos jurisdiccionales de la demandante.

No había dudas en la orden dada acerca de su contenido. Cuando se oponen esas dudas, lo que en realidad se está haciendo es dejar sin efecto una sentencia, porque el fundamento sexto no permitía equívocos sobre el contenido de lo ordenado.

El cumplimiento estricto de la orden que contenía la sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 2016, recurso de casación 1033/2016, lo que exigía del CGPJ, era algo que excedía de sus lógicas y jurídicas capacidades si insistía en el nombramiento inicial, pues, en definitiva, se le pedía que razonara y explicara cómo y por qué los méritos no jurisdiccionales se superponían a los estrictamente jurisdiccionales que de modo meridiano se afirmaba que eran superiores en la demandante a los de quien ha resultado finalmente nombrado.

Ante una orden que excedía de las posibilidades, tanto lógicas, como legales, de que el CGPJ está investido, éste ha optado por volver a valorar el ‘programa de actuación’ del candidato nombrado de modo superlativo. Pero, insisto, esto no era lo ordenado, lo ordenado era explicar cómo esos méritos secundarios se superponían y mejoraban los estrictamente jurisdiccionales de la demandante. Esto, insisto, era lo ordenado.

Conviene examinar los antecedentes legales del problema litigioso. En primer término, el artículo 326 de la L.O.P.J. que establece: ‘1. El ascenso y promoción profesional de los Jueces y Magistrados dentro de la Carrera Judicial estará basado en los principios de mérito y capacidad, así como en la idoneidad y especialización para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales correspondientes a los diferentes destinos.’. El texto legal, de manera clara, patente y rotunda establece la prevalencia del mérito, capacidad y la idoneidad en el ejercicio de funciones jurisdiccionales sobre cualquier otro mérito, a efectos de decidir los ascensos de jueces.

Al hacer esto, la ley consagra lo que siempre ha sido un clamor en la carrera judicial: que los méritos para la provisión de cargos se obtengan esencialmente de la actividad jurisdiccional.

A contrario *sensu*, la ley no menciona los conocimientos sobre la estructura del átomo, ni sobre física cuántica, ni acerca de las habilidades atléticas o literarias de los aspirantes como criterios determinantes de la elección. Estas cualidades

podrán ser relevantes -al igual que las gestoras y organizativas- como subordinadas y siempre supeditadas a las jurisdiccionales. En mi opinión, una decisión que no respeta estos criterios no está protegida por el ámbito discrecional que el CGPJ dispone, e incurre en arbitrariedad, y, eso, no otra cosa, es lo sucedido (...)

Ni lógica, ni legalmente era posible hacer lo mandado si se insistía en el nombramiento inicial, lo que obligaba al CGPJ a nombrar a la demandante. En un claro incumplimiento, desde mi punto de vista, de la orden recibida el CGPJ ha optado por valorar, otra vez en términos superlativos, unos méritos que la Ley Orgánica del Poder Judicial no consiente que se valoren en el modo en que se ha hecho, desobedeciendo la orden recibida y auto atribuyéndose de nuevo la potestad de nombramiento, que ya se había agotado y que sólo podía actuarse en el modo ordenado.

Se ha conseguido que un reglamento nacido como mecanismo de autolimitación de la discrecionalidad del CGPJ, se haya convertido en un instrumento potenciador de esa discrecionalidad exenta de control y que consagra inmunidades del poder que creíamos hace muchos años superadas.

Nada es para siempre, y menos en el ámbito de la discrecionalidad, pero situaciones como la contemplada en estos autos, en la que el propio autor del reglamento que dice autolimitarse, acaba potenciando y ampliando la discrecionalidad que pretende limitar y la exención de control de esos actos discrecionales, es algo que creía que ya no podía volver a suceder, y sin embargo, ha ocurrido.

Que la Sala III de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo haya consagrado esta actitud, claramente incardinable en el artículo 6.4o del Código Civil, resulta especialmente descorazonador.

Mayor rubor intelectual produce, si cabe, el tratamiento dado al problema de los nombramientos de la mujer para los cargos discrecionales, pues sin justificación alguna se crea un estado de cosas en el que la situación de equiparación de méritos entre los participantes, que es presupuesto de la aplicación de la norma, se rechaza. Eliminado el presupuesto de hecho de la previsión legal de un modo tan expeditivo como injustificado, se elimina la aplicación de la norma, haciendo desaparecer el obstáculo legal que exigía el nombramiento en favor de la mujer.

No quiero dejar sin responder a uno de los argumentos que de manera reiterada se expresó en el Pleno por quienes sostienen la sentencia mayoritaria. Este procedimiento de elección no es un concurso. Es evidente que así es, pero el hecho de que la decisión haya de adoptarse de modo distinto a como lo sería si fuese un concurso, no permite vulnerar los criterios de primacía que las leyes establecen en la valoración de méritos, ni consiente hacer prevalecer criterios no mencionados en la ley, por encima, y más allá, de los que ésta contiene.

C) Conclusión:

La decisión adoptada es especialmente dolorosa, pues el mismo día de la deliberación se publicaba un informe del Consejo de Europa en el que expresamente se afirmaba que los nombramientos judiciales españoles no reúnen los requisitos de objetividad mínimos exigibles. La sentencia de la que disiento no es el camino para rectificar esta crítica.

Recientemente se viene observando un incremento de los estudios sobre las enseñanzas que la Historia del Imperio Romano aporta a la actualidad.

Son continuas las decisiones y reacciones de los poderes públicos a las resoluciones jurisdiccionales que producen desconcierto en la opinión pública, las vertidas respecto a la decisión del T.C. en materia de regularización tributaria y la resolución objeto de este litigio son ejemplos, entre tantos otros, que pudieran mencionarse. Ello hace absolutamente imprescindible preguntarse con Cicerón, pues los mecanismos legales habilitados para rectificar ese estado de cosas han fracasado, ‘*Quousque tandem abutere... patientia nostra?*’ (‘¿Hasta cuándo van a abusar... de nuestra paciencia?’) (Voto particular) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: Lagunas sobre la ejecución de una demolición asegurando las posiciones de buena fe.*

ATS (Sala 3ª), de 20 de julio de 2017, rec. nº 1749/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8152963&links=%221749%2F2017%22&optimize=20170928&publicinterface=true>

“En cumplimiento de esta norma, declaramos que la cuestión planteada que presenta un interés casacional para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que hace referencia el artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio y requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de inexecución de sentencia con intervención de las partes implicadas, en el que habrá de determinarse la existencia de terceros de buena fe y su identidad, y durante cuya sustanciación no podría llevarse a efecto la demolición acordada por el Juez o Tribunal.” (F.D. 2º)

“(…) identifiqué como norma infringida el artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, argumentando, en síntesis, que el precepto exige la prestación de garantías en relación con las indemnizaciones debidas, pero no de una cuantía fijada alzadamente como establece el auto. Asimismo, argumenta que el auto no establece ningún trámite para fijar quienes son los terceros de buena fe. Sostiene, en definitiva, esta parte que la correcta

interpretación de este precepto impone, como condición previa a la demolición, la prestación de garantías para responder de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, entendiendo por indemnizaciones debidas aquellas que ya deben estar fijadas, en el sentido de ser líquidas, determinadas y exigibles.” (F.D. 3º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: Regulación de publicidad en las páginas web.*

STS (Sala 3ª), de 27 de julio de 2017, rec. nº 618/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8114014&links=%22618%2F2015%22&optimize=20170804&publicinterface=true>

“Finalmente, la Sentencia recurrida tampoco vulnera el principio de unidad de mercado, que en forma alguna se ve afectado por la concreta regulación de la publicidad en páginas *web* por parte de los sujetos que puedan desarrollar tal actividad de juego en la Comunidad Autónoma valenciana. La regulación carece de efectos fuera del ámbito territorial de la Comunidad citada, por mucho que tal publicidad pueda leerse desde cualquier parte del mundo. En definitiva, la Sala de instancia tenía razón al descartar las argumentaciones formuladas en la demanda.” (F.D.3º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: Problemas de índole jurisprudencial suscitados en torno a las farmacias.*

STS (Sala 3ª), de 3 de octubre de 2017, rec. nº 2490/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8165334&links=%222490%2F2016%22&optimize=20171013&publicinterface=true>

“Pues bien, venimos declarando, de modo profuso, por todas, Sentencias de 29 de junio de 2012 (recurso de casación no 1568/2009) y de 4 de diciembre de 2015 (recurso de casación no 4014 / 2013), que la referencia a una sentencia anterior, que se incorpora al contenido de la sentencia impugnada, no comporta el quebrantamiento de forma denunciado, pues nuestra jurisprudencia viene admitiendo esa motivación por remisión. Así es, la cita y transcripción de una sentencia precedente de la propia Sala de instancia o de otro Tribunal, como única fundamentación no acarrea, por sí misma, la infracción de normas reguladoras de la sentencia que se denuncia, es decir, el déficit de la congruencia o de motivación de la sentencia. Serán otras cuestiones conexas las que determinen la vulneración de dicha exigencia. Nos referimos a los supuestos en que la transcripción realizada no venga al caso, sea insuficiente, no resulte relevante para resolver la cuestión, o, en fin, resulte inadecuada o limitada para resolver, de forma completa, lo planteado en el recurso contencioso administrativo.

