

# PRAXIS JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES



Revista Semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano  
Número 9  
Enero 2019

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:  
[contacto@idibe.org](mailto:contacto@idibe.org)

Dirección web:  
[www.idibe.org](http://www.idibe.org)

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  
ABOGADO Y ECONOMISTA

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

DRA. ESTHER ALGARRA PRATS  
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL  
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

DR. JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH  
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL  
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS  
PROFESOR AYUDANTE DOCTOR DE DERECHO CIVIL  
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

D. GONZALO MUÑOZ RODRIGO  
GRADUADO EN DERECHO

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

## 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.

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.

M.H.G.: Dña. María Hernández Giménez, traineeship en IDIBE.

F.H.G.: Dr. Fernando Hernández Guijarro, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Tributario de la Universitat Politècnica de València; Abogado y Economista.

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

G.M.R.: D. Gonzalo Muñoz Rodrigo, Graduado en Derecho.

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

## ÍNDICE SUMARIO

I. Derecho Civil.....	6
1. Derechos de Daños.....	6
2. Derecho de Familia.....	30
3. Obligaciones y Contratos.....	36
II. Derecho Mercantil.....	67
1. Derecho de Seguros.....	67
2. Derecho de Sociedades.....	77
3. Derecho Concursal.....	104
4. Derecho de la Navegación.....	107
5. Contratación Mercantil.....	108
III. Derecho del Trabajo.....	117
IV. Derecho Penal.....	134
1. Parte General.....	134
2. Parte Especial.....	139
V. Derecho Administrativo.....	144
VI. Derecho Tributario.....	169
VII. Derecho Procesal.....	177
VIII. Derecho Internacional Privado.....	189

## I. DERECHO CIVIL

### 1. DERECHOS DE DAÑOS

*Jurisprudencia: Responsabilidad extracontractual: Daños causados por explosión de gas acumulado en la vivienda de un edificio. Responsabilidad por riesgo. La carga de la prueba sobre el origen del suceso ha de recaer sobre quien crea el riesgo y no se puede hacer recaer sobre los terceros perjudicados.*

STS (Sala 1ª) de 24 de mayo de 2018, rec. nº 3193/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8399173&links=responsabilidad%20civil&optimize=20180529&publicinterface=true>

“Según el relato de hechos de la sentencia impugnada, el día (...), sobre las (...) horas, se produjo una explosión en un edificio sito en (...), número (...), de (...), motivado por una acumulación de gas que se produjo en una vivienda del piso número (...) de dicho inmueble y a consecuencia de la cual fallecieron cinco personas, cuatro de ellos familiares de don V., moradores del piso número (...), y el Sr. G., morador del piso número (...) donde se produjo el siniestro. También resultó lesionado don A., que transitaba por la calle en las inmediaciones del inmueble, a causa de los cascotes que se desprendieron por la explosión ocurrida en el inmueble, resultando también dañados tres vehículos estacionados en la vía pública propiedad respectivamente de doña I., don F. y H.E.S.A. Se siguieron varios procesos por reclamación de los distintos perjudicados, los cuales fueron acumulados. Por lo que se refiere a los ahora recurrentes, formularon en su día las siguientes reclamaciones: 1) Don V. solicitó la condena de (compañía de Gas) y (compañía aseguradora M.) al pago de la cantidad de (...) euros más intereses legales y de la LCS, con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1902 CC y normativa protectora de los consumidores y usuarios, afirmando que ha de operar una responsabilidad objetiva por riesgo. En el siniestro fallecieron su esposa, de 37 años, y sus tres hijos, de 4, 3 años y veinte días respectivamente; 2) (La compañía de seguros A.) solicitó la condena de (compañía de Gas) y (compañía aseguradora M.) al pago de la cantidad de (...) euros más intereses legales y de la LCS, con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1902 CC y, subsidiariamente, 1101 y concordantes CC, y normativa reguladora del suministro de gas; 3) Don A. solicitó la condena de (compañía de Gas) y (compañía aseguradora M.) al pago de la cantidad de (...) euros más intereses legales y de la LCS, con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1902 CC. El citado paseaba por la calle en el momento de ocurrir el siniestro y sufrió lesiones de consideración. Seguidos los oportunos trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº (...) de (...) dictó sentencia por la que consideró que ninguna responsabilidad puede imputarse a la (compañía de Gas) ni a la Comunidad de Propietarios (...) ni a sus respectivas aseguradoras, (compañía

aseguradora M.) y (compañía de seguros A.), ya que solo se debe responder por lo acontecido en el piso número (...), donde se produjo la fuga de gas que dio lugar a la posterior explosión, declarando la responsabilidad de la aseguradora de dicha vivienda, (compañía de seguros L.), en relación con los vehículos propiedad de la Sra. I. y del Sr. F. y de H.E.S.A., que habían dirigido su demanda contra ésta, con desestimación de las pretensiones formuladas por el Sr. V. respecto del fallecimiento de su esposa e hijos y la formulada por el Sr. A. en relación con las lesiones que padeció a causa del mencionado siniestro, al no haber dirigido su demanda contra dicha aseguradora de la vivienda del piso número (...), sino contra otros presuntos responsables, respecto de los que no consideró que existiera tal responsabilidad. Recurrida dicha sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de (...) dictó sentencia de fecha (...) por la que confirmó la dictada en primera instancia. La sentencia niega la responsabilidad de (compañía de Gas) porque, aun cuando se desconoce cómo se formó la nube de gas que dio lugar a la explosión, no se ha acreditado que la fuga se debiera a defecto en la instalación que (compañía de Gas) hubiera debido detectar. Concluye que no es posible una imputación objetiva del siniestro a la compañía suministradora, presumiendo que el accidente es imputable a quien está en contacto directo con la causa del mismo, esto es, quien ocupaba la vivienda en el momento de la explosión. Afirma (Fundamento de Derecho 4.ª) que ‘no ha quedado tampoco demostrado que de haberse realizado la revisión reglamentariamente prevista la explosión no se hubiese producido’, de lo que deduce que los demandantes no han probado la existencia de una relación de causalidad que permitiría atribuir responsabilidad a (compañía de Gas). Contra dicha sentencia han recurrido por infracción procesal y en casación don V. y (compañía de seguros A.), recurriendo solo en casación don Aurelio (F.D. 1º).

“Los recursos por infracción procesal interpuestos en nombre de don V. y (compañía de seguros A.) coinciden en la denuncia, en su primer motivo, de la infracción del artículo 217 LEC. Se formulan ambos al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.2.º LEC por vulneración de dicha norma procesal reguladora de la sentencia, afirmando que la resolución recurrida prescinde de los criterios de atribución de la carga de la prueba establecidos jurisprudencialmente e infringe lo dispuesto por la norma en relación con la disponibilidad y facilidad probatoria. Se alega que en el presente caso ha de regir la inversión de la carga de la prueba sobre el origen del suceso, que ha de recaer en (compañía de Gas) -como prestadora del servicio- no sólo por razón del riesgo que se crea sino también en atención a la facilidad probatoria que ha de tener frente a quienes simplemente, sin relación con el suceso, sufren los daños causados por éste. Se considera así que, al tratarse de un supuesto de inversión de la carga de la prueba nacido fundamentalmente de la propia jurisprudencia, relacionada en estos casos con la previsión del artículo 28 de Ley 26/1984, de 19 de julio, en su redacción vigente en la fecha del suceso, existe una clara conexión entre la infracción procesal que se denuncia y el fondo de la cuestión debatida a que se refiere el recurso de casación. El motivo se estima por cuanto la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que ‘no ha quedado tampoco demostrado que de haberse realizado la revisión reglamentariamente prevista la explosión no se hubiese producido’, contradice el

principio de la carga probatoria, trasladándola a quien carece de medios para probar lo contrario además de no tener en cuenta el principio de responsabilidad por riesgo, el cual si bien no es de carácter plenamente objetivo -salvo los casos en que así venga establecido por ley- produce precisamente el efecto de obligar a quien presta el servicio generador del riesgo a acreditar el verdadero origen del siniestro. Dice la sentencia de esta sala núm. 210/2010, de 5 abril, que ‘La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC (SSTS 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006) y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 marzo de 2006)’. En este caso las circunstancias profesionales del prestador del servicio le obligaban a asumir activamente la carga de acreditar el verdadero origen del siniestro, lo que la propia sentencia impugnada viene a reconocer que no ha hecho. En consecuencia, la estimación de dicha infracción procesal lleva directamente a la aplicación de la regla 7.<sup>a</sup> del apartado 1 de la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual – sin necesidad de examinar los restantes motivos de dicho recurso-: ‘Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2.º del apartado primero del artículo 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Del mismo modo resolverá la Sala si se alegare y estimare producida una vulneración del artículo 24 de la Constitución que sólo afectase a la sentencia’” (F.D. 2º).

“Los recursos de casación se formulan por un solo motivo, y en lo esencial coinciden en su fundamentación alegando la infracción de lo dispuesto por el artículo 1902 CC y la jurisprudencia. El recurso del Sr. V. invoca varias sentencias que aplican la teoría de la responsabilidad por riesgo en casos similares, en especial la STS de 16 de diciembre de 2008, en un supuesto que considera análogo en el que no cabía imputar con certeza acción u omisión negligente al fallecido, ni podía afirmarse que la instalación estuviera en mal estado y se derivó hacia la empresa suministradora la carga de acreditar que el resultado dañoso no era consecuencia de su actuación. También se refiere a las sentencias de 23 de diciembre de 1995, 29 de octubre de 2004, 20 de diciembre de 2011. Combate los argumentos de la sentencia impugnada por entender que la jurisprudencia en que se apoya recayó sobre supuestos que no eran análogos, pues en aquellos casos se acreditaba una conducta negligente del propietario o de la víctima, lo que no ocurre en el presente caso. El recurso de (compañía de seguros A.) expone que concurren los requisitos exigidos por la sala para la aplicación de la doctrina de la objetivación de la responsabilidad por riesgo, citando las sentencias del Tribunal

Supremo de 30 de marzo de 2007, 29 de octubre de 2004, 30 de julio de 1998, 16 de diciembre de 2008 y 29 de marzo de 2006. Igualmente considera que la sentencia no valora las consecuencias de la falta de diligencia (compañía de Gas) que ha quedado acreditada por el hecho de no haber verificado las revisiones de la instalación en plazo, infringiendo la doctrina contenida en las sentencias citadas. Insiste en que la sentencia recurrida se fundamenta en una aplicación errónea de la doctrina de esta sala dictada a propósito de supuestos diferentes del que era objeto del proceso. El recurso de don A. pone de manifiesto que la suministradora, según resulta de la propia base fáctica de la sentencia recurrida, no ha acreditado haber agotado la diligencia que le era exigible para la reducción del riesgo, siendo además un hecho probado que no había cumplido con el régimen de inspecciones a que venía obligada, invocando las sentencias de esta sala de 16 de diciembre de 2008, 28 de abril de 1997, 23 de diciembre de 1999, 29 de octubre de 2004, 30 de julio de 1998, 25 de noviembre de 2010 y 20 de diciembre de 2011. Aun cuando existen sentencias de la sala que consideran que en determinados supuestos de explosiones de gas no se aplica la doctrina de la responsabilidad por creación de riesgo, no se trata de supuestos análogos al presente. Así, la sentencia n.º 120/2009, de 19 de febrero, se refiere a la explosión de una bombona de gas y no de un suministro continuado de gas en una instalación, como es el presente caso; y declaró probado que en la bombona suministrada no existía defecto, mientras que en este caso no se ha declarado que la instalación estuviera en buen estado, ni que la explosión se debiera a un acto intencionado del vecino del piso número (...), sino que ante la falta de prueba de la verdadera causa del siniestro se ha hecho recaer sobre los demandantes la carga de acreditar la responsabilidad. La sentencia n.º 725/2010, de 25 de noviembre, afirma que el nexo causal debe ser acreditado por el actor, pero en el supuesto que examinaba se había declarado probada una negligencia en la instalación de las gomas de salida del gas desde la bombona a la cocina, instalación realizada por el demandado, por lo que existía una persona a la que imputar la negligencia, que era ajena a la suministradora. En definitiva, la incertidumbre sobre la causa o causas del siniestro implica que no puede quedar exonerada de responsabilidad la suministradora y su aseguradora, cuando aquélla era quien contaba con los medios y conocimientos adecuados para dar certeza sobre tales causas y no lo ha hecho, según viene a reconocer la propia sentencia recurrida” (F.D. 3º) [E.A.P.].

*Jurisprudencia: Daño moral por lesión del derecho al honor debido a la indebida inclusión en un registro de morosos. La escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral. Revisión en casación: no puede concederse una indemnización simbólica, disuasoria de reclamar por la lesión de derechos fundamentales.*

STS (Sala 1ª) de 21 de junio de 2018, rec. n.º. 5199/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8436421&links=da%C3%B1os&optimize=20180629&publicinterface=true>

“Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación: 1.- Se formula demanda para la protección de los derechos fundamentales, en concreto, del derecho al honor por la inclusión en un fichero de morosos, solicitando que se declare que la demandada ha cometido una intromisión ilegítima en su honor y se le indemnice en la cantidad de 10.000 euros por daños morales. 2.- La sentencia de primera instancia, declara la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante, y condena a la demandada a que la abone la cantidad de 10.000 euros por el daño causado, teniendo en cuenta el tiempo que el actor estuvo incluido en el fichero, que lo fue un año, y que accedieron al mismo entidades bancarias y de crédito, entre ellos L., que denegó a la actora un préstamo de 48.000 euros y C., que analizó el riesgo de la actora y rebajó su grado de solvencia. Considera que no es importante la escasa cuantía de la supuesta deuda, sino que era significativo de que no podía cumplir sus obligaciones de pago de pequeñas deudas, o su falta de formalidad en su pago. 3.- La demandada interpone recurso de apelación y la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de (...), estima parcialmente el recurso de apelación al entender que la cantidad fijada como indemnización resulta algo excesiva, por lo que se modifica la cuantía de la indemnización a pagar, que fija en 2.000,00 euros, confirmando los restantes pronunciamientos; no se hace pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada. En esencia y en relación al quantum, resuelve que: ‘[...] se debe tener en cuenta para su concreción las circunstancias del caso concreto, valorando además del daño moral que por sí solo conlleva la inclusión indebida en estos ficheros, la posible difusión o audiencia de dichas circunstancias, el posible beneficio que haya obtenido el causante de la lesión, así como los daños económicos y/o patrimoniales que realmente se hayan causado al demandante por dicha inclusión. En este caso, se desprende de la demanda, que la cantidad reclamada, de 10.000 euros se basa en tres extremos: a) el daño moral causado por la inclusión, b) la denegación de un crédito por L. debido a su inclusión indebida en ese archivo de morosos y c) la pérdida de credibilidad ante uno de su suministrador C. SA, por esa misma circunstancia. Pues bien como dijimos, del conjunto de la prueba practicada, se ha probado que la inclusión en ese fichero de insolvencia patrimonial no ha causado a C. los perjuicios económicos/patrimoniales que invoca en su demanda, pues la denegación del préstamo se produce antes de ser incluida D.ª C. en ese archivo, y la pérdida de confianza, en sus relaciones comerciales, con C. SA, no es consecuencia de dicha circunstancia, pues cuando C. informa a C. SA de la situación de D.ª C., aún no había consultado el citado fichero’. Por ello, y en función del poco tiempo en que estuvo incluida en el fichero, los indicios de veracidad de la deuda y la no acreditación de perjuicios económicos reales, fija la indemnización en 2.000 euros. 4.- Se interpone recurso de casación por la demandante, que se desarrolla en un motivo único, en el que denuncia la infracción del art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en relación con el art. 19.1 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de protección de Datos de Carácter Personal, existiendo igualmente infracción de la Jurisprudencia del Alto Tribunal por la vulneración de las pautas que deben ser tenidas en cuenta para la valoración

de daño moral. Cita las SSTS núm. 261/2017 y la núm. 512/2017. Igualmente cita como doctrina de la Sala que se considera vulnerada, la de las sentencias de 4 de diciembre de 2014, de 18 de febrero de 2015 y 12 de mayo de 2015. En ellas se declara que: '[...] Como afirman tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal, se trata de una indemnización disuasoria no para quien ha causado la intromisión ilegítima en el derecho al honor, sino para quien la ha sufrido, pues una indemnización que no cubre ni de lejos los gastos necesarios para entablar un proceso disuade a los perjudicados de solicitar la tutela judicial de sus derechos fundamentales. Y, como efecto negativo añadido, desincentiva también la adopción de pautas de conducta más profesionales y serias en las empresas responsables de ficheros de morosos, puesto que les resulta más barato pagar indemnizaciones simbólicas que mejorar sus estructuras organizativas y adoptar pautas de conductas más rigurosas en la comprobación de la concurrencia de los requisitos necesarios para incluir los datos en un registro de morosos...'. En la sentencia de 18 de febrero de 2015, en la que se casa la sentencia de la Audiencia y se otorgan 10.000 euros de indemnización, declara la sala: '[...] Por tanto, el daño indemnizable sufrido por el demandante fue mayor que el reconocido por el tribunal de apelación puesto que la inclusión de sus datos en los registros de morosos era apta para afectar negativamente al prestigio e imagen de solvencia del demandante y para impedirle la obtención de financiación o la contratación de prestaciones periódicas o continuadas...'. En la sentencia de 12 de mayo de 2015, se declara : " ...que la inclusión de sus datos tuvo lugar en tres registros de morosos durante un período prolongado durante el que los datos tuvieron difusión entre terceros; y teniendo también en cuenta que esta Sala ha rechazado las indemnizaciones de carácter simbólico en la vulneración de los derechos de la personalidad pues convertirían la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1, 1.1 y 53.2 de la Constitución; ha de fijarse una indemnización de diez mil euros para cada uno de los dos demandantes..." (...) (F.D. 1º).

“1.- Sólo cabe decidir si la indemnización fijada por la sentencia recurrida, que reduce la establecida por la de primera instancia, se ajusta a lo previsto en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, respetando la jurisprudencia que considera excepcional la posibilidad de revisión en casación de la cuantía de la indemnización. 2.- Constituye doctrina constante de esta Sala (entre las más recientes, SSTS de 9 de octubre de 2015, rec. núm. 669 / 2013, de 10 de febrero de 2014, rec. núm. 2298/2011, y 22 de enero de 2014, rec. Núm. 1305/2011) que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños morales en este tipo de procedimientos es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación salvo que ‘no se hubiera atendido a los criterios que establece el art. 9.3 LO 1/82’ (STS de 17 de julio de 2014, rec. núm. 1588/2008, con cita de las SSTS 21 de noviembre 2008 en rec. Núm. 1131/06, 6 de marzo de 2013 en rec. Núm. 868/11, 24 de febrero de 2014 en rec. núm. 229/11 y 28 de mayo de 2014 en rec. núm. 2122/07) o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción (sentencias de 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005, 9 de junio de 2005, 21 de abril

de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006). 3.- La sentencia 261/2017, de 26 de abril, hace una síntesis de la doctrina relevante sobre la materia, de interés para el recurso, sostenida por la sala. (i) El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que entró en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010 y que es la aplicable dada la fecha de los hechos, dispone que ‘La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma’. Esta Sala ha declarado en STS de 5 de junio de 2014, rec. núm. 3303/2012, que dada la presunción ‘iuris et de iure’, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, ‘a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre, y núm. 12/2014, de 22 de enero)’. Se trata, por tanto, ‘de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio’. (ii) También ha afirmado la sala que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 386/2011, de 12 de diciembre, ‘según la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 18 de noviembre de 2002 y 28 de abril de 2003) no es admisible que se fijen indemnizaciones de carácter simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por la CE como derechos reales y efectivos, con la indemnización solicitada se convierte la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1, 1.1. y 53.2 CE y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego (STC 186/2001, FJ 8)’ (STS 4 de diciembre 2014, rec. núm. 810/2013). (iii) La inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LOPD, sería indemnizable en primer lugar la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo, y en el externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas. Para valorar este segundo aspecto afirma la sentencia núm. 81/2015, de 18 de febrero, que ha de tomarse en consideración la divulgación que ha tenido tal dato, pues no es lo mismo que sólo hayan tenido conocimiento los empleados de la empresa acreedora y los de las empresas responsables de los registros de morosos que manejan los correspondientes ficheros, a que el dato haya sido comunicado a un número mayor o menor de asociados al sistema que hayan consultado los registros de morosos. También sería indemnizable el quebranto y la angustia producida por las gestiones más o

menos complicadas que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados. 4.- La sentencia 512/2017, de 221 de septiembre, declara que una indemnización simbólica, en función de las circunstancias que concurren, tiene un efecto disuasorio inverso. ‘No disuade de persistir en sus prácticas ilícitas a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos, pero sí disuade de entablar una demanda a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor puesto que, con toda probabilidad, la indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido sino que es posible que no alcance siquiera a cubrir los gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa.’ 5.- Descendiendo al supuesto enjuiciado, procede indagar si se encuentra justificada una disminución tan sustancial como la que lleva a cabo la sentencia recurrida respecto a la concedida por la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta los parámetros seguidos por la sala a tal fin. Debe recordarse que el ámbito de la revisión que es posible en casación es más amplio en este tipo de litigios que en otros que versan sobre cuestiones sin trascendencia constitucional. Cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, este tribunal no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (sentencias núm. 311/2013 de 8 de mayo, y núm. 312/2014 de 5 de junio, entre las más recientes). 6.- Si se pone en relación el ‘quantum’ a indemnizar con la escasa trascendencia, por ser pequeña la deuda, tenemos declarado (sentencia 81/20115 de 18 de febrero) que no puede aceptarse el argumento de que la inclusión de datos sobre una deuda de pequeña entidad en un registro de morosos no supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor de una trascendencia considerable (y por tanto no puede dar lugar más que a una pequeña indemnización) porque claramente muestra que no responde a un problema de solvencia sino a una actuación incorrecta del acreedor. La inclusión en registros de morosos por deudas de pequeña cuantía es correcta y congruente con la finalidad de informar sobre la insolvencia del deudor y el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias. Y cuando tal inclusión se ha realizado, quienes consultan el registro pueden suponer legítimamente que el acreedor ha cumplido con las exigencias del principio de calidad de los datos, y que por tanto es cierto que el afectado ha dejado de cumplir sus obligaciones dinerarias. Por tanto, la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que le causó a la demandante la inclusión en los registros de morosos. 7.- Tampoco cabe tener en cuenta que no conste que la citada inclusión le haya impedido a la recurrente acceder a créditos o servicios. Precisamente la información sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias que se incluye en estos registros va destinada justamente a las empresas asociadas a dichos ficheros, que no solo les comunican los datos de sus clientes morosos, sino que también los consultan cuando alguien solicita sus servicios para evitar contratar y conceder crédito a quienes no cumplen sus obligaciones dinerarias. Según consta en la sentencia recurrida, ese fichero fue consultado en once ocasiones, entre el (...) y (...), en

concreto tres veces por B.P., una vez por B.B., una vez por L. y tres veces por C. Las empresas que consultaron son empresas que facilitan crédito o servicios y suministros, bien porque se trate de entidades financieras, bien porque se trate de entidades que realizan prestaciones periódicas o de duración continuada y que facturan periódicamente sus servicios al cliente (con frecuencia, se facturan los servicios ya prestados, como es el caso de las empresas de telefonía y servicios de internet), por lo que para ellas es importante que se trate de un cliente solvente y cumplidor de sus obligaciones dinerarias. Por ello, estos registros de morosos son consultados por las empresas asociadas para denegar financiación, o para denegar la facilitación de suministros u otras prestaciones periódicas o continuadas, a quien no merezca confianza por haber incumplido sus obligaciones dinerarias. Es más, en ciertos casos, estas empresas no deben facilitar crédito si consta que el solicitante está incluido en uno de estos registros de morosos (es el caso de lo que se ha llamado ‘crédito responsable’, destinado a evitar el sobreendeudamiento de los particulares, a que hacen referencia la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, el art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). 8.- Los meros indicios de veracidad de la deuda no pueden tener la entidad indemnizatoria que le otorga la sentencia recurrida, pues hemos declarado (sentencia 174/2018, de 23 de marzo) que uno de los ejes fundamentales de la regulación del tratamiento automatizado de datos personales es el que ha venido en llamarse ‘principio de calidad de los datos’. Los datos deben ser exactos, adecuados, pertinentes y proporcionados a los fines para los que han sido recogidos y tratados. El art. 4 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo, LOPD), al desarrollar tanto el art. 18.4 de la Constitución como las normas del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa y la Directiva 1995/46/CE, de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, exige que los datos personales recogidos para su tratamiento sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido, exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado, y prohíbe que sean usados para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. 9.- Por todo ello el daño indemnizable sufrido por la demandante no puede cuantificarse en 2.000 €, en atención a las circunstancias que hemos tenido en cuenta. No obstante tales circunstancias no son totalmente idénticas a las sentencias de contraste que se citan. Aquí solo se incluye el dato en un registro de morosos y su difusión es algo menor. En atención a ello la estimación del recurso será parcial y la cantidad a indemnizar se fija en 6.000€. Una reducción tan notoria como la llevada a cabo por la sentencia recurrida, en circunstancias como las descritas, ha de calificarse de indemnización simbólica, disuasoria para impetrar la tutela de derechos que son fundamentales para la persona. (F.D. 2º) [E.A.P.].

*Jurisprudencia: Responsabilidad civil extracontractual. Prescripción de la acción. Las actuaciones de los Tribunales Tutelares de Menores interrumpen el plazo de prescripción durante la incoación de sus diligencias. La apreciación de la prescripción tiene un aspecto fáctico, pero también una dimensión jurídica.*

STS (Sala 1ª) de 3 de julio de 2018, rec. 2969/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8449958&links=responsabilidad%20extracontractual&optimize=20180716&publicinterface=true>

“El recurso de casación se formula contra la sentencia que niega que la acción formulada en la demanda se encuentre prescrita. La demanda se presenta el día 22 de febrero de 2011 por parte de don (...) contra don (...), don (...) y doña (...), y tiene como objeto la reclamación de (...) euros en concepto de indemnización de los daños y perjuicios por las lesiones causadas por don (...), que era menor de edad cuando se produjeron los hechos y convivía con sus padres; hechos por los que se tramitó un procedimiento ante el Juzgado de Menores, que fue archivado por prescripción, y que son los siguientes: 1. A raíz de la agresión sufrida por el demandante el día 1 de octubre de 2001, se siguió procedimiento n.º (...), ante el Juzgado de Menores de (...) en el cual se dictó auto de fecha 31 de enero de 2007 por el cual se acordó la prescripción del expediente y llevar testimonio de dicha resolución expediente penal y a la pieza de responsabilidad civil (...). 2. En la pieza de responsabilidad civil se personó el demandado en el mes de enero de 2005, quien sin embargo no estaba personado en el procedimiento penal. 3. La pieza de responsabilidad ex delicto se archivó definitivamente por resolución de Audiencia Provincial de (...), de fecha 24 de junio de 2009. 4. El día 24 de febrero de 2011 se celebró la conciliación promovida por el demandante frente a los demandados. 5. La demanda que dio lugar a este procedimiento se interpuso el 22 de febrero de 2011. Con estos hechos tanto la sentencia del juzgado como la de la audiencia consideran que la acción no estaba prescrita cuando se formuló la demanda” (F.D. 1º).

“(…) 1. Es reiterada la doctrina de esta sala en el sentido de que la fijación de dies a quo para computar el plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarlo el juez de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, siendo doctrina también reiterada que la determinación de este día inicial es función que corresponde en principio a la Sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación (sentencia 604/2017, de 10 de noviembre; 116/2015, de 3 de marzo; 134/2012, de 29 de febrero). 2. Las actuaciones de los Tribunales Tutelares de Menores, por lo mismo que entrañan prejudicialidad a los efectos del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impiden la iniciación del plazo prescriptivo en tanto no se concluyan, o lo que es lo mismo, la incoación del procedimiento en dicha jurisdicción tiene efectos prejudiciales, de modo que, al igual que ocurre con la instrucción de diligencias penales en los procedimientos ordinarios, se interrumpe el plazo de prescripción durante su incoación, asimilando el procedimiento de menores a los ordinarios (sentencias 1225/2009,

de 14 de enero; 721/2016, de 5 de diciembre). 3. La sentencia considera que con la notificación del archivo de la pieza civil se inicia el plazo para formular la demanda dando por supuesto que la notificación del archivo del enjuiciamiento penal, remitido a esta pieza por testimonio, se produjo en aquel momento y no en otro. Como quiera que entre este momento y el posterior de la formulación de la demanda se interrumpió el plazo por el acto de conciliación, la acción no ha prescrito, y así es si se computan de esta forma los plazos; todo ello dentro de una lógica procedimental que, por lo demás, no permite valorar algo tan evidente como el que unos hechos penales ocurridos en octubre de 2001 hayan prescrito por razones que se ignoran de dilación del procedimiento, impidiendo la satisfacción adecuada de la víctima, que la obtiene definitivamente a partir de esta resolución, es decir, casi 17 años después. 4. Es cierto, y también se ha dicho (sentencias 6/2015, 13 de enero, 29/2015, 2 de febrero, 116/2015, 3 de marzo, entre otras), que el hecho de que la apreciación del instituto de la prescripción presente, junto al tal aspecto fáctico, una dimensión eminentemente jurídica, ha permitido a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables, lo que ocurre en este caso desde el momento en que, sin razón justificada alguna, no solo se mantuvo vivo el procedimiento hasta el año 2009, sino que concluyó de una forma verdaderamente inaudita por la prescripción de la acción penal. El demandante, lego en derecho, confió en las instituciones, a la espera de que decidiesen sobre la agresión padecida, sin estar personado en el procedimiento penal (lo estaba en el civil). Como expresa la sentencia 721/2016, de 5 de diciembre, no puede predicarse de ello que obrase de modo negligente o con falta de lealtad procesal. Si ha visto retrasado el ejercicio de la acción no se ha debido ni a su dejadez ni a su ausencia de voluntad en la conservación de la misma sino a la tardía respuesta que recibió sobre el curso del procedimiento impidiéndole conocer la inviabilidad de la acción penal hasta el momento que refieren ambas sentencias” (F.D. 2º). [E.A.P.].

*Jurisprudencia: Responsabilidad civil extracontractual. Prescripción de la acción. No interrumpe la prescripción el desistimiento de la demanda antes de que se comunique al demandado. Interpretación restrictiva de la prescripción de acciones.*

STS (Sala 1ª) de 3 de julio de 2018, rec. 3671/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8449961&links=responsabilidad%20extracontractual&optimize=20180716&publicinterface=true>

“El único problema que plantea el recurso de casación consiste en determinar si la acción formulada en la demanda por culpa extracontractual ha prescrito, conforme se ha resuelto en ambas instancias, a partir de los hechos que relata la sentencia y que son los siguientes: «Notificación sentencia del Tribunal Supremo el 10 de febrero de 2010, el Sr. (...) presentó demanda el 11 de febrero de 2011 en el Decanato de los Juzgados, correspondiéndole al Juzgado de Primera Instancia

número (...)). El Juzgado número (...) de los de Primera Instancia admitió la demanda acordando emplazar a las partes demandadas» El Sr. (...) el día 15 de octubre de 2012 procedió antes de haber sido emplazados los demandados a: » a). desistirse de la demanda (Desistimiento acordado por Decreto de 30 de octubre de 2012). » b). presentar solicitud de diligencias preliminares de las que conoció e Juzgado de Primera Instancia número (...) de (...), que desestimó la oposición de (...) y se practicaron las diligencias preliminares». El 6 de marzo de 2013 se presentó la demanda origen de este proceso Juicio ordinario número (...)). El interrogante, dice la sentencia recurrida, «es cuál debía ser el "dies a quo" a partir del cual computar el plazo del año si el de la notificación de la sentencia dictada en casación o por el contrario computarse desde que se acordó el desistimiento el 15 de octubre de 2012, es decir, si la demanda promovida por él mismo tuvo o no efecto interruptivo, porque es una obviedad que entre la fecha de notificación de la sentencia del Tribunal Supremo, 11 de febrero de 2011 a la fecha en la que se presentaron bien las diligencias preliminares el 15 de octubre de 2012 bien la demanda origen de este proceso ha trascendido en exceso el plazo del año que dispone el artículo 1968 CC». Interrogante que resuelve de la siguiente forma: «la resolución de instancia es conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al efecto interruptivo que ha de tener una demanda cuando de ella se ha desistido la parte actora; doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 12 de noviembre de 2007, 30 de septiembre de 2009 y 25 de mayo de 2010; en estas resoluciones partiendo de lo que dispone el artículo 1973 Cc en relación a los actos que permiten interrumpir la prescripción, y en concreto lo dispuesto en su apartado primero "reclamación judicial" lo que mantiene es "una tesis mixta" entre la tradicional que consideraba que retirada la demanda ésta no tenía efecto interruptivo y la más moderna, que reconoce este efecto por el solo hecho de ejercitarse la acción; ni una ni otra es la que en la actualidad se mantiene por el Tribunal Supremo que establece como dato relevante que la parte demandada haya sido emplazada, forma de compaginar por un lado la voluntad de conservar el derecho a reclamar con su eficacia que exige "no solo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización" - STS de 13 de octubre de 1994 -». (F.D. 1º).

“Argumenta la parte recurrente que interpuesta la demanda con fecha 11 de febrero de 2011, de la que se desistió mediante escrito de 15 de octubre de 2012, no puede considerarse como un abandono del derecho, máxime cuando en el acto de desistimiento se hizo expresa reserva de acciones civiles, presentándose con la misma fecha demanda de diligencias preliminares, manifestando una voluntad clara y precisa de no abandonar el derecho. Se desestima. 1. Las sentencias que se citan en el escrito de interposición no justifican el interés casacional porque lo en ellas resuelto es distinto a lo decidido por la sentencia recurrida y carece de consecuencias para la decisión del litigio, salvo la referencia genérica al criterio restrictivo con que ha de ser tratado el instituto de la prescripción extintiva o el valor de una reclamación judicial, que tal y como se formula no es relevante para resolver el caso en la forma que ha sido decidido por la Audiencia Provincial, existiendo como existe doctrina de esta sala que se separan de lo que se expone. 2. Tampoco sirve al caso la sentencia de contraste de 2 de noviembre de 2005, la

única que acompaña a su escrito, sin razonar cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ella, estando como está, además, referida a la interrupción de la prescripción mediante un telegrama frente a lo que aquí se enjuicia sobre si el desistimiento efectuado por la recurrente antes del emplazamiento de los demandados tenía efectos interruptivos, siendo además estos distintos en uno y en otro caso, al parecer por un cambio en la dirección letrada del asunto que consideró necesario modificar y completar el planteamiento de la demanda inicial en aspecto fundamentales, como se dice en ella. 3. El recurso de casación por interés casacional va encaminado a la fijación de la doctrina que se estime correcta en contra del criterio que la sentencia recurrida haya seguido frente a otras sentencias de Audiencias Provinciales o en contra del criterio de la jurisprudencia o cuando no exista jurisprudencia sobre una ley que lleva menos de cinco años en vigor (art. 487.3 LEC), y es indudable que lo que hicieron las sentencias dictadas en ambas instancias fue resolver el caso conforme a la jurisprudencia de esta Sala. La sentencia 319/2010, de 25 de mayo, sobre la interrupción del plazo de prescripción extintiva, dice lo siguiente: «El artículo 1973 CC, aplicable en materia de prescripción de acciones personales, otorga el efecto de interrumpir el plazo de prescripción a la interposición de una reclamación judicial, como acto de naturaleza conservativa que tiene como finalidad la defensa del propio derecho (SSTS de 11 febrero 1966, 11 marzo 2004 y 30 de septiembre de 2009, RC 2209/2004). «En interpretación de esta norma, la jurisprudencia de este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la interrupción de la prescripción en casos en los que, después de presentada la demanda, se desiste del procedimiento entablado». Como indica la STS 30 de septiembre de 2009, RC 2209/2004, la doctrina civilista ha estado dividida desde la publicación del CC acerca del efecto interruptor de una demanda que después se retira. La tesis de la negación de tal efecto fue la tradicional, porque se consideraba que abandonar el pleito o dejarlo caducar podía significar dos cosas: o que se reconocía que no se tenía derecho, o que se había producido una negligencia en la reclamación. La doctrina más moderna considera, sin embargo, que se ha producido la interrupción, al haberse ya ejercitado la acción. Esta Sala ha venido manteniendo una tesis mixta entre las dos descritas, de acuerdo con la cual, si la demanda había sido ya comunicada a la parte demandada, de modo que ésta conocía la reclamación, se habría producido el efecto de la interrupción». El fundamento de este criterio está en que, para que opere la interrupción de la prescripción, es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que se identifique claramente el derecho que se pretende conservar, la persona frente a la que se pretende hacerlo valer y que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización (SSTS 13 de octubre de 1994, RC n.º 2177/1991, 27 de septiembre de 2005, RC n.º 433/1999, 12 de noviembre de 2007, RC n.º 2059/2000 )». 4. Por lo demás, que la prescripción de acciones es una excepción que se debe examinar con mucho cuidado en los casos en que la

misma se alegue, como se dice en el recurso, es algo obvio para cualquier tribunal, como ocurre con cualquier otra cuestión que se someta a su consideración. Es doctrina reiterada de esta Sala la que señala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico. El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (sentencias 334/2015, de 8 de junio; 544/2015, de 20 de octubre; 709/2016, de 25 de noviembre, 661/2017, de 12 de diciembre, entre otras). Que se hiciera al desistir reserva de acciones civiles es irrelevante. Esta reserva no es más que la posibilidad que ofrece el desistimiento, frente a la renuncia de acciones, de formular una nueva demanda. Cosa distinta es que esta nueva demanda, como sucede en este caso, se haya planteado una vez prescrita la acción”. (F.D. 2º). [E.A.P.].

*Jurisprudencia: Derecho al honor y persona jurídica. Inclusión en registro de morosos. Diligencia exigible al titular del registro. Inaplicabilidad de la legislación de protección de datos.*

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8573591&links=&optimize=20181116&publicinterface=true>

STS (Sala 1ª) de 7 de noviembre de 2018, rec. 884/2018.

“Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación: 1.- Por la hoy recurrida, (...) SL, se formula demanda para la protección de los derechos fundamentales, en concreto, del derecho al honor por la inclusión en un fichero de morosos, solicitando, en esencia, que se declare que la demandada ha cometido una intromisión ilegítima en su honor y se le indemnice en la cantidad de (...) euros por los perjuicios económicos sufridos, más intereses y costas. Mediante otrosí solicitó medidas cautelares, consistente en la supresión inmediata de toda mención de la actora en el fichero de la demanda, lo que se acordó por Auto de fecha (...) de 2016. 2.- La demandada se opuso, explicando que: Primero, la Ley de Protección de Datos no se aplica a las personas jurídicas: Segundo, que la responsabilidad por la veracidad de los datos que figuran en su fichero no le corresponde a su parte, pues se limitan a incluir en sus ficheros los datos que sus asociados les comunican respecto de sus clientes, contrastando con sus asociados que han recibido bien sus datos y que es ese titular y por esa cantidad la que quiere se incluya en el fichero, no teniendo acceso ni conocimiento de la veracidad de los datos, ya que se tratan de relaciones entre el demandante y en este caso el (...), siendo responsabilidad de las entidades la información que suministran. Tercero, también alega que la consulta del fichero solo es un factor más de valoración para la toma de decisión en el marco de la política interna de riesgos de una entidad: Cuarto, que de contrario nada se refiere

en la demanda sobre (...), ni sobre si la deuda es correcta, exacta, y si refleja su situación actual. Por último, estima que de la inclusión indebida o no, solo puede responder la entidad acreedora. 3.- La sentencia de primera instancia, sobre la base de la STS de 16 de febrero de 2016, considera que la normativa de protección de datos de carácter personal, solo se aplica a las personas físicas, y desestima la demanda, al considerar además que no se ha acreditado por la actora el incumplimiento de la diligencia debida en comprobar la veracidad de los datos incluidos en el fichero. 4.- La demandante interpone recurso de apelación y la Sección (...) de la Audiencia Provincial de (...), estima parcialmente el recurso, condenando a la demandada a que abone a la actora la cantidad de (...) euros. El recurrente en apelación sostiene que la sentencia del TS citada en la sentencia recurrida no cierra la puerta a que se resarza la afcción al honor de una persona jurídica que sufre una lesión en su prestigio y consideración, en este caso comercial. La sentencia recurrida en casación concluye que la causa de pedir de la demandante lo es, su derecho al honor en sentido abstracto, con el amparo que previene la LO1/82. Y considera que desde esta óptica la estimación de la demanda es "incontestable". Y así considera que "aunque se acepte que fue la entidad financiera la que erró al trasvasarle una situación de morosidad que era inexacta, existe culpa propia y falta de diligencia. Y ello por cuanto que si la entidad financiera proveedora de los datos se venía equivocando varias veces, en tan escaso plazo, el canon de diligencia profesional exigible al prestador de los servicios le debían haber conducido a la comprobación de los datos que se le remitían y solicitar certeza y ratificación, de modo que hay culpa propia". 5.- Se interpone recurso de casación por la demandada, y lo hace alegando interés casacional, por infracción de la jurisprudencia del TS. Se desarrolla en un motivo único, en el que denuncia la infracción del art. 7.7 y 2.2 de la LO 1/1982 en relación con las normas relativas a la protección del derecho al honor en la cesión de datos a ficheros de datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, considera que la sentencia recurrida adopta un criterio dispar al sostenido en las SSTS 68/2015, 740/2015, 267/2014, 176/ 2013, 13/2013 y 226/2012. La recurrente estima que la infracción se produce cuando el órgano judicial considera a su representada, responsable de haber cometido una lesión en el derecho al honor de la actora, al trasladarle mayores responsabilidades y diligencia debida, que las establecidas por la normativa que regula el funcionamiento de los ficheros de solvencia patrimonial y crédito y de la jurisprudencia del TS en las sentencias señaladas. Así considera que la sentencia recurrida en casación, no tiene en cuenta la jurisprudencia del TS invocada, sobre quién es el obligado a responder sobre la veracidad de la información que se incluye en los ficheros y sobre la diligencia exigible a los responsables de dichos ficheros. Y es que refiere que en cada una de las veces en que a su representada se le solicitó la cancelación de los datos, procedió a la baja de la información en el fichero. En esencia sostiene que si la entidad financiera vuelve a incluir los datos en el fichero de morosidad, ella no puede impedir las nuevas inclusiones, pues al no ser parte entre las relaciones jurídicas entre acreedor y deudor, no puede conocer los detalles que provoquen un nuevo alta. En definitiva considera que se exige una diligencia adicional a la exigida por la norma y la jurisprudencia del TS.

6.- La sala dictó auto el (...) de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida formalizó escrito de oposición al citado recurso, sin plantear óbice de admisibilidad. 7.- El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso. Apoya su petición en la existencia de culpa y falta de diligencia de la demandada, porque si la entidad proveedora de los datos se había equivocado varias veces en poco tiempo, tenía que haber comprobado que los datos que remitía el Banco eran veraces y solicitar certeza antes de incluir de nuevo a la actora en el registro, con el perjuicio que de ello derivaba, vulnerando de esta manera su derecho al honor, por aplicación de la ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales” (F.D. 1º).

“1.- Para la mejor inteligencia de la decisión del recurso es necesario poner de relieve que hechos son los que relata la actora, como fundamento de su pretensión, y qué argumentos utiliza la sentencia recurrida para hacer responsable a la demandada de una vulneración del derecho al honor de aquella: (i) Los hechos son: que durante el año 2015, sin mediar comunicación ni preaviso, fue incluida indebidamente en el fichero de morosos titularidad de la demandada por una supuesta deuda, pendiente, por importe de (...) euros. Que requirió a la demandada para que inmediatamente la eliminara de dicho fichero, y efectuadas por ésta las comprobaciones pertinentes, le dio de baja. En enero de 2016 volvió a requerir a la demandada para la eliminación del fichero. La demandada realizó las comprobaciones pertinentes, y nuevamente procedió a eliminar a la actora del fichero de morosos. En el mes de abril de 2016 nuevamente se hallaba incluida en el fichero, por el mismo importe y origen de la deuda. A raíz de esta tercera inclusión reacciona contra la demandada, lo que motiva el presente litigio, por entender que esta no compró ab initio la veracidad de la deuda, después de reconocer la existencia del error y darle de baja, sino que la volvió a incluir en el fichero. Ello ocurrió tres veces en apenas cuatro meses. (ii) La sentencia recurrida parte de un dato, que fue ratio decidendi de la sentencia de primera instancia y que ella no contradice, a saber, que por ser la actora una persona jurídica no es de aplicación la Ley de Protección de Datos (sentencia 68/2016, de 16 de febrero). Pero añade, y ello no lo niega la demandada recurrente, que la no aplicación de la normativa de la Ley de Protección de Datos por persona jurídica, no es obstáculo a que se reconozca el derecho fundamental al honor, y que aquella compañía mercantil pretende su protección; por lo que no es cuestionable, y se apoya en citas jurisprudenciales, la tutela de las personas jurídicas en esta esfera. Con estos antecedentes estima la demanda porque, con independencia de que fuese la entidad financiera la que erró al trasvasarle una situación de morosidad que era inexacta, (...) incurrió en falta de diligencia. La falta de diligencia, y ello constituye la ratio decidendi de la sentencia recurrida, consistió en no haber comprobado los datos que le remitía la entidad financiera y solicitar de la misma ratificación y certeza, a la vista de que ésta se venía equivocando varias veces en tan escaso plazo” (F.D. 2º).