Tampoco se aprecian las lesiones normativas denunciadas, como se aduce en el *motivo segundo*, pues la sentencia puede desestimar la excepción de cosa juzgada para denegar la inadmisión del recurso, y puede, sin embargo, tomar en consideración, como no puede ser de otro modo en aras de salvaguardar la coherencia de sus propios pronunciamientos, los razonamientos de la sentencia anterior que se encuentran íntimamente relacionados con el recurso que enjuicia. Siempre naturalmente que el alegato esgrimido, a pesar de tratarse de un recurso ordinario y otro de protección de derechos fundamentales, sea sustancialmente igual, y no añada, como es el caso, matices relevantes sobre la vulneración de los derechos fundamentales.” (F.D. 5º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: La tendencia del Tribunal Supremo hacia la transparencia.*

STS (Sala 3º), de 16 de octubre de 2017, rec. nº 75/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8169030&links=%2275%2F2017%22&optimize=20171018&publicinterface=true>

“La Corporación RTVE adujo que la petición de información concernida estaba incurso en la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 18.1.c) de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, por tratarse de una información que requería una acción previa de reelaboración; y alegó también que la información solicitada no podía ser proporcionada por aplicación del artículo 14.1.h/ de la misma Ley, que limita el acceso a la información cuando el acceso a la misma suponga un perjuicio para los intereses económicos y comerciales.

La Comisión de Transparencia y Buen Gobierno dictó resolución con fecha 24 de septiembre de 2015 estimando la reclamación de D. Pedro Jesús. Esta resolución señala, en cuanto al artículo 18.1.c) de la Ley 19/2013, que la Corporación RTVE no adoptó acuerdo de inadmisión alguno respecto de la solicitud de información, pues simplemente dejó transcurrir el plazo para resolver, entendiéndose la solicitud desestimada por silencio, por lo que no cabría entender infringida el artículo 18.1.c/ de la Ley 19/2013 que regula la causa de inadmisión que se invoca; y, en todo caso, no concurría la causa de inadmisión pues la información solicitada se encontraba en poder de RTVE, sin que ésta tuviera que acudir a entidades u órganos externos para su configuración, al tratarse de un dato de ejecución presupuestaria y liquidación de gastos.” (F.D. 2º)

“Pues bien, una vez más compartimos el parecer del Juzgado Central no 6 cuando señala en su sentencia (F.J. 3o) que la Corporación RTVE ‘...no ha justificado que el suministro de la información solicitada exija una labor previa de reelaboración, pues aparte de sus alegaciones ninguna otra prueba se allega que soporte su posición’. Y añade el Juzgado Central que ‘...La información que se solicita ha de encontrarse en los documentos contables y presupuestarios de la entidad, y no se

aprecia que para su suministro exija de una labor previa de reelaboración específica o someter a un tratamiento previo de la información con que se cuenta para obtener algo diferente de lo que se tiene, más allá de constatar las distintas partidas en que se contengan los datos de los gastos efectuados para participar en el festival de Eurovisión 2015, y en su caso la mera adición de las mismas. Dicho de otro modo; nada indica que el tipo de información que se solicitaba requiriese algún tipo reelaboración salvo, en su caso, la mera suma de las diversas partidas de gastos; y, en todo caso, la parte recurrente no ha aportado prueba o justificación alguna de que resultase necesario ese tratamiento previo o reelaboración de la información.” (F.D.4º)

“No se cuestiona aquí que la Corporación RTVE sea un operador que concurre en un mercado competitivo como es el audiovisual; pero, aceptando ese dato, no ha quedado justificado que facilitar información sobre los gastos efectuados para participar en el festival de Eurovisión 2015 pueda acarrear un perjuicio para los intereses económicos y comerciales, teniendo en cuenta que no se pide información sensible sobre el funcionamiento interno de la Corporación, ni sobre su sistema de producción de programas o estructura de costes; y la solicitud ni siquiera se refiere a un programa de producción propia. En definitiva, no se alcanza a comprender, ni se ha intentado justificar por la recurrente, en qué forma la facilitación de esa información puede perjudicar los intereses comerciales de RTVE o favorecer a sus competidores en el mercado audiovisual. Siendo eso así, no cabe aceptar una limitación que supondría un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información.” (F.D.5º)

“La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información.

Por ello, la causa de inadmisión de las solicitudes de información que se contempla en el artículo 18.1.c/ de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, no opera cuando quien invoca tal causa de inadmisión no justifique de manera clara y suficiente que resulte necesario ese tratamiento previo o reelaboración de la información.

Asimismo, la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración o entidad a la que se solicita información, pues aquél es un derecho reconocido de forma amplia y que sólo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley; de manera que limitación prevista en el artículo 14.1.h/ de la Ley 19/2013 no opera cuando quien la invoca no justifica que facilitar la información solicitada puede suponer perjuicio para los intereses económicos y comerciales.” (F.D. 6º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: Una aspirante a juez, tras superar las pruebas de acceso se ve excluida al no presentar cancelación de antecedentes penales.*

STS (Sala 3ª), de 24 de octubre de 2017, rec. nº 4334/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8197126&links=%224334%2F2016%22&optimize=20171106&publicinterface=true>

“(…) la Sra. Elvira presentó dos certificados de antecedentes penales. Uno, negativo, de 29 de enero de 2015 y otro expedido el 30 de noviembre de 2015 en el que constaba que fue condenada por sentencia de 3 de julio de 2012, dictada de conformidad y firme ese mismo día, a cuatro meses de multa a razón de 6€/día, que cumplió el 26 de julio siguiente, y a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante 16 meses, que cumplió el 29 de octubre de 2013, correspondiendo, según el artículo 136.1 c) del Código Penal, la cancelación de sus antecedentes penales el 30 de octubre de 2016. La condena se debió a que la Sra. Elvira fue considerada culpable del delito contra la seguridad del tráfico previsto en el artículo 379.2 del Código Penal.” (F.D. 1º)

“ni el expediente ni las actuaciones ofrecen elementos para concluir que la recurrente obrara con mala fe o incurriera en falsedad” (F.D. 8º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la posible extensión y los límites existentes a la discrecionalidad administrativa cuando se trata de adjudicar una Jefatura de Servicio por libre designación.*

STS (Sala 3ª), de 2 de noviembre de 2017, rec. nº 2708/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8203905&links=%222708%2F2015%22&optimize=20171110&publicinterface=true>

“Queda por analizar, como se pretende por las partes demandadas en apoyo de la actuación administrativa y de la decisión de segundo grado administrativo, si ese vicio del acto inicial puede ser subsanado en vía de recurso administrativo y en la forma en que se hizo, que lo fue mediante la solicitud de un informe ampliatorio del mérito de adecuación respecto de la Sra. María Virtudes -documento 15 de la Parte II del expediente, página 229- y que fue emitido por el Director de Documentación, Biblioteca y Archivo del Congreso el día 16 de noviembre de 2015 - documento 15 de la Parte II del expediente, página 242 y 243-. Debemos dejar constancia de que igual proceder se realizó respecto de los demás participantes en el concurso.

Y tal proceder no es admisible pues el hecho de que en vía de recurso la administración decidiera recabar informes ampliatorios sobre las razones que fundamenten la calificación de la valoración otorgada a los participantes sobre su

adecuación al puesto -página 229 de la Parte II del expediente- representa, simple y llanamente, un intento de salir al paso de la alegación de falta de motivación realizada en su recurso y que realmente concurría, en definitiva, de subsanar un evidente vicio del acto administrativo impugnado y en forma claramente extemporánea e improcedente. Con ello estamos afirmando que cuando en el acuerdo adoptado para solicitar la ampliación del informe se hacía invocación del artículo 82 de la Ley 30/1992 lo que hacía era realmente alterar la función y finalidad revisora del recurso, trámite en el que la administración no puede introducir nuevos elementos que alteren las bases de su inicial decisión, máxime cuando ha podido y debido incorporarlos durante la tramitación del expediente. Esta y no otra es la razón de ser del límite que contempla el párrafo segundo del artículo 112.1 de la Ley 30/1992, relativo a que "no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho" y que, aunque previsto para los recurrentes, debe servir como criterio válido para alcanzar la conclusión anunciada de imposibilidad de alterar los hechos a valorar. La administración podrá obtener informes jurídicos que sirvan de apoyo a su decisión -los contempla el artículo 112.3 de la norma citada - pero no alterar los hechos -méritos que se valoraron y documentos que los justificaban-. En suma, lo que la administración tuvo que hacer fue explicar el camino seguido para la asignación de la calificación concedida y no introducir nuevos elementos que le permitiesen justificar esa calificación, alterando de esta manera las bases de la convocatoria con indefensión de la parte hoy recurrente.

Llegados a este punto, resulta evidente que no podremos ya analizar si la puntuación de la recurrente estaría o no revestida de los vicios de arbitrariedad y falta de proporcionalidad que se denuncian pues nos faltarían los datos esenciales para ello. En definitiva, el órgano encargado de resolver el concurso ha aplicado incorrectamente las bases de la convocatoria, en particular la relativa a la valoración del mérito de adecuación al puesto, y no ha motivado su actuación, causando indefensión a la Sra. Tatiana. Ha infringido, pues, el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 y la jurisprudencia que lo ha interpretado y recogen las sentencias antes citadas, de manera que procede estimar el recurso contencioso-administrativo y anular la actuación contra la que se ha dirigido. (...) Esta y no otra es la razón de ser del límite que contempla el párrafo segundo del artículo 112.1 de la Ley 30/1992, relativo a que "no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho" y que, aunque previsto para los recurrentes, debe servir como criterio válido para alcanzar la conclusión anunciada de imposibilidad de alterar los hechos a valorar. La administración podrá obtener informes jurídicos que sirvan de apoyo a su decisión -los contempla el artículo 112.3 de la norma citada - pero no alterar los hechos -méritos que se valoraron y documentos que los justificaban-. En suma, lo que la administración tuvo que hacer fue explicar el camino seguido para la asignación de la calificación concedida y no introducir nuevos elementos que le permitiesen justificar esa calificación, alterando de esta manera las bases de la convocatoria con indefensión de la parte hoy recurrente." (F.D. 4º). [B.A.S.]

## VI. DERECHO TRIBUTARIO

*Jurisprudencia: Procedimiento de inspección: plazo máximo de duración. Falta de señalamiento de plazo en el requerimiento de aportación. Prescripción.*

STS (Sala 3ª) de 19 de julio de 2017, rec. nº 2650/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7990798&links=impuestos%20Y%20Liquidaci%C3%B3n&optimize=20170418&publicinterface=true>

“El art. 97.1 de la LJCA al hablar del escrito de interposición de este recurso de casación para unificación de doctrina, dice: ‘...mediante escrito razonado que deberá contener relación precisa y circunstancia de las identidades determinantes de la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida.’

A la vista de lo ya dicho en este recurso es evidente que la infracción legal que aquí se imputa es, en primer lugar, al art. 104.a) del actual Reglamento de Gestión e Inspección (RD. 1065/2007) que exige como requisito ineludible para imputar al contribuyente una determinada dilación por no atender los requerimientos de información, que tal requerimiento establezca un plazo concreto para su cumplimiento.

Plazo concreto que en la diligencia de 2 de diciembre de 2010, con la que se inicia la sedicente dilación, no se dio, limitándose el Actuario a señalar ‘se aplaza La actuación inspectora hasta nueva comunicación.’

Y requisito ineludible según, también, jurisprudencia consolidada y muestra de la cual son las sentencias de contraste ya reseñadas en este recurso.

En segundo lugar, no siendo ya la dilación imputable al contribuyente, las actuaciones inspectoras han superado el plazo normal de los doce meses que señala el art. 150.1 de la LGT en su redacción originaria. Por lo que procede aplicar los efectos previstos en el apartado 2º: Privar de efectos interruptivos a todas las actuaciones efectuadas y hasta la reanudación que en este caso tuvo lugar con la notificación del acuerdo de liquidación, el 13 de julio de 2011, tomando en este punto la fecha que sostiene la sentencia.

Y a dicha fecha, 13 de julio de 2011, ya habían transcurridos el plazo cuatrienal de prescripción que establecen tanto el art. 66.a) de la LGT, para la acción para comprobar como el art. 189.2 del mismo texto, para la acción de sancionar.

Periodo cuatrienal y prescripción que habría comenzado a correr el 20 de abril de 2007, para ambas acciones, y por tratarse de la autoliquidación por IV A

correspondiente al 1º trimestre del 2007, fecha final de declaración el 20 de abril del 2007, por 10 que habría concluido el mismo día del año 2011.

Sobre la otra justificación solicitada, en este caso en relación a un determinado asiento contable, la misma nunca más fue requerida en todo el procedimiento inspector, clara señal de su intrascendencia en orden a apreciar el elemento teleológico al que antes nos hemos referido y como también ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, de la que tomamos la sentencia de 12 de febrero de 2015 (Rec. casación nº 2452/2013): «Es de añadir que nos resulta ciertamente difícil de creer que se aprecie sin más la existencia de una dilación en la incidencia reseñada con la letra e) en el listado de estas, con una duración de 378 días -nada menos que un periodo superior al año- apreciada en la diligencia de 31 de octubre de 2006, por ‘informaciones contables que a la fecha de extensión de las actas todavía no han sido aportadas’ , pues tal proceder revela, o bien que esa información era superflua e innecesaria para proponer la deuda tributaria en el acta - que se levantó sin esperar a su llegada y prescindiendo de su contenido informativo-, lo que difícilmente puede determinar una dilación relevante en el cómputo del plazo legal’. (FJ.4º)».

En consecuencia ha lugar al recurso para la unificación de la doctrina contra la sentencia correspondiente al recurso 258/2014, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; que se casa y anula en relación con la liquidación y sanción referente al primer trimestre del ejercicio 2007, y en su lugar se dicta otra en la que se estima la doctrina mantenida en las sentencias de contraste que se cita.” (F.D. 5º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: Procedimiento de apremio. Suspensión: anulación de la providencia de apremio dictada con anterioridad al pronunciamiento sobre la suspensión interesada.*

STS (Sala 3ª) de 19 de julio de 2017, rec. nº 2731/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8126626&links=impuesto%20Y%20SOCIEDADES&optimize=20170829&publicinterface=true>

“Es evidente que se dan entre la sentencia de contraste y la recurrida las identidades exigidas por el artículo 96 de la ley jurisdiccional , los hechos son prácticamente los mismos en un caso y otro, como sostiene la recurrente de lo que se trata es de la lesión que una providencia de apremio dictada con anterioridad al pronunciamiento sobre la procedencia a no de la suspensión interesada, causa a los constitucionales derechos a la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva, y a la prohibición de indefensión, así como al sometimiento de la actividad administrativa al control de legalidad. Las pretensiones son las mismas, pues tanto en el enjuiciado el pleito que dio lugar a la Sentencia de contraste, como en el resuelto por la Sentencia ahora impugnada; los contribuyentes solicitaban lo mismo, esto es, la anulación, por prematuras, de las

correspondientes providencias de apremio dictadas mientras se hallaban pendientes de resolución las peticiones de suspensión de ejecución de unas liquidaciones tributarias recurridas, con solicitud de retorno al periodo voluntario de ingreso para poder efectuar el pago sin soportar los recargos del periodo ejecutivo.