“No puede servirnos de referencia como doctrina de la sala, desde el ámbito normativo de la Ley de Protección de Datos, acerca de las obligaciones y responsabilidad del responsable del fichero común, las siguientes sentencias: La

sentencia 672/2014, de 19 de noviembre, porque al ser absuelta la responsable del fichero común en la primera instancia, los demandantes no recurrieron la absolución de ésta. La sentencia 692/2014, de 3 de diciembre, porque en ella el motivo del recurso es otro, si bien consta como antecedente que en el litigio previo la actora se desistió de la demanda contra (...) porque ésta aportó con la contestación a la demanda un documento consistente en una consulta al fichero de cancelaciones en la que la deuda aparecía cancelada. La sentencia 696/2014, de 4 de diciembre, porque, aunque fue condenada (...) en las instancias, sin embargo, solo recurrió en casación el demandante en el extremo relativo al quantum de la indemnización” (F.D. 3º).

“Sin embargo, si cumple esa función la sentencia 267/2014, de 21 de mayo, que por su relevancia nos va a servir de guía. Se pretende destacar de la citada sentencia, para la decisión del recurso, los siguientes argumentos: (i) [Lo que se cuestiona en este motivo es si puede imputarse también tal intromisión ilegítima a (...), para lo cual es preciso determinar si esta empresa, titular y responsable del fichero (...), respetó el derecho a la protección de datos personales del demandante, para lo cual es necesario precisar qué normativa es aplicable, puesto que si la actuación de (...) hubiera sido conforme a Derecho, la afectación que su conducta ha causado en el honor del demandante no constituiría una intromisión ilegítima. (ii) [Los elementos fundamentales que se repiten en la regulación contenida en esas normas (Convenio, Carta de Derechos Fundamentales y Directiva), y que se relacionan íntimamente entre sí, son dos: (i) exigencia de calidad en los datos personales objeto de tratamiento automatizado en ficheros, en sus aspectos de adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud; y (ii) concesión al afectado de un derecho de rectificación cuando sus datos personales hayan sido objeto de tratamiento sin respetar tales exigencias. (iii) [La persona cuyos datos personales son recogidos, tratados e incorporados a un fichero tiene derecho a obtener información, de forma inteligible, sobre sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento (art. 12.a de la Directiva y 15 LOPD) así como a obtener la rectificación, cancelación y bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las exigencias de la normativa de protección de datos personales, en particular cuando tales datos resulten inexactos o incompletos (art. 12.b de la Directiva y 16.1 LOPD), debiendo el responsable del tratamiento hacer efectivo dicho derecho en el plazo de 10 días (art. 16.1 LOPD), dando lugar la cancelación al bloqueo de los datos y debiendo el responsable del tratamiento notificar la rectificación o cancelación de los datos a aquellos a los que previamente hubieran sido comunicados los datos rectificadas o cancelados (art. 16.3 y 4 LOPD). (iv) [Si el responsable o el encargado del tratamiento no respetara las exigencias derivadas de los principios que regulan la calidad de los datos tratados, y como consecuencia de dicha infracción se causaran daños y perjuicios de cualquier tipo a los afectados, el art. 19 LOPD, en desarrollo del art. 23 de la Directiva, les reconoce el derecho a ser indemnizados. (v) Una vez hechas tales consideraciones la sala ofreció respuesta a lo motivado por la audiencia que afirmó que "la comprobación de la existencia, certeza y vencimiento de las deudas controvertidas no son de la incumbencia del titular del registro por exceder lógicamente de sus competencias". Sostuvo la sala que compartía esa tesis, pues: [La interpretación de

estas normas reglamentarias no puede llevar a que el responsable del "registro de morosos", esto es, la empresa titular del fichero común en el que se incluyen los datos sobre incumplimientos de obligaciones dinerarias procedentes de los ficheros de distintos acreedores, esté excluido de la obligación de velar por la calidad de los datos, y, por tanto, de cancelar o rectificar de oficio los que le conste que sean no pertinentes, inexactos o incompletos. Como responsable del tratamiento de los datos obrantes en el registro de morosos del que es titular, le compete atender la solicitud de cancelación o rectificación del afectado cuando la misma sea suficientemente fundada porque los datos incluidos en el fichero no respetan las exigencias de calidad derivadas de las normas reguladoras del derecho. Y por las mismas razones ha de responder de los daños y perjuicios causados al afectado cuando se hayan incumplido estas obligaciones] Más adelante afirma que [El art. 44.3.1º RPD prevé que cuando el interesado ejercite sus derechos de rectificación o cancelación en relación con la inclusión de sus datos en un fichero regulado por el artículo 29.2 LOPD, si la solicitud se dirige al titular del fichero común, éste tomará las medidas oportunas para trasladar dicha solicitud a la entidad que haya facilitado los datos, para que ésta la resuelva, y si no recibe contestación por parte de esta entidad en el plazo de siete días, procederá a la rectificación o cancelación cautelar de los mismos. Esta previsión reglamentaria no puede interpretarse de modo que cuando el interesado haya ejercitado sus derechos de rectificación o cancelación de forma motivada y fundamentada, justificando ante el titular del fichero común el incumplimiento de los requisitos de calidad de los datos, este no pueda y no deba rectificar o cancelar los datos no pertinentes, inexactos o incompletos (a no ser que así se lo indique el acreedor que le ha suministrado los datos). Esta interpretación supondría una restricción injustificada del derecho a la protección de datos del interesado y es por tanto inatendible. Ha de tenerse en cuenta que el responsable del fichero común es quien comunica al afectado que sus datos han sido incluidos en el fichero, notificándole una referencia de tales datos e informándole de su derecho a recabar información de la totalidad de los datos, por lo que será frecuente que el derecho de rectificación o cancelación se ejercite frente al responsable del fichero común, que es el que constituye el "registro de morosos" y tiene una mayor potencialidad ofensiva pues puede ser consultado por terceros. Ciertamente, el acreedor o quien actúe por su cuenta o interés será responsable de la inexistencia o inexactitud de los datos que hubiera facilitado para su inclusión en el fichero, en los términos previstos en la LOPD, pues es él quien razonablemente puede comprobar los requisitos relativos a la existencia, veracidad y pertinencia de los datos, al ser parte en la relación contractual en la que se produjo el incumplimiento, y así lo ha declarado esta sala en su sentencia núm. 226/2012, de 9 de abril.]. (vi) como corolario hace una afirmación de gran relevancia, a saber, [Pero una vez que el interesado ejercita el derecho de rectificación o cancelación ante el responsable del registro de morosos, si la reclamación se realiza de manera documentada y justificada, el responsable de este fichero ha de satisfacer este derecho en los términos previstos en el art. 16 LOPD. No puede limitarse a trasladar la solicitud al acreedor, para que este decida, y seguir acriticamente las indicaciones de este, dando una respuesta estandarizada al afectado al que niega la cancelación que es lo

realizado por (...)]. (vii) A continuación razona porque ha de ser condenada la responsable del fichero común: [La comunicación en la que el demandante ejercitó su derecho de cancelación de los datos frente a (...), responsable del fichero (...), acreditaba de forma razonable y suficiente que su inclusión en el registro de morosos era improcedente, puesto que justificaba que había desistido del contrato en virtud de una previsión contractual que lo permitía, y había actuado diligentemente para pagar la cantidad adeudada, que era inferior a la que pretendía cargarle (...), y desde luego muy inferior a la cantidad que en el registro de morosos de atribuía a la deuda pendiente. En tales circunstancias, no bastaba a (...) con adoptar una actitud pasiva, limitándose a pedir a (...) la confirmación de la procedencia de la inclusión de los datos, y negarse a satisfacer el derecho del interesado a la cancelación de sus datos tan solo porque el acreedor así se lo manifestara. Debió examinar la solicitud y dar una respuesta con base en el carácter fundado o no de la misma, solicitando en su caso a (...) que justificara la confirmación de los datos, no limitándose a ser un mero transmisor de la solicitud al acreedor]. [No se trata tanto de que el responsable del fichero común enjuicie la existencia, certeza y vencimiento de la deuda como la pertinencia de los datos para enjuiciar la insolvencia del afectado, a la vista de los términos en que haya sido ejercitado el derecho de rectificación o de cancelación]. [(...) no es un mero encargado del tratamiento de datos que actúa por cuenta y bajo las órdenes de un responsable del fichero, en los términos previstos en el art. 3.g LOPD, sin autonomía en la toma de decisiones. Por el contrario, es responsable del fichero (...) y del tratamiento de los datos en él incluidos en los términos previstos en el art. 2.d de la Directiva y 3.d LOPD, y como tal, debió dar respuesta fundada al legítimo ejercicio del derecho de cancelación por parte del interesado cuyos datos se habían incluido indebidamente en el fichero de su responsabilidad]. [Como responsable que es de un fichero de datos automatizado que se forma sin consentimiento de los afectados, y que por la naturaleza de los datos contenidos en el mismo, puede provocar serias vulneraciones de derechos fundamentales de los interesados y causarles graves daños morales y patrimoniales, (...) ha de dar cumplida satisfacción al ejercicio por los interesados de los derechos de rectificación y cancelación, cuando, como en el caso enjuiciado, ello puede realizarse con base en una solicitud motivada y justificada. No puede limitarse a seguir las indicaciones del acreedor que facilitó los datos, ha de realizar su propia valoración del ejercicio del derecho de rectificación o cancelación realizado por el afectado, y darle una respuesta fundada. Lo contrario implicaría una restricción injustificada del derecho a la protección de datos de los interesados cuyos datos sean incluidos en un registro de los previstos en el art. 29.2 LOPD. Al limitarse a seguir acríticamente las indicaciones del acreedor y mantener los datos del demandante en un registro de morosos, pese a la solicitud de cancelación motivada y justificada que el demandante le envió, (...) vulneró su derecho fundamental a la protección de datos, y con ello, participó en la intromisión en su derecho al honor consecuencia de su indebida inclusión en el registro de morosos. Ello le hace responsable de tal vulneración junto con (...), lo que conlleva su condena solidaria al pago de la indemnización]]” (F.D. 4º).

“Las exigencias y obligaciones que se recogen en la sentencia de la sala, ampliamente reseñada, en relación con el tratamiento de los datos de carácter personal respecto de la empresa titular del fichero común, aparecen cumplidas por dicha empresa en el presente litigio si se está a los hechos en que se fundamenta la demanda. 1.- Las dos veces que fue requerida por la actora reaccionó con presteza y le dio de baja. Si no lo hizo la tercera vez fue porque no fue requerida. Se podrá argumentar que la sala ha aplicado para su decisión la normativa de la LPD, que ambas instancias declaran inaplicable con fundamento en nuestra jurisprudencia (sentencia 68/2016, de 16 de febrero), por ser la actora una persona jurídica. Es cierto, pero también que esa misma sentencia reconoce que la no aplicación de esa normativa "no significa que sea lícita la inclusión de los datos de una persona jurídica en un fichero de morosos". 2.- Si con arreglo a la normativa de la LPD, sumamente protectora por tener como ámbito las personas físicas, incluidas las comerciantes, según reiterada doctrina de la sala (sentencia 174/2018, de 23 de marzo), la demandada habría cumplido sus obligaciones de pronta rectificación y cancelación a instancia de la actora, no se le puede exigir una mayor diligencia fuera del ámbito de aquella, como pretende la sentencia recurrida. Resulta llamativa la exquisita diligencia que se predica para la demandada por la actora, y, sin embargo, no consta que así actuase ésta respecto a la entidad financiera, origen de los supuestos errores, a la que ni siquiera demanda. Y todo ello teniendo en cuenta que la persona jurídica demandante es una sociedad que ha tenido relaciones financieras y procesos con la suministradora de datos y, por ende, acceso a ella, y por supuesto le asistía acción para traerla al presente litigio como codemandada; lo que hubiese clarificado una situación fáctica tan nebulosa como la que se aprecia en la sentencia recurrida, sobre todo en lo relativo a la calidad de datos de la suministradora.” (F.D. 5º). [E.A.P.].

*Jurisprudencia: Responsabilidad civil por ocultación de paternidad: no procede la aplicación del artículo 1902 del Código civil. Fijación del dies a quo para computar el plazo de prescripción. No procede la devolución de alimentos. Daño moral: no procede la indemnización del daño moral generado por la infidelidad y la ocultación de la paternidad.*

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8580844&links=&optimize=20181122&publicinterface=true>

STS (Sala 1ª) de 13 de noviembre de 2018, rec. 3275/2017.

“Los antecedentes del caso son los siguientes: 1. Don M. estaba casado con Doña J. Durante la vigencia del matrimonio nacieron tres hijos llamados (...), nacidos los días (...) de 1992, (...) de 1994 y (...) de 1997. Por sentencia de (...), dictada en autos de divorcio, se decretó el divorcio con las medidas pertinentes, entre otras una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de (...) euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Con anterioridad a la sentencia de divorcio ambos cónyuges se habían separado por sentencia de (...), en la que se aprobó un convenio regulador y se puso a

cargo del padre, en concepto de alimentos a los tres hijos, el 45% de los haberes líquidos que pudiera percibir. 2. Tras un proceso de filiación, en el que se declaró la no paternidad de don M. respecto del que había venido considerando como hijo suyo, (...), nacido el (...) de 1994, formuló una demanda frente a quien había sido su esposa, para reclamarle: a) (...) euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, en virtud de sentencias, primero de separación y luego de divorcio; b) la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad, y c) (...) euros en concepto de daños morales. 3. La parte demandada se opuso a tales pretensiones y planteó la excepción de prescripción de la acción de conformidad con el art. 1968.2 CC, que fue estimada por el Juzgado con el argumento de que había transcurrido más de un año desde que el actor supo que el menor (...) no era su hijo biológico, esto es en el año 2008, fecha en la cual se interpuso la pertinente demanda sobre impugnación de la paternidad, y la presentación de la papeleta de conciliación, el (...) de 2011, no siendo hasta el (...) de 2013 cuando se presenta la demanda. 4. Formulado recurso de apelación por el actor, la Audiencia Provincial estimó el recurso y en parte la demanda: (i) En primer lugar, considera que la acción no está prescrita, pues el plazo debe computarse desde que lo supo el agraviado, y ese momento se concreta cuando adquirió firmeza la sentencia en el procedimiento de filiación -(...) de 2010-, y posterior inscripción registral. Instado acto de conciliación el (...) de 2011, la prescripción se interrumpió hasta la celebración de dicho acto -(...) de 2012-, por lo que al presentarse la demanda el (...) de 2013, la acción ejercitada no estaba prescrita. (ii) En segundo lugar, concluye que, acreditada la falta de paternidad por parte del actor, se ha producido una ocultación dolosa al marido con el propósito de beneficiarse de las cantidades que tenía obligación de abonar en concepto de alimentos, lo que determina que se deban devolver aquellos que pagó y que se le indemnice en (...) euros por los daños morales ocasionados ("dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno", lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos). 5. La progenitora del menor ha interpuesto recurso de casación fundado en cuatro motivos: (i) El primero se formula por infracción de los arts. 1968.2 y 1969 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo del plazo de prescripción, por entender que este debe iniciarse en el momento en que el actor supo que (...) no era su hijo con los resultados del estudio genético al que se habría sometido privadamente en el año 2008, y luego en el juicio de filiación donde se practicó una segunda prueba de paternidad en el Instituto Nacional de Toxicología de (...), con fecha de (...) de 2010, fecha en la que nuevamente conoció que el menor no era hijo suyo, no siendo hasta el (...) de 2011 cuando se interpuso la papeleta de conciliación y posteriormente, el día (...) de 2013, cuando se formuló la demanda de la que trae causa el presente recurso. (ii) El segundo por infracción del art. 1902 del Código Civil. Considera que no ha existido dolo por parte de la demandada, pues ésta tuvo conocimiento en el proceso de filiación, a resultas de la prueba biológica realizada, de que el segundo de los tres hijos biológicos habido constante el matrimonio no era de su marido, por lo que no habría existido engaño u

ocultación y porque, en definitiva, la infidelidad que dio lugar al nacimiento del hijo no sería como tal indemnizable. (iii) El tercero por infracción del art. 1902 Código Civil y de la jurisprudencia de esta sala sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, por tanto, la restitución de lo indebidamente cobrado en concepto de alimentos. (iv) El cuarto por infracción del art. 1902 Código Civil y de la jurisprudencia de esta sala sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, por tanto, de las acciones indemnizatorias por daño moral y psicológico. Para justificar el interés casacional cita, entre otras, las sentencias de esta sala del TS de 22 y 30 de julio de 1999, interpretada la primera de ellas, a sensu contrario, en el sentido de que sería precisa la concurrencia de una conducta dolosa para el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual en el supuesto enjuiciado, que es negada por la parte” (F.D. 1º).

“El primer motivo, sobre prescripción de la acción formulada, se desestima. Es reiterada y pacífica doctrina de esta sala que la fijación de dies a quo, para computar el plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarla el juez de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, siendo doctrina también reiterada que la determinación de este día inicial es función que corresponde en principio a la sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación. Es cierto, y también se ha dicho (sentencias 6/2015, 13 de enero, 29/2015, 2 de febrero, 116/2015, 3 de marzo, entre otras), que el hecho de que la apreciación de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión jurídica, ha permitido a esta sala revisar en algún caso la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. En la demanda se ejercitó una acción para exigir el cumplimiento de las acciones que nacen de culpa extracontractual, sujeta a la prescripción de un año, según el artículo 1968,2 del Código Civil, por lo que el problema se resuelve a partir del artículo 1902 del Código Civil. Y se resuelve en la forma que lo ha hecho la sentencia recurrida, y no como pretende la recurrente remitiendo el dies a quo al conocimiento que el demandante tuvo de que el segundo de los hijos no era suyo con los resultados del estudio genético al que se sometió privadamente, momento en que, a su juicio, nace la acción, sino al momento en que cesa la presunción de paternidad por sentencia de (...) de 2010, y se practica la inscripción, dado que de otra forma la acción ejercitada sería inoperante; plazo luego interrumpido por la conciliación, por lo que la demanda se ha formulado en plazo” (F.D. 2º).

“El segundo motivo se refiere a la improcedente devolución de los alimentos abonados para el sustento de un hijo, que dejó de serlo a partir de la acción de impugnación de la filiación. Se estima. La cuestión planteada ya ha sido resuelta en la sentencia de pleno 202/2015, de 24 de abril, en el sentido de negar la procedencia de la devolución. Es cierto que en esta sentencia se resolvió con base en el artículo 1895 del Código Civil, de cobro de lo indebido, y que ahora la devolución se plantea al amparo del artículo 1902, configurando la indebida prestación alimenticia a un hijo, que luego se demostró que no era suyo, como un

daño indemnizable, para trasladar sin más la reclamación a las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual, con legitimación activa de quien alimentó a ese hijo para que se le restituya lo abonado, y pasiva de quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de este hijo. Pero la solución es la misma, como resulta de la doctrina de esta sala que, en lo sustancial, es la siguiente: a) El niño nace constante la relación de matrimonio y como tal se inscribe en el registro civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116 del Código Civil, reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69, y desde entonces se aplican las normas de protección de la familia a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales. Entre otras las que resultan de los artículos 111 y 154 del Código Civil, una de las cuales, los alimentos, se extrae del conjunto de obligaciones que integran la patria potestad para reclamar su devolución. b) Estos alimentos, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres -velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes- (artículo 154 CC), y el propio hecho de la filiación (artículo 111 CC), han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida del niño porque la función de protección debía cumplirse y el hijo debía ser alimentado, lo que impide que pueda solicitarse su devolución por el hecho de que no coincida la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal. c) La no devolución tiene su origen en una antigua sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, según la cual los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos. d) El derecho a los alimentos del hijo existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio; y, como consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, formarlo, representar y administrar sus bienes. Los pagos se hicieron, en definitiva, como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial. e) La filiación, dice el artículo 112 CC, "produce sus efectos desde que tiene lugar", y "su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario", como aquí sucede dado el carácter consumible de los alimentos" (F.D.3º).

“El tercer motivo presenta mayor complejidad. Lo que plantea -responsabilidad civil por daños morales en el ámbito familiar, en el concreto supuesto de ocultación de la paternidad-, no es ajeno a esta sala, que ha dictado cuatro sentencias, todas ellas desestimatorias de la pretensión indemnizatoria de daños morales (687/1999, de 22 de julio; 701/1999, de 30 de julio; 445/2009, de 14 de

julio, y 404/2012, de 18 de junio), aunque sin haber llegado a fijar doctrina jurisprudencial, en algún caso por no haber sido procedente el examen de la cuestión de fondo. Constituye, sin duda, una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como en el de las Audiencias Provinciales y en el derecho comparado, con posiciones contrarias sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones de familia, algo que hasta hace no mucho tiempo ha sido ajeno al derecho de daños, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajarla en nuestro sistema. El motivo se va a estimar. 1. El problema ha sido abordado directamente por esta sala en las sentencias 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, de 30 de julio con criterios distintos. Las otras dos apreciaron la existencia de prescripción en la acción ejercitada. En la primera de ellas se deniega la responsabilidad por no ser dolosa la conducta de la esposa, que no conoció la verdadera paternidad del hijo hasta el tiempo de la interposición de la demanda de impugnación de la filiación. Ciertamente, dice la sentencia, "los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 del Texto Legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora". En la segunda se sostiene, sin embargo, que "el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal "a quo" haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación en el 1101 del mismo...", pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización. 2. Al daño moral se ha referido también la sentencia 512/2009, de 30 de junio, dictada en un supuesto subsiguiente a la crisis matrimonial en que se condena a la madre a indemnizar el daño moral ocasionado al padre por haberle privado del contacto con su hijo, por incumplimiento de una de las obligaciones impuestas a los progenitores titulares de la patria potestad en el artículo 160 CC, lo que nada tiene que ver con lo resuelto en el presente. 3. Esta sala mantiene en lo sustancial la doctrina sentada en la sentencia 701/1999, de 30 de julio, descartando la aplicación al caso del artículo 1902 del CC, por conducta dolosa del cónyuge que ocultó al otro la paternidad de uno de los hijos, que se hace en la sentencia 687/1999, de 22 de julio. (i) No se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar. (ii) Esta solución no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código Civil ni, por supuesto, deja sin sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos

que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, supuesto en el que tiene encaje el recurso formulado, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culpable o negligente de quien lo causa. Conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, como señala la sentencia 701/199, mediante la separación o el divorcio, que aquí ya se ha producido, y que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. Se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe - artículo 98 del CC-. Con una regulación, además, tan específica o propia del derecho de familia, que permite obtener, modificar o extinguir derechos como el de la pensión compensatoria del artículo 98 del CC, o decidir sobre la custodia de los hijos habidos de la relación matrimonial, al margen de esta suerte de conductas, pues nada se dice sobre las consecuencias que en este ámbito tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 CC. (iii) Es cierto que la sentencia ha relacionado el daño no con la infidelidad matrimonial (normalmente oculta), sino con la ocultación de los efectos de la infidelidad, en este caso de un hijo que se ha tenido como tal sin serlo (los efectos pueden ser otros). Al margen de que lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad, razones análogas a las expuestas en relación con este incumplimiento, resultan de aplicación cuando la conducta generada causante del daño es la ocultación de la filiación” (F.D. 4º). [E.A.P.].

## 2. DERECHO DE FAMILIA

*Jurisprudencia: pensión compensatoria: aplicación de la doctrina jurisprudencial que permite la revisión casacional del juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio cuando éste resulta ilógico o irracional: mujer que, por su edad (50 años), carencia de formación y estado de salud (neuralgia de trigémino) puede predecirse su más que dificultosa inserción en el mercado laboral: matrimonio con duración superior a 20 años, sin que la mujer hubiera trabajado fuera de casa.*

STS (Sala 1ª) de 8 de mayo de 2018, rec. nº 3156/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/afeb209071240187/20180518>

“Dña. Benita interpuso demanda de divorcio contencioso contra D. Luis Pablo, en la que solicitaba la disolución del matrimonio por divorcio (...) y, en lo que aquí interesa, el establecimiento de una pensión compensatoria vitalicia para ella en cuantía igual al 35% de los ingresos del demandado.

La sentencia del Juzgado estimó parcialmente la (...), fijando una pensión compensatoria a favor de la esposa de 450 euros con carácter indefinido.

La Audiencia Provincial dictó sentencia en la que limita temporalmente la pensión compensatoria a un plazo de 6 años manteniendo el importe de 450 euros fijado en la instancia.

Dña. Benita interpuso recurso de casación.

(...) En su desarrollo se alega que la sentencia recurrida infringe el art. 97 CC al establecer una pensión compensatoria con limitación temporal sin haber realizado el necesario juicio prospectivo que ponga de manifiesto una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Considera la recurrente, que, con 50 años de edad, sin experiencia ni cualificación profesional, tras 20 años de duración del matrimonio dedicada a la familia y al cuidado de la hija y con un delicado estado de salud, es previsible que no pueda superar en 6 años el desequilibrio económico” (F.D. 1º).

“Analizado el recurso de casación a la luz de la referida doctrina debemos hacer constar que:

1. El esposo está jubilado y percibe 2.122,16 euros de pensión.
2. La esposa, que carece de formación profesional, tiene 50 años, habiéndose dedicado al cuidado de su esposo e hija, no habiendo desarrollado actividad remunerada.
3. El matrimonio duró algo más de veinte años.
4. La hija del matrimonio es mayor de edad, pero continúa estudiando y viviendo con la madre, habiéndose fijado una pensión de alimentos abonable por el padre de 400 euros.
5. La esposa padece una ‘neuralgia de trigémino’.
6. El patrimonio de la esposa se reduce a la mitad de la vivienda ganancial.

A la vista de estas circunstancias debemos calificar el juicio prospectivo como no ajustado a los parámetros jurisprudenciales, pues se fija una limitación temporal de seis años para la pensión compensatoria, cuando de las circunstancias concurrentes no es previsible que la esposa pueda superar en dicho período el desequilibrio económico, pues por su edad, carencia de formación y estado de salud puede predecirse su más que dificultosa inserción en el mercado laboral.

Por lo expuesto se estima el motivo del recurso” (F.D. 3º). [M.H.G.].

*Jurisprudencia: pensión compensatoria: aplicación de la doctrina jurisprudencial que permite la revisión casacional del juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio cuando éste resulta ilógico o irracional: mujer de 57 años, convivencia conyugal durante 17 años y escasa cuantía de la pensión concedida (100 euros mensuales)*

STS (Sala 1ª) de 21 de junio de 2018, rec. nº 3991/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/d0f3555494810c0a/20180629>

“Doña María José interpuso (...) demanda de divorcio contra su esposo don José Pablo (...) La sentencia de primera instancia declaró el divorcio fijando como medidas, entre otras, (...) una pensión compensatoria a favor de la esposa por importe de 100 euros mensuales. Recurrió en apelación el esposo y la Audiencia Provincial (...) dictó sentencia, (...) por la que estimó en parte el recurso a los solos efectos de fijar un límite temporal de cinco años para la pensión compensatoria” (F.D. 1º)

“(...)la Audiencia, para fijar el límite temporal de cinco años para la pensión compensatoria dice lo siguiente: ‘[...]constando que el matrimonio ha durado unos 17 años, aunque existiese un periodo de convivencia previa, apareciendo que la esposa tiene 58 años en la actualidad, lo que si bien debe suponer cierta dificultad, no impide la incorporación a trabajos que si bien no son especializados, sí son objeto de demanda en la sociedad actual, como cuidados de ancianos, enfermos, limpiezas, etc... trabajos estos que pueden paliar ese desequilibrio, sin perjuicio de obtener en su día una pensión no contributiva, debe procederse a limitar la pensión compensatoria por el plazo de cinco años a partir de la presente resolución[...].’

El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC , por un solo motivo fundado en la infracción del artículo 97 CC , e interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial que permite la revisión casacional del juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio cuando éste resulta ilógico o irracional.

(...) Esto es lo que ocurre en el caso pues, dada la edad de la esposa -57 años en el momento de la interposición de la demanda- no cabe considerar que la misma tenga una clara probabilidad de superar el desequilibrio económico actual que únicamente en parte queda paliado con la exigua cantidad mensual concedida, cuando además consta que el obligado satisface otra pensión por desequilibrio por una relación anterior por más del doble de dicha cantidad.” (F.D. 2º) [M. H. G.].

*Jurisprudencia: extinción de la pensión compensatoria por convivencia “more uxorio” de la perceptora: la extinción se produce desde la fecha de la interposición de la demanda, y no desde la fecha de la resolución judicial que la estima.*

STS (Sala 1ª) de 18 de julio de 2018, rec. nº 735/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/5c82a3ff7a62ac57/20180720>

“Resulta evidente que la causa de extinción consistente en contraer nuevo matrimonio habrá de producir su efecto desde que este hecho se produce, con independencia de la fecha en que -conocida dicha situación- se interpone la demanda y se dicta sentencia decidiendo sobre la extinción. Ninguna razón existe para concluir que la solución adoptada por la Audiencia en el caso presente, llevando los efectos de la extinción a la fecha de presentación de la demanda, suponga una solución no acorde con el espíritu de la norma pues se ha podido determinar que la situación de convivencia que ha dado lugar a la extinción existía desde el año 2004 -más de diez años antes de la interposición de la demanda- por lo que carece de sentido prolongar más allá del ejercicio del derecho por el demandante la existencia de la obligación de pago de la pensión, cuya extinción podía haberse producido en la práctica mucho tiempo atrás. La razón de ser de la pensión compensatoria está en relación con la comunidad de disfrute entre dos personas -unidas por matrimonio- de una determinada posición económica, lo que da lugar a que -extinguido el vínculo- deba ser compensado aquel de los cónyuges que sufre un desequilibrio perjudicial respecto de la situación en que se encontraba vigente el matrimonio; compensación que se extinguirá cuando esa comunidad de disfrute de instaura de nuevo con otra persona.” (F.D. 2º) [M. H. G.].

*Jurisprudencia: la pensión compensatoria pactada en convenio regulador no se extingue por la mera circunstancia de que la perceptora no hubiera accedido al mercado de trabajo durante 9 años, siendo necesario que le sea imputable una desidia en encontrarlo: mujer de 55 años, sin espacial cualificación profesional, que abandonó su trabajo para dedicarse a la familia y, en particular, al cuidado de un hijo con necesidades especiales.*

STS (Sala 1ª) de 24 de septiembre de 2018, rec. nº 4977/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/f26a0dcc43053b61/20181001>

“Don Nemesio formuló demanda de divorcio frente a su esposa doña Gabriela, de la que se hallaba separado judicialmente desde el año 2008, en la cual solicitó como medidas definitivas (...) la extinción de la pensión compensatoria fijada en el proceso de separación según convenio suscrito en el año 2008 y que alcanzaba un 20% de los ingresos mensuales netos del obligado.

El Juzgado de Primera Instancia (...) acordó mantener (...) la pensión compensatoria (...) teniendo en cuenta que no se ha acreditado que la demandada haya accedido al mercado laboral ni obtenido ningún tipo de ingresos, siendo esta circunstancia -obtención de ingresos- la prevista en el convenio regulador firmado por las partes en el año 2008, en el que se estableció que el Sr. Nemesio abonaría una pensión compensatoria a la Sra. Gabriela hasta el momento en el que ella percibiese una retribución por cualquier concepto, estableciendo una condición que no concurre.

Recurrió en apelación el demandante y la Audiencia Provincial dictó sentencia (...) que, con estimación parcial del recurso, revocó la de primera instancia en el único sentido de declarar extinguida la pensión compensatoria, al estimar desidia de la esposa en la búsqueda de empleo durante el tiempo transcurrido.” (F.D. 1º).

“De lo resuelto por las anteriores sentencias se desprende, como doctrina mantenida por la sala para estos casos, la que sostiene la imposibilidad de aplicar la pérdida del derecho al percibo de la pensión compensatoria como una especie de sanción por el hecho de no haber accedido a un empleo, salvo que se acredite que las circunstancias concurrentes en quien resulta ser beneficiario de la pensión demuestren una verdadera desidia y desinterés respecto del acceso al mercado laboral, circunstancias que no pueden afirmarse como acreditadas en el presente caso en que se trata de una esposa que abandonó su ocupación laboral para dedicarse a la familia y en particular al cuidado de uno de los hijos habidos del matrimonio que requería de cuidados especiales; lo que unido al hecho de que tiene actualmente unos cincuenta y cinco años de edad - circunstancia que, evidentemente, resta posibilidades de acceso al trabajo salvo que se cuente con una especialización determinada- lleva a considerar que no procede la extinción de la pensión compensatoria y sí su mantenimiento en las condiciones que en su día fueron convenidas.” (F. D. 2º). [M.H.G.].

*Jurisprudencia: Menor en acogimiento: reducción del régimen de visitas de la abuela por su actitud beligerante con la familia acogedora y con los profesionales del Servicio Especializado de Atención a la Familia y a la Adolescencia.*

SAP Alicante de 9 de enero de 2018, rec. nº 780/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8360757&links=&optimize=20180425&publicinterface=true>

“En estos casos, como hemos dicho, se debe atender al interés del menor y no a los intereses particulares o a los deseos afectivos de aquellos con los que la misma se ha relacionado. Es evidente que la demandante apelante, a pesar del vínculo biológico que tiene con él, no ha sabido protegerla de modo adecuado, pues no ha seguido las indicaciones que se le han realizado desde el SEAFI..., siendo su actitud la de culpar de la situación a la familia materna e incluso a las propias asistentes sociales, al no conseguir sus pretensiones” (F.D. 2º) [J.B.D.].

*Jurisprudencia: Adopción de menor: no es necesario el asentimiento de la madre biológica si se encuentra incurso en causa de privación de la patria potestad, bastando la simple audiencia.*

SAP Valencia de 23 de marzo de 2017, rec. nº 1462/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8067010&links=&optimize=20170621&publicinterface=true>

“El hecho de que la demandante en el pasado no fuese capaz de asumir el cuidado de los hijos mayores, que llevó a la aplicación de las medidas de protección, el consumo de sustancias tóxicas y medicamentos durante el embarazo, la falta de conciencia de enfermedad, sin advertir las repercusiones y riesgos que su forma de proceder pueden tener en la protección de la menor, lleva a estimar, como se consideró en el informe emitido por el Equipo Psicosocial, que la progenitora demandante no puede garantizar la cobertura de las necesidades de la menor de forma responsable y estable en el tiempo.

Por ello y acogiendo las argumentaciones que se contienen en la sentencia recurrida, ha de ser mantenida la misma y desestimarse el recurso de apelación, pues es claro que la demandante se encontraba en el momento de adoptarse las medidas y en la actualidad incurso en causa de privación de la patria potestad” (F.D.1º) [J.B.D.]

*Jurisprudencia: Reinserción en su propia familia del menor declarado en desamparo: el interés del menor como criterio a seguir en la adopción de decisiones.*

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 esa 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.].

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

*Jurisprudencia: No puede trasladarse al comprador por el vendedor profesional las dificultades urbanísticas que surjan y paralicen la obra. En primer lugar, porque para un profesional del ramo tales circunstancias no pueden calificarse de imprevisibles. Y en segundo lugar porque quien compra en la confianza de lo que se le ofrece no debe ser el que soporte el riesgo empresarial. Que el plazo de entrega era esencial, como para frustrar su incumplimiento el interés contractual del comprador, lo acredita las consecuencias que se pactan para el supuesto de que el vendedor no pueda entregar la vivienda y anexos en la fecha prevista en contrato.*

STS (Sala 1ª) de 25 de abril de 2018, rec. nº 772/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8374837&links=&optimize=20180509&publicinterface=true>

“Motivo Primero.- La Sentencia recurrida se opone o desconoce la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que ha establecido como grave o sustancial el incumplimiento del plazo pactado expresamente por las partes para la entrega de inmuebles en los contratos de compraventa, y faculta la resolución de los contratos de compraventa.

La Sentencia recurrida ha infringido el art. 1.124 y 1.255 del Código Civil, pues el retraso constituye incumplimiento grave o sustancial siempre que haya sido pactado así por las partes en aras de la autonomía de la voluntad y permite al perjudicado por el incumplimiento la resolución del contrato. Igualmente infringe los principios *lex contractus* del artículo 1.091 CC, *pacta servanda*, artículo 1.258 CC, y la necesidad de la esencia de la obligación, artículo 1.256 CC. Se aportan como Sentencias de contraste las STS 52/2014 de 6 de febrero y 7/2014 de 17 de enero. Según la Sentencia recurrida, las obras de las viviendas litigiosas se vieron paralizadas de forma obligada desde el 14 de mayo de 2009 hasta noviembre de 2011 por una resolución judicial, igualmente indica, que también estuvieron paralizadas por otros motivos desconocidos dos meses después de la fecha en que debían haber sido ya entregadas, e incluso tras el alzamiento de la paralización judicial se tardó desde noviembre de 2011 hasta agosto de 2012 en emitir certificado de final de obra, sin que haya sido aportado al procedimiento licencia de primera ocupación, interpretando que el retraso por la paralización de las obras es una causa ajena e imprevisible al vendedor que le exonera de responsabilidad, y que el retraso de más de un año, no justificado, sin que estuvieran paralizadas las

obras judicialmente, no es justificativo de la actitud del demandante ya que la resolución del contrato es un remedio excepcional frente al principio de conservación del negocio jurídico.

Resulta patente que dicha interpretación no es conforme con la naturaleza ni espíritu del principio de conservación del negocio jurídico esgrimido por la propia Audiencia Provincial de Lugo, ya que dicho principio nunca permite amparar el incumplimiento de una de las partes contractuales yendo en perjuicio de la otra parte.

En consecuencia lo que corresponde determinar es si un retraso superior a un año por causas no justificadas por la vendedora, aparte de los dos años por una paralización judicial de las obras (En concreto a la fecha de la Vista en la 1ª Instancia, de 14 de febrero de 2014, se acumulaba un retraso de casi 5 años por todos los conceptos, justificados o no), se considera un incumplimiento grave y sustancial cuando las partes han contratado expresamente un plazo y la consecuencia a la que da lugar el incumplimiento.

La Sentencia recurrida se opone o desconoce la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo sobre el carácter sustancial del incumplimiento de constituir aval o garantía sobre las cantidades entregadas a cuenta en compraventas de vivienda y la facultad de rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta sí expira el plazo de finalización de las obras sin entregarse las viviendas. (...)

La Sentencia recurrida se opone o desconoce la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo sobre la aplicación de las arras penitenciales cuando estas se encuentran pactadas en el contrato según dicción literal dicción literal de su texto.

La Sentencia recurrida infringe los arts. 1.454, 1.288 y 1.091 del Código Civil sobre la aplicación de la Estipulación Quinta de los contratos de compraventa litigiosos, desnaturalizando misma y aplicando dicha Estipulación de forma arbitraria e ilógica como cláusula penal en lugar de penitencial. Se aportan como sentencias de contraste las STS 531/2013 de 26 de septiembre y 25/2013 de 15 de febrero (...)” (F.D. 2º)

“Para decidir sobre el motivo primero, atinente al retraso en la entrega de las viviendas, conviene recordar la jurisprudencia de la Sala sobre los extremos que ahora son de interés, teniendo en cuenta que la existencia del retraso, voluntario en casi un año por causa imputable a la promotora vendedora y en más de dos años por un litigio contencioso- administrativo por motivos urbanísticos, aparece como hecho probado y no combatido en la sentencia recurrida.

1. El objeto del motivo constituye una de las cuestiones más controvertidas, con un gran componente casuístico. No obstante, la polémica surge cuando las partes no han pactado de forma expresa que la falta de entrega en el plazo acordado otorga al comprador el derecho de resolver el contrato, pues, si así fuese, una vez

incumplido el plazo nacería el derecho a la resolución sin necesidad de otro tipo de valoraciones, en principio.

A pesar del último inciso vamos a recordar la jurisprudencia de esta Sala en materia de resolución del contrato de compraventa por retraso en la entrega de la vivienda, tanto en los supuestos en que no se hubiese pactado a favor del comprador una condición resolutoria expresa en torno a un plazo de entrega fijado por las partes como esencial, como cuando si hubiese mediado tal pacto.

La STS de 1 de abril de 2014 (Recurso 475/2012 recoge que: ‘Por lo que respecta a los efectos resolutorios del incumplimiento del plazo de entrega, la jurisprudencia más reciente (por ejemplo, SSTS de 14 de junio de 2011, Rc. 369/2008, 21 de marzo 2012, Rc. 931/2009, y 25 de octubre de 2013, Rc.1666/2010) viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC) en el sentido de que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no supone una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 cuando se ‘priva sustancialmente’ al contratante, en este caso al comprador, ‘de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato’, encontrándose sin duda entre las lógicas expectativas del comprador el recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubieran estipulado y en condiciones para ser usada conforme su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor (artículo 1461 CC, en relación con el artículo 1445 CC).

2. Cuando se trata de indagar si el retraso ha obedecido a la existencia de causas no imputables a la promotora vendedora, se ha de tener en cuenta que tales causas deben ser imprevisibles e inevitables por ella a la fecha del contrato.

De ahí que, con independencia de lo dispuesto en la Ley 57/1968, en el ámbito de la construcción, en el que deben preverse plazos prudenciales de tiempo para la realización de las obras, tenga poca cabida la existencia de alguna causa de fuerza mayor que pueda justificar un retraso en la entrega de la vivienda.

Quien fija el plazo de entrega de las viviendas es el promotor, que es un profesional de la Construcción y debe conocer las dificultades propias de esta actividad y, por lo tanto, tiene que prever las circunstancias y asegurarse de poder cumplir sus compromisos, fijando un plazo de entrega mucho más dilatado en el tiempo, aunque ello le haga perder algún posible cliente.

El riesgo de acabar las obras dentro del plazo establecido en el contrato es asumido íntegramente por el promotor vendedor como parte de su riesgo empresarial y, en consecuencia, no puede trasladarse al comprador.” (F.D. 4º).

“Si se aplica la anterior doctrina al supuesto enjuiciado existen dos hechos relevantes para la estimación del motivo, por cuanto de ellos se infiere la frustración del interés contractual para el comprador.

El primero de ellos es que en el exponendo tercero de los contratos se recoge que se han ‘obtenido las licencias y autorizaciones administrativas legalmente exigibles’, por lo que se crea en el comprador la confianza razonable de que no va a padecer dificultades urbanísticas en la compra.

El segundo que en la estipulación primera de los contratos se pacta que la parte vendedora entregará a la parte compradora la vivienda y los anexos objeto del presente contrato antes del día treinta y uno de mayo de dos mil nueve (31/05/2009), siempre que la parte compradora tenga abonadas las cantidades devengadas en dicha fecha conforme a lo previsto en la estipulación tercera del presente contrato. En el caso de que el vendedor no pueda entregar la vivienda y anexos en la fecha prevista será de aplicación lo dispuesto en la condición general quinta.

De ambos se infiere:

(i) No puede trasladarse al comprador por el vendedor profesional las dificultades urbanísticas que surjan y paraliquen la obra. En primer lugar, porque para un profesional del ramo tales circunstancias no pueden calificarse de imprevisibles. Y en segundo lugar porque quien compra en la confianza de lo que se le ofrece no debe ser el que soporte el riesgo empresarial.

(ii) Que el plazo de entrega era esencial, como para frustrar su incumplimiento el interés contractual del comprador, lo acredita las consecuencias que se pactan para el supuesto de que el vendedor no pueda entregar la vivienda y anexos en la fecha prevista en contrato.

Por todo ello procede estimar el motivo y, como consecuencia de ello casar la sentencia y asumir la instancia.” (F.D. 5º) [P.M.R.].

*Jurisprudencia: Vencimiento anticipado: declaración de vigencia de dos préstamos para los que la entidad bancaria había declarado el vencimiento anticipado, por haberlo hecho cuatro años y medio después de que tuviera lugar el motivo del vencimiento anticipado, al haber ido contra los actos propios.*

STS (Sala 1ª) de 25 de abril de 2018, rec. nº 722/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8374839&links=&optimize=20180509&publicinterface=true>

“La jurisprudencia sobre los actos propios (...) Recuerda que no todo acto está sujeto a este principio, pues para poder estimar que se ha infringido la doctrina de

los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el art. 7.1 CC , ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, mediante actos propios que han de ser inequívocos y perfectamente delimitados, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, de manera que sean incompatibles o contradictorios con la conducta precedente. En suma, se trata de que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real.

(...) el retraso desleal, que opera necesariamente antes del término del plazo de prescripción extintivo de la acción, encuentra su específico fundamento de aplicación como una de las formas típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos que suponen una contravención del principio de buena fe (art. 7.1 CC). De forma que para su aplicación se requiere, aparte de la natural omisión del ejercicio del derecho y un transcurso dilatado de un periodo de tiempo, una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito. Confianza que debe surgir, necesariamente, de actos propios del acreedor a tal efecto.

(...) ‘un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercitará el derecho’.

(...) Esta figura debe ajustarse a las tradicionales del derecho privado que se ocupan también, en cierto sentido, del aspecto del ejercicio retrasado y muy especialmente con la prescripción extintiva y la renuncia tácita. La doctrina indica que la figura del retraso desleal se distingue de la prescripción porque, si bien en ambas se requiere que el derecho no se haya ejercido durante un largo tiempo, en el ejercicio retrasado se requiere, además, que la conducta sea desleal, de modo que haya creado una confianza en el deudor, de que el titular del derecho no lo ejercería como ha ocurrido en este caso. Por otra parte, la renuncia tácita requiere de una conducta cuya interpretación permita llegar a la conclusión de que el derecho se ha renunciado.

(...) En este caso, en el que se discute si el ejercicio de una facultad contractual de vencimiento anticipado de un préstamo vinculada a la existencia de una relación laboral, contraviene los actos propios de la entidad prestamista al activarse cuatro años y medio después de haberse extinguido el contrato de trabajo y supone un retraso desleal en el ejercicio del derecho, debe analizarse la concurrencia de tres requisitos:

(i) El transcurso de un período dilatado de tiempo durante el cual el titular del derecho se ha mantenido inactivo sin ejercitarlo. No obstante, a diferencia de lo que sucede con la prescripción o la caducidad, no basta con el mero transcurso del

tiempo, sino que tiene que ir acompañado de unas circunstancias que hagan desleal el retraso en el ejercicio del derecho.

(ii) La inactividad del titular del derecho durante ese periodo de tiempo, pudiendo haberlo ejercitado.

(iii) Y, por último, como ya ha quedado apuntado, la confianza legítima del sujeto pasivo de que el derecho ya no va a ser ejercitado. Debe ser el titular del derecho quien genere esa confianza, lo que supone algo más que su mera inactividad.” (F.D. 3º) [M. H. G.].

*Jurisprudencia: Resolución de contrato de compraventa de dos inmuebles por retraso injustificado en la entrega de la cosa, pese a no constar expresamente como causa de resolución la falta de la entrega en la fecha pactada: plazo esencial: el riesgo de acabar las obras dentro del plazo establecido en el contrato es asumido íntegramente por el promotor vendedor como parte de su riesgo empresarial y, en consecuencia, no puede trasladarse al comprador.*

STS (Sala 1ª) de 26 de abril de 2018, rec. nº 2812/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8374837&links=&optimize=20180509&publicinterface=true>

“(…) la polémica surge cuando las partes no han pactado de forma expresa que la falta de entrega en el plazo acordado otorga al comprador el derecho de resolver el contrato, pues, si así fuese, una vez incumplido el plazo nacería el derecho a la resolución sin necesidad de otro tipo de valoraciones, en principio.

(…) Cuando se trata de indagar si el retraso ha obedecido a la existencia de causas no imputables a la promotora vendedora, se ha de tener en cuenta que tales causas deben ser imprevisibles e inevitables por ella a la fecha del contrato.

De ahí que, con independencia de lo dispuesto en la Ley 57/1968, en el ámbito de la construcción, en el que deben preverse plazos prudenciales de tiempo para la realización de las obras, tenga poca cabida la existencia de alguna causa de fuerza mayor que pueda justificar un retraso en la entrega de la vivienda.

Quien fija el plazo de entrega de las viviendas es el promotor, que es un profesional de la Construcción y debe conocer las dificultades propias de esta actividad y, por lo tanto, tiene que prever las circunstancias y asegurarse de poder cumplir sus compromisos, fijando un plazo de entrega mucho más dilatado en el tiempo, aunque ello le haga perder algún posible cliente.

El riesgo de acabar las obras dentro del plazo establecido en el contrato es asumido íntegramente por el promotor vendedor como parte de su riesgo empresarial y, en consecuencia, no puede trasladarse al comprador.” (F.D. 4º).

“(…) en el exponendo tercero de los contratos se recoge que se han ‘obtenido las licencias y autorizaciones administrativas legalmente exigibles’, por lo que se crea en el comprador la confianza razonable de que no va a padecer dificultades urbanísticas en la compra.

(i) No puede trasladarse al comprador por el vendedor profesional las dificultades urbanísticas que surjan y paralícen la obra. En primer lugar, porque para un profesional del ramo tales circunstancias no pueden calificarse de imprevisibles. Y en segundo lugar porque quien compra en la confianza de lo que se le ofrece no debe ser el que soporte el riesgo empresarial.

(ii) Que el plazo de entrega era esencial, como para frustrar su incumplimiento el interés contractual del comprador, lo acredita las consecuencias que se pactan para el supuesto de que el vendedor no pueda entregar la vivienda y anexos en la fecha prevista en contrato.” (F.D. 5º). [M.H.G.].

*Jurisprudencia: La doctrina de esta Sala sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencia 1/2009, de 8 de enero y las que en ellas se citan). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (sentencias núm. 552/2998, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, y 649/2014, de 13 de enero de 2015).*

STS (Sala 1ª) de 26 de abril de 2018, rec. nº 2812/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8374839&links=&optimize=20180509&publicinterface=true>

“El 11 de diciembre de 2006 Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad (actualmente, Banco de Caja España de Inversiones de Salamanca y Soria S.A.) y D. Nicanor celebraron un contrato de trabajo, por tiempo indefinido, por el que el Sr. Nicanor pasó a ser empleado de la mencionada Caja de Ahorros.

2. El 17 de marzo de 2008, la Caja, como prestamista, y el Sr. Nicanor, como prestatario, suscribieron un contrato de préstamo, por importe de 195.869 €, con una duración de treinta años. La esposa del Sr. Nicanor, D.ª Susana, intervino como fiadora solidaria. La cláusula novena de dicho contrato contemplaba diversas causas de vencimiento anticipado, entre las que se incluía la siguiente: ‘Igualmente se considerará vencido el préstamo si el prestatario dejase por cualquier concepto de pertenecer a la plantilla activa de la Caja, sin perjuicio de lo

establecido en el Estatuto de Empleados, respecto de las situaciones de excedencia’.

Este préstamo se concedió para la adquisición de una vivienda, sin garantía hipotecaria, conforme a lo previsto en el convenio colectivo del sector y en el Estatuto de Empleados de Cajas de Ahorros.

3. El mismo día 17 de marzo de 2008, la Caja, como prestamista, y D. Nicanor y Dña. Susana, como prestatarios solidarios, celebraron un contrato de préstamo, por importe de 128.000 €, con un plazo de duración de treinta años. En este contrato no se contenía una cláusula como la anteriormente transcrita. Aunque se había solicitado con la misma finalidad de adquisición de vivienda que el anterior, no se acogió al mismo marco socio-laboral.

4. El 11 de junio de 2008, la Caja notificó el despido al Sr. Nicanor. Aunque formalmente lo calificó de disciplinario, en el mismo documento reconoció que era improcedente y aportó la correspondiente liquidación y finiquito de indemnización, que en el mismo día fue aceptada por el empleado. En dicha documentación no se hizo mención alguna a los préstamos, que se siguieron cumpliendo con normalidad por ambas partes, puesto que los prestatarios continuaron abonando las amortizaciones mensuales pactadas sin objeción alguna de la prestamista y ésta les fue comunicando las actualizaciones del tipo de interés variable pactado.

5. Los días 30 de enero y 5 de febrero de 2013, la Caja comunicó a los prestatarios y a la fiadora el vencimiento anticipado de ambos préstamos, por la razón de haber causado baja el Sr. Nicanor en la plantilla de la entidad, y requirió la devolución de los capitales pendientes.

6. Los Sres. Nicanor y Susana presentaron una demanda contra el banco, en la que solicitaban que se declarase la vigencia de los dos contratos de préstamo y se condenara a la entidad prestamista a la cancelación de los datos que hubiera podido ceder a cualquier registro de morosos o insolvencia.

7. La entidad demandada no contestó la demanda, y el juzgado dictó sentencia por la que declaró la vigencia del segundo de los préstamos, al no haberse pactado ninguna cláusula de vencimiento anticipado ligada a la permanencia del prestatario como empleado de la entidad prestamista. Y desestimó el resto de las pretensiones.

8. Recurrída en apelación la sentencia de primera instancia por los demandantes, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó dicha sentencia. (...)” (F.D 1º)

*“Primer motivo de casación. Actos propios. Retraso desleal*

*Planteamiento:*

1. El primer motivo de casación denuncia infracción del art. 7.1 CC y de la doctrina jurisprudencial de los actos propios y el retraso desleal.
2. En el desarrollo del motivo, se alega, resumidamente, que resulta erróneo no considerar que el cobro de los recibos del préstamo durante años no es un acto propio concluyente que implica la intención de no activar el vencimiento anticipado.

También se alega que es erróneo considerar que dejar transcurrir cuatro años y medio antes de dar por vencido el contrato no supone retraso desleal. Para ello, trae a colación la sentencia de la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2015, que establece que, al estar el contrato de préstamo esencialmente vinculado a la relación laboral, debe aplicarse el plazo de prescripción de un año del art. 59 del Estatuto de los Trabajadores, que se inicia desde la extinción del contrato de trabajo.

*Decisión de la Sala:*

1. Aunque la parte recurrente vincula la doctrina de los actos propios con el retraso desleal y es cierto que jurisprudencialmente se han conectado ambas instituciones, no son exactamente lo mismo, aunque tienen en común la relación con el principio de buena fe (art. 7.1 CC).
2. La sentencia de esta sala 760/2013, de 3 de diciembre, sintetiza la jurisprudencia sobre los actos propios, que referencia en la protección de la buena fe y la confianza. Recuerda que no todo acto está sujeto a este principio, pues para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el art. 7.1 CC, ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, mediante actos propios que han de ser inequívocos y perfectamente delimitados, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, de manera que sean incompatibles o contradictorios con la conducta precedente. En suma, se trata de que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real (sentencia 295/2010, de 7 de mayo).
3. Por otro lado, como recuerdan las sentencias de esta sala 399/2012, de 15 de junio, y 163/2015, de 1 de abril, el retraso desleal, que opera necesariamente antes del término del plazo de prescripción extintivo de la acción, encuentra su específico fundamento de aplicación como una de las formas típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos que suponen una contravención del principio de buena fe (art. 7.1 CC). De forma que para su aplicación se requiere, aparte de la natural omisión del ejercicio del derecho y un transcurso dilatado de un periodo de tiempo, una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito. Confianza que debe surgir, necesariamente, de actos propios del acreedor a tal efecto.

La sentencia 872/2011, de 12 de diciembre, con cita de otras muchas, analizó con detalle el retraso desleal, al decir:

‘El art. 7.1 CC establece que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La buena fe ha sido interpretada como principio general o como cláusula abierta, aunque en definitiva debe considerarse como un principio positivizado que impone deberes a los titulares de los derechos. En el art. 7.1 CC se recoge uno de los aspectos principales de las consecuencias de la buena fe y comporta determinar lo que deba entenderse por retraso desleal en el ejercicio del derecho.’ Se enuncia diciendo que ‘un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercerá el derecho’. En el derecho alemán surge la figura de la *Verwirkung* en cuya virtud resulta inadmisibles que el derecho se ejerza con un retraso objetivamente desleal.’ Esta figura debe ajustarse a las tradicionales del derecho privado que se ocupan también, en cierto sentido, del aspecto del ejercicio retrasado y muy especialmente con la prescripción extintiva y la renuncia tácita. La doctrina indica que la figura del retraso desleal se distingue de la prescripción porque, si bien en ambas se requiere que el derecho no se haya ejercido durante un largo tiempo, en el ejercicio retrasado se requiere, además, que la conducta sea desleal, de modo que haya creado una confianza en el deudor, de que el titular del derecho no lo ejercería como ha ocurrido en este caso. Por otra parte, la renuncia tácita requiere de una conducta cuya interpretación permita llegar a la conclusión de que el derecho se ha renunciado.

‘En el derecho europeo aparece la buena fe en el sentido que se ha aludido en el art. 1.7 de los Principios UNIDROIT, en los arts. 1:106 y 1:201 de los Principios del Derecho europeo de contratos y como señala el art. I-1:103 (2) del DCFR (Draft of Common Frame of Reference), ‘en particular, resulta contrario a la buena fe que una parte actúe de forma inconsecuente con sus previas declaraciones o conducta, en perjuicio de la otra parte que había confiado en ellas’ (trad. propia). Así como en el Derecho alemán, en el que la doctrina del retraso desleal encuentra su encaje en el §242 BGB, referido a la buena fe’.

Y, en fin, en las sentencias 301/2016, de 5 de mayo, y 530/2016, de 13 de septiembre (pleno), dijimos:

‘La doctrina de esta Sala sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencia 1/2009, de 8 de enero y las que en ellas se citan). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la

actuación futura (sentencias núm. 552/2998, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, y 649/2014, de 13 de enero de 2015)?

3. En este caso, en el que se discute si el ejercicio de una facultad contractual de vencimiento anticipado de un préstamo vinculada a la existencia de una relación laboral, contraviene los actos propios de la entidad prestamista al activarse cuatro años y medio después de haberse extinguido el contrato de trabajo y supone un retraso desleal en el ejercicio del derecho, debe analizarse la concurrencia de tres requisitos:

(i) El transcurso de un período dilatado de tiempo durante el cual el titular del derecho se ha mantenido inactivo sin ejercitarlo. No obstante, a diferencia de lo que sucede con la prescripción o la caducidad, no basta con el mero transcurso del tiempo, sino que tiene que ir acompañado de unas circunstancias que hagan desleal el retraso en el ejercicio del derecho.

(ii) La inactividad del titular del derecho durante ese periodo de tiempo, pudiendo haberlo ejercitado.

(iii) Y, por último, como ya ha quedado apuntado, la confianza legítima del sujeto pasivo de que el derecho ya no va a ser ejercitado. Debe ser el titular del derecho quien genere esa confianza, lo que supone algo más que su mera inactividad.

4. Conforme a tales presupuestos, no cabe compartir las valoraciones jurídicas en las que se basan las conclusiones de la Audiencia Provincial, porque sí apreciamos la concurrencia de los requisitos necesarios para estimar que la entidad prestamista ha ido contra sus propios actos y con el ejercicio tardío de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo ha violado la confianza legítima que había creado en los deudores sobre la vigencia del contrato:

(i) En primer lugar, el tiempo en que tardó en ejercitarse la facultad de vencimiento anticipado es relevante, puesto que, estando vinculado el préstamo a la relación laboral entre las partes, hasta el punto de que se enmarcó en las previsiones del convenio colectivo y del estatuto de los empleados de Cajas de Ahorros, hubo una diferencia de cuatro años y medio entre el despido y la comunicación de que se daba por vencida la póliza.

(ii) También concurre la inactividad de la parte acreedora, que en la documentación referente al despido no hizo ninguna mención al préstamo y mantuvo subsistente este contrato sin objeción de ningún tipo, no ya en ese momento, sino durante el dilatado lapso de tiempo antes indicado.

(iii) Y en último término, se creó en el prestatario y en la fiadora una confianza legítima en que no se iba a ejercer la facultad de vencimiento anticipado, pues no solo no se activó en conexión con el despido -como hubiera sido lo lógico dado el nexo funcional entre el contrato de trabajo y el préstamo-, sino que se siguieron pasando al cobro los recibos mensuales durante el extenso periodo de tiempo antes dicho, e incluso se comunicaron las revisiones del tipo de interés variable pactado. De modo que el prestatario y la fiadora pudieron creer razonablemente,

en atención a los actos propios de la entidad acreedora, que ésta había optado por mantener la vigencia del préstamo pese a la extinción de la relación laboral.

5. Lo expuesto implica que proceda la estimación de este primer motivo de casación y, sin necesidad de analizar el segundo, casar la sentencia recurrida.” (F.D. 4º) [P.M.R.].

*Jurisprudencia: De la interpretación del clausulado del contrato, especialmente de las cláusulas segunda y tercera, se desprende que las regularizaciones previstas no operan en el contrato como auténticas condiciones moduladoras de la eficacia de la relación obligatoria, esto es, ni suspenden la eficacia del contrato, ni la resuelven; pues dicho contrato despliega su plena vigencia tras la firma tanto para la venta del negocio, como para la relación de agencia. Por lo que cabe concluir que las regularizaciones previstas en la cláusula tercera operan como criterios de determinabilidad (fijación) del precio inicialmente previsto por la venta del negocio.*

STS (Sala 1ª) de 10 de mayo de 2018, rec. nº 660/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8386264&links=&optimize=20180518&publicinterface=true>

“El presente caso, con relación a la reclamación de cantidad tras la resolución de un contrato complejo de venta de negocio y de agencia plantea como cuestiones de fondo la aplicación de los arts. 1119 y 1125 del Código Civil.

2. A los efectos que aquí interesa, el contrato suscrito por las partes el 31 de enero de 2008 contenía las siguientes estipulaciones:

[...] Segunda. Precio y forma de pago. El precio de la compra del fondo de comercio dependerá de la cantidad de kilogramos que el comprador venda tras la firma del presente contrato a la clientela del vendedor (Anexo I), pactándose un precio inicial de 350.000 euros en función de unas ventas de 50.000 kilos de café al año. Se valora el kilogramo de café a 7 euros.

La forma de pago de los 350.000 euros en los que se valora la clientela del vendedor será la siguiente:

A) Un primer pago a la firma del contrato de 210.000 euros + IVA. Para ello se entrega en este acto un talón nominativo por el citado importe a nombre de Cafés Bonaire S.L.U.

B) Un segundo pago de 70.000 euros + IVA, que será abonado un año después de la firma de este contrato y una vez comprobadas las ventas reales de Cafés Bonaire S.L.U., en este segundo pago se aplicarán las regularizaciones resultantes de la cláusula tercera.

C) Un tercer pago de 70.000 euros + IVA (afectado por las regularizaciones de la cláusula tercera), que será abonado 18 meses después de la firma de este contrato,

siempre que las ventas del primer año del contrato hayan alcanzado los 50.000 kilogramos.

Se acuerda expresamente por las partes intervinientes que estos precios pueden sufrir variaciones a la baja de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula tercera de este contrato. El pago aplazado servirá como garantía que ofrece el vendedor de que el fondo de comercio que adquiere el comprador se corresponde con lo reflejado en la Auditoría que sirve de base para la realización de este contrato y en el Anexo que se acompaña.

Para el comprador es la razón fundamental de este contrato que el fondo de comercio que adquiere tenga unas ventas mínimas anuales de café de 50.000 kilogramos.

Tercera: Revisión.

Pasado un año tras la firma del presente acuerdo se realizará una revisión por parte del comprador donde se compruebe que los datos que han quedado fijados en el Anexo 1 de este contrato coinciden con la realidad.

En caso de no concordar los kilos vendidos o el precio medio acordado, el valor del fondo de comercio se ajustará de la siguiente forma:

- Por cada kilo vendido de menos de los 50.000 acordados, se reducirá el valor inicial acordado de 350.000 euros en 7 euros por cada kilo vendido de menos.

- En caso de alcanzarse la cifra de entre 50.000 kg a 60.000 kg se incrementará el valor inicial acordado en 7 euros por cada kilo vendido por encima de 50.000 y hasta 60.000 kg.

Si los kilos vendidos superan los 60.000 kg se incrementará el valor del fondo de comercio en 7 euros por cada kilo vendido de más.

Si el precio medio de los kilos vendidos es inferior al precio medio acordado, es decir, 7.66 euros/kilo, se calculará la diferencia entre el precio medio realmente obtenido y el precio acordado (7.66 euros/kg) y se multiplicará dicha diferencia por los kilos realmente vendidos en el período de revisión obteniéndose así la cantidad en la que se reducirá el valor del fondo de comercio adquirido.

Si el precio medio de los kilos vendidos es superior al precio medio acordado, es decir, 7.66 euros/kilo, se calculará la diferencia entre el precio medio realmente obtenido y el precio acordado (7.66 euros/kg) y se multiplicará dicha diferencia por los kilos realmente vendidos en el período de revisión, el 50% de la cantidad así obtenida será la cifra en la que por este concepto se incrementará el valor del fondo de comercio adquirido.’

3. En síntesis, D. Hilario y la entidad Cafés Bonaire S.L.U., vendedores y agentes en el contrato suscrito y aquí recurrentes, interpusieron una demanda contra la entidad Unión Tostadera, S.A., parte compradora en el contrato suscrito y aquí

recurrida. En dicha demanda, aparte de la resolución del citado contrato y de la reintegración de la marca, se solicitó, entre otros extremos, la condena de la demandada al pago de 140.000 euros por el fondo de comercio y la marca.

La demandada, que había resuelto unilateralmente el contrato en octubre de 2008, se opuso a la demanda y formuló demanda reconvenional en la que reconoció deber la cantidad de 37.694,38 euros por la compra del negocio (fondo de comercio) pero, a su vez, reclamó a los demandantes el pago de 100.000 euros por el incumplimiento de la cláusula de no competencia.

4. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. En este sentido condenó a la demandada al pago de 66.499,38 euros, más los intereses correspondientes; y desestimó la demanda reconvenional. Interpuestos recursos de apelación por ambas partes, la sentencia de la Audiencia desestimó dichos recursos y confirmó la sentencia de primera instancia.

5. Frente a la sentencia de apelación, los demandantes interponen recurso de casación (...)” (F.D. 1º)

“(…) En el motivo primero los recurrentes, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, denuncian la infracción de lo dispuesto en el art. 1119 del Código Civil, por inaplicación. Argumentan que la parte que impide el cumplimiento de la condición del contrato no puede resultar beneficiada por su actuación. Citan en apoyo de sus tesis las SSTS 765/2013, de 18 de diciembre, 722/2010, de 10 de noviembre y 68/2005, de 9 de febrero.

2. El motivo debe ser desestimado.

De la interpretación del clausulado del contrato, especialmente de las cláusulas segunda y tercera, se desprende que las ‘regularizaciones’ previstas no operan en el contrato como auténticas condiciones moduladoras de la eficacia de la relación obligatoria, esto es, ni suspenden la eficacia del contrato, ni la resuelven; pues dicho contrato despliega su plena vigencia tras la firma tanto para la venta del negocio, como para la relación de agencia. Por lo que cabe concluir que las regularizaciones previstas en la cláusula tercera operan como criterios de determinabilidad (fijación) del precio inicialmente previsto por la venta del negocio.

De ahí que resulte inaplicable el art. 1119 del Código Civil.

3. En el motivo segundo los recurrentes, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 L.E.C, denuncian la infracción, por inaplicación, de lo dispuesto en los arts. 1125 y 1256 del Código Civil. Argumentan que la obligación prevista en la regularización de alcanzar ventas superiores a 50.000 kg. de café solo podía exigirse cuando finalizara el plazo de un año; además de que la sentencia recurrida deja al arbitrio de la demandada la posibilidad de alterar el precio del contrato.

4. El motivo debe ser desestimado.

La inaplicación del término o plazo para la verificación de la regularización del precio prevista viene justificada por la misma resolución contractual que la demandada realiza unilateralmente; de forma que en realidad se está ante una liquidación de la relación negocial que unía a las partes y no ante una propia ejecución de las prestaciones programadas en donde sí que operaría el término como momento de exigibilidad.

Por otra parte, las regularizaciones del precio previstas no se dejan al arbitrio del comprador, de ahí que no resulte de aplicación el art. 1256 del Código Civil. Lo cual no es óbice para que la sentencia recurrida, conforme a la prueba practicada, reconozca el derecho de los demandantes a ser indemnizados por el carácter injustificado de la resolución unilateral llevada a cabo por el comprador; si bien en la cuantía determinada por el perito judicial. (...) (F.D. 2º) [P.M.R.].

*Jurisprudencia: Mientras la mandataria sí podía vincular a su mandante frente a la aseguradora en la contratación del seguro en sí misma (art. 1727 CC), en cambio la cumplimentación del cuestionario de salud habría exigido, en principio, una actuación personal de la propia asegurada, es decir, de la mandante, ya que los datos de salud no solamente son privados sino que, además, gozan de la condición de datos de carácter personal especialmente protegidos según el art. 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. En consecuencia, debe afirmarse que la cumplimentación del cuestionario de salud para la valoración del riesgo en un seguro de vida es un acto personalísimo del asegurado.*

STS (Sala 1ª) de 10 de mayo de 2018, rec. nº 2512/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8386271&links=&optimize=20180518&publicinterface=true>

“El recurso de casación, amparado en el ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por existencia de interés casacional tanto en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala como en la de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, se articula en dos motivos.

El motivo primero se funda en infracción de los arts. 10 y 89 LCS: en primer lugar, en relación con la doctrina jurisprudencial de esta sala sentada en sentencias de 18 de mayo de 1993 y 31 de diciembre de 2003 y con la doctrina de las Audiencias Provinciales contenida en SAP Madrid, 21.ª, de 12 de octubre de 2010, y 8.ª, de 7 de noviembre de 2001, que se dice vulnerada en lo relativo a la interpretación del deber del asegurado de declarar el riesgo como deber de contestar al cuestionario que le someta la compañía de seguros, que no puede ser genérico como sí lo fue el litigioso, y en cuanto a la ineficacia de las declaraciones de salud no cumplimentadas por el propio asegurado; en segundo lugar, en relación con la doctrina jurisprudencial de esta sala contenida en sentencias de 31 de diciembre de 2003 y 12 de abril de 2004 y con la de las sentencias de la AP Madrid, 10.ª, de 25 de marzo de 2009, y 12.ª, de 6 de octubre de 2009, sobre el

deber de declarar el riesgo cuando las pólizas de seguro son suscritas junto con un préstamo hipotecario a sugerencia de la entidad prestamista, en la propia sucursal de esta y como un mero trámite, sin participación alguna del asegurado; y en tercer lugar, en relación con la doctrina de las Audiencias Provinciales contenida en SSAP Baleares, 5.<sup>a</sup>, de 5 de diciembre de 2001 y 24 de septiembre de 2001, y SAP Granada, de 11 de febrero de 2011, en cuanto al carácter personalísimo de la declaración de salud.

El motivo segundo se funda, por un lado, en infracción del art. 3 LCS en relación con la doctrina jurisprudencial de esta sala contenida en sentencias de 26 de febrero de 1997 y 7 de diciembre de 1998 y con la doctrina de las sentencias AP Barcelona, 13.<sup>a</sup>, de 27 de febrero de 2010, y AP (no se indica procedencia), 14.<sup>a</sup>, de 30 de enero de 2014, sobre el carácter limitativo de la cláusula de exclusión de cobertura por enfermedades preexistentes y, por tanto, sobre la ineficacia de la misma al no reunir los requisitos de dicho precepto; y por otro, en infracción del art. 91 LCS en relación con la doctrina de las sentencias de 7 de julio de 2006 y SAP Madrid, 9.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 2012, en cuanto a que si se trataba de una cláusula limitativa de derechos del asegurado debió ser expresamente aceptada por la asegurada, lo que no fue el caso. (...)” (F.D. 4º)

“Entrando por tanto a resolver el recurso en las cuestiones jurídicas debidamente identificadas que se plantean, sus motivos deben ser desestimados por las siguientes razones:

1.<sup>a</sup>) Son hechos probados, de necesario respeto en casación: (i) que el seguro de vida suscrito por la luego fallecida fue un acto voluntario, desvinculado del préstamo; (ii) que la ausencia de la asegurada en el día de la firma no se debió a que estuviera de viaje y a que por esto tuviera que actuar representada, pues el poder notarial a favor de su hermana, otorgado días antes, era un poder muy amplio que excedía de esa supuesta y limitada finalidad o eventualidad; (iii) que dentro del amplio elenco de facultades, el poder autorizaba expresamente a la apoderada para otorgar en representación de su hermana contratos de seguro ‘de todas clases’ y los documentos ‘congruentes con las facultades expresadas’ que trajeran causa de ellos; (iv) que la apoderada no solo firmó la póliza sino también el cuestionario de salud, en ambos casos consignando en la antefirma que lo hacía «P.P.», es decir, por poder; (v) que dicho cuestionario de salud era el único «control requerido» por la entidad aseguradora; (vi) que en dicho cuestionario se le preguntó expresamente por los antecedentes médicos de la asegurada, incluyendo ingresos hospitalarios, con preguntas específicas sobre patologías concretas, en particular relacionadas con problemas ‘del corazón’ o de tipo ‘vascular’, y sobre enfermedades del ‘aparato digestivo o del hígado’; (vii) que el fallecimiento de la asegurada nueve meses después de suscribir el seguro se produjo por una causa -intervención quirúrgica programada- directamente relacionada con esas patologías preexistentes -en concreto las cardíacas- y por las que esta había sido expresamente preguntada en el cuestionario; (viii) que no consta que el cuestionario de salud fuese cumplimentado por un empleado de la entidad crediticia, al margen de la apoderada, sino por esta, cuya firma es la que aparece en

el mismo; y (ix) que antes de su fecha de efecto, prevista para el 1 de junio de 2009, la compañía demandada dirigió comunicación a nombre de la apoderada, pero al domicilio común que compartía con la asegurada, con objeto de que esta, si no lo había hecho ya, se sometiera al referido control requerido consistente en el cuestionario de salud, sin que la asegurada objetara nada respecto del cuestionario cumplimentado en su nombre y representación por su hermana.

2.<sup>a</sup>) De lo anterior se sigue, en línea con lo que ya razonó la sentencia de primera instancia (fundamento de derecho cuarto), que no estamos ante un supuesto del párrafo cuarto del art. 83 LCS (seguro de vida sobre la vida de un tercero), cuya validez exige la concurrencia de interés del asegurado, que cabe presumir *iuris et de iure* si hubiera prestado su consentimiento expreso al seguro y que, a falta del mismo, exige la prueba de su existencia a cargo del tomador (sentencia 585/2008, de 24 de junio, que explica la génesis del precepto), pues tomadora y asegurada eran personas distintas, sino que esta doble condición recayó en todo momento en D.<sup>a</sup> Evangelina, por más que se sirviera de la representación de su hermana para contratar un seguro sobre su propia vida que cubriera el riesgo de su propio fallecimiento. En consecuencia, tampoco resulta aplicable el art.7 LCS, que permite la suscripción de cualquier modalidad de seguro tanto por cuenta propia como por cuenta ajena y según el cual ‘si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado’. Al coincidir en D.<sup>a</sup> Evangelina la doble condición de asegurada y tomadora, tan solo a ella incumbía cumplir con el deber de declarar el riesgo que establece el art. 10 LCS. Cuestión distinta es si podía ser representada en ese acto.

3.<sup>a</sup>) Ciertamente, existen Audiencias Provinciales que siguen el criterio de la sentencia recurrida de considerar que el deber del art. 10 LCS no es personalísimo y que, por tanto, es posible cumplirlo mediante mandatario.

Es el caso, por ejemplo, de la SAP Granada, sec. 4.<sup>a</sup>, de 20 de marzo de 2009, rec.700/2008, que, en un caso de contratación del seguro de vida y de confección del cuestionario de salud por un familiar del asegurado, que actuó como mandatario suyo, declara que los actos realizados por el mandatario vinculaban al mandante ‘como si los hubiese llevado a cabo él mismo, máxime cuando el citado art. 10 de la LCS no establece un deber "personalísimo" de declarar las circunstancias que influyan en la valoración del riesgo’.

Por el contrario, otras Audiencias Provinciales entienden que la obligación de declarar el riesgo mediante la cumplimentación del cuestionario de salud es personalísima, de tal manera que si no se realiza por el propio tomador/asegurado no puede tenerse por existente dicha declaración. La parte recurrente cita las sentencias de la AP de Illes Balears de 24 de septiembre de 2001 y 5 de diciembre de 2001. La primera es más clara al considerar que, por su carácter personalísimo, además de confidencial, solo al propio asegurado/tomador le incumbe responder a las preguntas del cuestionario de salud (‘siendo en todo caso lo correcto, la sumisión en persona a cada uno de los asegurados al cuestionario y no la toma de

datos a través de un tercero dado el carácter personalísimo, además de confidencial, que a la declaración sobre el propio estado de salud debe atribuirse, no teniendo obligación los terceros, en este caso hija de los asegurados, de conocer todas las enfermedades o patologías que afectan a sus padres). La segunda sentencia no parece excluir la posibilidad de que un tercero (la hija) pueda facilitar los datos de salud del asegurado (su padre), si bien, precisamente por tratarse de datos íntimos y personalísimos, concluye que al conformarse la aseguradora con lo declarado por la hija asumió un mayor riesgo de que las respuestas no fueran exactas, todo lo cual debía valorarse a la hora de excluir la existencia de dolo e, incluso, de culpa grave del tomador.

4.<sup>a</sup>) La respuesta a esta cuestión debe partir de que la LCS no prohíbe contratar seguros por mandatario y de que, amparándose en esta posibilidad legal, la aseguradora otorgó un poder notarial en virtud del cual la apoderada (su hermana) quedaba expresamente facultada para contratar toda clase de seguros, incluida la modalidad de vida para caso de muerte, así como para suscribir toda clase de documentos que su buen fin exigiera, como en este caso sería el cuestionario de salud, de cuya cumplimentación y resultado dependía que por el asegurador pudiera denegarse la efectividad del seguro.

5.<sup>a</sup>) Sin embargo, mientras la mandataria sí podía vincular a su mandante frente a la aseguradora en la contratación del seguro en sí misma (art. 1727 CC), en cambio la cumplimentación del cuestionario de salud habría exigido, en principio, una actuación personal de la propia aseguradora, es decir, de la mandante, ya que los datos de salud no solamente son privados sino que, además, gozan de la condición de datos de carácter personal especialmente protegidos según el art. 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal .

En consecuencia, debe afirmarse que la cumplimentación del cuestionario de salud para la valoración del riesgo en un seguro de vida es un acto personalísimo del asegurado.

6.<sup>a</sup>) Ahora bien, las muy especiales circunstancias concurrentes en el presente caso, valoradas en su conjunto, determinan que la inobservancia de ese requisito no excluya el dolo del asegurado a que se refiere el párrafo segundo del art. 10 LCS.

Esas circunstancias son, en primer lugar, la doble condición, en la hermana de la aseguradora, de heredera de esta y, a la vez, beneficiaria del seguro; en segundo lugar, su condición de codeudora, junto con su hermana, por razón de un mismo crédito que les concedió 'La Caixa'; en tercer lugar, la convivencia constante y continuada de ambas hermanas en un domicilio común, lo que necesariamente comportaba que quien cumplimentó el cuestionario, no genérico sino más que suficientemente detallado, conociera a la perfección el precario estado de salud de la aseguradora y, pese a ello, lo ocultara respondiendo negativamente a todas las preguntas respecto de las que una respuesta afirmativa y veraz habría permitido a la aseguradora valorar adecuadamente el riesgo: y por último, en consecuencia,

que hubo una actuación concertada entre asegurada y apoderada para que la aseguradora no pudiera valorar adecuadamente el riesgo.

7.<sup>a</sup>) En función de todo lo anterior, carece de relevancia el carácter limitativo o no de la cláusula referida a la exclusión de los siniestros producidos a consecuencia de enfermedades o accidentes anteriores al contrato, pues el siniestro en este caso fue el propio fallecimiento de la asegurada, acaecido varios meses después de la contratación del seguro, y en cambio lo decisivo era que la aseguradora pudiese valorar adecuadamente el riesgo de ese fallecimiento a la vista del estado de salud de la asegurada que dolosamente se le ocultó.” (F.D. 6º) [P.M.R.].

*Jurisprudencia: El abogado demandado no incumplió las obligaciones contratadas, dado que este respetó el compromiso de defender los intereses de su cliente al que tuvo informado de las acciones ejercitadas, las que se plantearon con el conocimiento y consentimiento del cliente, concurriendo conexión entre las pretensiones del cliente y las demandas y recursos interpuestos, cuya dirección se desarrolló bajo el dictado de la “lex artis”, es decir, con arreglo a una adecuada práctica profesional de la abogacía.*

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8464397&links=&optimize=20180802&publicinterface=true>

STS (Sala 1<sup>a</sup>) de 6 de junio de 2018, rec. nº 1/2016.

“(…) ‘Es una cuestión no controvertida que el demandante celebró un llamado contrato de permuta con la constructora Alcancons S.L. en septiembre de 2007, por el que permutaba un terreno de su propiedad a cambio de otro de esta constructora, que a la sazón estaba construyendo un edificio junto a la casa del demandante, y la entrega de 25.000.-€. De estos pactos parece que recibió 6.000.-€ y debido al cambio de constructora, pues la constructora Cervantes Martínez S.L. asumió la continuación de la edificación, se dejaron de cumplir con el resto de compromisos que Alcancons S.L. asumió en el contrato de permuta. Ello es lo que dio lugar a la contratación como abogado del demandado, firmando un contrato de encargo, en el que literalmente se dice que esa contratación lo es para ‘la resolución del contrato de permuta de fecha 02-09-2007 signado con Alcancons S.L.’

Como consecuencia de esta contratación de servicios profesionales, el abogado demandado, además de remitir una carta a la administración concursal de Alcancons para incluir dentro del pasivo los 19.000.-€ que restaban por pagar, entabló un procedimiento ordinario en reclamación de daños, un procedimiento ordinario ejercitando una acción reivindicatoria y un juicio verbal de suspensión de obra nueva, estos dos últimos, ante la desestimación en primera instancia, con los correspondientes recursos de apelación. Con los anteriores datos, y los que después se analizarán, la cuestión controvertida es si podemos considerar correctamente realizado el encargo, teniendo en cuenta que estamos ante un

arrendamiento de servicios donde la corrección de ese cumplimiento no puede medirse por el éxito final de las pretensiones del cliente, sino por el correcto trabajo profesional desarrollado, ello desde las varias perspectivas que eso implica, tales como la correcta información al cliente, la elección razonable de las acciones entabladas y otras actuaciones no judiciales para el buen fin del encargo, y la corrección en el seguimiento y actuación dentro de los procedimientos entablados’ ” (F.D. 2º)

“*Motivos primero y segundo.*”

1.- Motivo primero.- Infracción del art. 1101, 1104, 1258 del Código Civil, en relación con los arts. 1542 y 1544 del mismo texto legal y arts. 4, 44 y 78 del Real Decreto 658/2001, de 22 de diciembre y la doctrina jurisprudencial que los interpreta (STSS de 14-7-2005 y 22-4-2013, sentencia 283/2013, recurso 2040/2009).

2.- Motivo segundo.- Infracción del art. 1101, 1104, 1258 del Código Civil, en relación con los arts. 1542 y 1544 del mismo texto legal y arts. 42, 44 y 78 del Real Decreto 658/2001, de 22 de diciembre y la doctrina jurisprudencial que los interpreta (STS 283/2013, de 22 de abril, recurso 2040/2009) con relación al carácter instrumental de los procedimientos de suspensión de obra nueva y acción reivindicatoria respecto al procedimiento principal de reclamación de daños.

El recurrente en síntesis alega que la jurisprudencia en supuestos similares coincide en que la prestación de servicios de asesoría legal se articula mediante un contrato de arrendamiento de servicios que se traduce en una obligación de medios no de resultado por parte del arrendador o prestador de los servicios la cual debe desarrollar de acuerdo con la denominada *lex artis*.

El recurrente mantiene que su cliente tuvo siempre conocimiento de las acciones judiciales entabladas y de sus correspondientes recursos, otorgó poder para pleitos a favor del letrado, existió el abono de provisión de fondos a distintos profesionales que intervinieron en dichos procedimientos y prestó su consentimiento para la interposición de las acciones judiciales como así se desprende de las declaraciones del actor, de las testificales del arquitecto Sr. Marcelino y del hijo del actor.

El recurrente insiste en que el procedimiento principal era el de reclamación de daños, respecto del que no se aprecia que exista negligencia profesional del letrado siendo las acciones judiciales entabladas en los procedimientos de suspensión de obra nueva y reivindicatoria instrumentales del anterior, toda vez que el cliente le manifestó que se estaban realizando obras en la propiedad adyacente que le estaban causando numerosos perjuicios y suponían un peligro para su seguridad, además de ocupar parte de su propiedad, como así manifestó el perito que contrató el actor, surgiendo pues, tras la firma del contrato de prestación de servicios, nuevas necesidades que motivaron la interposición de otras demandas con el conocimiento y consentimiento del actor. Estima que la sentencia recurrida se opone a lo dispuesto en STS de 22 de abril de 2013, 23 de febrero de 2010, 14

de julio de 2005, 23 de mayo de 2001, 22 de octubre de 2008 que transcribe parcialmente. (...)” (F.D. 6º)

“*Relación jurídica abogado-cliente. Doctrina jurisprudencial.*”

1.- La sentencia 303/2009, de 12 de mayo, declara que:

‘El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias» y «La responsabilidad por negligencia o morosidad concurre cuando, producido objetivamente el incumplimiento, el obligado no acredita, si, como normalmente ocurre, está en su mano, haber actuado con el grado de cuidado exigible con arreglo a dichas circunstancias y haber concurrido circunstancias imprevisibles o inevitables que impidieron el cumplimiento en los términos convenidos’.

2.- La sentencia 282/2013, de 22 de abril , declara: ‘La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS de 28 de enero de 1998 , 23 de mayo de 2006 y 27 de junio de 2006 , 30 de marzo de 2006, RC n.º 2001/1999, 14 de julio de 2005, RC n.º 971/1999, 26 de febrero de 2007, RC n.º 715/2000, 2 de marzo de 2007, RC n.º 1689/2000, 21 de junio de 2007, RC n.º 4486/2000, 18 de octubre de 2007, RC n.º 4086/2000, 22 de octubre de 2008, RC n.º 655/200). El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual.

El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* [reglas del oficio], esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (STS de 14 de julio de 2005).

La jurisprudencia ha precisado que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (STS de 14 de julio de 2005, RC n.º 971/1999 y 21 de junio de 2007, RC n.º 4486/2000).

El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios... (SSTS de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, rec. 2001/1999, 26 de febrero de 2007, entre otras)’.

3.- La sentencia 482/2006, de 23 de mayo, declara:

‘La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en la inmensa mayoría de los casos (salvo muy concretas excepciones) de contrato de prestación de servicios, que define el art. 1544 del Código Civil. La prestación de servicios, como relación personal *intuitu personae* incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del art. 1258 del Código Civil y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional (sentencia de 28 de enero de 1998 ). Incumplimiento total o cumplimiento defectuoso que da lugar a la obligación de resarcir los daños y perjuicios que en ellos traigan su causa.’” (F.D. 7º)

“(...) Se estiman los motivos. (...) En el presente litigio consta por ser un hecho probado, que el cliente conocía todos los procedimientos entablados por su abogado, los cuales guardan relación de causa a efecto entre lo solicitado procesalmente por el abogado y lo encomendado por el cliente, por lo que la obligación de información del abogado con su cliente quedó plenamente cumplida (art. 42 del RD 658/2001 de 22 de diciembre).

En este sentido consta que el cliente entendió que se le habían usurpado metros cuadrados, lo que motivó la acción reivindicatoria y que se produjeron fisuras continuadas en la vivienda del demandante como consecuencia de obra nueva que se ejecutaba en la colindancia, lo que provocó la acción de suspensión de obra nueva, basado ello en el informe pericial encargado por el demandante.

Por todo ello, debe declararse que el demandado Sr. Augusto no incumplió las obligaciones contratadas, dado que este respetó el compromiso de defender los intereses de su cliente al que tuvo informado de las acciones ejercitadas, las que se plantearon con el conocimiento y consentimiento del cliente, concurriendo conexión entre las pretensiones del cliente y las demandas y recursos interpuestos, cuya dirección se desarrolló bajo el dictado de la *lex artis*, es decir, con arreglo a una adecuada práctica profesional de la abogacía. (...)” (F.D. 8º) [P.M.R.].

*Jurisprudencia: No concurriendo causas de nulidad ni de resolución contractual, discurre con plena autonomía la acción de cumplimiento del contrato, tendente a que subsista el contrato de arrendamiento con el pago de las rentas pactadas hasta la extinción del contrato (arts. 1101 y 1124 del C. Civil), dado que el arrendador no provocó la resolución, ni aceptó el desistimiento,*

*ni recibió las llaves, ni concurre cláusula contractual que lo permita. El art. 11 de la LAU de 1994 solo permite, en ciertos casos, el desistimiento unilateral del arrendatario para el arrendamiento de vivienda, no estando expresamente reconocido para el de uso distinto de vivienda, por lo que, al constar en este caso en el contrato, pero no será rescindible unilateralmente por parte del arrendatario (cláusula 12.b), no cabe duda que el desistimiento del arrendatario no tiene sustento legal ni tampoco contractual.*

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8460595&links=&optimize=20180727&publicinterface>

STS (Sala 1ª) de 23 de julio de 2018, rec. nº 366/2016.