La recurrente cita igualmente otras sentencias de contraste como la de este Tribunal de 29 de octubre de 2008, o la de esta Sala de lo Contencioso Administrativo de 22/07/2010 (Rec. 6348/2005), o la de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2014, que siguen la tesis antes apuntada. En consecuencia ha lugar al recurso para la unificación de la doctrina interpuesto contra recurso de casación para la unificación de doctrina contra la Sentencia de fecha 03/05/2016 dictada en el P.O. 52/2015 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, de la Audiencia Nacional, por lo que procede declarar como doctrina correcta la sentada por las Sentencias de contraste en el sentido de que, hallándose pendiente de contestación o, en su caso, notificación de la contestación, una solicitud de suspensión de ejecución interesada con ocasión de la interposición de un recurso o reclamación, resolución planteada contra la Liquidación de cuya ejecución se trata, no precede emitir la providencia de apremio sobre la deuda derivada de dicha liquidación. Y en consecuencia y congruencia con esa doctrina, acordamos la estimación del recurso contencioso administrativo y la anulación de la providencia de apremio.” (F.D. 2º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: Impuesto sobre el Valor Añadido. Deducción de cuotas de IVA soportado por la realización de actos preparatorios de la actividad empresarial. Interpretación del art. 111 LIVA.*

STS (Sala 3ª) de 19 de julio de 2017, rec. nº 3017/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8113252&links=impuesto%20Y%20SOCIEDADES&optimize=20170803&publicinterface=true>

“Del pronunciamiento del TJUE de 21 de marzo de 2000 en el asunto Gabalfrisa se derivan dos conclusiones relevantes para la resolución del presente recurso. De un lado, los sujetos pasivos tienen derecho a la deducción inmediata de las cuotas soportadas por razón de los actos preparatorios de su actividad, sin necesidad de aguardar a que ésta comience de manera efectiva. De otro lado, tal derecho puede condicionarse a que la intención de comenzar efectivamente una actividad empresarial sujeta al impuesto venga confirmada por elementos objetivos.

La jurisprudencia comunitaria ha señalado expresamente, en concreto en la STJUE de 11 de julio de 1991 (Asunto C- 97/90) Lennartz), algunos de los elementos objetivos relevantes o circunstancias que es posible tener en cuenta para analizar la intención del sujeto pasivo. Son las siguientes:

- La naturaleza de los bienes o servicios adquiridos.

- El período transcurrido entre la adquisición de los mismos y su utilización en dichas actividades.
- El cumplimiento de los requisitos administrativos y contables exigidos a los empresarios y profesionales por la normativa reguladora del Impuesto.

En cuanto al elemento temporal, debe tenerse en cuenta que se trata de una actividad de promoción inmobiliaria, cuyo periodo de maduración es inevitablemente largo, tanto por razones jurídicas como por la propia realidad de las cosas.

La doctrina expuesta nos impide- como en el caso resuelto por la sentencia de 7 de marzo de 2014 - considerar que el lapso temporal transcurrido entre el inicio de las actividades preparatorias y el comienzo efectivo de la actividad empresarial, a efectos de no permitir la deducción, lo que nos lleva a la necesidad de estimar el recurso de casación, ya que la sentencia impugnada no se atiene a los parámetros establecidos por la jurisprudencia comunitaria, en cuanto la falta o carencia de la intención inicial de afectación empresarial no pudo ser negada por la sentencia recurrida al darse los elementos objetivos que acreditan tal intención, como son que la entidad recurrente se constituyó como sociedad el 5 de marzo de 2010 y su objeto social era la de destinarla a la promoción inmobiliaria y que por lo tanto, se iba a realizar una actividad empresarial que haría posible la deducción de las cuotas de IVA soportadas en la adquisición de terrenos, adquirió una parcela en la Fuente (Castropol) en escritura otorgada el 29 de marzo de 2010( el precio de la compraventa fue de 300000 euros y se repercutió un IVA DE 48.455, 45 €); el 8 de marzo de 2010 presentó el modelo 036 solicitando número de identificación fiscal y el 8 de abril de 2010 encargó a una arquitecta un estudio acerca del aprovechamiento urbanístico de los terrenos de la finca adquirida; el 16 de abril de 2010 presentó modelo 036 solicitando el alta en el censo de empresarios profesionales y retenedores; durante el ejercicio 2010 cumplió con sus obligaciones fiscales presentando regularmente las correspondientes auto-liquidaciones trimestrales y en el cuarto trimestre del ejercicio 2010 solicitó la devolución de los 48.455,45 euros correspondientes al IVA soportado en la adquisición de la finca de referencia; con posterioridad aportó el proyecto básico de ejecución para la organización de la parcela y posteriormente, en escrito de 22 de mayo de 2015, aportó el proyecto visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias en mayo de 2015.

Aunque la sentencia recurrida diga que el tiempo no es factor determinante pero sí un elemento a tener en cuenta, lo cierto es que la sentencia formula como primer reparo a la solicitud de deducción de la actora el tiempo transcurrido hasta el inicio de la actividad empresarial, lo que era insuficiente, ya que ni el art. 111. uno de la Ley del IVA tras la redacción de la ley 14/2000, ni el art. 27 del Reglamento del IVA , según la redacción dada por el Real Decreto 1083/2001, señalan un plazo preclusivo para el comienzo de la actividad, siendo el criterio preferente a la hora de proceder a la deducción del IVA soportado antes del efectivo inicio de las operaciones gravadas la intención de destinar los bienes o servicios adquiridos o recibidos a una determinada actividad empresarial, por lo

que nacido el derecho sigue existiendo aunque la actividad económica considerada no diera lugar a operaciones sujetas a gravamen o aunque el sujeto pasivo no hubiera podido utilizar los bienes en operaciones sujetas al impuesto a causa de circunstancias ajenas a su voluntad” (F.D. 6º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: Plazos para interponer el recurso: recurso de casación para unificación de doctrina. No cabe apreciar extemporaneidad en la interposición al haber sido indicado erróneamente la procedencia del recurso de casación ordinario, luego inadmitido.*

STS (Sala 3ª) de 25 de septiembre de 2017, rec. nº 1947/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&data&asematch=TS&reference=8153691&links=impuesto%20Y%20SOCIEDADES&optimize=20170929&publicinterface=true>

“En el presente caso, la sentencia recurrida se notificó a la representación procesal de la recurrente el día 31 de enero de 2014, y el recurso de casación para la unificación de doctrina no se interpuso hasta el día 24 de marzo de 2015, esto es, una vez transcurrido el plazo de treinta días establecido legalmente.

Ahora bien, lo cierto es que la Sala de instancia, al notificar la sentencia, hizo saber a las partes que contra la misma cabía interponer recurso de casación, y la parte aquí recurrente preparó recurso de casación ordinario contra la misma, el cual fue denegado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo por Auto de 8 de enero de 2015, notificado el día 9 de febrero de 2015, en el que se declara la inadmisión del recurso de casación 658/2014 por razón de cuantía.

La indicación de recursos, aunque preceptiva con arreglo al artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es una información a las partes respecto de los medios de impugnación que pueden utilizarse contra una resolución judicial, información que aquéllas no están obligadas a seguir y que no las exime de la carga de interponer el recurso procedente cuando se encuentren asistidas de Letrado (sentencias de 25 de marzo y 29 de septiembre de 1994 y de 12 de mayo de 1995). Ahora bien, no deben ser equiparados los supuestos de falta de indicación de los recursos procedentes, con la indicación de un recurso improcedente, que es lo que se ha producido en el presente supuesto. En esta situación, como hemos dicho en la sentencia de 8 de febrero de 2016 (rec. cas. núm. 2618/2015) resultaría desproporcionado y lesivo para el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) rechazar por extemporáneo el recurso de casación para unificación de doctrina que ha sido interpuesto dentro del plazo de treinta días que establece el art. 97.1 de la LJCA, a contar desde la notificación del auto por el que se inadmitió el improcedente recurso de casación ordinario.” (F.D. 3º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: Impuesto de sucesiones. Normativa estatal contraria al derecho europeo. Responsabilidad patrimonial.*

STS (Sala 3ª) de 17 de octubre de 2017, rec. nº 2/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8184980&links=liquidacion%20tributaria%20Y%20impuesto&optimize=20171027&publicinterface=true>

“Respecto a la inexistencia de relación de causalidad, razón expresada en el fundamento jurídico quinto de la resolución recurrida, con fundamento en que la sentencia de 3 de septiembre de 2014 no ha declarado la incompatibilidad de la norma española con el derecho europeo y en que en ningún momento la sentencia invalida la norma nacional, en cuanto el incumplimiento que declara deriva de la existencia de una diferencia de trato y no de la mera existencia del impuesto, así como en la falta de acreditación por los reclamantes de que la diferencia de trato se ha producido y que ello es consecuencia del simple hecho de no ser residente en España, carece de consistencia y debe rechazarse. En gran medida ese rechazo se justifica con lo dicho en el precedente.