“El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que por la demandante, aquí recurrente, se ejercitó frente a Dña. Virtudes una acción de cumplimiento contractual respecto de un contrato de arrendamiento, para uso distinto de vivienda, y de reclamación de cantidad por resolución de contrato de arrendamiento, consistente en las rentas adeudadas; a lo que se opuso la demandada, la cual reconvino, ejercitando: i) acción de nulidad o anulabilidad del contrato de arrendamiento, alegando vicio de consentimiento en los contratos, ii) de resolución del contrato, y iii) de desistimiento unilateral del arrendatario del contrato, sin derecho por parte del arrendador a indemnización y en su caso con indemnización del arrendador al arrendatario; demanda reconvenicional a la que se opuso la actora reconvenida.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvenición, declarando la obligación de cumplir en sus términos el contrato de compraventa y arriendo de la oficina de farmacia suscrito entre las partes en fecha 28 de septiembre de 2009, condenando a la demandada a abonar las rentas devengadas y no satisfechas con los intereses, más las que vayan devengándose hasta la finalización del plazo de arriendo, previsto para el día 30 de septiembre de 2029.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la demandada el cual fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial que hoy constituye objeto de recurso. Dicha resolución estima el recurso de apelación interpuesto, y revoca la sentencia apelada. Así absuelve a la demandada de las peticiones de la demanda y estima la reconvenición, declarando resuelto el contrato de arrendamiento de fecha 28 de septiembre de 2009 por desistimiento voluntario y en consecuencia la parte reconviniendo indemnizará a la parte reconvenida en la cantidad de 17.000 euros, así como los intereses del art. 576 LEC. En esencia la Audiencia, tras analizar las acciones ejercitadas por la demandada en la reconvenición, rechaza la acción de anulabilidad, por no existir dolo en la actora, y la de resolución del contrato, por no haber incumplimiento esencial en la actora, pero acoge la del desistimiento unilateral, por aplicación del art. 11 de LAU, declarando probado que la demanda reconviniendo resolvió unilateralmente el contrato el día 30 de septiembre de 2012, siendo que por carta trató de poner el local a disposición de la actora y negándose esta expresamente a aceptarlo. Ante la no oposición de las partes, la Audiencia considera acreditado que los contratos

estaban vinculados. Cuantifica la indemnización de los daños y perjuicios por efecto del desistimiento unilateral, siguiendo los criterios de la STS de 9 de abril de 2012, con un criterio moderador en 17.000 euros, esto es 1.000 euros de renta por 17 meses.

Recurso de casación: Contra dicha sentencia se interpone por la demandante recurso de casación. La parte recurrente utiliza el cauce previsto en el ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC que constituye la vía casacional adecuada, alegando jurisprudencia contradictoria entre AAPP. Se apoya en tres motivos.

Motivo primero.- Indebida aplicación de los arts. 11 párrafo 1.º LAU (según redacción vigente a la fecha de desistimiento el día 30 de agosto de 2012), e infracción por inaplicación de art. 1124 CC y 27.1.

Motivo segundo.- Infracción del art. 1255, en relación con 1256, 1258 y 1091 CC y art. 4.3 LAU. Ya que, según el recurrente, existe pacto expreso prohibiendo el desistimiento unilateral contenido en el contrato de arrendamiento de local de negocio de 28 de septiembre de 2009, estipulación duodécima, punto b) (documento núm. 8 de la demanda).

Motivo tercero.- Recurso de casación al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción de norma jurídica relevante para la resolución del procedimiento por indebida aplicación del art. 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos respecto de la cuantía que ha de servir para determinar la base de cálculo indemnizatorio en los supuestos en que anunciada la resolución unilateral por el arrendatario ésta es acordada posteriormente por el juzgado.” (F.D. 1º)

“Se estima el submotivo.

En base al art. 1124 del C. Civil, el arrendador podía solicitar el cumplimiento del contrato, como ha hecho, exigiendo el pago de las rentas adeudadas y las que quedaban por vencer.

Igualmente podía instar la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios, pero no optó por esa vía.

Esta sala en sentencia 183/2016 de 18 de marzo y en la 297/2017 de 16 de mayo declaró:

“Los tres grupos de casos que se han presentado en la jurisprudencia de la sala que son:

1. Casos en los que existe en el contrato de arrendamiento de local de negocio una cláusula que otorga al arrendatario la facultad de resolver (rectius: desistir unilateralmente) el contrato, quedando obligado a pagar al arrendador una determinada cantidad de dinero (multa penitencial) (sentencias de 23 de diciembre de 2009 (rec. 1508 de 2005), 6 de noviembre de 2013 (rec. 1589 de 2011), 10 de diciembre de 2013 (rec. 2237 de 2011) y 29 de mayo de 2014 (rec. 449 de 2012).

2. Casos en los que dicha cláusula no existe y el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento, pero el arrendador no lo acepta y pide el cumplimiento del contrato, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactados en el contrato (sentencia de 26 de junio de 2002; rec. 54/1997). Es el caso que ahora analizamos.

3. Casos en los que dicha cláusula tampoco existe, pero el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento y el arrendador acepta o acaba por aceptar la resolución del mismo reclamando indemnización de los daños y perjuicios provocados por la resolución (sentencia de 9 de abril de 2012; rec. 229 de 2007).

Sentado que estamos ante un caso del grupo segundo, debemos convenir con el recurrido y con la resolución recurrida que no procede moderación en la indemnización de daños y perjuicios, pues lo solicitado y concedido no fue una indemnización sino el pago de las rentas adeudadas, al promover el demandante (hoy recurrido), exclusivamente, el cumplimiento del contrato (art. 1124 CC), unido a que no se aceptó la resolución ni se pactó cláusula penal que permitiese la moderación’.

El presente caso se subsume en el segundo de los supuestos descritos, pues no se pactó el desistimiento unilateral y no consta que el arrendador lo aceptase, razón por la que no cabe moderación de indemnización, pues no fue ésta lo pedido sino el cumplimiento del contrato con el pago de las rentas. Es más, de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, sería necesario algo más que el silencio o la no recepción de las llaves, para considerar aceptada la resolución unilateral en este sentido, sentencia 571/2013, de 27 de septiembre, recurso 959/2011.

En conclusión, al no haberse pactado el desistimiento unilateral del arrendatario, ni aceptado el mismo por el arrendador procede la estimación la acción de cumplimiento del contrato con condena al pago de las rentas pendientes, en la forma solicitada en la demanda y en el recurso de casación’.

Por lo expuesto en esta doctrina, no concurriendo causas de nulidad ni de resolución contractual, discurre con plena autonomía la acción de cumplimiento del contrato, tendente a que subsista el contrato de arrendamiento con el pago de las rentas pactadas hasta la extinción del contrato (arts. 1101 y 1124 del C. Civil), dado que el arrendador no provocó la resolución, ni aceptó el desistimiento, ni recibió las llaves, ni concurre cláusula contractual que lo permita.

En la sentencia recurrida se entiende que no cabe la prórroga forzosa para el arrendatario.

En la sentencia recurrida parece, sin concretarlo, que se refiere a la prórroga forzosa de la LAU de 1964, que se regulaba en beneficio del arrendatario, pero tras la LAU de 1994, el arrendamiento para uso distinto de vivienda no recoge una duración mínima (art. 4.3 LAU 1994), sino la que las partes pacten, por lo que una duración como la convenida, de diecisiete años, una vez transcurridos los tres

primeros, no perjudica *per se* al arrendatario sino que garantizaba un horizonte de estabilidad a ambas partes.” (F.D. 5º)

“En la sentencia recurrida se reconoce que el art. 11 de la LAU de 1994 solo permite, en ciertos casos, el desistimiento unilateral del arrendatario para el arrendamiento de vivienda, no estando expresamente reconocido para el de uso distinto de vivienda, por lo que al constar en este caso en el contrato «pero no será rescindible unilateralmente por parte del arrendatario» (cláusula 12.b), no cabe duda que el desistimiento del arrendatario no tiene sustento legal ni tampoco contractual, por lo que no cabe más que casar la sentencia recurrida, confirmando la sentencia del juzgado en cuanto estima la acción de cumplimiento contractual, con las consecuencias inherentes que se fijan en la sentencia de 31 de marzo de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Almagro (procedimiento ordinario 917/2012).” (F.D. 6º) [P.M.R.].

*Jurisprudencia: Por razón de la buena fe, el efecto extintivo del contrato puede ser un resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello. De acuerdo con el régimen legal, el consentimiento del arrendador no es un requisito para que se produzca la subrogación y que la exigencia de notificación lo que pretende es que el arrendador tenga conocimiento en un plazo razonable del ejercicio de un derecho que le afecta. Invocar la falta de notificación para extinguir el contrato cuando el arrendador conoce la voluntad del ejercicio del derecho de subrogarse resulta, por tanto, contrario a la buena fe.*

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8458063&links=%222554%2F2015%22&optimize=20180724&publicinterface=true>

STS (Pleno, Sala 1ª) de 20 de julio de 2018, rec. nº 598/2015.

“(…) El 11 de abril de 2014, la Sra. Manuela (ahora recurrida en casación) interpuso una demanda contra el Sr. Luis Ángel por la que ejercitó una acción de desahucio por expiración del término y, subsidiariamente, una acción de desahucio por precario y solicitó la condena a entregar la finca urbana sita en CALLE000 nº NUM000, La Cuesta, La Laguna.

En la demanda alegó, en síntesis, que en virtud de la aceptación de la herencia de su padre se subrogó como arrendadora en el contrato celebrado en fecha 15 de julio de 1969 entre su padre y la Sra. Genoveva. Alegó que la arrendataria falleció el 15 de julio de 2012 y que, solo cuando tuvo conocimiento del fallecimiento, supo también que el Sr. Luis Ángel estaba ocupando la vivienda. Añadió que no sabía desde cuándo, pero que había realizado intentos para llegar a un acuerdo extrajudicial para que la abandonase. Añadió que en ningún momento el demandado solicitó la subrogación en el contrato de arrendamiento y pidió que se declarase la resolución del contrato de arrendamiento por expiración del plazo

legal y, subsidiariamente, por carecer el demandado de título en su ocupación y, en consecuencia, que se decretase el desahucio del demandado.

Argumentó que, conforme a lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (LAU 1994), si el demandado consideraba que tenía derecho a ello, debió acreditar en los tres meses siguientes al fallecimiento de la inquilina su legitimación para subrogarse y que, al no hacerlo, el contrato se había extinguido el 15 de octubre de 2012, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 16.3 LAU 1994. Conforme a lo que se acordó en la vista, el 24 de julio de 2014, la demandante amplió la demanda contra el Sr. Jesús Manuel, viudo de la arrendataria. Razonó en su escrito de ampliación que el Sr. Jesús Manuel no convivía con su esposa y que, en cualquier caso, no solicitó la subrogación en el contrato, por lo que este se había extinguido.

2.- Los demandados se opusieron a la demanda alegando que el Sr. Jesús Manuel, marido de la arrendataria fallecida, había continuado residiendo en la vivienda, junto con el Sr. Luis Ángel, al que había acogido por carecer de lugar donde vivir, que el hecho del fallecimiento se comunicó a la arrendadora y que se inició una negociación para que el Sr. Jesús Manuel pudiera subrogarse en calidad de arrendatario, con revisión de la renta.

3.- La sentencia de primera instancia de 13 de octubre de 2014 desestimó la demanda al considerar que la demandante conoció y consintió la subrogación del Sr. Jesús Manuel en calidad de arrendatario de la vivienda.

Tuvo en cuenta para ello el hecho acreditado de que el Sr. Jesús Manuel, tras el fallecimiento de su esposa, continuó ocupando la vivienda, abonó los recibos de agua y luz e intentó llegar a un acuerdo con la arrendadora para mantener el contrato, si bien con una posible revisión de la renta. La sentencia declaró igualmente que no constaba el pago de la renta por haberlo rehusado la arrendadora.

El juzgado razonó que, si bien no se cumplieron los formalismos exigidos por la disposición transitoria segunda de la LAU 1994, el art. 24.1 y el art. 58 LAU1964, ya que no se comunicó por escrito la subrogación, el incumplimiento de un formalismo no podía producir los mismos efectos que si no se hubiera efectuado comunicación alguna, cuando en el presente caso, la arrendadora aceptó la subrogación, pues ello supondría vulnerar la doctrina de los actos propios.

4.- Frente a dicha sentencia interpuso recurso de apelación la demandante, que interesó la revocación de la resolución recurrida y el dictado de otra en su lugar que estimase la demanda. Defendió que la falta de notificación por escrito de la subrogación determina la resolución del contrato de arrendamiento. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Cuarta), en sentencia de fecha 31 de marzo de 2015, estimó el recurso, revocó la sentencia apelada y estimó la demanda, declarando la resolución del contrato de arrendamiento.

La sentencia, con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo contenida en sentencias de fecha 22 de abril de 2013 y 30 de mayo de 2012 , concluyó que debía estimarse el recurso de apelación: ‘[P]orque no habiendo quedado acreditada la comunicación en forma y plazo a la arrendadora de la persona que iba a continuar en el arrendamiento como subrogado, determina la extinción del contrato en el presente caso en el que tampoco se ha conseguido un acuerdo para la celebración de un nuevo acuerdo con nuevas condiciones arrendaticias, debiéndose en consecuencia estimar el recurso dejar sin efecto la sentencia recurrida.’” (F.D.1º)

“Los demandados apelados interponen recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

El recurso se funda en dos motivos:

i) El motivo primero, por razón de interés casacional, denuncia la infracción del art. 58 LAU 1964, en relación con el art. 16.3 de la LAU 1994, por cuanto la sentencia objeto de recurso entiende que no había quedado acreditada la comunicación en forma y plazo a la arrendadora de la persona que iba a continuar en el arrendamiento como subrogado, por lo que determina la extinción del contrato. Cita en su apoyo la doctrina del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de fecha 30 de noviembre de 2011, 15 de junio de 2010 y 30 de julio de 2010. (...)

ii) El motivo segundo denuncia infracción del art. 7.1 CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los actos propios contenida en las sentencias de 13 de julio de 2012 y 5 de septiembre de 2012. (...)

2.- La demandante ahora recurrida se opone al recurso, alegando que no existe interés casacional porque la sentencia de pleno 247/2013, de 22 de abril, resolvió la cuestión litigiosa. Argumenta que, de acuerdo con esta doctrina, el demandado debió acreditar su legitimación para subrogarse y notificar por escrito a la arrendadora el fallecimiento de la arrendataria en el plazo de tres meses a contar desde el fallecimiento de su esposa.

Dada la íntima conexión entre los dos motivos del recurso se analizan conjuntamente y, por las razones que se exponen a continuación, el recurso se estima.” (F.D.2º)

“(...) 2.- Esta sala ha venido entendiendo que, para que tenga lugar la subrogación, es imprescindible el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 16 LAU, que incluyen la comunicación por escrito del fallecimiento y de la identidad de la persona que tiene la voluntad de subrogarse. Así se afirmó en la sentencia 343/2012, de 30 de mayo, se ratificó en la sentencia de pleno 247/2013, de 22 de abril, y se confirmó en la sentencia 664/2013, de 23 de octubre.

3.- Ahora, reunida nuevamente en pleno, la sala considera que la doctrina anterior resulta excesivamente rígida y que no puede ser mantenida de manera inflexible

sin atender en cada caso a las exigencias que imponga la buena fe, principio general del derecho que informa nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1.4 y 7 CC).

Por razón de la buena fe, el efecto extintivo del contrato puede ser un resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello.

No debe perderse de vista que, de acuerdo con el régimen legal, el consentimiento del arrendador no es un requisito para que se produzca la subrogación y que la exigencia de notificación lo que pretende es que el arrendador tenga conocimiento en un plazo razonable del ejercicio de un derecho que le afecta. Invocar la falta de notificación para extinguir el contrato cuando el arrendador conoce la voluntad del ejercicio del derecho de subrogarse resulta, por tanto, contrario a la buena fe.

4.- Esta matización de la doctrina jurisprudencial justifica la estimación del recurso de casación.

En el presente caso, a la vista de los hechos probados en la instancia, ha quedado acreditado que la arrendadora, a pesar de que el viudo no le remitió una comunicación por escrito para comunicarle la subrogación, tuvo pleno conocimiento de la voluntad subrogatoria, pues tras el fallecimiento de la arrendataria, y antes de interponer la demanda, estuvo negociando con el viudo el importe de la renta que debía abonar para continuar con el arrendamiento.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación, anular la sentencia recurrida, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la demandante y, tal y como hizo el juzgado, desestimar la demanda, tanto contra el Sr. Jesús Manuel como contra el Sr. Luis Ángel, que reside en la vivienda por acogimiento del primero.” (F.D. 3º) [P.M.R.].

*Jurisprudencia: Resolución de un contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación de entregar el inmueble por parte de la promotora, aunque esta posteriormente fue declarada en concurso de acreedores: la resolución produce efectos desde que se llevó a cabo extrajudicialmente, siendo la sentencia que la confirma meramente declarativa.*

STS (Sala 1ª) de 20 de septiembre de 2018, rec. nº 2755/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8518039&links=&optimize=20181002&publicinterface=true>

“El contrato que los demandantes pretenden resolver es una compraventa, un contrato de tracto único. Estos contratos, si sus obligaciones recíprocas están pendientes de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso de una de ellas, sólo pueden ser resueltos a instancia de la parte *in bonis*

por incumplimiento de la concursada, cuando este incumplimiento es posterior a la declaración de concurso.

(...) ‘la jurisprudencia (...) ha venido interpretando el artículo 1124 en el sentido de entender que el mismo también permite un ejercicio de la facultad resolutoria mediante declaración extrajudicial dirigida a la parte incumplidora, siempre a reserva de que ésta, si es que no estuviera conforme, acuda a los Tribunales para negar el incumplimiento resolutorio o rechazar la oportunidad de hacerlo valer como causa de extinción sobrevenida de la relación contractual (...). De acuerdo con esa doctrina y tomando en consideración que el artículo 1124 reconoce al contratante perjudicado la facultad de ‘escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación’, hay que entender que ésta última tiene lugar, no cuando se produjo el incumplimiento, sino cuando aquel, tras optar por resolver la relación, lo comunica a la otra parte -con la que había perfeccionado un negocio jurídico bilateral-, mediante una declaración de naturaleza recepticia – (...), en su caso, mediante un acto concluyente con el mismo significado y eficacia - *facta ex quibus voluntas concludi potest*’.

(...) los compradores, haciendo uso de la convenida facultad de resolución del contrato en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el término convenido, resolvieron el contrato de compraventa antes de que el concurso fuera declarado. Cuestión distinta es que, ante la negativa de la vendedora, los compradores se vieran compelidos a solicitar la declaración judicial de resolución por incumplimiento, que presupone los efectos resolutorios de la denuncia extrajudicial de resolución realizada por los compradores, y lo que hace es declararlo así.

(...) la sentencia estimatoria de la (...) declara la procedencia de la resolución que extrajudicialmente realizaron los compradores. (...) los efectos de la resolución se remontan a la resolución extrajudicial y (...) a la recepción de la declaración unilateral de los compradores que ponía en conocimiento del vendedor su voluntad de resolver el contrato, (...). Lo que conlleva que, al declararse el concurso, el contrato ya estuviera resuelto.

y que hubiera nacido antes la obligación de restitución de las cantidades entregadas a cuenta, que por ser anterior a la declaración de concurso tendría la consideración de crédito concursal.

En la medida en que el contrato fue resuelto antes del concurso, los eventuales efectos novatorios de un convenio, que cesaron con la apertura de la liquidación, en cualquier caso, no impedían declarar judicialmente la reseñada resolución contractual.” (F.D. 3º) [M.H.G.].

*Jurisprudencia: Compraventa de cítricos: valor probatorio del informe pericial no ratificado en juicio, a los efectos de determinar la cantidad dejada de recolectar.*

SAP Valencia de 12 de febrero de 2018, rec. nº 714/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8342917&links=pixat&optimize=20180409&publicinterface=true>

“Que el informe pericial de la actora no fuera ratificado en juicio, no le priva de valor probatorio, pues en todo caso se trataría de una prueba documental a valorar con el resto de pruebas practicadas y desde luego no ha reconocido a la actora como indemnización el total importe reclamado de 30.05,83 euros recogidos en la factura del 6 de febrero de 2.015 (folio 13) que refleja la cantidad de 9.088 arrobas dejadas de recolectar y que sumada a la cantidad recolectada de 7.912 arrobas arroja un resultado muy similar al esperado en el contrato que era de 17.000 arrobas, sin que la demandada haya demostrado que fuera una cantidad inferior, pues en su pericial que se efectuó en el mes de febrero de 2.015 no se pudo determinar al no haber ya frutos comercializable en las parcelas visitadas que fueron solo las que se indica en su contestación y en el escrito de apelación y que son solo 5 parcelas de las 7 que la actora tiene en Bétera y en cambio incluye otras dos parcelas que producen otra variedad según resulta en la certificación del folio 199” (F.D.3º) [J.B.D.]

*Jurisprudencia: Compraventa de mandarinas regulada por el Derecho civil foral valenciano: tiempo de la recolección de la cosecha. Incumplimiento imputable a la compradora.*

SAP Valencia de 27 de febrero de 2018, rec. nº 931/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8353879&links=&optimize=20180418&publicinterface=true>

“... la demandada no ha acreditado que pudo recolectar la fruta antes del comienzo de las lluvias a finales de Noviembre, porque suspendió la recolección el día 16 afirmando que la fruta pendiente de recolectar no había alcanzado el grado apropiado de madurez, y para acreditarlo es insuficiente la prueba practicada, pero es que además, el informe pericial, que acompaña como anexo los datos relativos a la humedad y precipitaciones revela que las lluvias comenzaron a partir del 21 de noviembre y cesaron a finales de Diciembre aproximadamente en la fecha en que el demandante remitió el burofax a la demandada (folio 38) requiriéndole para que de inmediato procediera a recolectar el resto de la fruta, sin que conste que la demandada respondiera a ese requerimiento afirmando que no podía hacerlo por continuar las lluvias, o por estar la fruta mojada o ya afectada por el Pixat.

Debe tomarse en consideración el hecho de que a la fecha de 15 de enero de 2.017 cuando se llevó a cabo la pericial de la actora, existía abundante fruta por recolectar y que aparentemente esta se encontraba en buen estado, afirmando que existía una parte de fruta afectada por el hongo, pero ‘manteniéndose la práctica totalidad en buenas condiciones comerciales’.

La pericial de la demandada se llevó a cabo 15 días después y revela una media de afectación por el hongo del 92,9%, y afirma que ‘Humedades elevadas seguidas de periodos secos, las altas temperaturas, los vientos fuertes y en general, las condiciones climáticas propias de la época de maduración de estos frutos, agravan, progresivamente, la pérdida de calidad del fruto’.

Por ello, el tiempo que transcurrió desde que el demandante requiriera a la demandada para recolectar el resto de la fruta hasta que se llevó a cabo la pericial, es suficiente para que la fruta desarrollara el hongo de Pixat, lo que pudo haber evitado de actuar con la diligencia que le era exigible, es decir, reanudar la recolección a finales de diciembre al cesar las lluvias y cuando no consta que la fruta se hubiera perdido todavía, sino una pequeña parte”. (F.D. 3º) [J.B.D.].

## II. DERECHO MERCANTIL

### 1. DERECHO DE SEGUROS

*Jurisprudencia: Sobre la aplicación del art. 20 LCS y su eficacia en caso de ofrecimiento de pago del asegurador a cambio de la renuncia del asegurado a ejercitar la acción.*

STS (Sala 1ª) de 14 de marzo de 2018, rec. nº 2583/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8330601&links=intereses%20art%C3%ADculo%20%20LCS%20ofrecimiento%20pago&optimize=20180323&publicinterface=true>

“(…) Conviene recordar que el único argumento para denegar los intereses es el del ofrecimiento de pago por la aseguradora no aceptado por el asegurado, que la sentencia considera causa justificada. Nada más, y ello es contrario a la jurisprudencia reiterada de esta sala.

Los ofrecimientos de pago de las aseguradoras condicionados a la renuncia del asegurado a la acción no son eficaces para evitar la mora de aquéllas y sus consecuencias, pues en tales casos no hay verdadero ofrecimiento de pago que, si va seguido de consignación, pueda producir el efecto liberatorio establecido en el párrafo primero del art. 1176 CC, sino más bien una propuesta o intento de transacción carente de idoneidad para descartar la mora de la entidad aseguradora (sentencia 51/2007, de 5 de marzo, que cita la 1197/2004, de 20 de diciembre y 206/2006, de 23 de febrero). En el mismo sentido la sentencia 1059/2007, de 18 de octubre.

Debe añadirse que «la indemnización establecida en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado.

La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial» (sentencias 489/2016, de 14 de julio; 26/2018, de 18 de enero, entre otras muchas).

Si no fuera así, esta finalidad de la norma quedaría burlada si bastara un mero ofrecimiento vinculado a la firma de un finiquito por el asegurado para evitar la aplicación de la mora del asegurador”. (F.D. 2º) [P.G.P.]

*Jurisprudencia: Seguro de embarcación de recreo. Alcance nº 7 art. 756 CCom como causa de exclusión de la cobertura del seguro. Incumplimiento de obligaciones legales. Indemnización excesiva.*

STS (Sala 1ª) de 3 de mayo de 2018, rec. nº 2116/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8377921&links=indemnización%20de%20daños%20y%20perjuicios%20incumplimiento%20contractual&optimize=20180511&publicinterface=true>

“(…) Al hilo de lo expuesto en el recurso extraordinario por infracción procesal, argumenta que el interés casacional del motivo planteado reside en que la sentencia se opone a la doctrina que entiende que no puede considerarse afectado el asegurado por aquellas cláusulas o condiciones generales del contrato de seguro, limitativas de sus derechos que, en cuanto integrantes de un contrato de adhesión, no fueran entregadas. No puede entenderse que haya habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales y, por tanto, que formen parte del contrato.

2. El motivo debe ser desestimado por carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4º LEC). La recurrente desarrolla el motivo con una clara alteración de la base fáctica de la sentencia recurrida que resulta incompatible con la formulación de este recurso extraordinario, pues parte de una premisa fáctica que no ha resultado declarada (que no se le entregó las condiciones generales de la póliza). Por lo que se pretende una revisión de los hechos probados.

3. En el motivo segundo la recurrente denuncia la infracción del art. 756.7 del Código de Comercio, con vulneración de la doctrina de esta sala contemplada en las SSTs de 16 de diciembre de 1996, de 29 de junio de 1998, de 9 de julio de 1998 y de 18 de julio de 2002. En su desarrollo argumenta que para la aplicación de dicho precepto resulta necesario que se dé una relación de causalidad entre la ‘falta de documentos’ o ‘contravención de disposiciones administrativas’ con la producción del siniestro.

4. El motivo debe ser estimado. Con relación a la cuestión planteada, esta sala se ha pronunciado varias veces; especialmente en las sentencias 754/1998, de 23 de julio y 777/2002, de 18 de julio. En esta última sentencia declaramos: '[...] En relación a lo expuesto y como interpretación del supuesto séptimo del artículo 756 del Código de Comercio que el recurso de casación estima infringido, la sentencia de esta Sala de 9 (sic) de Julio de 1998, contempla el motivo fundado en que el riesgo no estaba cubierto por la póliza, puesto que entre las condiciones pactadas estaba el asegurado obligado a que el Patrón poseyera el título exigido para mandar (en el caso de autos, no consta que se exigiera tal título a los arrendatarios) y declara a este respecto lo siguiente: 'ciertamente el artículo 756 recoge supuestos de irresponsabilidad de la aseguradora por causas determinadas, aunque no se hayan excluido de la póliza, y entre ellas, el número séptimo se refiere a: falta de documentos prescritos en este Código, en las Ordenanzas y Reglamentos de Marina u omisiones de otra clase del capitán, en contravención de las Disposiciones Administrativas, a no ser que se haya tomado a cargo del asegurador la baratería del patrón, pero tal texto ha de conectarse con el párrafo primero del artículo 756, según el cual 'no responderán los aseguradores de los danos y perjuicios que sobrevengan a las causas aseguradas por cualquiera de las causas siguientes'. La preposición 'por', y la palabra 'causa', obliga a concluir que entre la falta de documentos y el siniestro haya relación de causa a efecto y ello es algo que de ningún modo se puede afirmar. Ciertamente también que la libertad de pacto podría haber subordinado la responsabilidad al título de patrón, pero tampoco es ésta la interpretación que la Sala da al contrato, pues la solicitud se refiere expresamente a las condiciones generales inglesas de yates, y en éstas no se menciona titulación en función de los tonelajes del navío y velocidad en millas que alcanza. Y la Sala en su sentencia, entiende que con tales condiciones generales se pactó el seguro, y por ello no afecta la categoría del título'.

'En igual sentido que la sentencia anterior, se pronuncia la de fecha 16 de diciembre de 1996, que declara "que es cierto que la infracción de Reglamentos no opera con autonomía, ni permite por sí sola la privación de los beneficios del seguro, pues exige que el daño sobrevenga 'a consecuencia' de la vulneración'.

En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, y de acuerdo con lo acreditado en la instancia, no cabe apreciar que haya relación de causa a efecto entre la falta de documentos achacada a la asegurada, esto es, la falta del certificado de la revisión periódica de julio de 2012, y el siniestro producido provocado por la manipulación intencionada de elementos de la embarcación llevada a cabo por obra de un tercero". (F.D. 3º)

“(..). En el presente caso, el informe pericial de la demandante resulta mejor fundado y convincente. En este sentido, dicho informe contempla de forma más exhaustiva los daños realmente ocasionados a la embarcación, cuya gravedad resulta obvia a tenor de las propias fotografías de dichos danos. Con un coste de reparación que se valora con arreglo a los precios facilitados por una empresa de la zona especializada en dichas reparaciones. De modo que, a diferencia del informe pericial de la demandada, entre otros extremos, el informe pericial de la

demandante sí que tiene en cuenta tanto los costes de vaciado, reciclaje y limpieza del depósito de combustible, que estaba prácticamente lleno el día del siniestro, como las diversas reparaciones urgentes que tuvieron que acometerse para evitar que los daños se incrementasen tras el hundimiento de la embarcación”. (F.D. 4º) [P.G.P.]

*Seguro de responsabilidad civil. Inoponibilidad de excepciones personales. Responsabilidad por incumplimiento de una obligación contractual del asegurado. No concurre la exclusión de dolo prevista en la póliza.*

STS (Sala 1ª) de 11 de septiembre de 2018, rec. nº 1891/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8496355&links=&optimize=20180914&publicinterface=true>

“(…) El primer motivo del recurso de casación de la aseguradora denuncia la infracción de los arts. 76 y 73 LCS y de la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2006, 25 de noviembre de 2004, 9 de febrero de 1994 y 29 de noviembre de 1991.

2.- Al desarrollar el motivo, se argumenta, resumidamente, que la aseguradora puede oponer al perjudicado las excepciones que tiene contra el asegurado que son eminentemente objetivas, emanadas de la Ley o del contrato de seguro, dentro de cuyos límites queda el obligado el asegurador a indemnizar al perjudicado.

La falta de cobertura de un determinado daño no constituye una excepción personal del asegurador frente a su asegurado, sino una auténtica limitación al nacimiento del derecho del tercero frente al asegurador.

Decisión de la Sala:

1.- El art. 76 LCS establece que la acción directa del perjudicado contra el asegurador es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. No obstante, el asegurador podrá oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. La sentencia 494/2006, 10 de mayo, matizó que cuando el causante del daño que da lugar a la responsabilidad civil está asegurado, el tercero perjudicado tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones que no se confunden: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76 LCS ). Como dice la sentencia 40/2009, de 23 de abril, su finalidad es ‘evitar el circuito de acciones a que llevaría la necesidad de reclamar en primer lugar al causante-asegurado, para

que éste reclamase a su aseguradora, una vez hubiese pagado la correspondiente indemnización’.

Se trata, pues, de una acción autónoma e independiente de la que puede tener el perjudicado frente al asegurado y que se configura como un derecho de origen legal que tiene como finalidad la satisfacción del daño producido al tercero perjudicado.

2.- En el motivo de casación se plantea el problema de las denominadas excepciones impropias, es decir, las referidas a hechos relacionados con el contenido del contrato de seguro suscrito entre la compañía de seguros y el tomador, que producen daños en un tercero y quedan excluidos en la póliza o no se aseguran con las características con las que se produjo. En una interpretación puramente literal del art. 76 LCS parecería que estas excepciones tampoco serían oponibles al perjudicado, porque solo se podrían oponer las excepciones personales que tenga la compañía de seguros contra el perjudicado y la negligencia del mismo como causa del siniestro, en ninguna de las cuales está este supuesto. No obstante, esta interpretación ha sido matizada por la jurisprudencia de la sala.

La sentencia 40/2009, de 23 de abril, si bien reconoce que la acción directa es inmune a las excepciones personales que el asegurador puede oponer frente al asegurado, también sostiene que se pueden oponer las denominadas en la sentencia ‘excepciones impropias’, que define como ‘aquellos hechos impeditivos objetivos, que deriven de la ley o de la voluntad de las partes’, es decir, [...] ‘aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido, que [el asegurador] podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que éste fuera quien hubiese reclamado’. Según la misma sentencia, estas excepciones son admisibles porque ‘la acción directa del art. 76 LCS tiene su fundamento en el propio contrato por lo que su contenido puede hacerse valer frente al asegurado y así, en el seguro de responsabilidad civil, la regla general es que la obligación del asegurador viene determinada frente a terceros por la cobertura del asegurado’.

En la sentencia 268/2007, de 8 de marzo, respecto de las condiciones generales del contrato de seguro y las cláusulas delimitadoras del riesgo, se establece que, a pesar de que la compañía de seguros no puede alegar las excepciones personales que tenga frente al asegurado en caso de ejercicio de la acción directa, ello no puede afectar a la delimitación del riesgo asegurado, pues en otro caso se superarían los límites del contrato de seguro y la cobertura sería ilimitada. Y afirma:

‘Tal previsión no puede extenderse a la propia definición del riesgo asegurado y a la cobertura del seguro, elementos que por integrar el marco en que se desenvuelve el aseguramiento y, por tanto, resultar determinantes para la fijación de la prima del seguro, lo son también para el establecimiento del límite de la obligación indemnizatoria de la aseguradora, sin que pueda deducirse que dicha obligación respecto del tercero pueda exceder de los propios límites del seguro concertado pues en tal caso se estaría rebasando la propia definición del contrato de seguro contenida en el artículo 1o de la Ley cuando señala que la obligación de

la aseguradora a indemnizar lo será ‘dentro de los límites pactados’ y se llegaría a la conclusión inadmisibile de que frente al tercero perjudicado la cobertura sería siempre ilimitada’.

La sentencia 1166/2004, de 25 de noviembre, utiliza el concepto de hecho constitutivo del perjudicado al ejercitar la acción directa, de tal forma que, si este no existe, no podrá prosperar la acción directa. Considera esta sentencia como hecho constitutivo que ‘[s]u derecho de crédito a obtener la indemnización esté dentro de la cobertura del seguro. Para que surja el derecho del tercero contra el asegurador es indispensable que tenga su origen en un hecho previsto en el contrato de seguro. Porque es presupuesto de la obligación del asegurador que se verifique el evento dañoso delimitado en el contrato’. De tal forma que, si el hecho que origina el daño no está cubierto por el seguro, no estamos en el campo de las excepciones en sentido estricto, sino en supuestos en los que se debe rechazar la acción porque faltan los presupuestos para que prospere. Se trataría en este caso de excepciones objetivas, que se basan en: (i) la inexistencia del contrato o la extinción de la relación jurídica; (ii) la ausencia del derecho del perjudicado al resarcimiento; y (iii) que el derecho del tercero esté fuera de la cobertura del seguro.

Por fin, la sentencia 200/2015, de 17 de abril, aclara que pueden oponerse al perjudicado las excepciones relativas a la cobertura del riesgo, pero no aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado. En particular, dice:

‘El derecho propio del tercero perjudicado para exigir al asegurador la obligación de indemnizar - STS 12 de noviembre 2013 -, no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. De forma que el tercero perjudicado, cuando ese causante del daño está asegurado, tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones que no se confunden: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76).

‘Y es que, al establecer el artículo 76 de la LCS que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, se ha configurado una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley, que si bien permite a la aseguradora oponer al perjudicado que el daño sufrido es realización de un riesgo excluido en el contrato, no le autoriza oponer aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, como es la causación dolosa del daño, ‘sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado’; derecho de repetición que sólo tiene sentido si se admite que el asegurador no puede oponer al perjudicado que el daño tuvo su origen en una conducta dolosa precisamente porque es obligación de la aseguradora indemnizar al tercero el daño que deriva del comportamiento doloso del asegurado’.

3.- Analizadas las dos cláusulas contractuales controvertidas a la luz de la jurisprudencia expuesta, debemos concluir que la 4.10, en cuanto que excluye los daños causados por mala fe del asegurado, no puede exonerar a la aseguradora frente al perjudicado, por las razones expuestas en la transcrita sentencia 200/2015, a la que nos remitimos. Si, además, la sentencia recurrida ni siquiera califica como dolosa la conducta de la asegurada (Martínez Cano), más inaplicable resulta esta excepción.

En cuanto a la cláusula 4.12, se refiere a un supuesto que no es objeto de la indemnización, puesto que excluye los daños no consecutivos y, al resolver el recurso de casación de Martínez Cano, ya hemos visto que la sentencia recurrida solo condena a pagar los daños consecutivos o directos derivados de la negligencia contractual de la asegurada.

(...)

En el segundo motivo de casación, la aseguradora denuncia la infracción del art. 3 LCS.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, sintéticamente, que la cláusula contractual por la que se excluyen las pérdidas económicas que no sean consecuencia directa de un daño material o personal sufrido por el reclamante no es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, sino una cláusula delimitadora del riesgo.

Decisión de la Sala:

1.- En este caso la discusión sobre si la cláusula que excluye los daños indirectos es de delimitación de cobertura o limitativa es inane, porque lo relevante es que no resulta de aplicación al caso, en cuanto que la Audiencia Provincial no ha condenado a la asegurada a la indemnización de daños indirectos, sino únicamente de daños directamente relacionados con su incumplimiento contractual, del que se deriva su responsabilidad civil asegurada.

2.- En su virtud, este segundo motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior”. (F.D. 18º, 19º) [P.G.P.]

*Seguro de responsabilidad civil de administradores. Actuación negligente del administrador. Acción directa de la sociedad (perjudicada) contra la entidad aseguradora. Ausencia de declaración previa de la responsabilidad del administrador asegurado.*

STS (Secc. 1ª) de 11 de septiembre de 2018, rec. nº 2365/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8504663&links=&optimize=20180921&publicinterface=true>

“(…) El motivo denuncia la infracción del art. 76 LCS, en relación con el art. 73 LCS, y la doctrina jurisprudencial que declara que para que pueda prosperar la acción directa del art. 76 LCS es requisito indispensable que exista responsabilidad del asegurado.

En el desarrollo del motivo se justifica por qué no procedería en este caso la responsabilidad del administrador asegurado.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Estimación del motivo primero. Planteamiento. La tomadora de un seguro de responsabilidad civil (Lafarge), que cubría los daños y perjuicios ocasionados por los administradores y altos directivos en el ejercicio de sus funciones, en el que los asegurados eran los administradores y directivos de las sociedades del grupo de la tomadora, ejerció una acción directa contra la compañía de seguros (Arch) para que le indemnizara los perjuicios sufridos por la incorrecta actuación del Sr. Benedicto, administrador único de una de las sociedades del grupo (GLA Estructuras).

Arch, en su contestación a la demanda, además de excepcionar su falta de legitimación pasiva, argumentó que, de conformidad con los arts. 1 y 73 LCS, para que naciera la responsabilidad de la aseguradora era necesario que previamente se declarara la responsabilidad civil del administrador asegurado. En este caso, se decía en la contestación, que se trataba de una responsabilidad regulada en la Ley de Sociedades de Capital. La demandada negaba que concurrieran los requisitos para que pudiera apreciarse esta responsabilidad.

La sentencia recurrida, después de reconocer la legitimación activa de la demandante, en cuanto que comparecía como perjudicada por la actuación del administrador de una de sus sociedades del grupo, al final del fundamento jurídico undécimo, apreció lo siguiente:

‘Los comportamientos relacionados por la entidad demandante constituyen inequívocamente comportamientos irregulares e impropios de un ‘ordenado empresario’ y de un ‘representante leal’, en la medida en que la concesión de anticipos de cantidades efectuados a cuenta, la realización de pagos sin comprobar acuciosamente las certificaciones de obra y los excesos de crédito sobre los límites, además de no obedecer a una práctica habitual tampoco constituyen las decisiones más adecuadas desde el punto de vista de una actuación presidida por los principios de prudencia y competencia profesional. Desde esta perspectiva, los comportamientos incontrovertiblemente acreditados del asegurado encuentran fueron la causa inmediata y directa del perjuicio patrimonial experimentado por la ahora demandante-recurrente y, por lo mismo, hallan perfecto acomodo en la póliza suscrita’.

Este pronunciamiento encierra otro implícito de que el administrador asegurado incurrió en responsabilidad civil frente a la demandante, y que esta responsabilidad estaba cubierta por el seguro.

3. La acción directa ejercitada frente a la aseguradora, amparo del art. 76 LCS, presupone, primero, la existencia del contrato de seguro de responsabilidad civil, por el que, conforme al art. 73 LCS, ‘el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el seguro, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado’.

En este caso, la póliza cubría el riesgo de responsabilidad civil en que podían incurrir algunos de los asegurados, entre ellos el Sr. Benedicto, administrador único de una de las sociedades del grupo de la entidad tomadora del seguro (GLA Estructuras), como consecuencia de actos erróneos, que según la propia póliza son acciones u omisiones realizadas ‘por un asegurado sin la diligencia exigible en el ejercicio del cargo que desempeñe en la sociedad o que resulte contrario a la Ley o a los estatutos sociales’.

La acción directa, que permite dirigirse directamente contra la aseguradora, no elude de la necesidad de acreditar la responsabilidad del asegurado, en este caso el administrador de una sociedad por actos realizados en el ejercicio de su cargo. Por ello debía justificarse, declararse y cuantificarse esta responsabilidad.

4. La responsabilidad cubierta con esta póliza de seguros era la propia del administrador de una sociedad, en este caso una sociedad de capital, sujeta a un régimen legal específico, contenido en los arts. 236 y ss. LSC. Básicamente podía ser: la acción social, cuando el daño se hubiera causado directamente a la sociedad, y, por lo tanto, persigue indemnizarla del perjuicio sufrido, al margen que quién sea el que, debidamente legitimado, ejercite la acción; o la acción individual, cuando el acto hubiera lesionado directamente los intereses de algún socio o de un tercero, estando legitimado para su ejercicio el directamente perjudicado.

La demanda no especifica qué clase de responsabilidad era aquella en que habría incurrido el Sr. Benedicto. Pero del suplico de la demanda se infiere que se ejercita una acción individual, pues se pretende la indemnización de Lafarge y no de GLA Estructuras. Esto es, la demandante (Lafarge) comparece como beneficiaria del seguro, en cuanto legitimada para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la actuación incorrecta del Sr. Benedicto en el ejercicio de su cargo de administrador único de GLA Estructuras, lo que es propio de la acción individual prevista en el art. 241 LSC y no de la acción social (arts. 236 y 238 LSC).

5. La jurisprudencia tradicionalmente distingue el régimen responsabilidad de un administrador de una sociedad frente a terceros, según derive de actos realizados en el ejercicio de su cargo, cuya exigibilidad se supedita a las exigencias previstas en la Ley especial (la Ley de Sociedades de Capital), o de actos realizados en la esfera personal, ajena al cargo de administrador, en cuyo caso no opera el régimen especial societario y se aplica el general de la responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 CC.

En nuestro caso, en relación con los administradores asegurados, el riesgo cubierto en la póliza responsabilidad civil era la obligación de indemnizar en que pudieran incurrir por actuaciones incorrectas realizadas en el ejercicio de su cargo.

De este modo, para que pudiera prosperar la acción directa ex art. 76 LCS frente a la aseguradora, era necesario que el administrador asegurado, en este caso el Sr. Benedicto, hubiera incurrido en una obligación de indemnizar el perjuicio sufrido por Lafarge como consecuencia de los ‘actos incorrectos’ realizados en el ejercicio de su cargo de administrador único de GLA Estructuras. Esto es: era necesario que pudiera prosperar la acción individual de responsabilidad. Y en este caso, como veremos a continuación, no se cumplen los requisitos legales para que pudiera prosperar la acción de responsabilidad de Lafarge frente al Sr. Benedicto.

6. No podría prosperar porque la obligación de indemnizar del Sr. Benedicto frente a Lafarge, que se pretende quede cubierta por el seguro de responsabilidad civil, se encuadra en la acción individual, y la conducta del Sr. Benedicto habría lesionado directamente los intereses de la sociedad por el administrada (GLA Estructuras), y sólo indirectamente los intereses de Lafarge, en cuanto socia de GLA Estructuras.

Al respecto resulta de aplicación la jurisprudencia contenida en la sentencia 396/2013, de 20 de junio, a la que se han remitido con posterioridad las sentencias 472/2016, de 13 de julio, y 129/2017, de 27 de febrero:

‘La exigencia de responsabilidad a los administradores por los daños causados a la sociedad se hace a través de la denominada acción social, que regula el art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, art. 238 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Está legitimada directamente para ejercitar la acción la propia sociedad, previo acuerdo de la junta general, y va dirigida a restaurar su patrimonio, resarcando el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador.

‘Como se ha dicho, el daño causado directamente a la sociedad puede, de modo reflejo, provocar también daños a los socios y los acreedores. La disminución del patrimonio social provoca la correlativa disminución del valor de las acciones o participaciones sociales de las que es titular el socio, y puede provocar que no se repartan dividendos, o se repartan en menor medida. En tal caso, la conducta ilícita del administrador provoca un daño indirecto al socio. Asimismo, dada la función de garantía que el patrimonio social tiene para el acreedor, el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador supone la disminución, o incluso la desaparición, de esa garantía frente a terceros como los acreedores. Por eso los apartados 4 y 5 del art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actuales arts. 239 y 240 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, con ligeras variaciones) otorgan legitimación subsidiaria a la minoría de socios (al menos 5% del capital social) y, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos, a los acreedores, para el caso de que la acción no sea ejercitada por la sociedad, aunque ha de ser ejercitada en interés de esta, esto es, para reintegrar el patrimonio social.

‘La exigencia de responsabilidad por daños causados directamente a los socios o a terceros (señaladamente, a los acreedores) se hace a través de la denominada acción individual, que está regulada en el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente, art. 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital). El texto del precepto explicita claramente el requisito del carácter directo de la lesión resarcible mediante el ejercicio de dicha acción, al disponer: ‘[n]o obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos’ (énfasis añadido).

‘Por esa razón, doctrina y jurisprudencia han excluido que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo reflejo en su patrimonio como consecuencia del daño causado directamente a la sociedad. Para que pueda aplicarse el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas se requiere la existencia de un daño directo a los socios o a terceros. Si el daño al socio es reflejo del daño al patrimonio social solo puede ejercitarse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, de reflejo, el individual de socios o terceros’.

La consecuencia de que Lafarge careciera de acción individual frente al Sr. Benedicto para pedirle la indemnización del perjuicio sufrido indirectamente por los daños ocasionados a la sociedad administrada, de la que tiene el 100% del capital social, es que no habría surgido la obligación de indemnizar a Lafarge por parte del asegurado Sr. Benedicto, que constituye el riesgo cubierto.

7. En consecuencia, procede estimar el motivo de casación y dejar sin efecto de la sentencia recurrida, sin necesidad de entrar a analizar el motivo segundo. Asumida la instancia, procede desestimar el recurso de apelación, por lo argumentado hasta ahora, y confirmar la desestimación de la demanda, aunque por razones distintas a las vertidas en la sentencia de primera instancia”. (F.D. 3º) [P.G.P.]

## 2. DERECHO DE SOCIEDADES

*Jurisprudencia: Administrador de hecho, elementos que determinan su existencia. Responsabilidad de personas físicas representantes de administradores persona jurídica*

STS Sala (Sala 1ª) de 1 de marzo de 2018, rec. nº 1878/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8322046&links=&optimize=20180316&publicinterface=true>

“(…) En el presente procedimiento, Alerpharma S.A. ejercita una acción de responsabilidad contra las dos administradoras de la sociedad Engindus Europe S.A., las entidades Catistres 2000 S.L. y Dositecno 95 S.L., administradoras mancomunadas, y contra las dos personas físicas representantes de estas, los

codemandados D. Eulogio y D. Nemesio, respectivamente. Dicha acción se fundamenta tanto en la responsabilidad por no promover la disolución social, con invocación de la concurrencia de las causas de disolución previstas en el art. 260.1, 3ª y 4ª L.S.A., como en la acción individual de responsabilidad de los administradores de los art. 133 y 135 L.S.A “ (F.D. 1º)

“(…) La demandante denuncia la infracción del art. 236 de la L.S.C. Argumenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala sobre la figura del administrador de hecho. Cita en apoyo de su tesis las sentencias de esta sala 924/2005, de 24 de noviembre, 55/2008, de 8 de febrero y 721/2012, de 4 de diciembre, así como la sentencia de la sala segunda de este Tribunal 816/2016, de 26 de julio.

(…) El motivo debe ser desestimado. En primer lugar, hay que señalar que la cita de una sentencia de la sala segunda del Tribunal Supremo no puede fundar un motivo de casación ante esta sala primera, pues la jurisprudencia de la sala segunda sobre el concepto de administrador de hecho no vincula a la sala primera. En segundo lugar, hay que precisar que, por razón de su vigencia temporal, el precepto que resulta aplicable al presente procedimiento es el art. 133 L.S.A, que presenta una distinta regulación de esta materia respecto del alegado art. 236 LSC. Por último, con relación al fondo del asunto, hay que señalar que, por definición, las personas físicas representantes de personas jurídicas administradoras de unas sociedades no pueden ser calificadas de administradores de hecho, pues precisamente desarrollan las funciones de su cargo con arreglo a una representación expresamente prevista en la ley.” (F.D. 2º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Responsabilidad por deudas sociales por incumplimiento del deber legal de convocar junta general al existir causa de disolución y acción individual de responsabilidad por daño directo a los acreedores sociales.*

SAP Tarragona (Sección 1ª) de 6 de marzo de 2018, rec. nº 412/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8337681&links=%22Disoluci%C3%B3n%22%20Y%20%22Liquidaci%C3%B3n%22%20NO%20gananciales&optimize=20180403&publicinterface=true>

“(…) Los administradores de la sociedad tienen un plazo de 3 meses, desde la fecha de cierre del ejercicio, para elaborar las Cuentas Anuales y una vez elaboradas, éstas deben ser aprobadas en la Junta General Ordinaria que debe reunirse dentro de los 6 primeros meses de cada ejercicio (normalmente en junio). En el caso de autos se alega la falta de depósito de las cuentas relativas al ejercicio 2013, las cuales podían elaborarse hasta marzo de 2014. Dado que la solicitud de declaración del concurso data de fecha 31/01/2014, es evidente que no había finalizado el plazo para la elaboración de las mismas, en consecuencia, dicha alegación no puede ser estimada.

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

(...) La objetivación de la responsabilidad y la equiparación del incumplimiento contractual de la sociedad con la actuación negligente de su administrador no son correctas, puesto que no resulta de la legislación societaria ni de la jurisprudencia que la desarrolla. El Tribunal Supremo 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 se 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.

(...) La situación del activo de la mercantil en el corto espacio de tiempo anteriormente citado, evidencia una administración de la sociedad al margen de los parámetros de la diligencia exigible a cualquier comerciante, y ello afecta de forma directa al pago de sus deudas al quedar su patrimonio reducido de forma notable, haciéndose inviable la reclamación por parte de cualquier acreedor. Deben los administradores, en su ‘buen hacer’ y control de la entidad, evitar caer en una situación tal, que no pueda afrontarse el pago de ninguna deuda, debiendo gestionar el activo y el pasivo de forma que no pueda derivarse un perjuicio ni para la sociedad ni para los acreedores. Así las cosas, la sociedad a finales del año 2012 estaba en disposición de más de 800.000 euros y en un año presenta un activo que le impide responder de cualquier deuda social, incluida la que hoy es objeto de reclamación, y sin que pueda sustentarse, al no existir prueba sobre ello, que el endeudamiento lo fue repentino y de imposible previsión, pues ante la existencia de deudas y una correlativa disminución de ingresos, debieron adoptar las medidas oportunas para evitar el desequilibrio patrimonial (debiera haber

planteado una ampliación de capital, una reducción de gastos, un cambio de línea de actividad o cualquier otra medida) o bien proceder a liquidar ocasionando el mínimo perjuicio posible a los acreedores, lo cual difícilmente podía enmarcarse cuando al momento de solicitar el concurso la sociedad estaba totalmente impedida patrimonialmente para atender cualquier deuda. Por otro lado, si bien es cierto que no puede constatarse que el cierre de empresa hubiese impedido realmente el pago del crédito ahora reclamado, pero si es un indicio a valorar, teniendo en cuenta todo lo expuesto, que los administradores no actuaron de conformidad con lo que en su condición de administradores era deseable y esperable.” (F.D. 3º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Responsabilidad del administrador por incumplimiento del deber de convocar junta general desde la incursión de la sociedad en causa de disolución.*

STS (Sala 1ª) de 11 de abril de 2018, rec. nº 2647/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8355912&links=&optimize=20180420&publicinterface=true>

“(…) El motivo denuncia la infracción de los arts. 105.5 LSRL y 262.5 LSA vigentes en el momento en que se produjeron los hechos de los que nace la responsabilidad exigida en la demanda, tal y como son interpretados por la jurisprudencia contenida en la sentencia 733/2013, de 4 de diciembre. En concreto, denuncia la vulneración de esta jurisprudencia según la cual el mero conocimiento de la situación de insolvencia no implica mala fe, que imposibilite el ejercicio de la acción de responsabilidad del art. 105.5 LSRL. En el desarrollo del motivo se razona que «la sentencia recurrida únicamente se basa en que hay mala fe puesto que había conocimiento de la insolvencia», cuando según la reseñada jurisprudencia es necesario además que se den ciertas circunstancias de las que se infiera que la parte actora había actuado en contra del principio de la buena fe, lo que no consta en este caso.

(…) En esa sentencia 733/2013, de 4 de diciembre, matizamos el ámbito de aplicación de la excepción de actuación contraria a la buena fe por parte del acreedor, basada en el conocimiento de la situación de insolvencia del deudor al tiempo de contratar y de surgir el crédito, que había sido apreciada en alguna ocasión por esta sala. Esta matización resultaba conveniente a la vista de la reforma operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, que redujo la responsabilidad a las deudas sociales posteriores a la aparición de la causa de disolución. En la sentencia 733/2013, de 4 de diciembre, si bien admitimos que pudieran existir casos en que la reclamación de esta responsabilidad, en atención a las circunstancias concurrentes, fuera contraria a las exigencias de la buena fe, dejamos muy claro que «el mero conocimiento de la situación de crisis económica o de insolvencia de la sociedad por parte del acreedor al tiempo de generarse su

crédito no le priva de legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad prevista en el art. 262.5 TRLSA.

(...) La Audiencia, en el contexto de esta jurisprudencia, entiende que la sociedad demandante contrató con conocimiento claro de un evidente riesgo de impago derivado de la situación de insolvencia del deudor, y lo asumió. Y añade que no contrató «a expensas de una cobertura subsidiaria de los administradores sociales». El punto de diferencia de esta interpretación de la Audiencia con la jurisprudencia de la sala es que esta conclusión se extrae exclusivamente de haber contratado con pleno conocimiento de la situación de insolvencia del deudor, y por lo tanto asumiendo el consiguiente riesgo. Y la jurisprudencia al respecto no es esta. La sala, en esa sentencia 733/2013, de 4 de diciembre, dejó abierta la posibilidad de que el acreedor que ejercita la acción lo hiciera contraviniendo las exigencias de la buena fe cuando, además del conocimiento de la mala situación económica o insolvencia del deudor, concurrieran otro tipo de circunstancias adicionales, como las que se reseñan que no concurrían en aquel caso (inciso final del fundamento jurídico 8): «Los acreedores demandantes no estaban, al prestar sus créditos a la sociedad, en unas condiciones de conocimiento y control de dicha entidad que pusieran en evidencia que asumían el riesgo de insolvencia de la sociedad deudora, de tal forma que ejercitar después la acción de responsabilidad contra los administradores ex art. 262.5 TRLSA vulneraría las exigencias de la buena fe». Esas circunstancias van ligadas a que el acreedor demandante al conceder crédito a la sociedad gozaba no sólo de una situación de conocimiento, sino, sobre todo, de control de la sociedad deudora que ponía en evidencia el riesgo que asumía de la insolvencia de esta. Lo que concurre, por ejemplo, cuando el acreedor es un socio dominante o relevante de la sociedad deudora. El mero conocimiento de la insolvencia del deudor, que es lo que ocurre en este caso, a tenor de los hechos acreditados en la instancia, no es suficiente». (F.D. 2º) [P.R.P.].

*Jurisprudencia: Acción de responsabilidad social de administradores: requisitos. Interrupción del plazo de prescripción por la pendencia de causa penal.*

STS (Sala 1ª) de 16 de abril de 2018, rec. nº 3050/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8355915&links=&optimize=20180420&publicinterface=true>

“(…) Conforme a los hechos acreditados en la instancia, la administradora mancomunada de la sociedad no atendió el válido requerimiento que le hizo el demandante, por acta notarial de 11 de abril de 2011, para que convocase la junta general de la sociedad a los efectos de autorizar el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a la demandada en su condición anterior de administradora solidaria de la sociedad, por lo que concurren las circunstancias previstas en el art. 239.2 L.S.C. para entablar la acción de responsabilidad de los administradores.

(...) A su vez, conforme al contenido y desarrollo de la demanda interpuesta no cabe duda de que la acción ejercitada es la acción social de responsabilidad. Acción que en el presente caso, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta sala (entre otras, STS 281/2017, de 10 de mayo) cumple con los requisitos exigidos para su aplicación, esto es, la existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores; que el mismo sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño. Si nos ajustamos a los hechos declarados probados, se aprecian cumplidos estos requisitos, tal y como fue declarado por el juzgado de lo mercantil. Las conductas de la Sra. Salome fueron realizadas en su calidad de administradora solidaria de la sociedad. Dichas conductas, apropiación de fondos de la sociedad sin justificación alguna, merecen la calificación de antijurídicas por infringir la ley y, además, han producido, con relación de causalidad, un indudable daño patrimonial a la sociedad, concretado en 62.408 euros.

(...) Es suficiente con que el hecho objeto de investigación en el juicio penal pueda tener una influencia terminante en el juicio civil para que se produzca la interrupción del cómputo de la prescripción. No es necesaria la identidad de objetos entre ambos procesos (penal y civil), sino la conexión entre los hechos denunciados en la jurisdicción penal y el objeto del proceso civil. En los procesos penales se denunció la intervención de la administradora en la apropiación indebida de fondos de la sociedad, hecho que constituye, en esencia, el objeto de la acción social de responsabilidad que se plantea en el procedimiento civil. Por lo que debe considerarse que el plazo de prescripción de dicha acción quedó interrumpido por la pendencia de las causas penales. En el presente caso, la notificación de la desestimación del recurso de apelación se realizó con fecha 14 de abril de 2008, por lo que aún no habían transcurrido los 4 años del plazo de prescripción de la acción en el momento de la interposición de la demanda”. (F.D. 3º) [P.R.P.].

*Jurisprudencia: Determinación de la legitimación activa para impugnar acuerdos sociales.*

SAP Lugo (Sección 1ª) de 11 de abril de 2018, rec. nº 313/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8411067&links=%22Disoluci%C3%B3n%22%20Y%20%22Liquidaci%C3%B3n%22%20NO%20gananciales&optimize=20180607&publicinterface=true>

“(…) La Ley 31/2014 de 3 de diciembre, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo en relación con la impugnación de acuerdos sociales ha pretendido, entre otras finalidades, dar una solución a los

problemas planteados por la utilización del recurso a la impugnación de los acuerdos por socios minoritarios como comportamientos tácticos u oportunistas que no obedecen a la defensa del interés social, si bien la doctrina científica ha criticado que la reforma no haya adoptado medidas diferenciadas para las sociedades cotizadas frente a las sociedades cerradas, especialmente las de pocos socios, en la que pueden no ser adecuadas las previstas para las primeras. La limitación de la legitimación activa que la reforma introduce está orientada, según se dijo en el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo (14 de octubre de 2013), a evitar impugnaciones movidas por cálculos estratégicos o razones oportunistas, o lo que es lo mismo: a evitar un ejercicio abusivo del derecho de impugnar, que parece considerarse especialmente probable en las acciones promovidas por socios de limitada participación, sobre todo en sociedades cotizadas.

(...) Esta reforma legal ha establecido un nuevo sistema de impugnación de acuerdos en el que desaparece la anterior distinción entre acuerdos nulos y anulables contenida en el artículo 204.2 TRLSC. Configura nuevamente las causas por las que puede impugnarse un acuerdo social y las condiciones de ejercicio de la acción de impugnación en relación con su legitimación y plazos: así, en primer lugar, tiene en consideración que el acuerdo contrario al orden público será nulo de pleno derecho conforme la artículo 6 CC , con las consecuencias de que la acción para impugnarlo no caducará ni prescribirá conforme al artículo 205.1 y, como ya dijimos, de que cualquiera estará legitimado para solicitar la declaración de nulidad según el artículo 206.2; y en segundo lugar, el resto de acuerdos sociales podrán impugnarse de conformidad con las normas contenidas en los artículos 204 a 208, independientemente de si son contrarios a la Ley, estatutos o al interés social. El concepto de orden público debe considerarse un concepto jurídico indeterminado de interpretación restrictiva según la jurisprudencia relativa a la impugnación de acuerdos sociales por ser contrarios al orden público, que ha venido sosteniendo que generalmente tal concepto se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución, esto es se refiere a aquellos actos que materialmente atentan contra el conjunto de principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico societario.

(...) Se fundamenta, por tanto, la demanda rectora de las presentes actuaciones en las circunstancias concurrentes detalladas en la fundamentación jurídica de la sentencia de 23 de mayo de 2016 para considerar contrarios al orden público los acuerdos impugnados, como clarificó la parte actora en la audiencia previa, teniendo en cuenta que ya nuestra sentencia declaró que ‘habrá de reconocerse al socio un interés jurídicamente tutelable a fin de que pueda impugnar los acuerdos contrarios a la extinción de la sociedad que impidan su liquidación en tanto en cuanto persista la realidad de la causa de disolución que previamente se había constatado’. Así, la formulación de las cuentas del ejercicio de 2014, al igual que las de 2013, no pretenderían reflejar la imagen fiel de la situación patrimonial,

económica y financiera de la sociedad sino mantener la apariencia de una reactivación de la sociedad que no fue admitida en la resolución de 2016.

(...) En atención a lo expuesto y al examen de la prueba practicada en las actuaciones, ha de estimarse la acción de impugnación ejercitada porque tales acuerdos que aprueban las cuentas y determinan la aplicación del resultado obvian que se trata de una sociedad disuelta, a la que se finge reactivar pese a que no se enerva la causa de disolución consistente en la falta de actividad empresarial, y por tanto, dichas cuentas relativas a una sociedad en funcionamiento no se corresponden con la realidad ni muestran su imagen patrimonial ni económica. Así, el acuerdo de la aprobación de las cuentas anuales de 2014 no era más que una consecuencia de la adopción del acuerdo de reactivación de la sociedad por lo que debe considerarse que es contrario al orden público y un ejemplo paradigmático del ejercicio abusivo de la mayoría (contrario a los artículos 6 y 7 CC) por lo que al haberse declarado la nulidad de aquel también debe de extenderse a la del acuerdo aprobado en la junta general ordinaria de 2015. Por el contrario, la actitud procesal de la demandada muestra una voluntad renuente a dar cumplimiento a lo acordado por la sentencia de 19 de julio de 2012, en la que se declaraba la disolución de la sociedad y el nombramiento de liquidadores. Solo resta añadir que lo expuesto no supone una incongruencia de la presente resolución puesto que la demanda rectora del procedimiento deja claro cuál es la razón por la que se impugnan las cuentas anuales, esto es, no solo porque no reflejen la imagen fiel de la sociedad sino y sobre todo porque su formulación contradice lo acordado por la sentencia de 23 de mayo de 2016, que hace que sobrevenidamente no proceda formular las cuentas anuales como si se tratase de una empresa en funcionamiento, sino disuelta.

(...) La apelante, pese a que citó en su demanda el artículo 207 LSC obviando decir expresamente que el acuerdo adoptado era contrario al orden público, fundamentó está en el alegato fáctico de que la sociedad había sido declarada disuelta por el juzgado de lo mercantil y que se había anulado el acuerdo de reactivación de la sociedad por no haber removido la causa de disolución (cese de la actividad empresarial), circunstancias conocidas por esta sala al haberse enjuiciado ambas cuestiones en los anteriores rollos de apelación, que surten los efectos positivos de la cosa juzgada en el presente procedimiento, apreciable incluso de oficio según reiterada jurisprudencia, y que revelan el carácter contrario al orden público del acuerdo ahora impugnado como ya hemos indicado en la anterior fundamentación jurídica. De este modo podrá ser impugnado por cualquier socio y sin límite de fecha, conforme a los artículos 205 y 206 LSC, la apariencia de reactivación de una sociedad inactiva mediante la formulación de cuentas anuales como si se tratase de una empresa en funcionamiento en vez de una sociedad disuelta judicialmente y sin actividad económica” (F.D. 5º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: impugnación de acuerdos. Aprobación por la Junta de acuerdos precedentes del Consejo de Administración que se encuentran impugnados*

SAP Madrid (Sección 28ª) de 4 de mayo de 2018, rec. nº 607/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&data basematch=AN&reference=8476317&links=%22sociedad%20de%20responsabilidad%20limitada%22%20Y%20%22aumento%20de%20capital%22&optimize=20180822&publicinterface=true>

“(…) El recurrente achaca a la sentencia de primera instancia que no haya tenido en consideración la infracción de los artículos 204.3 LSC, 400 LEC, 6.4 y 7.2 LEC que invocó en la demanda, pues únicamente cita el artículo 207.2 LSC. El recurrente invocó en su demanda la aplicación del principio ‘ut lite pendente nihil innovetur’, así como el fraude de ley y el abuso del derecho ex artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil. Seguidamente analizaremos la impugnación a la luz de estos preceptos.

(…) En la sentencia comentada núm. 10/2016 de esta Sala, considerábamos que el acuerdo impugnado pretendía subsanar con efectos retroactivos los ya citados acuerdos del Consejo de Administración y de ese modo neutralizar los efectos de su previsible nulidad. Literalmente, así lo expresamos.

(…) En la citada sentencia considerábamos que la sociedad demandada había incurrido en un fraude de Ley porque el designio del acuerdo impugnado era ofrecer una cobertura retroactiva al acuerdo de 27 de junio de 2011 y al posterior de 7 de enero de 2013 que trae causa del mismo. De este modo, sin respetar el principio ‘ut lite pendente nihil innovetur’, se pretendía impedir que las decisiones del Consejo dejaran de producir efectos en cualquier caso.

(…) Lo que hemos de plantearnos en este momento es si el acuerdo de la Junta General de 24 de marzo de 2014, aquí impugnado, reproduce el fraude de Ley apreciado en nuestra sentencia anterior o por el contrario, se trata de un acuerdo distinto que debe ser respetado. Debemos significar que en el momento de adopción del acuerdo de la Junta General de 24 de marzo de 2014, seguía pendiente el litigio existente sobre la nulidad de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de ZED de fechas 27 de junio de 2011 y 21 de julio de 2011 antes referidos. Actualmente, esta Sala ya ha resuelto el recurso de apelación interpuesto sobre el particular, en nuestra sentencia núm. 179/2017 de 7 de abril, en la que hemos confirmado la nulidad de tales acuerdos, desestimando así el recurso planteado frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid en fecha 6 de febrero de 2015.

(…) Es claro que el acuerdo de ‘aprobación’ es diferente conceptualmente del acuerdo aprobado y se dicta en una fecha diferente, como también lo es que el acuerdo de ‘ratificación’ es diferente del acuerdo ratificado y se dicta en una fecha diferente. Pero tanto la aprobación, como la ratificación son acuerdos que se dictan para dar carta de naturaleza a lo hecho en un momento anterior. Es decir uno y otro se dictan con el designio de atribuir efectos retroactivos a lo acordando, atribuyendo a lo ya realizado una cualidad que antes no tenía. El acuerdo de aprobación, como el de ratificación, no tienen por objeto la apertura

de un nuevo proceso de ampliación de capital, en el que hipotéticamente habría que computar nuevos plazos de suscripción de capital. Lo que realmente se pretende es dar cobertura legal a un proceso de ampliación de capital que ya está finalizado y que, al tiempo de adopción de tal acuerdo, estaba sujeto a un procedimiento de impugnación en trámite. Por consiguiente, la respuesta que debe dar la Sala en este caso es la misma que ya hemos dado en relación a la impugnación del acuerdo de la Junta General de 6 de abril de 2013 y en consecuencia, procede estimar en este punto la demanda, anulando el acuerdo cuarto adoptado en la Junta General de 24 de marzo de 2014 por existencia de fraude de Ley.” (F.D. 2º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: disolución de sociedad mercantil por paralización de los órganos sociales. Cese de administradora y nombramiento de liquidadores.*

SAP Madrid (Sección 28ª) de 7 de mayo de 2018, rec. nº 601/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8503422&links=%22sociedad%20de%20responsabilidad%20limitada%22%20Y%20%22cuentas%20anuales%22&optimize=20180920&publicinterface=true>

“La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1823) vino a zanjar la controversia existente a nivel de Audiencias Provinciales en relación con la operatividad del artículo 110.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del artículo 376.1 LSC, en los supuestos de disolución por paralización de los órganos sociales. En el caso allí enjuiciado, como aquí, se declaró disuelta la sociedad por paralización de los órganos sociales, dado que, estando repartido el capital social por partes iguales del cincuenta por ciento, el enfrentamiento entre los dos socios tenía bloqueado el funcionamiento de la sociedad. La parte recurrente sostenía la inaplicabilidad en tal escenario del artículo 110.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, resolviendo el Tribunal Supremo en contra con el siguiente razonar: (...) Los supuestos del art. 104.1 c) LSRL, en el caso concreto de dos socios con igual participación social del cincuenta por ciento cada uno, y claramente enfrentados, plantea una cierta singularidad respecto de otras causas de disolución, pero ello no es razón suficiente para objetar con carácter general la aplicación de la norma del art. 110.1 LSRL. Puede suceder que concurriendo determinadas circunstancias objetivas (fraude; inidoneidad patente manifiesta complejidad; imbricación de otras sociedades; etc.) pueda justificarse una medida judicial -de designación de liquidador, o de intervención-, pero se trata en todo caso de circunstancias excepcionales, que no se dan con desconfianzas subjetivas, o preparación de la situación mediante el ejercicio de acciones de responsabilidad social o de naturaleza penal, de resultado desconocido o incierto, por lo que basta, por lo general la operatividad de la responsabilidad a que está sujeto todo administrador liquidador (art. 114 LSRL; art. 375.2TRLSC).

(...) Trasladando todo lo anterior al caso que nos ocupa, entendemos que concurre una circunstancia que en nuestro análisis no podemos obviar, incorporada al proceso por la parte aquí recurrente como hecho nuevo en el acto del juicio. Se está haciendo referencia a la imposibilidad del auditor de cuentas designado por el Registro Mercantil a instancia de D<sup>a</sup> Sandra para realizar la auditoría de las cuentas anuales de la sociedad de correspondientes al ejercicio 2014 de llevar a cabo su cometido debido a la postura obstruccionista del administrador único, posición que desempeña la otra socia titular de la mitad del capital social cuya situación de enfrentamiento con la apelante ha abocado a declarar disuelta la sociedad. Tal circunstancia aparece acreditada por la comunicación del auditor aportada en el trámite señalado (f. 206). Dicho factor abona fundadamente el temor de que la otra socia pudiera prevalerse de la condición de liquidadora; cuando menos, siembra sobradas dudas sobre su objetividad en el desempeño de tal función. Estas consideraciones ampararían la petición deducida por la apelante, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta

(...) Debemos observar que en la demanda no se hace ninguna propuesta acerca de quién debiera ser nombrado liquidador, más allá de la genérica indicación de que ha de tratarse de un economista o abogado ajeno a la sociedad y a los socios. En tales circunstancias, parece adecuado que por el Juzgado de lo Mercantil se proceda a nombrar liquidador al profesional que corresponda por turno de entre los que figuran en la lista remitida por el correspondiente Colegio Profesional, a los efectos del artículo 341.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), debiéndose proceder, una vez aceptado el cargo por el designado, a la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 245 del Reglamento del Registro Mercantil.” (F.D. 3º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: disolución legal de sociedad mercantil por imposibilidad de conseguir el fin social.*

SAP Madrid (Sección 28<sup>a</sup>) de 11 de mayo de 2018, rec. nº 575/2018.

[http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&data\\_basematch=AN&reference=8476322&links=%22sociedad%20de%20responsabilidad%20limitada%22%20Y%20%22cuentas%20anuales%22&optimize=20180822&publicinterface=true](http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&data_basematch=AN&reference=8476322&links=%22sociedad%20de%20responsabilidad%20limitada%22%20Y%20%22cuentas%20anuales%22&optimize=20180822&publicinterface=true)

“(…) La sentencia apelada declara probada la causa de disolución consistente en la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, contemplada en el apartado c del artículo 104.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La resolución deduce la concurrencia de esta causa de disolución de la falta de ejercicio de las actividades que constituyen el objeto social de la entidad codemandada desde el año 2007.

No puede identificarse, sin más, la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social con el cese de actividad hasta el punto de que el propio apartado d) del artículo 104.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada contemplaba

como causa de disolución la falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social durante tres años consecutivos y con mayor razón cuando la demanda se presenta el 11 de diciembre de 2007 y la sentencia refiere el cese de actividad al propio ejercicio 2007.

En consecuencia, no cabe identificar la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social con el cese de la actividad, que en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada integraba una causa de disolución específica y que requería la inactividad durante tres años consecutivos. La causa de disolución apreciada en la sentencia, la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, exige que se trate de una imposibilidad manifiesta, clara y definitiva que, en el supuesto de autos no se ha acreditado que concurra y menos a la vista de la amplitud de las actividades que integran el objeto social que abarca todas las actividades relacionadas con la música, la musicoterapia, dietas alternativas, terapia y educación alternativa, bioconstrucción, agricultura y ganadería biológica, permacultura, artesanía tradicional casera y cualquier actividad relacionada con el turismo rural, entre otras (documento nº 5 de la demanda).

Por otra parte, la distribución del capital social permite que la socia mayoritaria asuma la administración de la sociedad e impulse, si lo considera conveniente, la realización de alguna de las actividades que integran su objeto social. Cuestión distinta son los efectos derivados de la concurrencia de la otra de las causas de disolución apreciada en la sentencia, que admite el apelante aunque discuta sus efectos.” (F.D. 3º)

“(…) Concurriendo la causa de disolución de pérdidas cualificadas ( artículo 104.1.e de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) desde, al menos, el 31 de diciembre de 2005 por presentar la sociedad fondos propios negativos de 294,37 euros, sin que, desde entonces, se haya removido la causa de disolución ni solicitado el concurso -de ser procedente en caso de que, además, la sociedad estuviera en situación de insolvencia-, el pronunciamiento de la sentencia que acuerda la disolución de la sociedad es correcto.” (F.D. 4º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: impugnación de acuerdos sociales. Derecho de información del socio. Incumplimiento del deber de permitir la labor del auditor independiente nombrado por el Registrador.*

SAP Ourense (Sección 1ª) de 18 de mayo de 2018, rec. nº 203/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&data basematch=AN&reference=8444012&links=%22sociedad%20de%20responsabilidad%20limitada%22%20Y%20%22348%22&optimize=20180709&publicinterface=true>

“(…) El actor, titular de participaciones que representan el 22,20% del capital social de Akros Joyeros SL, solicitó al Registro Mercantil el nombramiento de

auditor de las cuentas anuales del ejercicio 2014 al Registro Mercantil, solicitud a la que se opuso la mercantil y que fue aceptada por el Registrador procediendo al nombramiento de un auditor independiente que con fecha 1 de septiembre de 2015 emitió informe de ‘denegación de opinión’ sobre las cuentas anuales por una doble causa, según hace constar en su informe y resulta de su testimonio en juicio: 1) no haber podido asistir al arqueo físico de las existencias el 31 de diciembre de 2014 debido a su nombramiento posterior; 2) inexistencia de inventario permanente, causa que achacó a la empresa y que consideró muy significativa debido al elevado porcentaje que suponen las existencias en el balance.

Mediante burofax de fecha 10 de octubre de 2015 el demandante fue convocada a Junta general ordinaria a celebrar el 26 de octubre con el siguiente orden del día: ‘1.-aprobación, si procede, de las cuentas anuales correspondientes al año 2014, que incluyen balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria; 2.- deliberar y acordar sobre la aplicación del resultado del ejercicio 2014; 3.- aprobación, si procede, de la gestión social durante el ejercicio de 2014; 4. lectura. Se le informa que, conforme a lo dispuesto por el artículo 203 de la Ley De sociedades de capital, por los administradores se va a requerir la presencia de Notario para la redacción y lectura del acta, por lo que no procederá su aprobación o desaprobación por la Junta. Asimismo se le comunica que tiene a su disposición en el domicilio social de la empresa de manera inmediata y gratuita los documentos que se someten a la aprobación de la Junta’.

(...) A tenor del acta notarial, en el curso de la Junta discutida el actor ‘manifiesta que no ha tenido información suficiente y no ha tenido acceso a la información contable plena ni acceso a aclaraciones sobre la misma, a pesar de haberlo requerido en dos burofaxes remitidos a la empresa’, aporta el antes mencionado informe del Sr. Silvio que se incorpora al acta y al que se remite, insiste en que la documentación remitida no recoge la imagen fiel de la contabilidad de la empresa y vota en contra de todos los puntos del orden del día por la falta de información.” (F.D. 5º).

“(…) El informe rendido por el perito Sr. Silvio evidencia la ausencia de documentos indispensables para conocer la realidad financiera de la sociedad. Dicho informe y aclaraciones de su autor en juicio evidencian la infracción del derecho de información del actor previamente a la Junta General impidiéndole de esa forma emitir su voto con conocimiento de causa. La omisión de información decisiva para conocer la imagen fiel de la empresa es especialmente relevante atendiendo a la denegación de opinión del auditor independiente nombrado por el Registro Mercantil.” (F.D. 6º).

“(…) El hecho de que el actor no hubiese solicitado información durante la celebración de la junta no puede considerarse desistimiento o renuncia a su obtención, frente a lo razonado en el recurso. La naturaleza y volumen de la información denegada hacía imposible su complemento en forma oral en aquel momento. La entrega de la documentación por la sociedad tiene que hacerse en tiempo y forma adecuados para poder ejercer oportunamente el derecho de voto,

puesto que la finalidad de la entrega no es otra que someterla al estudio y análisis del socio para que pueda votar con todos los elementos relevantes a su alcance.

(...) La administración no adujo motivos justificados para denegar los documentos pedidos a efectos de posible aplicación del artículo 196.2 (perjuicio al interés de la sociedad). Se limitó a indicar que los alegaría en el momento procesal oportuno y ‘que la información solicitada es sensible y no pública’, sin expresar la razón de considerarla así. La STS de 6 de octubre de 2014 recuerda que una de las finalidades que cumple la formulación de las cuentas anuales es mostrar a los accionistas, acreedores y a terceros interesados la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad ( art. 34.2 del Código de Comercio y artículo 244.2 de la Ley de Sociedades de Capital ) y que ‘Esta documentación contable es susceptible de ser examinada por todo socio que lo requiera para satisfacer su derecho de información’.” (F.D. 7º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: impugnación de acuerdos sociales. Infracción del artículo 38 del Código de Comercio y del principio de imagen fiel.*

SAP Barcelona (Sección 15ª) de 29 de junio de 2018, rec. nº 1167/2017.

[http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&data\\_basematch=AN&reference=8457937&links=%22sociedad%20de%20responsabilidad%20limitada%22%20Y%20%22cuentas%20anuales%22&optimize=20180724&publicinterface=true](http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&data_basematch=AN&reference=8457937&links=%22sociedad%20de%20responsabilidad%20limitada%22%20Y%20%22cuentas%20anuales%22&optimize=20180724&publicinterface=true)

“(…) La junta general de SOLMIPLAYA celebrada el 29 de diciembre de 2008 acordó voluntariamente designar auditor de cuentas a Estanislao para los ejercicios 2008 a 2010. Aceptado el encargo, el Registro Mercantil de Barcelona inscribió el nombramiento (documento 12 de la demanda). Por otro lado, en junta general de fecha 7 de junio de 2011 se designó al mismo auditor de cuentas para los ejercicios 2011 a 2013, inscribiéndose igualmente el nombramiento en el Registro Mercantil. 2º) Las cuentas anuales de los ejercicios 2004 a 2010 han tenido que ser reformuladas en diversas ocasiones, bien por haberse estimado acciones de impugnación interpuestas por el socio minoritario, bien por no haberse aprobado las cuentas en junta general.

(...) Examinaremos a continuación los efectos de la falta de emisión del informe de auditoría sobre los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales. Pues bien, estimamos, en línea con lo afirmado por la recurrente, que esa omisión, como regla general, determina la nulidad de los acuerdos por infracción de los artículos 265 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital, tanto si la auditoría ha sido solicitada por los socios con un porcentaje de capital superior al 5% como si esa petición no ha llegado a ser necesaria por el nombramiento voluntario del auditor por parte de la sociedad. El Tribunal Supremo vincula el derecho del socio a solicitar una auditoría de cuentas con el derecho de información, que se estima cercenado si el informe no se presenta por causa imputable a la sociedad.

(...) En este caso, como hemos señalado, las cuentas anuales reformuladas por el liquidador de la compañía el 31 de marzo de 2014 y sometidas a aprobación de la junta celebrada el 30 de junio de 2014, no fueron sometidas a verificación contable por el auditor designado voluntariamente por SOLMIPLAYA.

(...) Pues bien, aunque la cuestión suscita serias dudas de hecho y de derecho, estimamos que las cuentas reformuladas por el liquidador y aprobadas en la junta impugnada deberían haber sido sometidas a un nuevo informe de auditoría. No basta, a estos efectos, con las auditorías de las cuentas formuladas en un primer momento, que carecen de valor al no haber sido aprobadas en junta general y, en definitiva, por cuanto los informes se refieren a unas cuentas distintas. Las cuentas reformuladas son unas nuevas cuentas que precisan de un nuevo informe de auditoría.” (F.D. 3º).

“(…) La norma de Registro y Valoración 23ª del PGC establece con claridad que las cuentas anuales no se formularán sobre la base del principio de empresa en funcionamiento cuando los gestores ‘tengan la intención’ de liquidar la empresa o cesar en su actividad o les conste que no existe una alternativa más realista que hacerlo. Es decir, anticipa la aplicación del principio empresa en liquidación, pues basta con la intención de liquidar la empresa, aunque ese propósito no se haya materializado al cierre del ejercicio o en el momento de la formulación de las cuentas anuales. La norma contempla la posibilidad de que entre la fecha de cierre y la de formulación surja esa intención de liquidar, en cuyo caso deberá prevalecer la segunda fecha (la de formulación). En todo caso, el propósito de liquidar o de cesar en la actividad debe haberse manifestado a lo largo del ejercicio o antes de la formulación de las cuentas, pues en caso contrario debe aplicarse el principio de empresa en funcionamiento. En caso de reformulación de cuentas de ejercicios pasados, habrá que situarse en cada ejercicio concreto y valorar si en ese momento la sociedad había acordado la disolución o tenía el propósito de hacerlo.

(...) En la medida que hemos concluido que en los ejercicios 2004 a 2007 no tenía por qué aplicarse el principio de empresa en liquidación, debemos descartar la nulidad de los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales correspondientes a esos ejercicios por la quiebra del principio de imagen fiel (artículos 34.2º del Código de Comercio y 268 de la Ley de Sociedades de Capital). (F.D. 4º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: acción individual de responsabilidad del administrador. Elementos de reconocimiento del derecho a indemnización por parte de terceros.*

SAP Tarragona (Sección 1ª) de 4 de julio de 2018, rec. nº 718/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8472053&links=%22causa%20de%20disoluci%C3%B3n%22%20Y%20%22cierre%20de%20facto%22&optimize=20180814&publicinterface=true>

“(…) La sentencia del TS nº 274/2017, de 5 de mayo, señala respecto de la acción individual: Se trata de una responsabilidad por ilícito orgánico, entendida como la contraída por el administrador social en el desempeño de sus funciones del cargo. Para su apreciación, la jurisprudencia requiere el 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) que 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.

(…) Se rechaza la acción individual ejercitada contra el administrador codemandado, pues para que le fuere atribuible responsabilidad por la desaparición de la sociedad, además de acreditarla, debería probarse que la misma, de no producirse, hubiera permitido el cobro de los créditos por el acreedor, pues es preciso que entre la acción imputada y el daño exista un nexo causal preciso y acreditado, ya que la ley, cuando ha querido imputar a los administradores la responsabilidad solidaria por el impago de las deudas sociales, ha exigido el incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad o solicitar el concurso, y ha restringido esta responsabilidad a los créditos posteriores a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC).” (F.D. 2º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Cumplimiento del deber de convocar junta general ante la existencia de causa de disolución. Responsabilidad por deudas del administrador. Deudas contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución. Cierre de facto de la demandada.*

SAP Madrid (Sección 28ª) de 9 de julio de 2018, rec. nº 823/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8510858&links=%22causa%20de%20disoluci%C3%B>

[3n%22%20Y%20%22cierre%20de%20facto%22&optimize=20180926&publicinterface=true](#)

“(…) A partir de la reforma introducida por la Ley 19/2005 (que entró en vigor el 16 de noviembre de 2005) el régimen de responsabilidad por deudas sociales (Arts. 262.5 del TRLSA, 105.5 de la LSRL y 367 del vigente TRLSC) solo opera respecto de deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución, desde el principio surgió la necesidad de precisar qué había de entenderse por deuda posterior y, más concretamente, la de determinar si solamente cabría considerar como tal aquella deuda que nace o se contrae después de la concurrencia de la causa de disolución o si, por el contrario, habrían de entrar también dentro de este concepto aquellas deudas que, aunque contraídas con anterioridad, tienen pospuesta su exigibilidad a un momento ulterior.

(…) Para poder asignar a una deuda susceptible de quedar amparada por este régimen legal de responsabilidad la condición de posterior al acaecimiento de la causa de disolución ha de atenderse al momento de generación de la misma. Tratándose del régimen obligatorio derivado de un negocio jurídico (como es aquí el caso), eso significa referirse al tiempo en el que se contrajo el compromiso de realizar una prestación (artículos 1088, 1089 y 1091 del C. Civil), en este caso la de pagar el precio del material adquirido, pues desde entonces la obligación ya existía y era eficaz. La fecha relevante a estos efectos sería, por lo tanto, la del momento en el que se hubiese contraído la obligación (sin perjuicio de las particularidades propias de cada tipo de negocio o relación jurídica), no la de la forma de pago (plazos, etc.) o la de su reclamación judicial.

(…) Haciendo aplicación de dicho criterio al supuesto que nos ocupa, la deuda que se reclama en el presente litigio ha de entenderse contraída no más tarde del 21 de octubre de 2010, que es cuando la mercantil administrada por los demandados emite, firma y entrega a la actora los distintos pagarés que han resultado incorrientes y en los que se fundamenta la actual reclamación, y ello con independencia de las fechas de vencimiento de dichos efectos mercantiles.” (F.D. 2º)

“(…) Aunque los demandados negaron en la instancia precedente la realidad de ese hecho, no han mantenido dicha negativa en su escrito de oposición al recurso de apelación, lo que, por aplicación del Art. 465-5 de la L.E.C., nos permite considerar abandonado ese argumento de oposición. Por lo demás, tal hecho debe considerarse demostrado a partir de la diligencia judicial negativa de 13 de octubre de 2014 (folio 76) en la que el funcionario judicial certifica que dicha entidad se había marchado de su domicilio social sito en la Calle Rufino Lázaro 3 de Las Rozas desde hacía un año aproximadamente, circunstancia que, además, le constaba a dicho funcionario por el resultado infructuoso que habían arrojado anteriores diligencias o intentos de comunicación, sin que, frente a la credibilidad que tal manifestación ofrece, pueda prevalecer el simple hecho de los demandados tengan en su poder distintas misivas dirigidas a la sociedad en dicha dirección

postal, hecho este de carácter polivalente que bien pudiera obedecer al mero hábito de recoger ocasional o periódicamente la correspondencia dejada en el establecimiento. Así pues, la circunstancia de que dicha mercantil incurrió en una hipótesis de cierre de facto con anterioridad al 13 de octubre de 2014 constituye un hecho que podemos considerar plenamente fijado en el proceso en virtud de la prueba documental referida.

Ha venido siendo doctrina jurisprudencial reiterada la de que constituye un comportamiento negligente de los administradores el limitarse a eliminar a la sociedad de la vida comercial o industrial sin liquidarla en cualquiera de las formas prevenidas legalmente (sentencias de la Sala 1ª del TS de 4 de noviembre de 1991, 22 de abril de 1994, 6 de noviembre 1997, 4 de febrero de 1999 y 14 de marzo de 2007). Esta Sala ha indicado también con reiteración que la imputación al administrador de responsabilidad por permitir la desaparición por vía de hecho de la entidad que administra está justificada al amparo de la acción prevista en el Art. 135 L.S.A., y ello por entender que el cierre ‘de facto’ constituye una conducta de desarreglo generalizado en el que la sociedad deudora no solo se hace deliberadamente ilocalizable para sus acreedores sino que omite la adopción de las más elementales medidas tendentes a propiciar una liquidación ordenada -en su caso de carácter concursal- de su patrimonio. Y hemos venido considerando que es posible establecer el vínculo causal entre tal conducta y la frustración del derecho de crédito del acreedor por un procedimiento de análisis meramente comparativo: deduciendo que esa frustración no se hubiera producido verosímilmente, o hubiera sido de menor entidad, en el caso de que los administradores de la sociedad hubieran adoptado la conducta alternativa y correcta, a saber, la liquidación ordenada de la sociedad.” (F.D. 3º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Responsabilidad de administrador. Acción por deudas sociales. Acción individual por cierre de hecho de la sociedad.*

SAP Barcelona (Sección 15ª) de 13 de julio de 2018, rec. nº 758/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8471964&links=%22causa%20de%20disoluci%C3%B3n%22%20Y%20%22cierre%20de%20facto%22&optimize=20180814&publicinterface=true>

“(…) La doctrina del Tribunal Supremo, nº 253/2016, de 18 de abril y nº 472/2016, de 13 de julio, declara que: “no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual. De otro modo 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.