Declarándose en la sentencia de 3 de septiembre de 2014 que ‘[...] el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 63 TFUE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992, al permitir que se establezcan diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste’ y ello con fundamento esencial (fundamento jurídico 63) en ‘[...] el criterio de conexión previsto por la legislación española, que permite la aplicación de reducciones fiscales en los supuestos en los que los sujetos pasivos residen en el territorio de esas Comunidades o cuando el bien inmueble está situado en el territorio de éstas’ así como que con tal previsión se produce la infracción del principio de libre circulación de capitales, las razones expresadas en la resolución recurrida para cuestionar la concurrencia del requisito del nexo causal cae por su base.

Aun siendo cierto que en la sentencia no se declara expresamente la incompatibilidad de la norma española con el derecho europeo, ni invalida de forma explícita la norma nacional, la expresa declaración de que sí incumple las obligaciones impuestas por el derecho europeo encierra la declaración de incompatibilidad y de invalidez que la resolución recurrida echa en falta.

La relación de causalidad es directa en cuanto el daño de carácter económico que la recurrente invoca deriva de la aplicación de una norma legal contraria al derecho de la Unión Europea.

Es la diferencia de trato que supone la aplicación de los criterios de conexión establecido por la norma estatal, proscriba por el derecho europeo, la causante directa del daño cuya indemnización reclama la recurrente.

Respecto a la falta de acreditación de la real causación de una diferencia de trato y de que su causación es consecuencia de no ser residente en España, podrá ser una razón aceptable para alguno de las reclamaciones que la resolución recurrida resuelve conjuntamente, pero no frente a la recurrente, quien con rigurosidad acredita la diferencia de trato y su origen: no ser residente.” (F.D. 5º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: Procedimientos tributarios.- Gestión: Comprobación de valores. Anulación por el TEAR de la liquidación por falta de motivación de la valoración. Retroacción de actuaciones: las nuevas actuaciones y la resolución que se dicte no son actos de ejecución en el sentido del artículo 66 RGRVA. Plazo para tramitar el nuevo procedimiento. El artículo 150.7 LGT (antes, artículo 150.5) no se aplica a los procedimientos de gestión. Aplicación e interpretación del artículo 104 LGT. Efectos del incumplimiento del plazo: caducidad del procedimiento.*

STS (Sala 3ª) de 31 de octubre de 2017, rec. nº 572/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8224278&links=liquidacion%20tributaria%20Y%20impuesto&optimize=20171201&publicinterface=true>

“CUARTO.-Criterios interpretativos sobre los artículos 104.1 de la Ley General Tributaria y 66.4 de su Reglamento general de desarrollo en materia de revisión en vía administrativa.

Conforme a lo hasta aquí expuesto, y según ordena el artículo 93.1 LJCA, procede fijar la siguiente interpretación de los preceptos legales y reglamentarios concernidos en este litigio:

1º) El artículo 66.4 RGRVA, en relación con los apartados 2, 3 y 5 del mismo precepto, debe interpretarse en el sentido de que, anulada en la vía económico-administrativa una comprobación de valores por falta de motivación y, por ende, la liquidación derivada de la misma, ordenando retrotraer las actuaciones para que se practique nueva comprobación y se apruebe otra liquidación, las nuevas actuaciones realizadas en el procedimiento retrotraído y la resolución que se dicte no quedan sometidas a la disciplina del artículo 66 RGRVA, en particular al plazo de un mes previsto en su apartado 2.

2º) Tratándose de procedimientos tributarios de gestión, el tiempo en el que debe ser dictada la nueva resolución, después de retrotraídas las actuaciones, se rige por el artículo 104.1 LGT y no por el artículo 150.5 LGT (actual artículo 150.7).

3º) El artículo 104 LGT debe ser interpretado en el sentido de que, en una situación como la del presente litigio, la Administración tributaria debe tramitar el procedimiento retrotraído y notificar una resolución al interesado en el plazo que

reste desde que se realizó la actuación procedimental causante de la indefensión del interesado, que determinó la anulación del acto administrativo que puso fin al procedimiento (en un caso como el litigioso el tiempo gastado desde la valoración inmotivada). Dicho plazo empieza a contarse desde el día siguiente a aquel en que se comunica la resolución anulatoria con retroacción de actuaciones al órgano competente para llevarla a puro y debido efecto.

QUINTO.- Resolución de las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso

1. A la luz de los anteriores criterios interpretativos, no procede acoger las pretensiones articuladas por la Comunidad de Madrid en este recurso de casación (vid. el antecedente de hecho tercero, punto 4), que se oponen a los mismos.

2. Se ha de confirmar la sentencia de instancia porque, en esencia, se ajusta a tales criterios, al señalar que la tramitación del procedimiento una vez retrotraídas las actuaciones no queda sometida al artículo 66 RGRVA sino a los términos temporales del artículo 104 LGT.

3. Aplicando tales criterios (con el matiz temporal introducido en esta sentencia), se ha de concluir que la Administración notificó la nueva liquidación más allá del plazo del que disponía para ello, por lo que, de conformidad con el apartado 4.b) del artículo 104 LGT el procedimiento caducó. Esta solución es la alcanzada en la sentencia recurrida que, por lo tanto, debe ser confirmada.

4. En efecto, el procedimiento de gestión tributaria originario se inició el 30 de abril de 2010, el dictamen con la valoración inmotivada fue rendido el 1 de junio de 2010 y la liquidación provisional resultante de la misma se notificó el 24 de noviembre de 2010. La Administración contaba con el tiempo que restaba desde que se emitió el dictamen no motivado (1 de junio de 2010), esto es cinco meses menos un día. Como la resolución anulatoria tuvo entrada en la Administración de la Comunidad de Madrid el 11 de junio de 2012 y la notificación de la liquidación se practicó el 22 de noviembre siguiente (esto es, cinco meses después), la Administración excedió el plazo de que disponía para resolver.” (F.D. 4º y 5º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: Procedimiento de inspección. No hay incongruencia ultra petita porque la sentencia, tras anular las liquidaciones por prescripción extintiva, extiende la nulidad a las sanciones impuestas por razón de aquéllas, pese a que sobre las sanciones, cuya nulidad se pretende, no se razonara específicamente en la demanda.*

STS (Sala 3ª) de 31 de octubre de 2017, rec. nº 1885/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8211459&links=liquidacion%20tributaria%20Y%20impuesto&optimize=20171120&publicinterface=true>

“Consideramos que nada se acuerda en la sentencia que no haya sido pedido por el recurrente en la instancia. Aunque el suplico de la demanda no es un modelo de claridad, sí atina en cuanto postula la nulidad de la resolución impugnada, fórmula un tanto imprecisa pero que debe entenderse comprensiva de la resolución del TEAC y de los actos precedentes y, por tanto, de las liquidaciones y sanciones.

No hay, pues, una concesión en el fallo de la sentencia de algo más de lo que la parte pidió, aunque sí consta -pero no con las consecuencias que el Abogado del Estado preconiza- una falta de satisfacción de la carga alegatoria que incumbe al recurrente, cuya consecuencia sería, en efecto, la pérdida material del derecho promovido en el litigio, si no fuera porque, en una comprensión natural y coherente del Derecho, la nulidad de una liquidación tributaria -aquí por prescripción extintiva- lleva consigo aparejada, indisolublemente, la de la sanción impuesta por razón del incumplimiento de un deber de declaración e ingreso declarado improcedente de forma sobrevenida.

Es de admitir que el incumplimiento de la carga alegatoria por parte del interesado le aboca al riesgo de que, en la eventualidad de que la pretensión de nulidad de la liquidación fuera judicialmente desatendida, también lo sería por fuerza la no argumentada pretensión afectante a la sanción, sobre la que no se ha aducido aquí, es cierto, que concurren vicios propios e inherentes a ella determinantes de la nulidad.

Pero tal hipótesis, si bien de signo inverso, sucedería también en el seno de la vía económico-administrativa. No es concebible que, en la hipótesis de que el TEAC hubiera invalidado la liquidación tributaria -por la alegada prescripción o por cualquier otro motivo de nulidad concurrente-, mantuviera intacta la sanción bajo el argumento de que, aun impugnada, no se hubieran formulado alegaciones concretamente dirigidas a obtener su nulidad. Exponente claro de ello es que el TEAR de Cataluña apreció de oficio un motivo que afectaba en parte a las sanciones, como era la incompatibilidad entre las agravantes de ocultación y de utilización de medios fraudulentos, pese al silencio de la reclamante.