Sin embargo, como matiza la citada Sentencia 472/2016, ‘en alguna ocasión, la Sala ha admitido que se ejercite la acción individual de responsabilidad para solicitar la indemnización del daño que suponía para un acreedor el impago de sus créditos como consecuencia del cierre de facto de la actividad empresarial de la sociedad (por ejemplo, la Sentencia 261/2007, de 14 de marzo) [...] para que el ilícito orgánico que supone el cierre de hecho (incumplimiento de los deberes de disolución y liquidación de la sociedad) pueda dar lugar a una acción individual es preciso que el daño ocasionado sea directo al acreedor que la ejercita. Esto es: es necesario que el ilícito orgánico incida directamente en la insatisfacción del crédito. En este contexto [...] para que pueda imputarse al administrador el impago de una deuda social, como daño ocasionado directamente a la acreedora demandante, debe existir un incumplimiento nítido de un deber legal al que pueda anudarse de forma directa el impago de la deuda social.’

(...) En el supuesto de autos, la recurrente sostiene que resulta acreditado el cese y la desaparición de hecho de la sociedad con base a los siguientes datos: impagos que la mercantil presenta con terceros, incidencias con las administraciones públicas por no abonar las deudas, bienes embargados por el Estado por un importe superior a un millón de euros, falta de presentación de las cuentas anuales desde el ejercicio social de 2014 y la negativa de notificación del presente procedimiento a la sociedad porque estaba cerrada desde, al menos, octubre de 2015. Además, la sentencia de primera instancia establece como hecho probado la ausencia de disolución y de solicitud de concurso de la sociedad.

Todo ello nos permite tener por probado que la sociedad cerró de hecho. De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo establecida en las citadas sentencias de 18 de abril y 13 de julio de 2016, constituye un ilícito orgánico el cierre de hecho de la sociedad (incumplimiento de los deberes de disolución y liquidación de la sociedad). La responsabilidad individual del administrador ex art. 241 LSC requiere un enlace lógico que permita deducir que el impago del crédito deriva (en el sentido de nexo causal o relación causa-efecto) del incumplimiento de esos deberes legales. En otras palabras, que si el administrador oportunamente hubiera promovido la disolución o concurso de la sociedad el crédito reclamado hubiera sido pagado. Esa afirmación la argumenta la actora suficientemente alegando la existencia de fondos propios positivos de 889.103,22 euros en el ejercicio social de 2014 cuyo destino se desconoce y con el cierre de hecho que ha impedido que se destinaran al pago de las deudas sociales. El relato de la actora es razonable y no ha sido desvirtuado por el administrador demandado (en rebeldía procesal), a quien le correspondía la prueba, dada su facilidad y disponibilidad probatoria al amparo del art. 271.7 LEC, de la inexistencia de bienes o el destino de los mismos.” (F.D. 3º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Impugnación resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado que revoca la decisión del registrador mercantil y ordena inscribir cese de administrador que había convocado junta de socios, aunque no citó al notario a la misma, como le fue solicitado.*

SAP Barcelona (Sección 15ª) de 19 de julio de 2018, rec. nº 512/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8479694&links=%22cese%20del%20administrador%22&optimize=20180828&publicinterface=true>

“(…) Como cuestión previa se debe partir, tal y como expresa la resolución recurrida, de que la renuncia de un administrador social es un acto voluntario y libre y que no precisa sino la comunicación a la sociedad (en el sentido del art. 147 del Reglamento del Registro Mercantil) para que produzca los efectos que le son inherentes. La inscripción tendría efectos exclusivamente frente a terceros, pero no frente a la sociedad, cuyo conocimiento mediante cualquier comunicación sería suficiente para surtir efectos frente a ésta. La aceptación de la sociedad de la renuncia o dimisión presentada es ‘obligada y meramente formularia’, por lo que la aceptación de la renuncia se entiende como de necesaria notificación (y por la exclusiva finalidad de evitar la afección) pero sin que tenga efectos la oposición de la sociedad a la dimisión del administrador social (RDGRN de 27 de mayo de 1992).

(…) Consecuencia de lo anterior, es que lo extraordinario será que puedan ponerse dificultades en el acceso al RM al acto de renuncia del administrador social cuando el mismo ha sido previamente comunicado a su destinatario natural. Aún con todo, lo cierto es que la doctrina de la DGRN las ha puesto en una bien consolidada corriente doctrinal, si bien por razones bien concretas y justificadas, la simple evitación a la sociedad de un trastorno derivado de la afección. De ahí esa doctrina que prolonga los deberes de diligencia de un administrador cesado después de la efectividad de su cese. Ahora bien, lo que no justifica esa doctrina es que se pueda poner en cuestión cuándo se produce la efectividad del cese, que no es cuando el mismo accede al Registro sino cuando se produce y comunica a la sociedad.

Por esa razón, la interpretación de cuál es el alcance efectivo de las obligaciones de diligencia que siguen pesando sobre el administrador único aún en el caso de haber cesado debe ser muy estricta. En tal sentido, consideramos que es razonable que se le pueda exigir la convocatoria formal de junta de socios en la que figure como punto del orden del día el nombramiento de nuevo administrador, pero no así otras obligaciones accesorias que solo son propias de un administrador no cesado, como podrían ser las obligaciones de información o la de atender a solicitudes de los socios y disponer la presencia de un notario para que se pueda llevar a cabo la junta a su presencia. Así lo ha interpretado la DGRN en la resolución impugnada y tal interpretación nos parece irrefutable. En suma, estamos ante una situación de verdadera afección y la doctrina de la DGRN no

puede ser interpretada en términos distintos, esto es, como si la sociedad siguiera teniendo un administrador efectivo. Por eso, las obligaciones que se pueden atribuir al administrador en esa situación tan particular no pueden ser interpretadas en forma extensiva, como pretende Progedsa, sino de forma restrictiva, como corresponde a la excepcionalidad de la situación.

(...) El argumento con el que la actora impugna la resolución recurrida consiste en afirmar que la convocatoria debe permitir la celebración de la junta y debe ser suficiente para permitir la celebración y la adopción de un acuerdo válido de sustitución del administrador. Y afirma que en el caso enjuiciado no se ha cumplido ese presupuesto porque el acuerdo no podría ser válido si la junta no se celebra con la presencia de un notario. Aceptamos la primera parte del argumento que Progedsa expone y que hemos reseñado en el apartado anterior pero no así la segunda, esto es, su aplicación en el caso. El administrador convocó la junta de forma regular permitiendo que en la misma se pudiera aprobar el nombramiento de un nuevo administrador. A partir de ahí acaba su responsabilidad; si por un hecho posterior atribuible a uno de los socios, la solicitud de asistencia de un notario, se puede llegar a poner en cuestión la validez del acuerdo ello no es imputable al administrador cesado, sino que a lo sumo lo será a la sociedad y a sus socios. Por tanto, lo relevante no es que se consiguiera alcanzar un acuerdo válido, sino que se hubiera podido conseguir a partir de la convocatoria regular hecha por el administrador, lo que nos parece incuestionable.” (F.D. 6º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: acción social de responsabilidad por recepción de remuneración indebida de los administradores de la sociedad.*

SAP Ourense (Sección 1ª) de 20 de julio de 2018, rec. nº 545/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8528494&links=%22sociedad%20mercantil%22%20Y%20%22pacto%20parasocial%22&optimize=20181010&publicinterface=true>

“(…) En el presente caso, la reclamación del daño sufrido se encuadra en el ámbito de la acción social de responsabilidad, estando legitimada al efecto la parte actora. La distinción de esta acción, de la acción individual es clara, según ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2016, con remisión a la de 20 de junio de 2013: La exigencia de responsabilidad a los administradores por los daños causados a la sociedad se hace a través de la denominada acción social, que regula actualmente el artículo 238 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. La exigencia de responsabilidad por daños causados directamente a los socios o a terceros (señaladamente, a los acreedores) se hace a través de la denominada acción individual, que está regulada en el artículo 241 de la misma Ley.” (F.D. 3º)

“(…) La parte actora mantiene que los demandados, administradores solidarios, no podían percibir ni las retribuciones ordinarias ni las extraordinarias que obtuvieron en el año 2015, pues el cargo de administrador es gratuito, según señala el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, salvo que así lo dispongan los estatutos, que en este caso no contemplan retribución alguna; y las mismas no pueden corresponder a una supuesta prestación de servicios de dirección, distintos a los realizados como administradores, pues para ello sería preciso un acuerdo de la Junta de Socios conforme al artículo 230 de la citada Ley que en este caso no ha existido. Así, esas retribuciones no tienen amparo legal ni estatutario, y encubren una distribución fraudulenta de dividendos, lo que constituye una actuación de los administradores desleal en perjuicio de la sociedad, representando las sumas indebidamente percibidas el daño patrimonial sufrido.

(…) La mercantil Ourenfo SL es una sociedad formada inicialmente por cinco socios, con participaciones iguales, que después de algunas transmisiones de participaciones sociales, terminó perteneciendo por terceras iguales partes a tres socios, los demandados y el ex marido y padre de las demandantes. El órgano de administración estuvo constituido siempre por todos los socios existentes en cada momento, que actuaban solidariamente. Los administradores solidarios desarrollaban su actividad en la empresa no solo realizando funciones de mera administración, sino interviniendo en todas las actividades necesarias para la consecución del objeto social.

(…) Pues bien, siendo tales sus funciones, se plantea en este procedimiento si las retribuciones que percibían durante el año 2015 tenían o no cobertura legal o estatutaria.

El artículo 217.1 de la Ley de Sociedades de Capital formula lo que la doctrina llama reserva estatutaria; esto es, que el cargo de administrador solo puede ser retribuido cuando así se establezca en los estatutos, porque si estos no lo disponen, el cargo de administrador es gratuito.

(…) Este criterio legal persigue que los socios estén correctamente informados sobre la entidad real de las retribuciones y compensaciones de los administradores sociales para obtener una imagen clara y completa de la sociedad, y se refleja también en otros preceptos, como los que regulan las cuentas anuales que deben reflejar los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase de los administradores.

(…) Para admitir la dualidad de regímenes jurídicos de la retribución, uno contractual y otro estatutario, esto es, para no aplicar el establecido en la legislación de las sociedades de capital a la retribución convenida a favor del administrador como alto cargo, las sentencias de 5 de marzo de 2.004 y 21 de abril de 2.005 exigieron la concurrencia de un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa.

(...) Al no desempeñarse funciones distintas a las propias de la administración, tampoco pueden ampararse las retribuciones en la existencia de un acuerdo de la junta en los términos previstos en el artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital.

(...) Aunque la percepción de cantidades en concepto de administradores sociales era necesaria expresa previsión en los estatutos que no existía, debiendo entenderse el cargo gratuito, en la situación de la sociedad objeto de litis de confusión de capital y gestión, los socios administradores acordaron establecer retribuciones para todos ellos, que no pueden ser la contraprestación de un derecho a una remuneración inexistente, por lo que solo pueden considerarse como la participación, en unos momentos por quintas partes, en otros, en cuartas partes, y, finalmente, en terceras partes, en las ganancias sociales, según el número de socios-administradores, existente en cada momento. Desde el nacimiento de la sociedad, esa fue la forma de distribuir los beneficios o participar en las ganancias de la sociedad, debiendo entenderse que existió un pacto parasocial entre todos los socios partícipes de la sociedad, aunque el pacto no se hubiera plasmado por escrito, ni conste ningún acta de junta de socios en que se adoptase el acuerdo. Ciertamente, los socios podrían haber reformado los estatutos sociales para dar cobertura a la convención asumida, lo que en este caso no han hecho asumiendo normas estatutarias estereotipadas, sin especificaciones propias. Pero no es infrecuente que, en este tipo de sociedades, de pequeñas dimensiones y cerradas, los socios regulen sus relaciones al margen de los estatutos, quedando los pactos que alcancen sujetos a las normas generales del derecho de obligaciones, no integrándose en el ordenamiento de la persona jurídica. Si el pacto es válido, en el sentido de que no sea contrario a la ley, a la moral o al orden público, será obligatorio para las partes en el sentido del artículo 1.091 del Código Civil.

(...) Si en la adopción del acuerdo han concurrido los requisitos esenciales para la validez de los contratos del artículo 1261 del Código Civil, el convenio tiene fuerza obligatoria y debe ser cumplido, no solo lo expresamente pactado, sino también todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, según establece el artículo 1258 del Código Civil. Ello es suficiente para la validez del pacto, sin necesidad de que se hubiera adoptado en junta formalmente constituida y de que se hubiera hecho constar en el acta correspondiente.

(...) Por tanto, las retribuciones ordinarias percibidas por los demandados en base a los acuerdos adoptados entre los tres socios administradores, así como la retribución extraordinaria, percibidas por los tres en el mes de julio, pese a no existir previsión estatutaria, ha de considerarse ajustada a derecho, no habiéndose lesionado ningún interés de tercero o de la propia sociedad.

(...) La cuestión surge en relación a las pagas extraordinarias que los demandados percibieron en los meses de noviembre y diciembre. Al efecto, no se ha acreditado en las actuaciones que en el mes de julio de 2015 se hubiera pactado entre los tres socios la cuantía de esas pagas extraordinarias y la forma de distribución. Las declaraciones de los socios difieren en este extremo.

(...) En suma no puede considerarse acreditado la existencia de un acuerdo entre los tres socios que pueda dar amparo a la percepción de las retribuciones extraordinarias que los demandados cobraron en los meses de noviembre y diciembre; y teniendo en cuenta que en ese momento, fallecido Don Nicanor, su participación social había sido transmitida a sus herederas, ese reparto o distribución de beneficios no podía efectuarse sin su participación, por lo que las sumas aún percibidas han de ser reintegradas a la sociedad, concurriendo los requisitos exigidos para el éxito de la acción social de responsabilidad de los administradores ejercitada; y teniéndose en cuenta también que esas retribuciones extraordinarias son de una cuantía muy superior a las regularizaciones que en otras ocasiones se efectuaron y que se excluyó del reparto a los sucesores del tercer socio y se dejó la sociedad sin apenas tesorería.” (F.D. 4º) [P.R.P.]

*Jurisprudencia: Separación judicial de administrador mancomunado por incumplimiento de prohibición de competencia.*

SAP Barcelona (Sección 15ª) de 26 de septiembre de 2018, rec. nº 389/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8521427&links=%22cese%20del%20administrador%22&optimize=20181004&publicinterface=true>

“(…) Para la estimación de la acción de separación judicial del administrador, de conformidad con el art. 65 LSRL, y actual art. 230 TRLS, no se requiere la acreditación de una conducta desleal de captación de clientela o de la comisión de actos desleales por desvío de las oportunidades de negocio a una empresa competidora, en definitiva, de un perjuicio actual a la sociedad. Se trata de acreditar el supuesto de hecho que la norma tipifica y que se integra por las siguientes circunstancias de hecho: a) que el demandado sea administrador de una sociedad de responsabilidad limitada; b) que al mismo tiempo se ‘dedique’ por cuenta propia o ajena (sin necesidad de ostentar el cargo de administrador) al ‘mismo, análogo o complementario género de actividad’ que constituya el objeto social de la sociedad que administra; y c) que no haya sido autorizado a tales específicos efectos de forma expresa por la junta general. En ello se traduce la ‘prohibición de competencia’ que establece el precepto, y la consecuencia es que, si se dan estas circunstancias, cualquier socio puede solicitar del juez el cese del administrador. No es necesaria, por tanto, la demostración de que esa ‘concurencia’, según es definida por el precepto, ha ocasionado un resultado

competencial en sentido económico, es decir, que en el conflicto descrito por la norma el administrador ha sacrificado efectivamente el interés de la sociedad que administra en beneficio de terceros, a consecuencia de su dedicación al mismo, análogo o complementario género de actividad.

(...) La quiebra de esa prohibición legal se concreta en la demanda en el hecho de ser el demandado administrador único de dos sociedades (PROMOCIONES JE 2081, S.L y CONSTRUCCIONES y REFORMAS ETSYD 200 S.L.) que tienen el mismo objeto social que DIVERIS, y en el hecho de haber encomendado la obra del edificio del PASAJE000 NUM000 de Barcelona a una de ellas (ETSYD). No es controvertido esa identidad de objetos sociales. Tampoco que el demandado las gestiona directamente. Ello, no obstante, la sentencia apelada descarta que se dé la situación que regula el artículo 230 de la LSC al concluir que los actores conocieron y consintieron dicha situación concurrencial, conclusión que compartimos plenamente. Es cierto que la autorización de la junta para que el administrador pueda quedar liberado de la prohibición de competencia ha de ser expresa. Ahora bien, en el presente caso, aunque no medió esa autorización formal de la junta general, de la prueba practicada en primera instancia se desprende que los socios, al adquirir el 100% de las participaciones sociales de DIVERIS, convinieron que JAJ S.L., propiedad de Segundo (titular, junto con el hijo del Sr. Segundo, del 50% de las participaciones), aportaría el solar en el que se desarrollaría la promoción, que estaba gravado con una hipoteca, y que el Sr. Alonso por medio de alguna de sus sociedades constructoras, se encargaría de la construcción. De hecho, en el contrato de compraventa de participaciones sociales, de fecha 22 de mayo de 2007 (documento seis de la demanda, al folio 73), firmado por los Sres. Segundo y Alonso, este compareció en representación de PROMOCIONES JE 2081 S.L.

(...) En definitiva, la participación del demandado como administrador en dos sociedades constructoras no sólo fue conocida y tolerada por los demandantes, sino que la contratación de una constructora de la órbita del Sr. Alonso (ETSYD) para llevar a cabo la construcción del edificio del PASAJE000 NUM000 de Barcelona formó parte del acuerdo de los socios al adquirir las participaciones sociales.” (F.D. 6º) [P.R.P.]

*Negativa a inscripción de un apoderamiento. Sociedad disuelta de pleno derecho por no adaptar a la ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.*

RDGRN de 18 de julio de 2018 (BOE núm. 190, de 7 de agosto de 2018, pp. 79510-79519).

[http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-11301](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-11301)

“(…) Nuestro Alto Tribunal, en la referida Sentencia, ha resaltado los principios fundamentales de la Ley de sociedades profesionales, destacando su carácter imperativo (artículo 1.1 ‘(...) deberán constituirse (...)); el artículo 5.1 al imponer

la colegiación de las personas naturales mediante las cuales la sociedad profesional ejerza las actividades profesionales propias de su objeto (“(...) únicamente (...)); el artículo 8.4, párrafo tercero, obliga al registrador Mercantil a comunicar ‘de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones, con el fin de que conste al Colegio la existencia de dicha sociedad’; el artículo 9 somete tanto a la sociedad profesional como a los profesionales que actúan en su seno al ‘régimen deontológico y disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional’; y, en fin, y sobre todo, el artículo 11 establece un régimen de responsabilidad solidaria de sociedad y profesionales frente a terceros, obligando a la sociedad a estipular el correspondiente seguro de responsabilidad civil, al tiempo que la disposición adicional segunda procura, de un lado, evitar que se eluda este régimen especial de responsabilidad extendiéndolo ‘a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a la Ley’.

Igualmente el Tribunal Supremo, en la misma Sentencia, ha exigido ‘certidumbre jurídica’, manifestando expresamente que ‘se trata, en suma, de que las sociedades sean lo que parecen y parezcan lo que son, pues ninguna forma mejor hay de garantizar el imperio de la ley y los derechos de los socios y de los terceros que contraten con la sociedad’.

Consecuentemente con lo expuesto, a la luz de los referidos pronunciamientos del Tribunal Supremo, esta Dirección General (vid. Resoluciones de 5 y 16 de marzo, 2 de julio y 9 de octubre de 2013, 4 de marzo y 18 de agosto de 2014, 20 de julio de 2015, 11 de enero, 17 de octubre y 16 de diciembre de 2016 y 2 de marzo, 5 y 24 de abril, 14 de junio y 22 de noviembre y 21 de diciembre de 2017) ha sentado una consolidada doctrina según la cual, ante las dudas que puedan suscitarse en los supuestos en que en los estatutos sociales se haga referencia a determinadas actividades que puedan constituir el objeto, bien de una sociedad profesional, con sujeción a su propio régimen antes dicho, bien de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, debe exigirse para dar ‘certidumbre jurídica’ la declaración expresa de que se trata de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, de tal modo que a falta de esa expresión concreta deba entenderse que en aquellos supuestos se esté en presencia de una sociedad profesional sometida a la Ley imperativa 2/2007, de 15 de marzo. Por ello, una correcta interpretación de la Ley de sociedades profesionales debe llevar al entendimiento de que se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada, de manera que cuando se quiera constituir una sociedad distinta, y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente. No obstante, si tal exigencia está plenamente justificada en el momento de constitución de la sociedad -o modificación del objeto social- debe actuarse con mayor cautela por el registrador mercantil a la hora de apreciar el incumplimiento de la citada disposición transitoria primera de la Ley 2/2007 y practicar en consecuencia la cancelación de la hoja registral. Por ello, sólo cuando por los documentos presentados a calificación o por los asientos registrales pueda el

registrador apreciar tales circunstancias deberá practicar el correspondiente asiento de cancelación de la hoja registral”. [P.G.P.]

*Modificación estatutos sociales. Régimen de transmisión de participaciones sociales. Derecho de separación y abuso en su ejercicio es competencia de los tribunales y no de la DGRN.*

RDGRN de 4 de julio de 2018 (BOE núm. 174, de 19 de julio de 2018, pp. 772725-72729).

[http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-10160](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-10160)

“(…) La modificación del régimen de transmisión de las participaciones es un acto que, en el sistema legal, corresponde al ejercicio de la voluntad soberana de la junta general para establecer las normas reguladoras de la sociedad. Y, al margen de las dudas que pueden suscitarse en algunos supuestos sobre la posible existencia de derechos individuales de los socios cuyo respeto exija el consentimiento de los afectados (vid., artículo 292 de la Ley de Sociedades de Capital, aunque cabe recordar que según la jurisprudencia el derecho de adquisición preferente reconocido a los socios no tiene el carácter de derecho individual a tales efectos –cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1992 y 16 de febrero de 2007-), la principal tutela de los socios ante la modificación estatutaria del régimen de transmisión de las participaciones es el derecho de separación de los socios que no hubieran votado en favor del acuerdo modificadorio (artículo 346.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

Ciertamente, se ha afirmado que de admitir la operatividad del derecho de separación del socio en supuestos de ligeras modificaciones de aspectos no sustanciales del régimen de transmisión de las participaciones sería contrario al principio corporativo, al de autonomía de la voluntad y al fundamento mismo del derecho de separación como mecanismo protector de los socios, en detrimento del patrimonio social como consecuencia del reembolso al socio saliente del valor de sus participaciones. Pero en el presente caso, sin necesidad de prejuzgar sobre dicha cuestión, lo cierto es que la modificación estatutaria cuestionada comporta un aumento de los supuestos de libre transmisibilidad de las participaciones y, por ello, debe concluirse que tiene entidad suficiente para que entre en juego el derecho de separación de los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales. Y, conforme al artículo 349 de la Ley de Sociedades de Capital, la escritura de formalización del acuerdo que desencadena el nacimiento del derecho de separación, u otra posterior, debe contener la declaración de los administradores de que tal derecho no se ha ejercitado por ningún socio o, en otro caso, que la separación se ha realizado mediante adquisición por la sociedad de las participaciones del socio separado o mediante la correspondiente reducción del capital social.

Debe, por tanto, confirmarse la calificación impugnada, sin que constituyan óbice alguno las afirmaciones de la recurrente en su escrito de impugnación sobre el

hecho de que sólo una socia haya ejercido el derecho de separación, con oposición del resto de los socios y de la administradora por entender que el ejercicio del tal derecho es abusivo, extremos que resultan también de la escritura de declaraciones complementarias otorgada por la administradora de la sociedad. Respecto de tales alegaciones y del documento presentado con el recurso, debe recordarse que no pueden tenerse en cuenta a la hora de resolver el recurso documentos no presentados para su calificación y que han sido aportados en el momento de interposición del mismo, pues, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma (vid., entre otras muchas, las Resoluciones de 27 de julio de 2006, 22 de mayo de 2008, 5 de febrero de 2009, 8 y 18 de enero y 23 de diciembre de 2010, 13 de enero de 2011, 21 de junio y 28 de agosto de 2013 y 7 de septiembre y 1 de octubre de 2015). Y, aunque tal documento se hubiera presentado en el momento de la calificación, tampoco puede apreciarse en el ámbito de la misma si la socia que ha manifestado su decisión de separarse de la sociedad incurre o no en abuso de derecho, cuestión esta que debe solventarse en otro ámbito -el judicial-, al margen de la actuación registral, que se desarrolla con parámetros distintos a los propios de un procedimiento contradictorio ante los tribunales”. [P.G.P.]

### 3. DERECHO CONCURSAL

*Jurisprudencia: Acción de reintegración. Dación en pago. Noción de perjuicio y valoración de la existencia de un sacrificio patrimonial injustificado.*

STS (Sala 1ª) de 6 de marzo de 2018, rec. nº 337/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8322051&links=concurso%20de%20acreedores%20tres%20plazas%20parking&optimize=20180316&publicinterface=true>

“(…) El acto de disposición objeto de rescisión concursal es una dación en pago: OCASA cedió los derechos de uso exclusivo de tres plazas de aparcamiento a ISS, en pago de una deuda que tenía con esta sociedad de 54.450 euros, deuda que estaba vencida y era exigible. El valor de los derechos cedidos era inferior a la mitad del crédito de ISS, que se extinguía con la cesión.

La dación en pago fue acordada el 27 de febrero de 2013, en el periodo posterior a que OCASA realizara la comunicación del art. 5 bis LC (31 de octubre de 2012) y anterior a su declaración de concurso a instancia de algunos de sus acreedores (28 de mayo de 2013).

En las sentencias 175/2014, de 9 de abril, y 715/2014, de 16 de diciembre, hemos entendido que ‘(l)a dación en pago supone un concierto de voluntades entre

deudor y acreedor por el que éste consiente recibir, con carácter solutorio, un *aliud pro alio* (una cosa por otra), con el efecto de extinguir la obligación originaria?

Se trata de un negocio complejo, pues participa de las características del pago o cumplimiento de una obligación, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto que, con efectos solutorios, extingue la primitiva obligación.

De tal forma que lo que puede ser objeto de rescisión concursal es el acuerdo de dación en pago contenido en la escritura pública, materializado en la entrega de los derechos sobre las plazas de parking y la satisfacción convenida del crédito del cesionario. Y la procedencia de la rescisión viene determinada por la acreditación de que este acuerdo era perjudicial para el patrimonio del deudor concursado, en la medida en que conllevaba un perjuicio patrimonial injustificado.

5. Si nos ajustamos a la relación entre el valor de los derechos sobre las plazas de parking cedidos por OCASA y el importe de la deuda que esta tenía con ISS, tal y como ha quedado acreditado en la instancia por la sentencia recurrida, no habría perjuicio, en cuanto que el valor de los derechos cedidos era inferior a la mitad del importe de los créditos extinguidos. Desde el punto de vista del acuerdo de transmisión de bienes o derechos que supone la dación en pago, el importe por el que se transmitían era el doble de su valor, razón por la cual no habría propiamente sacrificio patrimonial.

Es únicamente desde el punto de vista de la satisfacción del crédito que se extinguía con la dación, que podría existir alguna duda sobre el perjuicio, en atención al momento y las circunstancias en que se realizaron, de acuerdo con la jurisprudencia contenida en las sentencias 629/2012, de 26 de octubre, y 487/2013, de 10 de julio:

‘en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par condicio creditorum*’.

La dación en pago fue realizada cuatro meses después de que la cedente, OCASA, hubiera realizado la comunicación del art. 5 bis LC, que conlleva la suspensión de las ejecuciones singulares, y tres meses antes de que se hubiera declarado su concurso de acreedores. Ligado al hecho de que esta cesión no se realizó de forma aislada, sino que en esas semanas (febrero-mayo de 2013) OCASA cedió plazas de garaje ubicadas en Getafe en pago de deudas contraídas con distintos acreedores por un importe global de 4.428.600 euros, y en todas ellas, según declara probado la Audiencia, el valor de las plazas era inferior a la mitad del importe de los créditos.

Esas circunstancias temporales en que se realizaron las daciones en pago hubieran podido ser muy relevantes si el importe de los créditos fuera equivalente o inferior al valor de los derechos cedidos y si hubieran concurrido circunstancias excepcionales respecto de la naturaleza del crédito o la condición de su acreedor que hubieran determinado la naturaleza injustificada de la diferencia de trato, como fue el caso objeto de la sentencia 487/2013, de 10 de julio.

Pero en nuestro caso la regla general ha sido que con estas cesiones el acreedor cesionario recibía en pago de sus créditos unos derechos que valían menos de la mitad del importe de esos créditos. Y no se aprecian circunstancias excepcionales respecto de la naturaleza de los créditos o la condición del acreedor. Es más, consta que hubo un ofrecimiento por parte de la deudora a una generalidad de acreedores para realizar la dación en pago en estas condiciones, de modo que no se trató de una operación aislada sino que estuvo acompañada de otras realizadas con otros acreedores y en similares condiciones, con las que se extinguieron deudas por importe de 4.428.600 euros.

Bajo estas condiciones, es difícil apreciar la concurrencia del sacrificio patrimonial injustificado, que como ya apuntábamos no puede quedar reducido a que unos créditos fueran pagados en detrimento de aquellos otros que no se beneficiaron de la cesión de pagos.

Si bien la concurrencia del perjuicio debe juzgarse de acuerdo con las circunstancias concurrentes al tiempo de ser realizados los actos de disposición objeto de rescisión (las daciones de pago), en este caso en que el perjuicio se funda en la alteración de la *par condicio creditorum*, es muy ilustrativo advertir que los créditos sujetos al concurso sufrieron una quita del 50%, cuyo pago se fraccionó y demoró entre uno y cinco años. De tal forma que los acreedores que percibieron las cesiones recibieron en pago unos derechos de difícil comercialización cuyo valor era inferior a la mitad de sus créditos y los acreedores que se sometieron al concurso vieron reducidos sus créditos a un 50%, aunque fuera demorado su cobro cinco años.

Estas circunstancias ponen en evidencia que cuando se realizaron las daciones en pago, pese a la proximidad de la declaración de concurso, por las condiciones en que se hicieron no conllevaban un perjuicio en cuanto que el sacrificio patrimonial que suponían no era injustificado. Fundamentalmente porque se extinguieron pasivos por el doble del valor de los derechos cedidos, con lo cual no existió ‘un detrimento de la masa activa, y porque la novación sufrida por los créditos concursales afectados por el concurso les permitió’ cobrar sus créditos, más tarde, pero en similar proporción y en dinero. Todo ello sin que se aprecien circunstancias excepcionales en la naturaleza de los créditos o la condición del acreedor que permitieran afirmar el carácter injustificado de la diferencia de trato entre los acreedores que vieron satisfecho parcialmente su crédito. Además, la cesión de unos derechos de difícil explotación en esos momentos ahorró a la concursada los gastos de mantenimiento”. (F.D. 3º)

#### 4. DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

*Responsabilidad por daños en la descarga. Alteración del régimen por pacto entre las partes. Aplicación Cdc y Ley de Transporte Marítimo e inaplicación de la LNM porque los hechos ocurrieron con anterioridad a su entrada en vigor*

STS (Sala 1ª) de 18 de julio de 2018, rec. nº 339/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8460598&links=&optimize=20180727&publicinterface=true>

“(…) El motivo del recurso debe estimarse por el primero de los argumentos expuestos por la recurrente. Con carácter previo, debe aclararse que dada la fecha en que sucedieron los hechos, en el año 2013, no es aplicable la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

2.- La sentencia recurrida hace responsable al consignatario de los daños causados a los cultivos de la demandante por aplicación de los arts. 586 del Código de Comercio y 3 de la Ley de Transporte Marítimo. Según afirma la Audiencia en su sentencia, ‘es doctrina jurisprudencial consolidada (...) la que atribuye al consignatario la responsabilidad del porteador frente al titular de la mercancía, tal responsabilidad propia del porteador no es exigible por daños o menoscabos que ocurran con posterioridad al contrato de transporte que ya ha extinguido sus efectos con independencia de que el consignatario pueda ser responsable por otras razones. Que el contrato de transporte concluye y extingue sus efectos con la recepción de las mercancías en el puerto, de forma que la responsabilidad del porteador y en su caso la asimilada al consignatario se extiende hasta el momento en que pone las mercancías a disposición del destinatario o de su autorizado en el muelle del puerto de destino’.

3.- La Audiencia Provincial, al realizar estas declaraciones sobre el momento en que cesa la responsabilidad del porteador, y la correlativa del consignatario, por el contrato de transporte, no toma en consideración que lo pactado entre los distintos intervinientes en el contrato de transporte marítimo delimita la intervención de cada interviniente en las distintas operaciones del transporte y, consiguientemente, la responsabilidad de cada uno de ellos y, en concreto, del porteador.

Aunque, en principio, a falta de pacto entre las partes, en el contrato de transporte marítimo corresponde al porteador la carga y descarga de las mercancías del buque, este régimen puede alterarse contractualmente. Eso es lo sucedido en el presente caso, en el que la contratación de la empresa que realizó la descarga, Terminal Marítima Granada, no corrió a cargo del porteador ni de su consignatario, sino de la empresa destinataria de las mercancías.

4.- Teniendo en cuenta lo anterior, la responsabilidad por los daños causados por la descarga de las mercancías no puede corresponder al porteador o naviero, puesto que el mismo no estaba encargado de realizar esa operación.

Al no corresponder esa labor al porteador y, por tanto, no ser responsable de los daños que pudieran causarse en la descarga de la mercancía, que fue contratada directamente por el destinatario de la mercancía con una empresa estibadora del puerto de destino, no es necesario entrar a valorar si la equiparación entre el porteador y su consignatario puede extenderse también a la responsabilidad extracontractual frente a terceros y no solamente a la responsabilidad frente al propietario de la mercancía por los daños causados a esta”. (F.D. 3º) [P.G.P.]

## 5. CONTRATACIÓN MERCANTIL

*Jurisprudencia: Cuestión prejudicial sobre la Directiva 86/553/CEE. Exclusión de la indemnización por los daños y perjuicios en caso de extinción anticipada del contrato durante el período de pruebas establecido en el contrato*

STJUE (Sala 4ª) de 19 de abril de 2018, asunto C-645/16.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=201266&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=235213>

“(…) Por consiguiente, como señaló el Abogado General en los puntos 26 y 50 de sus conclusiones, del tenor del artículo 17, apartados 2 y 3, de la Directiva 86/653 se desprende que los regímenes de indemnización y reparación que esta disposición establece no pretenden sancionar la extinción del contrato, sino compensar al agente comercial por sus prestaciones anteriores de las que el empresario sigue beneficiándose con posterioridad a la terminación de las relaciones contractuales o por los gastos en que haya incurrido a efectos de dichas prestaciones. Por consiguiente, dicho agente no puede ser privado de la indemnización o de la reparación por el único motivo de que la terminación del contrato de agencia comercial tuvo lugar durante el período de prueba, si se cumplen los requisitos enunciados en el citado artículo 17, apartados 2 y 3, de dicha Directiva”. (F.D. 28º)

“Por lo tanto, del tenor de dicho artículo se desprende que el derecho a la indemnización y a la reparación del perjuicio ocasionado es aplicable incluso si la terminación de la relación contractual entre el empresario y el agente comercial se produce durante el período de prueba”. (F.D. 29º)

“(…) Pues bien, la interpretación según la cual no habrá lugar a ninguna indemnización en caso de extinción del contrato de agencia comercial durante el período de prueba no es compatible con el carácter imperativo del régimen establecido por el artículo 17 de la Directiva 86/653. En efecto, tal interpretación, que equivaldría a supeditar la concesión de una indemnización al hecho de que se haya estipulado o no un período de prueba en el contrato de agencia comercial, sin tener en cuenta el rendimiento del agente comercial o los gastos en que haya incurrido, al contrario de lo que exige dicho artículo, constituye, por las mismas razones que las expuestas en el apartado 32 de la presente sentencia, una interpretación en perjuicio del agente comercial, que se ve privado de toda

indemnización por el único motivo de que el contrato que le vincula al empresario incluye un período de prueba”. (F.D. 36º)

“Por consiguiente, procede considerar que es contraria al objetivo de dicha Directiva una interpretación del artículo 17 de la Directiva 86/653 según la cual no habrá lugar a ninguna indemnización o reparación cuando la extinción del contrato de agencia comercial se produce durante el período de prueba”. (F.D. 37º)

“Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 17 de la Directiva 86/653 debe interpretarse en el sentido de que los regímenes de indemnización y de reparación que dicho artículo establece, respectivamente, en sus apartados 2 y 3, en caso de terminación del contrato de agencia comercial, son aplicables cuando dicha terminación se produce durante el período de prueba que este contrato estipula”. (F.D. 38º) [P.G.P.]

*Transporte aéreo. Concepto de “transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo”. Contrato de arrendamiento de una aeronave con tripulación (“wet lease”).*

STJUE (Sala Tercera) de 4 de julio de 2018, asunto C-532/17.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130dc096cd39dcba442af95be9b7d04dcfa48.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pbh0Ne0?text=&docid=203541&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1836869>

“(…) Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si el concepto de ‘transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo’ en el sentido del Reglamento n.º 261/2004 y, en particular, de su artículo 2, letra b), debe interpretarse en el sentido de que incluye el supuesto de un transportista aéreo que, como sucede en el litigio principal, da en arrendamiento a otro transportista aéreo la aeronave y la tripulación en el marco de un arrendamiento de una aeronave con tripulación (“wet lease”), pero no asume la responsabilidad operativa de los vuelos, ni siquiera cuando la confirmación de reserva de una plaza en un vuelo entregada a los pasajeros menciona que dicho vuelo es operado por ese primer transportista.

A este respecto, procede señalar que, a tenor del artículo 2, letra b), del Reglamento n.º 261/2004, el concepto de ‘transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo’ debe entenderse en el sentido de que designa al ‘transportista aéreo que lleve a cabo o pretenda llevar a cabo un vuelo conforme a un contrato con un pasajero o en nombre de otra persona, jurídica o física, que tenga un contrato con dicho pasajero’.

Esta definición establece, pues, dos requisitos acumulativos para que un transportista aéreo pueda calificarse de ‘transportista aéreo encargado de efectuar

un vuelo’, atendiendo, por una parte, a la realización del vuelo de que se trate y, por otra, a la existencia de un contrato celebrado con un pasajero.

El primer, requisito pone de relieve el concepto de ‘vuelo’, que constituye su elemento central. Pues bien, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que dicho concepto debe entenderse como ‘una operación de transporte aéreo y que, por lo tanto, constituye en cierto modo una ‘unidad’ de este tipo de transporte realizada por un transportista aéreo que fija su itinerario’ (sentencias de 10 de julio de 2008, Emirates Airlines, C-173/07, EU:C:2008:400, apartado 40, de 13 de octubre de 2011, Sousa Rodríguez y otros, C-83/10, EU:C:2011:652, apartado 27, y de 22 de junio de 2016, Mennens, C-255/15, EU:C:2016:472, apartado 20).

De ello se desprende que debe considerarse transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo el transportista que, en el marco de su actividad de transporte de pasajeros, decide realizar un vuelo concreto, incluida la fijación del itinerario y, por lo tanto, crear una oferta de transporte aéreo para los interesados. La adopción de tal decisión implica, en efecto, que dicho transportista asume la responsabilidad de la realización del referido vuelo, incluida, en particular, la responsabilidad por su posible anulación o gran retraso a su llegada.

En el presente asunto, ha quedado acreditado que Thomson Airways se limitó a dar en arrendamiento la aeronave y la tripulación que operó el vuelo de que se trata en el litigio principal, pero la fijación del itinerario y la realización del vuelo fueron decididas por TUIFly.

En estas circunstancias, sin que sea necesario examinar la segunda condición acumulativa prevista en el artículo 2, letra b), del Reglamento n.º 261/2004, procede declarar que un transportista aéreo que, como Thomson Airways en el litigio principal, da en arrendamiento una aeronave y una tripulación a otro transportista aéreo no puede ser calificado, en ningún caso, de ‘transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo’ en el sentido del Reglamento n.º 261/2004 y, en particular, de su artículo 2, letra b).

Esta solución viene corroborada por el objetivo de garantizar un elevado nivel de protección de los pasajeros, enunciado en el considerando 1 del Reglamento n.º 261/2004, puesto que permite garantizar que los pasajeros transportados serán indemnizados o atendidos sin tener en cuenta los acuerdos celebrados por el transportista aéreo que haya decidido realizar el vuelo de que se trata con otro transportista a fin de garantizar ese vuelo en concreto.

La referida solución es, por otra parte, coherente con el principio, establecido en el considerando 7 de dicho Reglamento, de que, para garantizar la aplicación eficaz del mismo, las obligaciones que este impone deben incumbir al transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo, independientemente de que sea propietario de la aeronave o el vuelo sea objeto de un contrato de arrendamiento con tripulación.

Es cierto que el órgano jurisdiccional remitente precisa, además, que la confirmación de reserva emitida a los demandantes en el litigio principal menciona que el vuelo de que se trata en el litigio principal sería ‘operado’ por el transportista aéreo que dio en arrendamiento la aeronave y la tripulación. No obstante, si bien dicha indicación resultaba pertinente en el marco de la aplicación del Reglamento n.º 2111/2005, no prejuzga la identificación del ‘transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo’ en el sentido del Reglamento n.º 261/2004, puesto que del considerando 1 del Reglamento n.º 2111/2015 se desprende claramente que este persigue un objetivo diferente del Reglamento n.º 261/2004.

Habida cuenta de todas las consideraciones que preceden, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el concepto de ‘transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo’ en el sentido del Reglamento n.º 261/2004 y, en particular, de su artículo 2, letra b), debe interpretarse en el sentido de que no incluye al transportista aéreo que, como ocurre en el litigio principal, da en arrendamiento a otro transportista aéreo la aeronave y la tripulación en el marco de un arrendamiento de aeronave con tripulación (‘wet lease’), pero no asume la responsabilidad operativa de los vuelos, ni siquiera cuando la confirmación de reserva de una plaza en un vuelo entregada a los pasajeros menciona que dicho vuelo será operado por ese primer transportista”. (F.D. 16 a 27) [P.G.P.]

*Jurisprudencia: Préstamo mercantil. Necesidad de requerimiento fehaciente de pago. Interpretación art. 313 CCom.*

STS (Sala1ª) de 5 de abril de 2018, rec. n.º 2463/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8348339&links=préstamo%20mercantil%20sin%20plazo%20de%20restitución%20interpretación%20art%C3%ADculo%20313&optimize=20180413&publicinterface=true>

“(…) En la instancia se ha declarado probada la existencia de los dos préstamos, de 50.000 euros cada uno, concedidos por la sociedad Urbanizadora Burismar, S.L. a quien fuera entonces uno de sus administradores solidarios, Desiderio. La sentencia recurrida considera que este préstamo era mercantil, conforme al art. 311 Ccom, en atención a que la prestamista tenía la condición de sociedad mercantil, y esta calificación no ha sido cuestionada.

El Código de comercio cuando regula el contrato de préstamo mercantil contiene una previsión especial respecto de los préstamos concedidos sin plazo de devolución, en el art. 313:

‘En los préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo marcado de vencimiento, no podrá ‘exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho’.

Esta norma especial, en un caso en que tampoco consta acreditado que, por la naturaleza y circunstancias, se hubiera querido fijar un plazo de vencimiento, excluye la aplicación del art. 1128 CC, razón por la cual se desestima el motivo segundo, y permite centrar la cuestión en si se cumplieron las exigencias contenidas en ese art. 313 Ccom.

La *ratio* de la norma es garantizar al prestatario de préstamos mercantiles en que no se ha acordado un plazo de devolución, que no serán exigibles sino un mes desde que hubiere sido requerido de forma fehaciente. Con ello se le concede al prestatario un plazo de un mes desde que el prestamista le requiera de pago. Como ya hizo la sala en su sentencia de 5 de octubre de 1957, debe interpretarse la exigencia del ‘requerimiento notarial’ en un sentido amplio y admitirse cualquier otra forma de requerimiento que permita acreditar su existencia y el momento en que se realizó, para que a partir de entonces comience a computarse el plazo de gracia de 30 días para cumplir con la obligación de devolución del préstamo.

Propiamente en nuestro caso no ha existido un requerimiento de pago. Tan sólo consta que el prestatario recibió el burofax por el que, en su calidad de socio, se le convocaba a la junta de la sociedad prestamista, en cuyo orden del día aparecía en el ordinal 2º lo siguiente: «información y reclamación de las deudas de los socios». El acuerdo por el que se decidió reclamar la deuda del prestatario con la sociedad, al margen de que no consta que hubiera sido notificado junto con el resto de los acuerdos al socio prestatario, por si sólo no sufre la exigencia del requerimiento de pago. Una vez la junta acuerda exigir la devolución del préstamo, debería haber existido un requerimiento formal, una comunicación fehaciente por la que se le requiriera de pago. Mientras ese requerimiento no fuera realizado, la deuda no podía considerarse exigible.