Tal situación conduciría al absurdo, que debemos rechazar, de mantener viva una sanción -que es un castigo emanado del ius puniendi del Estado-, pese a haberse declarado la inexistencia de la obligación cuyo incumplimiento la habría provocado.

Por lo demás, no ha procedido el tribunal de instancia de oficio, como sugiera el escrito de casación, sino atendiendo a una pretensión oportunamente ejercitada, aun cuando lo haya sido de modo vicario o subordinado a otra principal sí atendida. En tal sentido, no podemos compartir las afirmaciones de que ‘...la sentencia, al declarar la prescripción de las sanciones habría concedido a la parte más de lo pedido, sin que pueda apreciarse de oficio por el tribunal de instancia, ante el silencio del obligado tributario en vía administrativa’, ya que en tales palabras se viene a asociar la censurada concesión de oficio de la nulidad de las sanciones con el silencio del sancionado en la vía administrativa previa. En suma, se reivindica con ello una concepción arcaica del carácter revisor de esta

jurisdicción, ya afortunadamente superada, conforme a la cual el proceso judicial debe limitarse a una especie de recurso de alzada reducido al examen mimético de lo alegado y probado ante la Administración.” (F.D. 4º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: Procedimientos tributarios. Vía económico-administrativa: facultades del órgano de revisión. Resolución con fundamento en un motivo distinto de los presentes en el debate en la vía económico-administrativa, sin oír previamente a las partes; anulabilidad.*

STS (Sala 3ª) de 15 de noviembre de 2017, rec. nº 3040/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8224272&links=liquidacion%20tributaria%20Y%20impuesto&optimize=20171201&publicinterface=true>

“Ciertamente, los órganos económico-administrativos tienen amplias facultades de revisión. Están obligados a resolver todos los aspectos de hecho y de derecho que ofrezca el expediente, hayan sido o no planteados en el debate (artículos 237.1 y 239.2 LGT). Ahora bien, cuando el órgano competente estime pertinente examinar y resolver cuestiones no suscitadas por los interesados, antes de decidir, debe exponérselas para que puedan formular alegaciones (artículo 237.2 LJCA). En la sentencia de 7 de abril de 2011 (casación 872/2006), ya citada e invocada por la compañía recurrente, precisamos que esas amplias JURISPRUDENCIA 5 facultades deben ir acompañadas de las garantías necesarias para preservar la seguridad jurídica subjetiva y la plena defensa de los interesados (FJ 3º). En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 18 de junio de 2012 (casación 4261/2009, FJ 6º), también ya citada y aplicada en la sentencia recurrida.

El relato expuesto en el anterior fundamento de derecho evidencia que el TEAC resolvió al margen del debate suscitado en la reclamación económico-administrativa. Entre la Inspección y la compañía recurrente existía consenso en que las actuaciones llevadas a cabo en 2005 para impulsar el cambio urbanístico de los terrenos no supusieron el desarrollo de actividad económica alguna, en la medida en que no trajeron como consecuencia inmediata la transformación física de aquéllos. Por el contrario, sí discreparon respecto de los trabajos realizados en 2005 (repicado y traslado de palmeras) y 2007 (demolición de las instalaciones del camping), que la Inspección consideró constitutivas de actividad económica, mientras que la recurrente no. El TEAC se introdujo en el ámbito en el que no había polémica y sobre el que la reclamante no argumentó en sus alegaciones (por no ser necesario), para desdecir a la Inspección, y negó toda respuesta a la cuestión que realmente estaba en discusión. Es decir, resolvió al margen de las cuestiones planteadas por los interesados, sin antes oírles, infringiendo con ello el artículo 237.2 LGT.

Ante tal situación, el interesado podía en el recurso contencioso-administrativo (i) denunciar el exceso en que incurrió el TEAC y, al mismo tiempo, polemizar sobre los razonamientos de dicho organismo de revisión introducidos por él ex novo en

su resolución, o, como finalmente hizo, (ii) quejarse de aquel exceso, discutir el extremo en el que discrepaba de la Inspección y que el TEAC ignoró (el traslado de las palmeras y la demolición de las instalaciones) y soslayar la razón de decidir ilegítimamente incorporada por este organismo revisor (la naturaleza de las actuaciones urbanísticas previas).

Si hubiera elegido la primera opción, el defecto producido al resolver la reclamación económico-administrativa hubiera carecido de trascendencia, pues, por decisión de la propia demandante, la posible indefensión que aquel comportamiento le hubiera producido habría quedado reparada. Esta es la solución adoptada en nuestra sentencia de 18 de junio de 2012, ya citada. Pero habiendo optado por la segunda, en la instancia no ha quedado sanada esa indefensión, pues no ha sido tratada en la sentencia recurrida la razón de decidir del TEAC. Podría argumentarse que en esta segunda situación la indefensión no ha quedado restañada por propia decisión de quien la sufrió, que decidió no discutir en la vía jurisdiccional el fondo del exceso decisorio del TEAC, limitándose a denunciar su extralimitación. Ahora bien, no cabe exigir a quien se ve sorprendido por un argumento inédito, añadido por el órgano decisor sin oírle como única razón de decidir, que, además de denunciar la extralimitación, lo discuta. El derecho de defensa garantiza que, en una situación como la analizada, el afectado elija su estrategia, sin quedar constreñido a polemizar sobre un extremo que nunca debió plantearse en los términos en que lo hizo en este caso el TEAC.

Por todo ello, el primer motivo de casación debe ser acogido y anulada la sentencia de instancia en cuando ratificó la resolución impugnada del TEAC” (F.D. 3º) [F.H.G.].

## VII. DERECHO PROCESAL

*Jurisprudencia: El Tribunal Constitucional considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en procedimiento sobre responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de prisión provisional seguida de sentencia absolutoria por inexistencia objetiva del hecho.*

STC (Pleno) de 19 de enero de 2017, rec. nº 2431/2012.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25232>

“En el caso examinado, de cuyas vicisitudes se ha dejado constancia circunstanciada en el apartado de antecedentes, el debate judicial se centró en torno a la concurrencia o no del presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo. La sentencia del órgano judicial, por su parte, resolvió ese debate señalando que “mantiene que el delito no existió pero la sentencia de instancia ofrece cumplida respuesta a por qué no acoge esta tesis y mantiene que el recurrente fue absuelto

por aplicación del principio ‘in dubio pro reo’, vertiente del de presunción de inocencia”.

De otro lado, la propia demanda de amparo afirma que “se ha producido la inexistencia objetiva de los hechos imputados o inexistencia del hecho delictivo”, constatación de la que fácilmente se colige que, para dar solución al caso, puede ser trasladada la doctrina dimanante de las SSTEDH antes citadas. A la vista de esta doctrina, el análisis del contenido de la sentencia dictada con fecha 28 de febrero de 2012 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, y especialmente la consideración que se efectúa sobre que “la absolución [está] sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)”, derivando de ahí que no concurre el presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo, conducen a estimar que dicha resolución vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia.

En suma, se aprecia la vulneración del principio de presunción de inocencia invocado pues, a la luz la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el razonamiento de la sentencia que constituye el objeto de este recurso cuestiona y pone en duda la inocencia del demandante” (F.J. 7º) [R.B.P.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Constitucional aprecia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o degradantes porque frente a la denuncia de torturas no se produjo una investigación judicial exhaustiva y eficaz.*

STC (Sala 1ª) de 24 de abril de 2017, rec. nº 332/2016.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25311>

“En conclusión, habida cuenta de que frente a la denuncia de torturas del recurrente no se produjo una investigación judicial exhaustiva y eficaz, ya que, aunque se emprendió prontamente la instrucción y tuvo cierto contenido, se clausuró cuando existían aún medios de investigación disponibles para continuar con la investigación sobre la realidad de los hechos denunciados, procede otorgar el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE).

El restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho exige, tal como se viene razonando en la jurisprudencia constitucional sobre la materia, la anulación de los Autos impugnados y la retroacción de actuaciones para que se le

dispense la tutela judicial demandada (por todas, SSTC 131/2012, FJ 6; 153/2013, FJ 7; FJ 4; 130/2016, FJ 6; y 144/2016, FJ 5)” (F.D. 5º) [R.B.P.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Constitucional declara inconstitucional la exclusión del ejercicio de la acción de declaración de paternidad o maternidad respecto de hijos no matrimoniales, pese a que exista posesión de estado.*

STC (Sala 1ª) de 24 de abril de 2017, cuestión de inconstitucionalidad nº 5077/2016.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25309>

“(…) En los términos expuestos por el órgano judicial cuestionante, y tal como también ha defendido el Fiscal General del Estado en este procedimiento, debe concluirse que el citado apartado b) de la ley 71 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra es contrario a los artículos 24.1 y 39.2 CE, por excluir a los progenitores del ejercicio de la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad en los casos de filiación no matrimonial.