Pero lo anterior no excluye que la notificación de la demanda judicial que dio comienzo al presente procedimiento constituya por sí un requerimiento fehaciente de pago, a partir del cual surgió el plazo de un mes para cumplir con la obligación de pago. De forma que si el deudor hubiera cumplido con ella, la demanda se hubiera podido desestimar. En la medida en que no se cumplió con este requerimiento, la deuda devino exigible durante el procedimiento judicial y antes de que se dictara sentencia en primera instancia, razón por la cual no resultaba procedente su desestimación.

Con ello reconocemos a la reclamación judicial del crédito, que no va precedida del previo requerimiento fehaciente de pago, el efecto previsto en el art. 313 CC, de modo análogo a como en la sentencia 315/2011, de 4 de julio, la sala reconoció la eficacia resolutoria del art. 1504 CC a la demanda de resolución por incumplimiento de la obligación de pago del precio de la compraventa cuando no constaba el previo requerimiento, mientras no se hubiera producido el pago.

Lo anterior afecta al devengo de intereses, que no puede producirse desde la notificación de la demanda, sino desde los 30 días siguientes a dicha notificación, en que devino exigible el crédito de la sociedad frente a su prestatario. El art. 313 Ccom comporta una regla especial respecto del art. 63 Ccom, en cuanto que los

efectos de la morosidad surgen desde su exigibilidad que, en este caso, en que no había señalado día para el cumplimiento de la obligación de devolución del préstamo, no será desde el requerimiento de pago sino trascurrido el plazo de gracia de 30 días.

Esto supone que estimemos en parte el motivo primero y revoquemos en parte la sentencia recurrida, para ampliar la estimación parcial de la apelación, en el sentido de reducir la condena al pago de los intereses legales a los devengados con posterioridad a los 30 días siguientes a la notificación de la demanda”. (F.D. 3º) [P.G.P.]

*Préstamo mercantil. Aplicación art. 1843 CC a fiadores solidarios. Inaplicación de la doctrina del abuso de derecho.*

STS (Sala 1ª) de 20 de julio de 2018, rec. nº 598/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8460613&links=&optimize=20180727&publicinterface=true>

“(…) El motivo denuncia que la sentencia impugnada, al declarar que la conducta de los demandantes de ejercitar la acción de cobertura de fianza del art. 1843 CC incurre en abuso de derecho, aplica indebidamente el artículo 7 CC y contradice la reiterada y homogénea jurisprudencia que lo interpreta. Esta jurisprudencia parte del carácter excepcional, restrictivo y de última ratio de esta institución, que para que pueda ser apreciada es necesario que la sentencia fije las bases fácticas con rigor, para que sus requisitos queden manifiestos de modo patente.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

(…) El tribunal de instancia desestima la pretensión de los fiadores demandantes, que se basaba en el derecho que les confiere el art. 1843 CC para dirigirse contra el deudor principal, porque han incurrido en abuso de derecho. En este motivo de casación, se impugna esta valoración jurídica. Para examinarla ahora, hemos de partir, como en otras ocasiones, de la jurisprudencia sobre el abuso de derecho, que se halla recopilada en la sentencia 159/2014, de 3 de abril, citada en el recurso.

(…)

Para juzgar sobre la correcta apreciación en cada caso del abuso de derecho, la jurisprudencia ha precisado cuáles son los requisitos que deben concurrir (sentencias 455/2001, de 16 de mayo; 722/2010, de 10 de noviembre; 690/2012, de 21 de noviembre; y 159/2014, de 3 de abril):

‘a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) la inmoralidad o

antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, con ‘animus nocendi’), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) (...), ya que, en otro caso, rige la regla ‘qui iure suo utitur neminem laedit’ (quien ejercita su derecho no daña a nadie)’.

3. El análisis del primer requisito nos conduce al examen de la acción ejercitada en la demanda. Los demandantes eran fiadores solidarios que garantizaban la devolución del préstamo hipotecario concedido por Banesto a la sociedad Turiscontrol, deudora principal, documentado en la escritura el 29 de noviembre de 2009. Ante el impago de las cuotas de devolución del préstamo a partir de marzo de 2011, en noviembre de ese año Banesto instó la ejecución, que se dirigió no sólo contra la deudora principal, Turiscontrol, sino también contra los dos fiadores.

Es en esa situación, iniciada ya la ejecución, cuando los fiadores ejercitan la denominada acción de cobertura de la fianza, al amparo del art. 1843 CC. Este precepto legitima al fiador para, en determinados casos que enumera, aun antes de haber pagado, dirigirse contra el deudor para ‘obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor’.

En realidad, la relevación de la fianza sólo se podría dar por el pago del deudor o porque este último llegara a un acuerdo con el acreedor beneficiario de la garantía, para que accediera a relevar al fiador. Como esto último depende del acreedor y el fiador no tiene acción frente a él, la acción de relevación se reconduce ordinariamente a la pretensión alternativa de que el deudor otorgue una garantía, real o personal, que proteja el derecho de regreso del fiador.

La primera de las situaciones que, conforme al art. 1843 CC, legitimaría a los fiadores para ejercitar esta acción de cobertura es que el deudor haya sido demandado judicialmente para el pago. En nuestro caso consta acreditado porque, al tiempo de ejercitarse la demanda, se había instado la ejecución judicial frente al deudor y los fiadores.

4. El segundo requisito del abuso de derecho sería que el ejercicio por parte de los fiadores de la acción de cobertura que les confiere el art. 1843 CC ocasionara un daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica. En este caso el daño vendría determinado por la garantía que la sociedad deudora tendría que ofrecer y, en última instancia, porque respondiera ella del crédito o, de hacerlo los fiadores, les reembolsara el pago en los términos previstos en el art. 1838 o 1839 CC, en función de la acción que ejercitaran.

5. Pero este perjuicio al interés del deudor principal no justifica la apreciación del abuso de derecho mientras no concurra el tercer requisito, la inmoralidad o antisocialidad de ese daño.

Para analizarlo en este caso, hay que partir de que el daño en realidad es la consecuencia lógica de la obligación asumida en su día por la sociedad, como prestataria de un préstamo hipotecario, otorgado en el año 2006, que fue renovado en el 2009, cuyo cumplimiento es el que ahora se reclama del deudor y de los fiadores. De alguna forma, el supuesto daño o perjuicio, que el deudor acabe pagando directamente al acreedor o garantizando el derecho de regreso de los fiadores, es el efecto legal de la obligación asumida en su día por la sociedad y de la garantía prestada por los fiadores solidarios. Lo normal es que sea el deudor principal quien asuma la obligación garantizada por los fiadores, por eso se les reconoce esta acción de cobertura y, en su caso, las de reembolso y subrogatoria. El derecho de los fiadores para ejercitar estas acciones es legítimo y, como veremos, no queda desvirtuado por la supuesta ‘inmoralidad’ denunciada y apreciada en la instancia.

La sentencia de apelación no es muy clara a la hora de identificar las razones por las que considera abusivo el ejercicio de la acción de cobertura, en parte porque el hilo de su argumentación se ve entremezclado con extractos de sentencias de otras audiencias, que no siempre guardan relación con la materia. Partiendo de esta apreciación, resaltada por el recurrente, de que la sentencia recurrida no identifica con claridad las razones que justifican el ejercicio abusivo del derecho, de su lectura podemos extraer las siguientes: i) los fiadores habían sido, de forma sucesiva, administradores de la sociedad deudora (Turiscontrol), antes de venderla en agosto de 2011; ii) el crédito afianzado había nacido siendo alguno de los fiadores administrador de la sociedad deudora; iii) las cuotas periódicas establecidas para la devolución del préstamo comenzaron a dejar de pagarse antes de agosto de 2011, esto es, antes de la transmisión de la sociedad; iv) En diciembre de 2009, la sociedad ya estaba en una situación de fondos propios negativos y por ello en causa de disolución, sin que se hubiera instado por los administradores; v) en la documentación de la transmisión de la sociedad, en agosto de 2011, se ocultaba la verdadera situación económica de la sociedad (Turiscontrol); vi) los fiadores demoraron voluntariamente su reclamación frente a la sociedad contrariando lo dispuesto en el art. 1843 CC, que permite su reclamación frente al deudor principal cuando la deuda se ha hecho exigible.

6. Comenzaremos por esta última alegación, que en este caso es irrelevante para justificar lo que se pretende, el abuso de derecho, pues la demanda en la que se ejercita esta acción de cobertura fue presentada después de que se cumpliera el requisito legal de que hubiera sido iniciada la reclamación judicial frente al deudor, esto es, después de que se hubiera instado la ejecución y antes de que se hubiera cobrado el crédito con los bienes o derecho de los fiadores. El que hubieran pasado unos pocos meses desde que se hubiera despachado ejecución no constituye ninguna demora o retraso malicioso en el ejercicio de la acción, razón por la cual la mención que la sentencia recurrida hace al respecto era improcedente.

7. Por otra parte, hay dos razones empleadas por la Audiencia para confirmar el abuso de derecho que se apoyan en dos hechos probados que la estimación del

motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal ha dejado sin efecto.

Así, en primer lugar, no habría quedado acreditado que la obligación garantizada no proviniera de un auténtico préstamo de dinero, sin perjuicio de que fuera destinado a amortizar otro anterior y, por ello, no supusiera la entrada de dinero nuevo. Esto último no constituye un acto contrario a la buena fe, ni tiñe de inmoralidad la posterior acción de cobertura, al tratarse de una mera operación de refinanciación, que en definitiva, pospone la exigibilidad del crédito inicial. Al margen de que fuera más o menos beneficioso para la sociedad, con vistas a una posterior acción de cobertura del fiador no justifica el abuso de derecho.

También hemos de tener en cuenta que al estimar aquel primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, no puede considerarse probado que esta deuda de la sociedad, garantizada por los fiadores (ahora demandantes), hubiera sido ocultada cuando transmitieron el grupo empresarial, por lo que tampoco podía apoyarse en este hecho la apreciación de abuso de derecho. Sin perjuicio de que, en su caso, esta ocultación, en cuanto se hubiera transmitido una sociedad con un pasivo oculto, hubiera podido dar lugar a otra acción a favor de los adquirentes y frente a los transmitentes.

8. A la vista de lo anterior, del resto de circunstancias no cabe extraer una actuación abusiva por los fiadores.

El que la deuda de la sociedad garantizada por los fiadores hubiera nacido cuando estos controlaban la sociedad y que provenga de una escritura de préstamo que renovaba otro anterior que se amortizaba, por lo tanto sin que hubiera dinero nuevo; el que la sociedad deudora, junto con otras del grupo empresarial, hubiera sido vendida unos pocos meses después de que se hubieran empezado a impagar las cuotas de devolución del préstamo, y que por entonces esa sociedad estuviera incurso en causa de disolución; no convierten en abusivo el posterior ejercicio por los fiadores de la acción de cobertura.

9. Por todo lo cual debemos estimar el motivo y casar la sentencia, sin necesidad de entrar a analizar el resto de los motivos de casación.

Al asumir la instancia, sobre la base de lo argumentado hasta ahora en este fundamento jurídico, declaramos acreditados los requisitos exigidos por el art. 1843 CC para el ejercicio de la acción de cobertura, pues consta que ya había sido presentada la demanda ejecutiva no sólo frente al deudor principal, sino también frente a los fiadores, y hemos rechazado que existiera abuso de derecho.

Se estima la pretensión principal de condenar a la deudora principal (MF Turiscontrol, S.L.) a otorgar garantía suficiente que cubra la eventual responsabilidad que para los fiadores puede derivar de la ejecución instada por el banco acreedor, por un importe de 337.633,29 euros. Se trata de una condena de hacer, en cuanto que la demandada condenada viene obligada a otorgar garantía suficiente.

Sería en ejecución de sentencia, una vez se hubiera cumplido el plazo legal para el cumplimiento voluntario, cuando podría pedirse el cumplimiento a costa del demandado, mediante el embargo de los bienes o derechos que pudiera cumplir la finalidad de garantía perseguida.

En cualquier caso, el presente procedimiento concluye con la concesión de esta garantía y mientras exista el riesgo de responsabilidad para los fiadores. En el curso de la ejecución de esta sentencia no podrían ejecutarse estas garantías, si no fuera porque previamente se hubiera instado la vía de regreso y en el curso del mismo hubiera sido condenada la sociedad deudora a reembolsar o restituir las cantidades pagadas por los fiadores. A fin de cuentas, el objeto del presente procedimiento es recabar las garantías necesarias para hacer efectiva una eventual acción de reembolso o subrogatoria”. (F.D. 4º) [P.G.P.]

### III. DERECHO DEL TRABAJO

*Jurisprudencia: El TJUE considera que la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, resulta aplicable a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de la prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial del personal de la primera.*

STJUE de 11 de julio de 2018, asunto C-60/17.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=203907&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=457024>

“Primera cuestión prejudicial”

“24. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de esta prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, cuando la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra”.

34. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando

el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (sentencia de 20 de enero de 2011, CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, apartado 35 y jurisprudencia citada).

35. De este modo, una actividad de vigilancia de un museo, como la que es objeto del litigio principal, que no exige el uso de materiales específicos, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de vigilancia puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica. No obstante, en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate (véase, por analogía, la sentencia de 20 de enero de 2011, CLECE, C-463/09, EU: C: 2011:24, apartado 39).

39. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de esta prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas”.

“Sobre la segunda cuestión prejudicial”

40. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en virtud de un convenio colectivo, se excluya la obligación de que el cedente y el cesionario de la entidad económica afectada respondan solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, derivadas de los contratos de trabajo anteriores a la cesión de dicha entidad.

43. En sus observaciones escritas, el Gobierno español alega que la segunda cuestión prejudicial no es competencia del Tribunal de Justicia. Señala que, mediante la formulación empleada por el órgano jurisdiccional remitente, dicha cuestión no llevaría al Tribunal de Justicia a interpretar el artículo 3, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2001/23, sino a pronunciarse sobre la compatibilidad de determinadas disposiciones nacionales entre sí, cuando el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de dichas disposiciones.

44. A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia se limita exclusivamente al examen de las disposiciones del Derecho de la Unión. Corresponde al juez nacional valorar el alcance de las disposiciones nacionales y la manera en que estas deben aplicarse (auto de 23 de mayo de 2011, Rossius y Collard, C-267/10 y C-268/10, no publicado, EU: C: 2011:332, apartado 15)” [E.T.V.].

*Jurisprudencia: El Acuerdo marco debe de interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, según la cual, cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración Pública es declarado improcedente, el trabajador debe ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo que realicen las mismas tareas pueden no ser readmitidos y recibir como contrapartida una indemnización.*

STJUE de 25 de julio de 2018, asunto C-96/17.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204393&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=300748>

“19. Mediante sus cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual, cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración pública es declarado improcedente, el trabajador deberá ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo que realicen las mismas tareas que el trabajador fijo pueden no ser readmitidos y recibir como contrapartida una indemnización.

22. El Acuerdo marco, y concretamente su cláusula 4, tiene por objeto la aplicación de dicho principio a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida (sentencia de 5 de junio de 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, EU: C: 2018:390, apartado 37 y jurisprudencia citada).

23. Habida cuenta de los objetivos que persigue el Acuerdo marco, la cláusula 4 de este debe entenderse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva (sentencia de 5 de junio de 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, EU:C:2018:390, apartado 38 y jurisprudencia citada).

29. En efecto, una interpretación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco que excluyese los requisitos de finalización de un contrato de duración determinada de la definición de este concepto equivaldría a reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el ámbito de aplicación de la protección

concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones (sentencia de 5 de junio de 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, EU:C:2018:390, apartado 43 y jurisprudencia citada).

30. Pues bien, estas consideraciones son plenamente aplicables al régimen de reincorporación controvertido en el litigio principal, al que tiene derecho el trabajador fijo en caso de despido disciplinario considerado improcedente, ya que tiene como razón de ser la relación de trabajo entre ese trabajador y su empresario.

32. En tercer lugar, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de no discriminación, del que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco es una expresión concreta, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (sentencia de 5 de junio de 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, EU:C:2018:390, apartado 46 y jurisprudencia citada).

40. A este respecto, se desprende de los autos en poder del Tribunal de Justicia y de las respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia en la vista que la regla general aplicable en caso de despido improcedente establece que el empresario puede optar entre la readmisión o la indemnización del trabajador afectado.

41. Por otra parte, como excepción a la mencionada norma general, los trabajadores fijos que prestan servicios para las administraciones públicas cuyo despido disciplinario es declarado improcedente deben ser readmitidos obligatoriamente.

42. El Gobierno español alega que esta diferencia de trato está justificada en virtud de las normas de contratación de esta categoría de trabajadores y del contexto específico en el que se produce su contratación. De este modo, a su juicio, la garantía de readmisión controvertida está indisociablemente vinculada al sistema de acceso a puestos de personal laboral fijo. En efecto, el Estatuto Básico del Empleado Público prevé que el sistema de acceso del personal laboral fijo tiene carácter selectivo y que, a fin de salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, deberá incluir una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación o resultar de un procedimiento de valoración de méritos. Mediante la readmisión automática en caso de despido declarado improcedente, el legislador español ha querido proteger a los trabajadores fijos de la Administración Pública, respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

45. Esta diferencia inherente a las modalidades de contratación tiene por efecto, según las explicaciones del Gobierno español, que el personal laboral fijo, que no es funcionario, pero que cuando menos ha superado un proceso selectivo con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, pueda beneficiarse de esta

garantía de permanencia que constituye una excepción al régimen general del Derecho laboral.

46. Procede considerar que, aunque el interés público, vinculado, en sí mismo, a las modalidades de contratación de los trabajadores fijos, no justifica la diferencia de trato controvertida, no es menos cierto que consideraciones derivadas de las características del Derecho de la función pública nacional, como las recordadas en los apartados 42 a 44 de la presente sentencia, pueden justificar tal diferencia de trato. A este respecto, las consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo. Estas consideraciones, que no tienen equivalente en el Derecho laboral común, explican y justifican los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos impuestos a los empleadores públicos y, en consecuencia, la decisión del legislador nacional de no concederles la facultad de elegir entre readmisión e indemnización del perjuicio sufrido a causa de un despido improcedente.

47. Por consiguiente, es necesario considerar que la readmisión automática de los trabajadores fijos forma parte de un contexto muy diferente, desde un punto de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que se encuentran los trabajadores que no son fijos (véase, por analogía, la sentencia de 5 de junio de 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, EU:C:2018:390, apartado 56).

48. En estas circunstancias, cabe afirmar que la desigualdad de trato observada está justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 39 de la presente sentencia” [E.T.V.].

*Jurisprudencia:* El Pleno del Tribunal Supremo ha determinado que el ‘plus de ruido’ reconocido por el Convenio Colectivo estatal de aplicación en el sector de las industrias cárnicas se debe de reconocer cuando se superen los 80 decibelios en el lugar de trabajo (con independencia por tanto de que trabajadores utilicen protección auditiva o no).

STS (Sala 4ª) Pleno, de 20 de junio de 2018, rec. n° 1518/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8450332&links=&optimize=20180716&publicinterface=true>

“La respuesta al recurso necesariamente ha de partir del precepto a interpretar sobre el «plus de ruido», el art. 57.c) del Convenio Colectivo estatal del sector de las industrias cárnicas [BOE n° 26, de 20/01/13], que, aunque conste ya reproducido en la decisión recurrida no podemos sino reiterar, para facilitar la comprensión del debate y la exposición de nuestro criterio respecto de la cuestión a dilucidar:

‘Plus ruido. A partir del 1 de enero de 2005, las empresas tendrán un plazo de seis meses a fin de planificar y ejecutar medidas preventivas de anulación o reducción de los focos de ruido a niveles no nocivos para la salud, pudiéndose ampliar dicho plazo de acuerdo con la representación legal de los trabajadores en cada empresa. Transcurrido este plazo sin haber adoptado medidas preventivas o éstas sean técnicamente imposibles, las empresas estarán obligadas a abonar el plus a aquellos trabajadores que presten sus servicios por tiempo superior a una hora y durante el tiempo efectivamente trabajado en los puestos de trabajo en los que el ruido medio durante todo el tiempo efectivo de la jornada laboral sea de 80 dbA o superior.

Los requisitos a cumplir para el abono del citado plus serán los siguientes: 1) Que no fuese técnicamente posible eliminar las condiciones acústicas para conseguir alcanzar menos de 80 dbA. 2) Que, dándose la circunstancia anterior el trabajador que preste sus servicios en el puesto sometido a 80 dbA o más, utilice la protección auditiva de manera efectiva y permanente durante su tiempo de trabajo, para evitar los efectos del ruido que no han podido ser eliminados. 3) Que el trabajador preste sus servicios durante una hora o más en un puesto de trabajo cuyo nivel de ruido sea de 80 dbA o más.

Si no hubiese conformidad entre las empresas y los representantes de los trabajadores para determinar los puestos de trabajo que lleguen a los 80 dbA o si son técnicamente posibles las mejoras para llegar al mencionado límite, las partes se someterán al dictamen de un Organismo de Control Acreditado (OCA) especializado en acústica, al de un Servicio de Prevención Ajeno o al de los Servicios de Higiene Industrial de la CC AA respectiva. Si por cualquier mejora de las instalaciones o maquinaria, utilización de medios técnicos de protección no individuales o procedimientos desaparecieran las condiciones de exposición a un nivel de ruido medio menor de 80 dbA, se dejará de abonar el citado plus, por lo que éste no tendrá carácter consolidable. Asimismo, si la legislación española modificase al alza el nivel de ruido por encima de 80 dbA, las referencias que se establecen a este nivel en este Convenio quedarán modificadas automáticamente.

Las mediciones de ruido tendrán validez mientras no haya un cambio sustancial en la maquinaria e instalaciones que supongan variaciones importantes en la exposición al nivel de ruido, y, en todo caso, al menos durante tres años de duración si el nivel de exposición está entre 80 y 85 dbA y de un año a partir de 85 dbA. Con independencia de lo anterior, se establece la obligatoriedad para el trabajador de la utilización de los equipos de protección individual (EPIs) que sean facilitados por la Empresa en los puestos de trabajo con una exposición a un nivel de ruido medio superior a 80dbA, y su incumplimiento podrá ser causa de la correspondiente medida disciplinaria”. (FD 3º).

“A la vista de regulación convencional de la materia objeto de debate [F] Tercero], la decisión recurrida justificó la desestimación de la pretensión colectiva razonando que ‘en la empresa a la que se circunscribe el conflicto no es posible técnicamente eliminar las condiciones acústicas que producen un nivel de ruido superior a los 80 dbA. Por tal razón la empresa ha dotado a los trabajadores

afectados de la correspondiente protección auditiva de suerte que el nivel de ruido soportado por aquellos es inferior a los 80 dbA. Como consecuencia de ello, y en aplicación de la normativa reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial, puede concluirse que la interpretación que ha de darse al art. 57 c) del convenio colectivo estatal del sector de las industrias cárnicas es la de que únicamente se tendrá derecho a la percepción del plus de ruido cuando el nivel sonoro soportado por el trabajador, utilizando la correspondiente protección individual, supere el nivel de los 80 dbA, que es lo que integraría la realización de una actividad laboral de mayor penosidad y justificaría la mayor retribución económica’.

Discrepamos de esta conclusión, que -sin ser en manera alguna gratuita- entendemos no responde a los usuales medios interpretativos en la materia. Recordemos al efecto que la singular naturaleza mixta de los convenios colectivos [contrato con efectos normativos; norma de origen contractual], determina que su hermenéutica deba hacerse utilizando los siguientes criterios: a) la interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (arts. 3.1 y 1281 CC); b) la interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (arts. 3.1 y 1285 CC); c) la interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras (arts. 3.1 y 1282 CC); y d) la interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (arts. 3.1 , 1281 y 1283 CC) (así, entre las más próximas, SSTs SG 24/10/17 -rco 107/17 -; 20/12/17 -rco 238/16 -; 14/11/17 -rco 223/16 -; 16/01/18 -rco 13/17 -; y 08/02/18 -rco 269/16).

Por ello, si el primer canon hermenéutico en la exégesis del convenio colectivo es el sentido propio de sus palabras -la literalidad de sus cláusulas-, la reproducción de los requisitos para devengar el plus de ‘ruido’ nos lleva a entender que -contrariamente a lo que la recurrida argumenta- el listón de 80 dBA ha de medirse con exclusiva referencia al puesto de trabajo, cuando específicamente se refiere -la cursiva es nuestra- a que ‘... preste sus servicios en el puesto sometido a 80 dBA...’ y a que tales servicios tengan lugar ‘... durante una hora o más en un puesto de trabajo cuyo nivel...’

Es cierto que uno de los otros dos requisitos que el precepto señala, el que se refiere a que el trabajador «utilice la protección auditiva», pudiera llevar a considerar que la medición de los 80 dBA debe ser posterior al empleo de tales medios, pero hay dos argumentos que inevitablemente nos llevan a descartar tal posibilidad: a).- En primer término, por aplicación del llamado ‘principio de economía’ -la llamada ‘navaja de Ockham’-, conforme a la cual ‘en igualdad de condiciones, la explicación más sencilla suele ser la correcta’ (STS 16/12/13 -rcud 327/13 -), habida cuenta de que si la voluntad de los pactantes hubiese sido aquella -que el límite de los 80 dBA ha de realizarse con la protección auditiva- su plasmación en el texto ofrecía singular facilidad, bastando con referir la medición al ‘trabajador con protección auditiva’ y no al ‘puesto de trabajo’, como en definitiva hace el texto del Convenio. b).- En segundo lugar, porque a la misma

conclusión se llega si se atiende a que en el texto del Convenio tal referencia a la obligación de utilizar ‘protección auditiva’ se conecta al deber impuesta a la empresa, cuando también se proclama la subsidiariedad del plus respecto de las medidas técnicas [‘...no fuese técnicamente posible eliminar las condiciones acústicas...’], porque ello nos hace pensar que uno y otro requisito [el trabajador, utilizar medidas de protección; la empresa, eliminar técnicamente el ruido] no tienen más que una finalidad preventiva en orden a garantizar la salud de los trabajadores, cuando al empleador se le obsta -como vimos- la tentación de acudir al abono del plus y no a los medios tecnológicos que minorasen el ruido, pero también cuando al trabajador se le impone -para percibir el plus- la previa obligación de utilizar las protecciones individuales proporcionadas [‘...utilice la protección auditiva de manera efectiva y permanente...’], como una medida más -ésta normativa- orientada para prevenir los riesgos laborales.

Destaquemos, a mayor abundamiento, que esta conclusión viene reforzada por una consideración sistemática, siendo así -la cursiva sigue siendo nuestra- que:

a).- Previamente a la descripción de tales requisitos, el negociador colectivo prescribe que en determinado plazo -seis meses- las empresas tienen la obligación de ‘planificar y ejecutar medidas preventivas de anulación o reducción de los ruidos a niveles no nocivos para la salud’ y que una vez ‘transcurrido ese plazo sin haber adoptado medidas preventivas o éstas sean técnicamente imposibles’, procede el abono del plus de que tratamos respecto de trabajadores que presten servicios en ‘los puestos de trabajo en los que el ruido medio ...sea de 80 dbA o superior’.

b).- Con posterioridad al relato de los requisitos arriba indicados, se establece la necesidad de proceder al dictamen de un Organismo de Control Acreditado, cuando la empresa y la RLT no tengan conformidad ‘para determinar los puestos de trabajo que lleguen a los 80 dbA o si son técnicamente posibles las mejoras para llegar al mencionado límite...’. c).- También en posterior párrafo, cuando se afirma que ‘si por cualquier mejora de las instalaciones o maquinaria, utilización de medios técnicos de protección no individuales’ el nivel de ruido bajase de 80 dbA, ‘se dejará de abonar el citado plus’. Este párrafo es palmariamente revelador de la voluntad de los negociadores del Convenio Colectivo, puesto que no se alude a la mejora en los medios de protección ‘individuales’ como posible mecanismo enervador del plus colectivamente pactado, pues con ello es claro que se reconoce que la medición -determinante del complemento- se hace sin los referidos medios ‘individuales’.

d).- Finalmente, cuando se refiere a la validez de las mediciones mientras no haya cambio ‘en la maquinaria e instalaciones que supongan variaciones importantes en la exposición al nivel de ruido’, sin tan siquiera aludirse a una posible mejora en los medios de protección ‘Individuales’, lo que denota la irrelevancia de los mismos a los efectos de que tratamos, la medición del ruido y consiguiente abono del plus. Es más, tal planteamiento se refuerza -es igualmente significativo de la intención pactante- cuando acto continuo se dice que [c]on independencia de lo

anterior, se establece la obligatoriedad para el trabajador de la utilización de los equipos de protección individual...?.

En la misma línea no puede pasarse por alto el dato que expresa el ordinal cuarto de los HDP, refiriendo que la empresa había abonando el cuestionado plus hasta Diciembre/11, en que dejó de hacerlo precisamente tras conocer la doctrina contenida en tres sentencias dictadas por el Pleno de esta Sala en 25/11/09, pese a que iban referidas a cuestión diversa -plus de ‘especial penosidad’-, pero como en ellas se hacían determinadas ciertas afirmaciones sobre el sistema de medición del ruido, aunque a los efectos de la referida ‘penosidad’, pese a todo la empresa procedió unilateralmente a extrapolarlas al plus de ruido colectivamente pactado. Aunque en autos no consta referencia alguna otras empresas del sector cárnico, lo cierto es que a pesar de que tal dato se halle limitado a la empleadora demandada, no por ello se presenta neutro en orden a revelar la voluntad de los negociadores, puesto que la referida conducta evidencia que hasta entonces la empleadora había venido entendiendo -lo hacía lógicamente por considerarlo voluntad pactante- que la regulación colectiva disponía el reconocimiento del plus por «ruido» a los 80 dBA ambientales y no en su medición tras utilizar medios individuales de protección auditiva; y que sólo tras conocer la doctrina expresada por el Pleno del Tribunal, es cuando la empresa procedió a suprimir su abono. Voluntad indiciaria que a nuestro juicio no queda enervada por la circunstancial demora de la representación de los trabajadoras en su reacción frente a la decisión empresarial, que bien pudiera deberse a las más diversas causas, que van desde la acidia reivindicadora de la RL.T en la empresa demandada hasta una errónea apreciación del alcance atribuible a aquella sentencia de Pleno, que por estar limitado a la regulación legal [art. 5.2 RD 286/2006, de 10/Marzo] en manera alguna excluía -por tratarse de un mínimo- regulaciones colectivas mejoradoras del régimen legal.

El argumento histórico tiene apoyo en la consideración de los actos de las partes, anteriores, coetáneos y posteriores, como posible reflejo voluntad de las partes (SSTS 03/05/05 -rcud 2606/04 -; 06/02/07 -rcud 5479/05-; 13/05/08 -rcud 2709/07-; y 24/06/11 -rcud 3460/10), siquiera en el presente supuesto tal voluntad haya de inducirse del comportamiento de los representados en la negociación [cuando menos ‘Industrias Cárnicas Tello, SA’]. (FD 5º) [E.T.V].

*Jurisprudencia:* El TS reitera doctrina sobre la compatibilización de la prestación de desempleo y la obtención de rentas agrarias de escasa relevancia, en el presente caso, por unos importes de 3.415,10 euros brutos y de 790,42 euros de rendimiento neto, derivados de la recolección de la aceituna y su posterior venta a una cooperativa.

STS (Sala 4ª) de 21 de junio de 2017, rec. nº 490/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8455533&links=&optimize=20180720&publicinterface=true>

“La correcta solución del recurso exige sentar como punto de partida que la resolución objeto de las presentes actuaciones encuentra fundamento en la infracción del art. 25.3 LISOS apreciada por el SPEE al no haber puesto el actor en conocimiento de la Entidad Gestora la realización de trabajos agrícolas generadores de rentas que, a juicio de la citada Entidad, suponen la incompatibilidad de la prestación con unas tareas de la naturaleza indicada por las que se obtienen unos ingresos íntegros de la actividad de 3.415,10 €, con un rendimiento neto de 790,42 €.

(...) Interpretando el mencionado precepto legal, esta Sala estableció con valor jurisprudencial general, ‘la total y absoluta incompatibilidad entre las prestaciones por desempleo y un trabajo por cuenta propia con independencia de los ingresos que el mismo reporte al interesado’. Esta regla se aplicó, entre otros, en asuntos en los que los ingresos de los demandantes procedían de la realización de actividades agrarias (STS/4ª de 4 noviembre 1997 -rcud. 212/1997 -, de 29 enero 2003 -rcud. 1614/2002-, y de 1 febrero 2005 -rcud. 5864/2003). Posteriormente, partiendo de lo razonado en la STS/4ª de 3 marzo 2010 (rcud. 1948/2009) en relación con la renta mínima de inserción, esa doctrina ha sido matizada por este Tribunal en el sentido de que la incompatibilidad no alcanza a la realización de tareas de carácter absolutamente marginal o residual que generan unos ingresos carentes de toda relevancia económica que no pueden considerarse fruto del ejercicio de una verdadera actividad laboral por cuenta propia que el art. 221.1 LGSS proclama incompatible con la prestación o el subsidio por desempleo.

Este nuevo criterio se recoge a modo de ‘obiter dicta’ en las STS/4ª de 27 abril 2015 (rcud. 1881/2014), de 12 mayo 2015 (rcud. 2683/2014) y de 14 mayo 2015 (rcud. 1588/2014), con referencia a labores agrarias que en el año allí en cuestión produjeron unos ingresos de 906,75 €, 285,66 € y 614, 67 €, respectivamente.

Y, ya como doctrina unificada, lo acoge la STS/4ª de 5 abril 2017 (rcud. 1066/2016), dictada en un supuesto en el que el demandante desarrolló en un concreto mes gestiones de intermediación comercial por las que obtuvo unos ingresos de 1.283,46 €, con un beneficio de 64,35 €.

El supuesto enjuiciado tiene encaje en la excepción a la regla general de la incompatibilidad entre prestaciones por desempleo y trabajo por cuenta propia que establece el art. 231.1 LGSS, dado que los trabajos de recolección de aceituna realizados por el actor en el año 2012 le proporcionaron un rendimiento neto de 790,42 €; cuantía que, a todas luces, resultaría insuficiente para atender sus necesidades básicas, y podría calificarse en sí misma de manifiestamente irrelevante. Y esa misma calificación de insuficiente e irrelevante hay que mantener aun cuando se tome en consideración el importe de los ingresos íntegros (3.415,10 €), puesto que éstos, en todo caso, seguirían siendo inferiores al 75% del SMI, que es el parámetro de rentas de cualquier naturaleza que determina el acceso al subsidio (art. 215.1. 1) LGSS).

(...) Nuestra doctrina, para un supuesto como el presente, es la que queda plasmada en la ya mencionada STS/4ª de 5 abril 2017, a cuyo tenor, la regla

general de la incompatibilidad se ha de matizar ‘en casos extremos en los que los rendimientos generados por la actividad económica que pudiere haber llevado a cabo el perceptor de las prestaciones de desempleo son especialmente insignificantes, ridículos y de tan escasa relevancia, que no permiten siquiera que pudieran considerarse como fruto de una verdadera actividad laboral?’. (FD 2º). [E.T.V].

*Jurisprudencia: El TS declara accidente de trabajo un desprendimiento de retina producido durante la jornada de trabajo, estando la persona afectada delante del ordenador.*

STS (Sala de lo Social) de 21 de junio de 2018, rec. 3144/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8445079&links=&optimize=20180710&publicinterface=true>

“La trabajadora recurrente venía prestando servicios como administrativa para la Intervención Delegada de la Seguridad Social. Un determinado día, cuando estaba delante del ordenador en su puesto de trabajo, sintió molestias en los ojos y alteraciones visuales por lo que se fue a urgencias y allí se le diagnosticó un desprendimiento de retina. Ese mismo día inició un proceso de incapacidad temporal cuya contingencia pretende que se declare accidente de trabajo, en contra de lo resuelto por el INSS que lo declaró derivado de enfermedad común” (FD 1º).

“Sobre la presunción ‘iuris tantum’ del art. 115.3 LGSS, hemos afirmado, como ha reiterado recientemente la STS nº 325/2018, de 20 de marzo, rcud. 2942/2016, que la misma se extiende no sólo a los accidentes, sino también a las enfermedades, pero ha de tratarse de enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo, sin que pueda aplicarse la presunción a enfermedades que por su propia naturaleza excluyan una etiología laboral (SSTS 22/12/10 -rcud 719/10 -; 14/03/12 -rcud 4360/10 -; 18/12/13 -rcud 726/13 -; y 10/12/14 -rcud 3138/13 -). La doctrina ha sido sintetizada con la ‘apodíctica conclusión’ de que ha de calificarse como accidente de trabajo aquel en el que de alguna manera concorra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y el hecho dañoso, por haber ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación (reproduciendo jurisprudencia previa a la unificación de doctrina, SSTS 09/05/06 -rcud 2932/04 -; 15/06/10 -rcud 2101/09 -; y 06/12/15 -rcud 2990/13-).

Para destruir la presunción de laboralidad a que se refiere el artículo 156.3 TRLGSS es necesario que la falta de relación lesión/trabajo se acredite de manera

suficiente, bien porque se trate de patología que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal (reiterando constante doctrina anterior, SSTS 20/10/09 -rcud 1810/08 -; 18/12/13 -rcud 726/13 -; y 10/12/14 - rcud 3138/13 -). Y, Como hemos destacado recientemente, la presunción legal del art. 115.3 de la LGSS (actual 156.3 TRLGSS) entra en juego cuando concurren las dos condiciones de tiempo y lugar de trabajo, lo que determina, por su juego, que al demandante le incumbe la prueba del hecho básico de que la lesión se produjo en el lugar y en tiempo de trabajo; mas con esa prueba se tiene por cierta la circunstancia presumida y quien se oponga a la aplicación de los efectos de la presunción tendrá que demostrar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo ( SSTS 03/12/14 -rcud 3264/13 -).

La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa, debe conducir -tal como interesa el informe del Ministerio Fiscal- a la estimación del recurso. Baste para ello con resaltar algunas circunstancias decisivas. Así, el hecho de que se trata de una lesión súbita que aparece en tiempo y lugar de trabajo conduce necesariamente a la aplicación del artículo 156.3 TRLGSS en cuya virtud se presume que estamos en presencia de Accidente de Trabajo, más aún si se tiene en cuenta que no cabe excluir el factor trabajo en el desencadenamiento de patologías oculares, en concreto, el desprendimiento de retina, sin perjuicio de que, estadísticamente, existan otras causas productoras más frecuentes. Establecida la presunción corresponde a quien pretende destruirla acreditar la falta de conexión causal entre trabajo y lesión; acreditación que no se ha producido en este caso, habida cuenta de que no puede considerarse como tal el argumento de que no existen casos en la literatura médica que conecten trabajo ante pantallas de ordenador con desprendimiento de retina, en primer lugar, porque, aunque la tarea realizada cuando se produjo el fatal evento se producía ante una pantalla, la presunción legal se refiere al tiempo y lugar de trabajo y no a los instrumentos del mismos; y, en segundo lugar, porque la destrucción de la presunción hubiera exigido la acreditación de una radical incompatibilidad entre el trabajo y la lesión que en este caso no se ha producido”. (FD 3º) [E.T.V].

*Jurisprudencia: Revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre los “riesgos específicos” en el caso de la prestación por riesgo durante la lactancia natural.*

STS (Sala 4ª) Pleno, de 26 de junio de 2018, rec. nº 1398/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8454467&links=&optimize=20180719&publicinterface=true>

“Consta probado que la actora tuvo un hijo el 13 de febrero de 2012 -al que, por razones médicas, se aconsejó la alimentación mediante lactancia exclusivamente natural- y que, finalizada la licencia por maternidad, solicitó al INSS la prestación por riesgo durante la lactancia natural, que le fue denegada por la Entidad

Gestora, exclusivamente ‘por no ser considerado el trabajo que desempeña como actividad de riesgo’” (FD 1º).

“Tras la inclusión de la prestación por riesgos durante la lactancia natural en nuestro ordenamiento jurídico por la Disp. Ad. 11ª de LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), que, dando cumplimiento a la Directiva 92/85, modificó el art. 26.4 LRPL e incorporó los arts. 135 bis y ter LGSS, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones en relación a la cuestión. Precisamente en las primeras de nuestras sentencias, analizamos la particularidad que pudiera representar la evaluación de riesgos en relación a la lactancia natural, y señalamos allí que tal evaluación debía de ser específica y debía alcanzar la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición, para concluir que no se acredita el riesgo en un supuesto -como el entonces examinado- en que en los informes aportados no contenían elementos concretos que pudieran conducir al conocimiento de los riesgos en cuestión (STS/4ª de 17 marzo 2011(3) -rcud. 1864/2010, 1865/2010 y 2448/2010-, 18 marzo 2011 (4) -rcud. 1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010-, 3 mayo 2011 -rcud. 2707/2010-, 22 noviembre 2011 -rcud. 306/2011- y 25 enero 2012 -rcud. 4541/2010-, todas ellas respecto a situaciones análogas, cuya doctrina reprodujo posteriormente la STS/4ª de 23 enero 2012 -rcud. 1706/2011-).

(...) Este aspecto de la inexistencia de específica evaluación de los riesgos desde la perspectiva de la incidencia de las condiciones del trabajo en la lactancia natural llevaba a resolver la cuestión de la carga de la prueba de la existencia de dicho riesgo específico, sosteniendo que corresponde ‘en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora a las que va afectar tal importante vicisitud de la relación laboral’ (STS/4ª de 18 marzo 2011 -rcud. 1863/2010 -, antes citada) y que esa distribución del gravamen probatorio, supone que es a la parte actora quien debe ‘desvirtuar las causas de denegación de la prestación’.

Ahora bien, la doctrina de la STJUE de 19 octubre 2017, Otero Ramos, C-531/15, aconseja una reflexión sobre la cuestión de la distribución de la carga de la prueba. En ella el Tribunal de la Unión admite la inversión de la carga de la prueba cuando la evaluación de riesgos no se hubiese llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el art. 4.1 de la Directiva 92/85. Dicho precepto impone al empresario el deber de determinar, directamente o por medio de los servicios de prevención, ‘la naturaleza, el grado y duración de la exposición en las empresa o establecimientos de que se trate, de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 (en periodo de lactancia, para el caso)’. Ello exige un examen específico de la situación de la trabajadora que tenga en cuenta su situación individual para determinar si su salud o la de su hijo están expuestas a un riesgo. De ahí que, cuando los riesgos que presenta un puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia no han sido evaluados con arreglo a lo dispuesto en el citado art. 4 de la Directiva, se priva a la afectada y a su hijo de la protección que debería otorgársele. Por tanto, no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier otro trabajador. Esa falta en la evaluación del

riesgo supone, para el Tribunal de la Unión, un trato menos favorable a una mujer, vinculado a la lactancia, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del art. 2.2 c) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

De esa doctrina se desprende que en supuestos en que la evaluación de riesgos no perfile de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, resultaría contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se le negara la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia, como ocurre en el presente caso. Bastará a la trabajadora con acreditar que la evaluación de riesgos no se acomodaba a aquellas premisas esenciales.

En el actual litigio nos encontramos con una evaluación de riesgos que recoge todos aquéllos que concurren en el puesto de la actora; pero que, no obstante, no hace particular mención ni precisión sobre la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de lactancia de la trabajadora.

Ante tal escenario, no cabe sostener que la pretensión de la demanda está huérfana de prueba de la existencia de riesgos específicos. Por el contrario, basta la lectura de la propia evaluación de riesgos -recogida en esencia en el Fundamento anterior- para deducir la concurrencia de circunstancias que, aceptada su incidencia sobre cualquier trabajador, tienen particular repercusión en el caso de la mujer en periodo de lactancia y, frente a tal apreciación que cabe hacer sin necesidad de especiales conocimientos técnicos -así, por ejemplo, respecto del riesgo de contagio por contacto con fluidos humanos diversos-, habrá de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia la que haya de desarrollar la actividad probatoria en contrario.

(...) Por ello, frente a la justificación de la denegación de la prestación por parte de la Entidad Gestora basada exclusivamente en no considerar el trabajo de la actora una actividad de riesgo, la constatación del listado de riesgos comunes de dicha actividad basta, en un caso como el presente, para sostener que ninguna duda cabe del efecto que algunos de ellos tiene sobre la lactancia materna -recuérdese que se identificaba como riesgo ‘la exposición a agentes químicos y biológicos’-, sin que la falta de precisa evaluación de tal eventualidad pueda situar a la trabajadora en una posición de exclusión del acceso a la protección”. (FD 3º).

“Se suscita también en la controversia litigiosa la cuestión de la relevancia que el sistema de trabajo a turnos y/o nocturno pueda tener en la protección de la lactancia natural.

(...) Ahora bien, en línea con esas últimas sentencias - y siguiendo la solución avanzada ya en la STS/4ª de 3 abril 2018 (rcud. 762/2017), en un supuesto de una enfermera cuyo puesto de trabajo y funciones eran análogas a los del presente caso- debemos poner de relieve que, no sólo el listado de los Anexos del

Reglamento no es exhaustivo, sino que, además, la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral y, desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias. Por eso la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo”. (FD 3º) [E.T.V.].