Las razones para sustentar esta declaración de inconstitucionalidad son plenamente coincidentes con las expuestas por el Pleno de este Tribunal en la STC 273/2005, de 27 de octubre, FFJJ 5 a 7, y reiteradas en la STC 52/2006, de 16 de febrero, FJ 2, en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 133 del Código civil (CC), en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, conforme al cual, la acción de reclamación de la filiación, cuando faltara la respectiva posesión de estado, correspondía únicamente al hijo durante toda su vida. Como se resumía en la STC 52/2006, FJ 2, con remisión a la STC 273/2005, FJ 7, la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar la filiación en el supuesto contemplado por el referido precepto ‘no resulta compatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción’. Sobre este particular, señaló la STC 52/2006 en el fundamento citado que, en la ponderación de los intereses en presencia, ‘el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. En efecto, la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas’.

En el caso que nos ocupa, la regulación del apartado b) de la ley 71 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra es aún más rígida que la que se

contenía en el artículo 133 CC, pues éste sólo restringía la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial al hijo cuando no existiera posesión de estado, mientras que en el supuesto de la norma foral, sólo se reconoce legitimación para reclamar la declaración de la filiación no matrimonial al hijo (y, en determinados supuestos, a sus descendientes), en los casos específicamente contemplados por la propia norma, incluido el supuesto de existencia de posesión de estado (párrafo 2)” (F.J. 3º) [R.B.P.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal y acuérda la nulidad por considerar necesaria la audiencia del menor en el proceso de divorcio antes de decidir sobre el régimen de guarda y custodia de la menor.*

STS (Sala 1ª) de 7 de marzo de 2017, rec. nº 1874/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7963980&links=%22157%2F2017%22&optimize=20170320&publicinterface=true>

“(…) 5.º- En relación a la falta de exploración de la hija, esta sala se ha pronunciado con reiteración respecto a la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente les afectan. La sentencia de 20 de octubre de 2014 establece lo siguiente: «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005.

Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada».

6.º- Al día de hoy se desconoce la opinión de la menor, a la que no se ha dado la oportunidad de ser escuchada; opinión que es especialmente relevante en atención a las circunstancias apuntadas de convivencia exclusiva desde los siete años con su padre, y a la edad de la hija” (F.D. 2º).

“En función de lo expuesto procede estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y, sin entrar en el análisis y resolución del recurso de casación, anular la sentencia recurrida retro trayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de la hija, se oiga a esta de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad, resolviendo en su vista sin tener en cuenta el argumento de no haber existido oposición del recurrente a la solicitud de guarda y custodia compartida interesada por la madre.” (F.D. 3º).

“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. 3º) [R.B.P.].

## VIII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

*Jurisprudencia: Medida cautelar de entrada y permanencia provisional en España de solicitante de asilo.*

STS (Sala 3ª) de 28 de septiembre de 2016, rec. nº 1304/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7826398&links=&optimize=20160930&publicinterface=true>

[Solicitud de asilo. Medida cautelarísima de entrada y permanencia provisional en España del solicitante. Medida adoptada en el seno de un recurso en que se impugnada la vía de hecho del Ministerio del Interior -en materia de solicitud de protección internacional- vulneradora del derecho del recurrente a la libertad deambulatoria y a la entrada en España, como consecuencia del alargamiento de su retención, más allá del plazo de dos días, en las dependencias del puesto fronterizo del Aeropuerto Madrid-Barajas]. [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Derecho a la prestación por maternidad en caso de filiación por gestación subrogada en el extranjero.*

STS (Sala 4ª) de 19 de octubre de 2016, rec. nº 1650/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7866466&links=&optimize=20161116&publicinterface=true>

[Gestación subrogada. Derecho a percibir la prestación por maternidad en razón al nacimiento de su hijo por gestación subrogada. La maternidad por sustitución no tiene en el Derecho de la Unión Europea la misma protección que la maternidad natural pero ello no es óbice para que el Derecho español pueda atribuirle la misma consideración a los efectos legales. El Derecho de la UE únicamente contempla como objeto de protección la gestación propiamente dicha, en tanto que la legislación española de Seguridad Social atribuye los mismos efectos a la adopción y al acogimiento, lo que puede dar una cierta cobertura argumental a la pretendida aplicación analógica de la prestación en los supuestos de maternidad subrogada]. [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Despido de trabajador extracomunitario por pérdida de la autorización de residencia y trabajo.*

STS (Sala 4ª) de 11 de noviembre de 2016, rec. nº 1341/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7894278&links=&optimize=20161221&publicinterface=true>

[De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, la pérdida por el trabajador extracomunitario -por falta de renovación- de la necesaria autorización para residir y trabajar no puede llevar aparejada la extinción del contrato de trabajo cuando éste no está sometido de modo expreso a esa condición resolutoria. En estos casos la extinción del contrato ha de ser tratada como un despido improcedente, si bien, dada la imposibilidad de readmisión ante la situación irregular en la que se encuentra el trabajador, impone directamente la condena al empleador del abono de la indemnización] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: El inmigrante menor de edad con pasaporte o documento equivalente no puede ser considerado un extranjero indocumentado.*

STS (Sala 1ª) de 1 de diciembre 2016, rec. nº 720/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7885360&links=&optimize=20161209&publicinterface=true>

[El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional.*

STS (Sala 2ª) de 14 de diciembre de 2016, rec. nº 10458/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7897788&links=&optimize=20161227&publicinterface=true>

[Delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, acordando, al haberse cumplido la mitad de la pena de prisión, la sustitución del resto por la expulsión del territorio nacional en virtud de lo establecido en el art. 89 del CP. Está debidamente motivada la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional cuando se haya cumplido la mitad de la pena privativa de libertad]. [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Modificación de medidas sobre guarda y custodia acordadas por tribunal extranjero.*

STS (Sala 1ª) de 1 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: Derecho de un extranjero con antecedentes penales a obtener autorización de residencia España.*

STS (Sala 3ª) de 10 de enero de 2017, rec. nº 961/2013.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7908297&links=&optimize=20170113&publicinterface=true>

[Derecho a obtener autorización para residir en España a un extranjero con antecedentes penales al tener a su cargo a dos hijos menores ciudadanos de la UE. Si bien el solicitante tenía antecedentes penales y, por tanto, en virtud del art. 31.4 de la LO 4/2000, procedería la denegación de la autorización, sin embargo, dado que es padre de dos menores ciudadanos de la Unión Europea, que se encuentran a su cargo, conforme a lo dispuesto por el TJUE, la aplicación de dicho precepto resultaría contrario al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; pues el carácter incondicionado del art. 31.4 determina la denegación de la autorización incluso en un supuesto, como el presente, en el que dicha denegación acarrea la privación a dos ciudadanos de la Unión menores de edad de su derecho a residir y desplazarse en el territorio de la Unión Europea] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Un extranjero sin permiso de residencia y de trabajo no tiene derecho a prestación por desempleo.*

STS (Sala 4ª) de 31 de enero de 2017, rec. nº 1153/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7950855&links=&optimize=20170306&publicinterface=true>

[La prestación por desempleo no la puede obtener el extranjero que se encuentra en situación irregular en España, dada la ineficacia a efectos prestacionales que de la legislación de extranjería se deriva, que no se sana por el hecho de que haya regularizado posteriormente su situación, lo que únicamente le da derecho a las prestaciones que, en su caso, haya podido generar por ese periodo trabajado legalmente y cotizado. Votos particulares] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Procedimiento diseñado para engañar por medios informáticos a una serie de empresas internacionales.*

STS (Sala 2ª) de 16 de febrero de 2017, rec. nº 1245/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7946107&links=&optimize=20170228&publicinterface=true>

[Condena por delito continuado de estafa en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil y un delito de participación en organización criminal. La sofisticación en el procedimiento diseñado para engañar por medios informáticos a una serie de empresas internacionales revela una organización criminal con estabilidad y reparto de tareas. Un conjunto de personas, actuando desde varios países, se aprovecharon del prestigio internacional de una empresa española dedicada a la explotación y comercialización de mercurio, para obtener un beneficio económico injustificado, a cuyo efecto crearon un dominio alojado en el Reino Unido. Desarrollaron una página web a la que se accedía a través de dicho dominio, imitando el estilo, diseño y contenido de la página de la empresa española, eliminando los datos de contacto auténticos y sustituyéndolos por otros; cuando los clientes de la empresa accedían por error a la página web alojada en el dominio creado, se les facilitaban teléfonos de contacto y direcciones de correo electrónico que correspondían a personas que actuaban en concierto con los que habían creado la falsa página web. Con dicha actuación, los clientes de la empresa contactaron con personas que nada tenían que ver con ella, quienes, actuando en colaboración con los que habían creado la falsa página web, ofrecían partidas de mercurio a precios ventajosos, exigiendo que se remitiera a las cuentas por ellos designadas cantidades en efectivo en concepto de señal o como confirmación de los pedidos] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Organización del régimen de visitas cuando los progenitores residen en distintos países.*

STS (Sala 1ª), de 16 mayo de 2017, rec. nº 3579/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8033441&links=&optimize=20170526&publicinterface=true>

[Régimen de visitas. Organización cuando los progenitores residen en países distintos. En defecto de acuerdo, determinación por el Juez del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas, siempre atendiendo al interés superior del menor, ponderándolo con el de sus progenitores. La sentencia recurrida justifica motivadamente su decisión, al valorar las circunstancias del caso, como la distancia, la edad de la niña, la posibilidad de hacer uso de un servicio de las compañías aéreas, los períodos de vacaciones del padre y las vacaciones escolares de la niña. Acepta de este modo, aplicando el principio del interés superior del menor, la propuesta del padre, que alegaba la imposibilidad económica de asumir los gastos de traslado para ir a recoger a la niña, en la medida en que ello duplicaría su importe, así como la menor onerosidad de la contribución de la madre de trasladar a la niña para coger el avión, con el fin de facilitar, en interés de la menor, el derecho de visita] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Concesión de la nacionalidad española basada en documentación expedida por autoridades Saharauis.*

SAN (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª) de 8 de septiembre de 2016, rec. nº 1747/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=AN&reference=7840813&links=&optimize=20161018&publicinterface=true>

[Nacionalidad española. Validez de los certificados de nacimiento y penales expedidos por las autoridades Saharauis. Las autoridades españolas competentes legalizaron los certificados de nacimiento y de antecedentes penales presentados por la actora en la vía administrativa, siendo así que la misma Administración española negó validez a los mismos sin justificar debidamente que aquellos actos de legalización incurrieran en infracción del ordenamiento jurídico. La resolución denegatoria infringió los principios de confianza legítima y buena fe] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: La estancia por estudios no es residencia legal a efectos de adquisición de la nacionalidad.*

SAN (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª) de 19 de septiembre de 2016, rec. nº 148/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7833080&links=&optimize=20161006&publicinterface=true>

[Nacionalidad española. La estancia en España por estudios o al amparo de una tarjeta de estudiante no equivale a la residencia legal a los efectos de la adquisición de la nacionalidad española. La residencia legal implica la permanencia en el territorio español amparada en el régimen de autorizaciones que contiene la legislación de extranjería, que, al regular las situaciones de los extranjeros en España, distingue entre estancia y residencia, y contempla un régimen especial para los estudiantes. Dicho régimen se caracteriza por el hecho de que el fin único o principal es cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación en centros docentes españoles. Por ello la tarjeta de estudiante no constituye residencia en el sentido legal a los efectos de la adquisición de la nacionalidad en el sentido del art. 22.3 del CC, ya que la simple estancia no es suficiente pues el estudiante sigue teniendo el domicilio, entendido como el centro de relaciones familiares, económicas y profesionales, en su país de origen, y la estancia de estudios es la realización de estos sin otra pretensión de integración en el país que se realizan, ni cambio de su domicilio] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Concesión de la nacionalidad española tras permanecer casi seis meses fuera de España sin acreditar el motivo de la ausencia.*

SAN (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª), de 27 de octubre de 2016, rec. nº 2787/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7865345&links=&optimize=20161115&publicinterface=true>

[Nacionalidad española. Adquisición por residencia. Persona que permaneció casi seis meses fuera de España dentro del periodo de los dos años anteriores a la solicitud de la nacionalidad, sin acreditar el motivo de su ausencia. La efectividad y continuidad de la residencia deriva de la fijación real de domicilio en España y la vinculación al territorio en cuanto al medio de vida, desarrollo de las relaciones personales, familiares, sociales, administrativas y demás que conforman el régimen de vida del interesado, que no se desvirtúan por el hecho de que, sin desvincularse de tal relación con el territorio, haya de permanecer en el extranjero por razones de trabajo o estudios. Cabe tener en cuenta los elementos de arraigo, anteriores y posteriores a la misma, de tal forma que España sea el centro de sus relaciones en una perspectiva de vinculación como la que implica la nacionalidad] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: La situación de estancia por estudios no a derecho a la prestación por desempleo.*

STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 27 de septiembre de 2016, rec. nº 1689/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7855819&links=&optimize=20161103&publicinterface=true>

[Estancia por estudios para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud de extranjeros extracomunitarios. No da derecho a percibir prestación por desempleo. Situación de estancia por estudios que no es equivalente a la permanencia o residencia legal. Tanto la LGSS, como la LO 4/2000 y el Reglamento que lo desarrolla, no permiten entender que la mera estancia para estudios es suficiente para adquirir el derecho a la prestación por desempleo]. [A.O.G.].

*Jurisprudencia: La expulsión del territorio nacional como regla general y de aplicación preferente frente a la multa pecuniaria.*

STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso, Sede de La Coruña, Sección 3ª) de 28 de septiembre de 2016, rec. nº 218/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7843583&links=&optimize=20161020&publicinterface=true>

[Sanción de expulsión del territorio nacional. En aplicación de la STJUE de 23 de abril de 2015, la sanción de expulsión ha de entenderse como regla general y de aplicación preferente frente a la multa pecuniaria. Situación de permanencia ilegal en España del apelante sin el contrapeso de un sólido arraigo o voluntad de inserción social en España, no habiéndose acreditado cualificadas razones humanitarias] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Denegación del permiso de residencia de larga duración a un condenado por violencia de género.*

STSJ de Andalucía, Sede de Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 16 de diciembre de 2016, rec. nº 436/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7934142&links=&optimize=20170214&publicinterface=true>

[Denegación de la autorización de larga duración, por tener el solicitante antecedentes penales no cancelados por dos delitos de violencia de género y uno

por tráfico de drogas, que evidencian conductas graves y perturbadoras para el orden público y seguridad pública. Conforme a lo establecido en la Directiva 2003/109/CE del Consejo, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, y la doctrina del TJUE, un Estado miembro puede denegar la residencia de larga duración por motivos de orden público o seguridad pública cuando existan antecedentes penales por delitos graves que afecten a un interés fundamental de la sociedad. Los delitos contra la violencia de género son graves y afectan a la seguridad pública, en cuanto supone una amenaza o un atentado grave a un interés fundamental de la sociedad, sin que quepa minimizar este hecho porque el interesado haya reanudado la relación con otra mujer, espere un hijo o abone la pensión de alimentos al hijo común con la víctima] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Conformidad a Derecho de la decisión del Consulado de España de denegar salvoconducto a un recién nacido por maternidad subrogada.*

STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso Sección 1ª) de 13 marzo 2017, rec. nº 817/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7984774&links=&optimize=20170406&publicinterfaced=true>

[Resolución del Consulado General de España en Moscú, que denegó la solicitud de concesión de salvoconducto formulada para un recién nacido en virtud de un contrato de gestación subrogada celebrado en territorio ruso por los recurrentes y la madre gestante. Confirmación porque no fue presentada resolución de los órganos judiciales rusos que determinase la filiación de los demandantes, tal y como exige la normativa española para inscribir al menor en el Registro Civil español. Conforme a las directrices de la DGRN, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, la inscripción de nacimiento de un menor nacido en el extranjero, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial que determine la filiación del nacido, así como, entre otros requisitos, el consentimiento de la madre gestante obtenido de forma libre y voluntaria con todas las garantías legales ante el órgano judicial que determine la filiación de los promotores españoles; lo que no consta que se haya producido. No se aprecia la alegada vulneración del derecho a la vida e intimidad familiar, ya que la vulneración de dicho derecho conlleva como presupuesto ineludible la existencia de un vínculo biológico con el menor, material biológico que, tal y como reconocen los recurrentes, no pueden aportar] [A.O.G.].