*Jurisprudencia: El TS vuelve a declarar la sucesión de empresa en los casos en los que la Administración Pública decide recuperar un servicio y se transmiten elementos patrimoniales que son propiedad del Ayuntamiento en cuestión.*

STS (Sala 4ª) de 4 de julio de 2018, rec. nº 1168/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8465349&links=&optimize=20180803&publicinterface=true>

“La cuestión controvertida en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si se ha producido sucesión empresarial, en los términos del art. 44 del Estatuto de los trabajadores (ET), como consecuencia de haber asumido el Ayuntamiento demandado, con sus propios medios, los servicios de limpieza viaria, de recogida de residuos urbanos (RSU) y otros complementarios que en su día fueron objeto de concesión administrativa. Se trata, pues, de dilucidar si el Ayuntamiento demandado estaba obligado a subrogarse en la relación de trabajo de los demandantes que, hasta ese momento, prestaron sus servicios por cuenta de la empresa adjudicataria, hoy recurrente, en virtud de contrato de trabajo por tiempo indefinido dos de ellos y el resto con contrato para obra o servicio determinado. De tal decisión depende la atribución de responsabilidad a la recurrente por el despido impugnado en el proceso, origen de este procedimiento”. (FD 1º).

“Entrando a conocer del fondo, debe estimarse el recurso que denuncia la infracción del art. 44 del ET por ser más acorde con nuestra doctrina la contenida

en la sentencia de contraste. En efecto, como esta Sala viene señalando desde sus sentencias entre otras, de 30 de mayo de 2011 (R. 2192/2010), 11 de junio de 2012 (R. 1886/2011) y 23 de septiembre de 2014 (R. 231/2013), la reversión de un servicio público, cual es el de limpieza y recogida de basura, a un Ayuntamiento que acuerda su gestión directa, no excluye la aplicación del art. 44 del ET si va acompañada de la transmisión de medios materiales.

Más recientemente, a propósito de la reversión al Ministerio de Defensa de los servicios de cocina y restauran que, previamente, había externalizado para llevarlos a cabo con su propio personal y con elementos materiales propios que antes había cedido al contratista se ha entendido que en esa reversión existía sucesión de empresa, conforme al art. 44 del ET, aunque el Ministerio emplease personal y medios materiales propios. En este sentido las SSTs de 14-09-2017 (R. 2629/2016), 19-12-2017 (R. 2800/2016), 20-04-2018 (R. 2764/2016) y 05-06-2018 (R. 2641/2016), entre otras. Como se dice en ellas, las razones de esa decisión pueden resumirse en los siguientes términos:

‘A) Según doctrina reiterada de esta Sala, el hecho de que una Administración Pública decida hacerse cargo de un servicio, previamente descentralizado, para prestarlo de forma directa con su propia plantilla y con sus propios materiales no implica, necesariamente, que estemos en presencia de una sucesión de empresa comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 y, por ende, del art. 44 ET. A la misma conclusión llegó la STJUE de 20 de enero de 2011, CLECE, C-463/09, que aborda una decisión prejudicial para un supuesto de un Ayuntamiento español que decide extinguir la contrata de limpieza y asumirla con sus propios medios contratando nuevo personal’.

B) Es también jurisprudencia reiterada que el hecho de que una Administración recupere la prestación del servicio, anteriormente externalizado, bien con los mismos trabajadores que tenía la empresa que prestaba el servicio, bien con las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura que las que utilizaba la empresa contratista, o bien con ambos elementos determina que, normalmente, estemos ante un supuesto de transmisión de empresa que está situado en el ámbito de aplicación del art. 44 ET.’.

‘C) El dato de que las infraestructuras o los medios materiales pertenezcan a la Administración que descentraliza, y los hubiera entregado a la empresa contratista para que llevara a cabo la actividad o el servicio encomendado, no impide que pueda apreciarse una sucesión empresarial encuadrable en el ámbito de aplicación de la Directiva. Ello puede ser determinante, incluso, para comprobar la existencia de transmisión empresarial.’.

‘Así se pone de relieve en la STJUE de 26 de noviembre de 2014, Aira Pascual, C-509/2014, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial español. Para el Tribunal de Justicia de la Unión, no hay duda de la aplicación de la Directiva cuando en un supuesto de reversión de contrata la reasunción de la actividad por parte de la Administración vaya acompañada de la transmisión de los elementos necesarios para desarrollar la actividad, entendidos tales elementos

en un sentido amplio, de manera que incluya los activos materiales, inmateriales, la clientela, la analogía o similitud de la actividad desarrollada. Además, la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva.’

En el presente caso concurre la existencia de una operación de reversión del servicio contratado y la entrega de los elementos patrimoniales que resultan inevitables para la continuidad de la actividad, lo que revela la transmisión de un conjunto de medios que conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad tras la reasunción del servicio por parte del Ayuntamiento, sin que pueda negar la existencia de transmisión patrimonial por cuanto existió un contrato que permitía al contratista el uso de los medios materiales de la empresa principal con la obligación de mantenerlos, reponerlos y devolverlos”. (FD 2º) [E.T.V.]

*Jurisprudencia: El TS admite el acceso a recurso de suplicación cuando el conflicto sobre las vacaciones no se centra en su fijación sino en el reconocimiento del derecho, valorándose, asimismo, su afectación a un gran número de trabajadores.*

STS (Sala 4ª) de 18 de julio de 2018, rec. nº 2471/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8465345&links=&optimize=20180803&publicinterface=true>

“Es objeto del presente recurso la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ País Vasco de 16 de mayo de 2017 (rec. 974/2017), que declara no haber lugar a tramitar recurso de suplicación frente a la sentencia de 26 de enero de 2017 del Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao, en autos nº 902/2016, y anula las actuaciones practicadas a partir de la admisión del recurso, declarando que la misma devino firme desde aquella fecha”. (FD 1º).

“En el particular presente caso, no nos encontramos ante un procedimiento de fijación de vacaciones, sino prioritariamente ante un reconocimiento del derecho a las vacaciones, en el que la sentencia de instancia argumenta la recurribilidad con base a la afectación a gran número de trabajadores (FJ. Tercero) y la litigiosidad planteada.

Entiende esta Sala IV/TS que la sentencia de instancia es recurrible en suplicación, y así lo ha entendido resolviendo sobre el fondo el RCUD. 1619/2017, en un supuesto idéntico, en el que concurren idénticas circunstancias. Por ello, razones de seguridad jurídica imponen que en el presente caso se adopte igual solución.

La Sala de suplicación debió haber resuelto la cuestión planteada en el recurso de suplicación formulado por afectación a gran número de trabajadores, teniendo en cuenta las afirmaciones contenidas en el FD tercero de la sentencia de instancia, en relación a la recurribilidad de la misma, y especialmente por razón de la materia al tratarse de un procedimiento de reconocimiento de derecho.

3.- Admitida pues, la recurribilidad de la sentencia, y limitado el recurso a este extremo, por cuanto se combate la sentencia dictada por la Sala de suplicación que declara no haber lugar a tramitar el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la demandada, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, pues los términos de la sentencia recurrida y del recurso, impiden que esta Sala IV/ TS pueda resolver el debate planteado en suplicación, no obstante haber resuelto esta Sala el fondo del asunto en el RCU. 1619/2017 antes referido.

Procede por ello, casar y anular la sentencia recurrida, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia, y, con remisión de lo actuado a la Sala de suplicación de procedencia, se dicte por la referida Sala nueva sentencia con libertad de criterio partiendo de la recurribilidad de la sentencia de instancia recurrida, resolviendo el recurso de suplicación formulado. Con imposición de las costas a la recurrente (art. 235.1 LRJS) y acordando la pérdida del depósito constituido, y el destino legal para la consignación o aseguramiento (art. 228 LRJS)”. (FD 3º). [E.T.V.].

## IV. DERECHO PENAL

### 1. PARTE GENERAL

*Jurisprudencia: Doctrina sobre la compatibilidad del desistimiento con la inimputabilidad por enfermedad mental.*

STS (Sala 2ª) de 8 de junio de 2018, rec. nº 1189/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8420992&links=%221189%2F2017%22&optimize=20180615&publicinterface=true>

“(…) siendo evidente que podía ejecutar nuevos y reiterados intentos de ‘apuñalar a los menores y que su opción fue utilizar esa capacidad vulnerante solamente en la autolisis, ha de ser también evidente que el cese en la acción de ‘matar’ tiene como única causa su voluntario desistimiento.

Se suscitó en la deliberación de esta sentencia la cuestión de si la acusada, dada su psicosis, tenía capacidad para ‘desistir’ voluntariamente. No desconocemos, ni se discute, que la acusada sufría padecimientos de tal naturaleza que resulta excluida

su imputabilidad. Ello no empece la estimación de la capacidad de desistir voluntariamente de lo que se estima que voluntariamente comenzó. Si la patología psiquiátrica se estimase como erradicante de la capacidad de querer, ni siquiera cabría hablar de antijuridicidad, pues no habría ‘acción’ a valorar desde esa perspectiva. Sin voluntad no hay acción en el sentido jurídico penal. Sería el caso de actuaciones bajo hipnosis o compulsió de una fuerza irresistible u otros supuestos de incapacidad de acción o de omisión voluntaria. El delirio, por el contrario, no excluye la voluntad, por más que sesgue ésta respecto de lo que decidiría en caso de excluirse la insania. Y es que ésta determina la exclusión, no de la capacidad de querer, sino de la capacidad de culpabilidad, es decir de que el sujeto pueda ser el destinatario del reproche penal que la culpabilidad implica. Porque la inimputabilidad supone la exclusión, ya no de la capacidad de *conocer y querer* que postulaban concepciones hoy superadas, sino, en lo cognitivo, de *comprender que el hecho es injusto* y, en lo volitivo, de *dirigir* su comportamiento acomodadamente a aquella comprensión.

En resumen, coherentemente, si se reconoce la capacidad para la voluntad de matar ha de reconocerse esa misma capacidad de voluntad para desistir, es decir, para tildar de voluntario el desistimiento que no derive de interferencias ajenas.

(...) La consecuencia de esa rectificación (...) acarrea la aplicación de lo dispuesto en el artículo 16.2 del Código Penal con la consiguiente proclamación de la tipicidad de los artículos 147 y 148 del Código Penal respecto de los actos anteriores al voluntario cese en acciones homicidas.” (F.D. 3º) [A.C.T.]

*Jurisprudencia: Declaración de coimputado y presunción de inocencia*

STS (Sala 2ª) de 13 de junio de 2018, rec. nº 10055/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8429473&links=%2210055%2F2018%22&optimize=20180622&publicinterface=true>

“(…) según ha declarado reiteradamente esta Sala del Tribunal Supremo...las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocésal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (...)especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.

En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de auto exculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado.

En el examen de las características de la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha afirmado que ‘la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas’...

(...)

“(...) la STC 233/2002, de 9 de diciembre, F. 3, sintetiza la doctrina de este Tribunal sobre la incidencia en la presunción de inocencia de tales declaraciones, cuando son prueba única, en los siguientes términos:

‘a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional;

b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia;

c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado;

d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.’ (F.D.2º) [A.C.T.].

*Jurisprudencia: La nueva agravante de género, criterios para su aplicación*

STSJ CV (Sala de lo civil y penal) de 29 de junio de 2018, rec. nº 91/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8444336&links=%2291%2F2018%22&optimize=20180709&publicinterface=true>

“(...) En el vigente art. 22. 4 del CP se contienen tres distintas referencias a los motivos de índole ‘sexista’: cometer el delito por motivos de discriminación atendiendo al sexo de la víctima, a su orientación o identidad sexual y por razones de género. De estas tres causas, hay una que se distingue claramente de las otras

dos y su entendimiento no ofrece mayores dificultades. La referencia a la condición de la víctima por su orientación o identidad sexual está protegiendo los derechos de colectivos, como los homosexuales, que suelen sufrir discriminaciones precisamente por su distinción en su preferencia de mantener relaciones sexuales con personas del mismo sexo. De forma similar, los sujetos que desean permanecer con otra identidad sexual a la de su origen biológico, sea a través de cirugía transexual o sin ella, tienen un mayor amparo en la ley penal a través de este motivo. La distinción más difícil queda entonces en las referencias al ‘sexo’ y a las razones de género.

Qué duda cabe que los supuestos de conductas criminales ejercidas contra la mujer precisamente por ser mujer se encuentran agravados en el CP en diferentes tipos delictivos, especialmente en los delitos de lesiones, de coacciones, de amenazas o delitos contra la integridad moral, entre otros. De igual forma, más genéricamente, el resto de crímenes machistas quedan cubiertos bajo el amparo de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23. Incluso, para los supuestos no contemplados en estas instituciones, podría aplicarse esta agravante de discriminación por razón de sexo.

Una primera interpretación podría diferenciar los supuestos de discriminación por razones de sexo y de género llevando a cabo una distinción en la víctima objeto de la tutela. En el primer caso, podría ser considerado sujeto pasivo de una discriminación por razón de sexo un hombre frente a una mujer o un grupo de mujeres (por ejemplo, agresión de un varón, por ser varón, por parte de un colectivo de feministas radicales). La agravación por razones de género cubriría exclusivamente los casos de conductas machistas, esto es, las llevadas a cabo por varones frente a mujeres con la intención, consciente o subconsciente, de expresar su dominio y su trato hacia ellas como seres humanos inferiores.

Ahora bien, si con esta formulación se salva la concurrencia de ambas expresiones en el mismo precepto legal, mayores dificultades se presentan para llevar a cabo una distinción con la circunstancia mixta de parentesco (estimada como agravante) del art. 23 del CP. Habrá que concluir que a partir de la entrada en vigor de la reforma, los hechos punibles perpetrados por el hombre frente a su pareja o ex-pareja, sea o haya sido legal o de hecho, se agravarán conforme al art. 22.4<sup>a</sup> y no por el 23, que debiera haber sido reformado para evitar la duplicidad de regulaciones.

En definitiva, con la inclusión de la agravante de discriminación por razones de género no se va a ampliar la protección de los derechos de la mujer frente a la criminalidad machista, pues los mismos supuestos agravados que puedan considerarse con la nueva ley, tenían de igual forma cobertura con la antigua. En el Preámbulo de la nueva regulación se explica la introducción de este motivo, ‘... para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito...’ (Violencia de género), entendiéndolo, conforme al Convenio núm. 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que sexo y género hacen referencia a realidades distintas.

Por tanto, lo que resulta es que en los tipos agravados donde ya se tiene en cuenta el género es decir donde este es parte integrante del tipo no puede apreciarse la agravante de género puesto que se infringiría el principio non bis in ídem” (F.D.3º) [A.C.T.]

*Jurisprudencia: Actuación en grupo versus codelincuencia.*

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8464430&links=%2210447%2F2017%22&optimize=20180802&publicinterface=true>

STS (Sala 2ª) de 19 de julio de 2018, rec. nº 10447/2017.

“(…) En relación al tipo de grupo criminal tipificado en el citado artículo 570 ter del Código Penal hemos expuesto recientemente la doctrina jurisprudencial (…) diferenciando tal tipo penal autónomo de la mera codelincuencia referida a tipos penales concretos.

(…)

Advertíamos de la necesidad de comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La ley, diferenciado del concepto organización, denomina grupos criminales, precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes.

El art. 570 bis define a la organización criminal como: ‘La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos’ (LO 1/2015).

Por su parte el art. 570 ter *in fine*, describe el grupo criminal como ‘la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos’ (LO 1/2015).

Por tanto, el grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos. (…)

Pero precisamente en esa jurisprudencia, detalladamente examinada en la STS de referencia, se advierte de que, una vez determinada la diferencia entre organización y grupo criminal, habrá que distinguir, entonces el grupo criminal de los supuestos de mera codelincuencia.

(…)

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codeincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, (...) no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno'. Aún cabe añadir, estimamos, alguna otra nota para diferenciar el grupo de la codeincuencia. El término grupo, según el diccionario RAE que establece cual debe ser el significado que cabe atribuir entre los castellanohablantes a los términos que se utilizan al comunicarse, denota siempre que se comparte por los agrupados unas mismas características, y una conjunción en su actuar (tocar música o militarmente) de suerte que la expresión «actuar en grupo» significa según el diccionario que algo se hace con (no «por») varias personas o entre varias personas. Esa idea de conjunción - *unión* dice el artículo 570 ter- aunque sea compatible con la ausencia de estabilidad o jerarquía y diversidad funcional entre los integrantes, requiere que la participación de los agrupados se constituya con la finalidad de «perpetrar de manera concertada» plurales delitos. De tal suerte que no es solamente esta pluralidad de delitos lo que marca la diferencia con la mera codeincuencia. Ésta se satisface por *participar en el delito*. El grupo exige, *además*, que se participe del agrupamiento. Por ello la reiterada codeincuencia en plurales delitos no implica que esos codeincuentes se integren en el grupo. Y no participa en el grupo quien es ajeno a las decisiones del mismo. Y, por ello, también a las resultas de la actuación concertada del grupo. Ajenidad que no se excluye por más que la participación como ajeno al grupo sea esperada y efectiva en plurales ocasiones. Porque ello no conlleva necesariamente integración en el grupo (...)” (F.D. 2º) [A.C.T.].

## 2. PARTE ESPECIAL

*Jurisprudencia: Doctrina sobre la compatibilidad del desistimiento con la inimputabilidad por enfermedad mental.*

STS (Sala 2ª) de 8 de junio de 2018, rec. nº 1189/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8420992&links=%221189%2F2017%22&optimize=20180615&publicinterface=true>

“(...) siendo evidente que podía ejecutar nuevos y reiterados intentos de ‘apuñalar a los menores y que su opción fue utilizar esa capacidad vulnerante

solamente en la autolisis, ha de ser también evidente que el cese en la acción de ‘matar’ tiene como única causa su voluntario desistimiento.

Se suscitó en la deliberación de esta sentencia la cuestión de si la acusada, dada su psicosis, tenía capacidad para ‘desistir’ voluntariamente. No desconocemos, ni se discute, que la acusada sufría padecimientos de tal naturaleza que resulta excluida su imputabilidad. Ello no empece la estimación de la capacidad de desistir voluntariamente de lo que se estima que voluntariamente comenzó. Si la patología psiquiátrica se estimase como erradicante de la capacidad de querer, ni siquiera cabría hablar de antijuridicidad, pues no habría ‘acción’ a valorar desde esa perspectiva. Sin voluntad no hay acción en el sentido jurídico penal. Sería el caso de actuaciones bajo hipnosis o compelimiento de una fuerza irresistible u otros supuestos de incapacidad de acción o de omisión voluntaria. El delirio, por el contrario, no excluye la voluntad, por más que sesgue ésta respecto de lo que decidiría en caso de excluirse la insania. Y es que ésta determina la exclusión, no de la capacidad de querer, sino de la capacidad de culpabilidad, es decir de que el sujeto pueda ser el destinatario del reproche penal que la culpabilidad implica. Porque la inimputabilidad supone la exclusión, ya no de la capacidad de *conocer y querer* que postulaban concepciones hoy superadas, sino, en lo cognitivo, de *comprender que el hecho es injusto* y, en lo volitivo, de *dirigir* su comportamiento acomodadamente a aquella comprensión.

En resumen, coherentemente, si se reconoce la capacidad para la voluntad de matar ha de reconocerse esa misma capacidad de voluntad para desistir, es decir, para tildar de voluntario el desistimiento que no derive de interferencias ajenas.

(...) La consecuencia de esa rectificación (...) acarrea la aplicación de lo dispuesto en el artículo 16.2 del Código Penal con la consiguiente proclamación de la tipicidad de los artículos 147 y 148 del Código Penal respecto de los actos anteriores al voluntario cese en acciones homicidas.” (F.D. 3º) [A.C.T.]

*Jurisprudencia: Declaración de coimputado y presunción de inocencia*

STS (Sala 2ª) de 13 de junio de 2018, rec. nº 10055/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8429473&links=%2210055%2F2018%22&optimize=20180622&publicinterface=true>

“(…) según ha declarado reiteradamente esta Sala del Tribunal Supremo...las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocésal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (...)especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado

como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.

En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de auto exculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado.

En el examen de las características de la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha afirmado que ‘la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas’...

(...)

“(...) la STC 233/2002, de 9 de diciembre, F. 3, sintetiza la doctrina de este Tribunal sobre la incidencia en la presunción de inocencia de tales declaraciones, cuando son prueba única, en los siguientes términos:

- ‘a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional;
- b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia;
- c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado;
- d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.’ (F.D.2º) [A.C.T.].

*Jurisprudencia: La nueva agravante de género, criterios para su aplicación*

STSJ CV (Sala de lo civil y penal) de 29 de junio de 2018, rec. nº 91/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8444336&links=%2291%2F2018%22&optimize=20180709&publicinterface=true>

“(…) En el vigente art. 22. 4 del CP se contienen tres distintas referencias a los motivos de índole ‘sexista’: cometer el delito por motivos discriminación atendiendo al sexo de la víctima, a su orientación o identidad sexual y por razones de género. De estas tres causas, hay una que se distingue claramente de las otras dos y su entendimiento no ofrece mayores dificultades. La referencia a la condición de la víctima por su orientación o identidad sexual está protegiendo los derechos de colectivos, como los homosexuales, que suelen sufrir discriminaciones precisamente por su distinción en su preferencia de mantener relaciones sexuales con personas del mismo sexo. De forma similar, los sujetos que desean permanecer con otra identidad sexual a la de su origen biológico, sea a través de cirugía transexual o sin ella, tienen un mayor amparo en la ley penal a través de este motivo. La distinción más difícil queda entonces en las referencias al ‘sexo’ y a las razones de género.

Qué duda cabe que los supuestos de conductas criminales ejercidas contra la mujer precisamente por ser mujer se encuentran agravados en el CP en diferentes tipos delictivos, especialmente en los delitos de lesiones, de coacciones, de amenazas o delitos contra la integridad moral, entre otros. De igual forma, más genéricamente, el resto de crímenes machistas quedan cubiertos bajo el amparo de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23. Incluso, para los supuestos no contemplados en estas instituciones, podría aplicarse esta agravante de discriminación por razón de sexo.

Una primera interpretación podría diferenciar los supuestos de discriminación por razones de sexo y de género llevando a cabo una distinción en la víctima objeto de la tutela. En el primer caso, podría ser considerado sujeto pasivo de una discriminación por razón de sexo un hombre frente a una mujer o un grupo de mujeres (por ejemplo, agresión de un varón, por ser varón, por parte de un colectivo de feministas radicales). La agravación por razones de género cubriría exclusivamente los casos de conductas machistas, esto es, las llevadas a cabo por varones frente a mujeres con la intención, consciente o subconsciente, de expresar su dominio y su trato hacia ellas como seres humanos inferiores.

Ahora bien, si con esta formulación se salva la concurrencia de ambas expresiones en el mismo precepto legal, mayores dificultades se presentan para llevar a cabo una distinción con la circunstancia mixta de parentesco (estimada como agravante) del art. 23 del CP. Habrá que concluir que a partir de la entrada en vigor de la reforma, los hechos punibles perpetrados por el hombre frente a su pareja o ex-pareja, sea o haya sido legal o de hecho, se agravarán conforme al art. 22.4ª y no por el 23, que debiera haber sido reformado para evitar la duplicidad de regulaciones.

En definitiva, con la inclusión de la agravante de discriminación por razones de género no se va a ampliar la protección de los derechos de la mujer frente a la criminalidad machista, pues los mismos supuestos agravados que puedan considerarse con la nueva ley, tenían de igual forma cobertura con la antigua. En el Preámbulo de la nueva regulación se explica la introducción de este motivo, ‘... para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para

las víctimas de este tipo de delito...’ (Violencia de género), entendiéndolo, conforme al Convenio núm. 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que sexo y género hacen referencia a realidades distintas.

Por tanto, lo que resulta es que en los tipos agravados donde ya se tiene en cuenta el género es decir donde este es parte integrante del tipo no puede apreciarse la agravante de género puesto que se infringiría el principio *non bis in ídem*” (F.D.3º) [A.C.T.]

*Jurisprudencia: Actuación en grupo versus codelincuencia.*

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8464430&links=%2210447%2F2017%22&optimize=20180802&publicinterface=true>

STS (Sala 2ª) de 19 de julio de 2018, rec. nº 10447/2017.

“(…) En relación al tipo de grupo criminal tipificado en el citado artículo 570 ter del Código Penal hemos expuesto recientemente la doctrina jurisprudencial (...) diferenciando tal tipo penal autónomo de la mera codelincuencia referida a tipos penales concretos.

(...)

Advertíamos de la necesidad de comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La ley, diferenciado del concepto organización, denomina grupos criminales, precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes.

El art. 570 bis define a la organización criminal como: ‘La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos’ (LO 1/2015).

Por su parte el art. 570 ter *in fine*, describe el grupo criminal como ‘la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos’ (LO 1/2015).

Por tanto, el grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos. (...)

Pero precisamente en esa jurisprudencia, detalladamente examinada en la STS de referencia, se advierte de que, una vez determinada la diferencia entre organización y grupo criminal, habrá que distinguir, entonces el grupo criminal de los supuestos de mera codeincuencia.

(...)

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codeincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, (...) no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno'. Aún cabe añadir, estimamos, alguna otra nota para diferenciar el grupo de la codeincuencia. El término grupo, según el diccionario RAE que establece cual debe ser el significado que cabe atribuir entre los castellanohablantes a los términos que se utilizan al comunicarse, denota siempre que se comparte por los agrupados unas mismas características, y una conjunción en su actuar (tocar música o militarmente) de suerte que la expresión «actuar en grupo» significa según el diccionario que algo se hace con (no «por») varias personas o entre varias personas. Esa idea de conjunción - *unión* dice el artículo 570 ter- aunque sea compatible con la ausencia de estabilidad o jerarquía y diversidad funcional entre los integrantes, requiere que la participación de los agrupados se constituya con la finalidad de «perpetrar de manera concertada» plurales delitos. De tal suerte que no es solamente esta pluralidad de delitos lo que marca la diferencia con la mera codeincuencia. Ésta se satisface por *participar en el delito*. El grupo exige, *además*, que se participe del agrupamiento. Por ello la reiterada codeincuencia en plurales delitos no implica que esos codeincuentes se integren en el grupo. Y no participa en el grupo quien es ajeno a las decisiones del mismo. Y, por ello, también a las resultas de la actuación concertada del grupo. Ajenidad que no se excluye por más que la participación como ajeno al grupo sea esperada y efectiva en plurales ocasiones. Porque ello no conlleva necesariamente integración en el grupo (...)" (F.D. 2º) [A.C.T.].

## V. DERECHO ADMINISTRATIVO

*Jurisprudencia: El Tribunal Europeo de Justicia rectifica y muestra su amparo al personal interino.*

STJUE (Gran Sala), de 5 de junio de 2018, rec. nº. 677/16, Asunto *Montero Mateos*

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202546&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=373685>

“(…) se deduce de la definición del concepto de trabajador con contrato de duración determinada que figura en la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco que un contrato de este tipo deja de producir efectos para el futuro cuando vence el término que se le ha asignado, pudiendo constituir dicho término la finalización de una tarea determinada, una fecha precisa o, como en el caso de autos, el advenimiento de un acontecimiento concreto. De este modo, las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término. Este término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato.

En cambio, la extinción de un contrato fijo por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral. Como se deduce de las explicaciones del Gobierno español, recordadas en el apartado 58 de la presente sentencia y como subrayó, en esencia, la Abogado General en el punto 55 de sus conclusiones, el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores requiere que se abone a dicho trabajador despedido una indemnización equivalente a veinte días de salario por año de servicio, precisamente a fin de compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole, y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación.

En este último supuesto, el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, ya que el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores establece el abono de una indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año de servicio en favor del trabajador, con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo.

En estas circunstancias, cabe considerar que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida.” (§60-§63)

“(…) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada,

debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.” (§66) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: Se debilita la condición de ‘fijos’, de los indefinidos no fijos.*

STJUE (Sala Sexta) de 25 de julio de 2018, asunto C-96/17.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204393&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=472917>

“19. cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración pública es declarado improcedente, el trabajador deberá ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo que realicen las mismas tareas que el trabajador fijo pueden no ser readmitidos y recibir como contrapartida una indemnización” (§19).

“42. El Gobierno español alega que esta diferencia de trato está justificada en virtud de las normas de contratación de esta categoría de trabajadores y del contexto específico en el que se produce su contratación. De este modo, a su juicio, la garantía de readmisión controvertida está indisociablemente vinculada al sistema de acceso a puestos de personal laboral fijo. En efecto, el Estatuto Básico del Empleado Público prevé que el sistema de acceso del personal laboral fijo tiene carácter selectivo y que, a fin de salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, deberá incluir una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación o resultar de un procedimiento de valoración de méritos. Mediante la readmisión automática en caso de despido declarado improcedente, el legislador español ha querido proteger a los trabajadores fijos de la Administración Pública, respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

43. El Gobierno español alega a este respecto que el mantenimiento en las funciones constituye un imperativo que deriva de la superación de una oposición, la cual justifica conceder más garantías al personal laboral fijo, como el derecho de permanencia en el puesto, que al personal laboral temporal o al indefinido no fijo.

44. Según dicho Gobierno, para el personal fijo, la readmisión obligatoria garantiza la estabilidad en el empleo, teniendo en cuenta los principios consagrados en la Constitución española, mientras que, para el personal no fijo, el mantenimiento en las funciones no constituye un elemento esencial de la relación laboral, de modo que, en este caso, el legislador español no ha considerado

conveniente privar a la Administración empleadora de la facultad de elegir entre readmitir al trabajador cuyo despido disciplinario es declarado improcedente y concederle una indemnización.

45. Esta diferencia inherente a las modalidades de contratación tiene por efecto, según las explicaciones del Gobierno español, que el personal laboral fijo, que no es funcionario, pero que cuando menos ha superado un proceso selectivo con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, pueda beneficiarse de esta garantía de permanencia que constituye una excepción al régimen general del Derecho laboral.

46. Procede considerar que, aunque el interés público, vinculado, en sí mismo, a las modalidades de contratación de los trabajadores fijos, no justifica la diferencia de trato controvertida, no es menos cierto que consideraciones derivadas de las características del Derecho de la función pública nacional, como las recordadas en los apartados 42 a 44 de la presente sentencia, pueden justificar tal diferencia de trato. A este respecto, las consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo. Estas consideraciones, que no tienen equivalente en el Derecho laboral común, explican y justifican los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos impuestos a los empleadores públicos y, en consecuencia, la decisión del legislador nacional de no concederles la facultad de elegir entre readmisión e indemnización del perjuicio sufrido a causa de un despido improcedente.

47. Por consiguiente, es necesario considerar que la readmisión automática de los trabajadores fijos forma parte de un contexto muy diferente, desde un punto de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que se encuentran los trabajadores que no son fijos (véase, por analogía, la sentencia de 5 de junio de 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, EU:C:2018:390, apartado 56).

48. En estas circunstancias, cabe afirmar que la desigualdad de trato observada está justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes” (§42-48). [B.A.S.]

*Jurisprudencia: La Unión Europea respalda la ausencia de transparencia respecto a los gastos parlamentarios*

STUE (Sala Quinta ampliada), de 25 de septiembre de 2018, asuntos T-639/15, T-666/15 y T-94/16.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=206061&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1224606>

“En ese contexto, corresponde, en primer lugar, a quien solicita la transmisión

demostrar su necesidad. Si aporta esa prueba, incumbe entonces a la institución interesada verificar si no hay razones para suponer que esa transmisión podría perjudicar a los intereses legítimos de la persona interesada (...)” (§71)

“Así pues, el artículo 8, letra b), del Reglamento n.º 45/2001 requiere que la institución a la que se acude se dedique, en un primer momento, a realizar una apreciación del carácter necesario —y, por lo tanto, proporcionado— de la transmisión de los datos personales respecto del objetivo perseguido por el solicitante, ya que el cumplimiento del requisito de necesidad establecido en el artículo 8, letra b), del Reglamento n.º 45/2001, que se interpreta restrictivamente, implica demostrar que la transmisión de los datos personales es la medida más adecuada de entre las demás medidas factibles para alcanzar el objetivo perseguido por el solicitante y que resulta proporcionada a dicho objetivo, lo que obliga al solicitante a presentar justificaciones expresas y legítimas en tal sentido (...)”. (§72)

“En el caso de autos, para demostrar la necesidad de la transmisión de los datos en cuestión, los demandantes han puesto de manifiesto distintos objetivos incluidos en sus solicitudes de acceso a los documentos, a saber, esencialmente, por una parte, permitir al público verificar la adecuación de los gastos en que incurrieron los miembros del Parlamento en el ejercicio de su mandato y, por otra, garantizar el derecho del público a la información y a la transparencia. A este respecto, procede considerar antes de nada que, debido a su formulación, demasiado vaga y genérica, estos objetivos no pueden, por sí mismos, demostrar la necesidad de la transmisión de los datos personales de que se trata” (§73-74) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el aspecto ‘público’ de la Acción pública.*

STC (Pleno) 97/2018, de 19 de septiembre, rec. núm. 1643/2016

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25739>

“La previsión recurrida dispone: ‘Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y ante los juzgados y tribunales de la jurisdicción competente la observancia de la presente ley, así como de las normas, disposiciones, planes y programas que se dicten en su desarrollo y ejecución’.

Según el Abogado del Estado, el precepto impugnado exime al recurrente de la obligación de acreditar la concurrencia de un interés legítimo o vínculo concreto con el objeto del procedimiento. La configuración de una acción pública en materia de vivienda no estaría amparada en particularidades propias de la regulación autonómica, por lo que infringiría el artículo 149.1.6 CE. Lo mismo cabría afirmar, mutatis mutandis, respecto de la proyección del precepto controvertido sobre el procedimiento administrativo; invadiría la competencia estatal formulada en el artículo 149.1.18 CE respecto de las bases del régimen

jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (...) La STC 80/2018, FJ 5 a), ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad del inciso ‘y jurisdiccionales’ por invadir el ámbito competencial reservado al Estado por el artículo 149.1.6 CE. Procede pues remitirnos a esta Sentencia y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso ‘y ante los juzgados y tribunales de la jurisdicción competente’ de la Ley vasca 3/2015. (...) A través de esta acción pública administrativa, el legislador vasco permite que cualquier ciudadano pueda denunciar los incumplimientos de la Ley, así como abrir los procedimientos relacionados con la legislación en materia de vivienda a una más amplia participación ciudadana.

La circunstancia de que ciudadanos no singularmente afectados ni vinculados al objeto del procedimiento puedan hacer valer la normativa sobre vivienda ante las autoridades administrativas del País Vasco tampoco menoscaba la competencia estatal en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE). Que alguien tenga atribuida legitimación para intervenir o recurrir en la vía administrativa no implica necesariamente que tenga legitimación para hacer lo propio ante los tribunales. Quien haya ejercido la acción popular administrativa prevista en el controvertido artículo 6.1 tendrá legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo solo si cumple los requisitos que ha regulado el Estado al amparo del artículo 149.1.6 CE.

El artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, condiciona la legitimación a la concurrencia de un interés personal en el recurso, esto es, la afectación de derechos o intereses propios [letra a)]. Entre los supuestos especiales o extraordinarios de legitimación existe la ‘acción popular’ ante los tribunales, pero solo ‘en los casos expresamente previstos por las Leyes’ [letra h)]. De modo que, al atribuir la acción pública administrativa, el precepto controvertido permite que un ciudadano cualquiera, por el solo hecho de serlo, haga valer la Ley vasca 3/2015 y su desarrollo normativo ante las Administraciones públicas, pero no ante los jueces y tribunales. En el ejercicio de la competencia atribuida en el artículo 149.1.6 CE, la Ley 29/1998 ha optado por excluir la acción popular jurisdiccional, salvo que una ley estatal la haya previsto específicamente.

En consecuencia, procede descartar que el artículo 6.1 de la Ley vasca 3/2015 invada competencias estatales (art. 149.1.18 CE) por atribuir a todos los ciudadanos acción pública ‘para exigir ante los órganos administrativos’ “la observancia de la presente, así como de las normas, disposiciones, planes y programas que se dicten en su desarrollo y ejecución” (F.D.6º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo resuelve el conflicto planteado entre las diferentes emisoras de radio y la Liga de fútbol profesional poniendo límites a la Ley General de Comunicación Audiovisual*

ATS (Sala 3ª) de 23 de abril de 2018, rec. nº 1126/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8375044&links=%221126%2F2015%22&optimize=20180509&publicinterface=true>

“La cuantía que ha de fijarse por el libre acceso de los operadores de radio o la eventual posibilidad de comercializar la exclusiva retransmisión radiofónica limitando el acceso a los demás operadores, dependerá de la constitucionalidad de la previsión legal ahora cuestionada, que permite a las empresas radiofónicas el libre acceso a los estadios y recintos deportivos para retransmisiones en directo de los acontecimientos deportivos organizados por la parte recurrente y los clubs a los que representa.

A tal efecto, la LFP, tanto en el proceso de instancia como en casación, solicitó la nulidad de la resolución de la CMT, entre otros motivos, por entender que el citado precepto legal es inconstitucional por contrario a los artículos 33, 38, 81, 86.1 y 117.3 de la CE. Argumentaba que la previsión legal en cuanto permite a los operadores radiofónicos el derecho de libre acceso a los estadios y recintos ‘para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos que tengan lugar en los mismos’, estableciendo como única compensación económica el equivalente a los costes generados por el ejercicio de tal derecho, supone una medida ablativa de derechos, suprimiendo el contenido patrimonial de los derechos audiovisuales radiofónicos de los que son titulares los organizadores de acontecimientos deportivos, lo que, a su juicio, resulta contrario a los artículos 33 y 38 de la Constitución, en cuanto excluye de la comercialización los derechos de retransmisión radiofónica, privándole de los beneficios que podría obtener sin conceder indemnización alguna.

Los recurrentes en el primer acto singular de aplicación concreta del citado precepto legal cuestionan su constitucionalidad, lo cual es perfectamente posible pues nada impide que la impugnación dirigida contra una disposición reglamentaria o un acto singular se sustente en la consideración de que la norma legal que desarrolla o aplica es contraria a la Constitución, y si, como ocurre en el caso que nos ocupa, el Tribunal alberga dudas sobre la constitucionalidad del precepto legal deberá para plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la previsión legal en la se apoya dicho acto.

En definitiva, siendo la resolución impugnada un acto administrativo que trae causa y es aplicación directa de la previsión contenida en el artículo 19.4 de la LGCA, y planteando la parte recurrente la nulidad de dicha resolución por entender que el precepto legal en que se basa es inconstitucional, ha de concluirse que la constitucionalidad de la norma forma parte del debate procesal y condiciona el resultado del litigio.” (F.D.1º)

“Este tribunal alberga dudas sobre la constitucionalidad de la previsión legal contenida en el art. 19.4 de la LGCA antes transcrita, al entender que puede ser contraria al derecho de propiedad (art. 30 CE) y eventualmente a la libertad de empresa (art. 38 CE), en su vertiente referida a la libertad de contratación, pues al disponer el libre acceso de los operadores de radio a los estadios ‘para retransmitir

en directo los acontecimientos deportivos que tengan lugar en los mismos’, limitando la compensación económica que pueden percibir los titulares de los derechos de retransmisión a los costes generados por el ejercicio de tal derecho y por el uso de las cabinas instaladas al efecto, está excluyendo la posibilidad de que la Liga de Fútbol Profesional y/o los clubs que la integran puedan comercializar y explotar los derechos de retransmisión en directo y en exclusiva de los acontecimientos deportivos en cuestión.

El Tribunal Constitucional ha señalado que «corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable». Le corresponde al legislador delimitar el contenido de los derechos dominicales pero el límite lo encontraría ‘a los efectos de la aplicación del artículo 33.3 CE en el contenido esencial, eso es, no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone que resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho’ (STC 170/1989, de 19 de octubre, F.J. 8).

La delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales no puede desconocer el contenido esencial de los mismos, pues en este caso se produciría una privación o supresión del mismo, que aun acordada por una norma de carácter general se traduciría en despojo de situaciones jurídicas individualizadas no tolerado por la Constitución, salvo que medie la indemnización correspondiente (STC 227/1988, de 29 de noviembre). (...) La previsión legal que permite a las emisoras de radio el libre acceso a los estadios para retransmitir en directo y de forma gratuita e íntegra el evento, priva a los organizadores, titulares de los derechos de explotación, de una parte esencial de su aprovechamiento económico y, por ende del contenido patrimonial de este derecho y de su posibilidad de contratar los derechos de retransmisión en favor de una o varias emisoras. Sin embargo, las empresas radiofónicas obtienen ingresos por publicidad, captando a un mayor número de oyentes, en los programas de entretenimiento sustentados en las retransmisiones de dichos acontecimientos deportivos.” (F.D.3º)

“Los partidos de fútbol tienen interés social y los medios de comunicación tienen derecho a informar sobre los mismos. Ahora bien, el derecho a transmitir información, como acertadamente señala la parte recurrente, invocando la doctrina fijada en la STC 220/1991, es un derecho de libertad y no un derecho de prestación que imponga obligaciones a entidades privadas, por lo que ha de cuestionarse si la previsión legal que impone a los clubs de fútbol la obligación de permitir a las emisoras de radio el acceso a los estadios para la en directo, gratuita e íntegra de eventos deportivos privados, impidiendo, en consecuencia, la comercialización de los derechos de retransmisión sobre los eventos deportivos por ellos organizados integra el contenido esencial del derecho de información.

(...) Ahora bien, el derecho a transmitir información, como acertadamente señala la parte recurrente, invocando la doctrina fijada en la STC 220/1991, es un derecho de libertad y no un derecho de prestación que imponga obligaciones a entidades privadas, por lo que ha de cuestionarse si la previsión legal que impone a los clubs de fútbol la obligación de permitir a las emisoras de radio el acceso a los estadios para la retransmisión en directo, gratuita e íntegra de eventos deportivos privados, impidiendo, en consecuencia, la comercialización de los derechos de retransmisión sobre los eventos deportivos por ellos organizados integra el contenido esencial del derecho de información.

Al mismo tiempo, es preciso establecer si el precepto cuestionado supera el juicio de proporcionalidad, dado que el acceso y difusión de la información relativa al evento deportivo puede satisfacerse poniendo a disposición del público un conocimiento mínimo de lo acaecido en él, o, en general, adoptando otro tipo de medidas que permitan compatibilizar el derecho de información con la explotación de los derechos de retransmisión que ostentan sus titulares. De hecho, en el ámbito de las retransmisiones televisivas se compatibiliza la comercialización en exclusiva con el derecho de información de los restantes operadores, permitiéndoles la emisión de un breve resumen informativo que podrá utilizarse únicamente para programas de información general, sin que por ello se haya considerado lesionado el derecho de información.” (F.D.4º)

“No cabe plantear cuestión de inconstitucionalidad, entre otros supuestos, respecto de un precepto legal cuya conformidad al Texto constitucional haya sido ya declarada por el Tribunal Constitucional resolviendo procesos de inconstitucionalidad formulados con base en la alegación de los mismos motivos de inconstitucionalidad, o cuando resulte patente que es posible efectuar una interpretación de la disposición legal controvertida conforme al texto constitucional, en cuanto esta labor hermenéutica corresponde también a los tribunales de justicia, según lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución, pues el Tribunal Constitucional tiene atribuida la competencia en exclusiva de expulsar del ordenamiento jurídico las normas inconstitucionales, asumiendo la posición de legislador negativo (STS 48/2017, de 27 de abril).

Por ello, en el mismo sentido que resolvió la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la sentencia impugnada de 28 de enero de 2015, sostengo que no era necesario plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de la validez del artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual, una vez que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 112/2006, de 5 de abril de 2006, enjuiciando una previsión normativa análoga contenida en la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos, había declarado que esta previsión legal tiene amparo y cobertura en el derecho a comunicar y a recibir información del artículo 20.1 d) de la Constitución española de 1978 .

Cabe subrayar que en la mencionada sentencia constitucional 112/2006, se reconoce las facultades que el legislador democrático tiene ‘para reforzar la

presencia de los intereses sociales’, que le habilitan para limitar de forma proporcionada el uso legítimo de las facultades dominicales de los propietarios de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos, imponiendo pautas de actuación que no afecten al contenido esencial del derecho de propiedad, así como para establecer restricciones a la libertad de contratación o a la libertad de organización inherentes a la libertad de empresa, que, en el supuesto enjuiciado, están amparadas en el derecho a comunicar o recabar libremente información veraz por cualquier modo de difusión que garantiza el artículo 20.1 d) de la Constitución. (...) Sostengo, por el contrario, que la medida adoptada por el legislador de urgencia, consistente en facilitar el acceso libre a los estadios y recintos deportivos a los prestadores de comunicación audiovisual radiofónicos para retransmitir en directo, y sin interrupciones temporales, acontecimientos de dicha índole, no constituye una injerencia ilegítima e injustificada en el derecho de propiedad garantizado por el artículo 33 de la Constitución, porque el contenido de este derecho está delimitado por la función social de acuerdo con las leyes.

En este sentido, debo poner de relieve que no comparto la tesis argumental que desarrolla la Liga Nacional de Fútbol Profesional respecto de que la aplicación del artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual supone no sólo la privación total de un bien y derecho con contenido patrimonial sin indemnización, al impedir la comercialización de los derechos radiofónicos de los que es titular la Liga Nacional de Fútbol Profesional y los Clubs de Fútbol a ella afiliados, imponiéndoles a su vez el gravamen de destinar parte de sus instalaciones a la instalación de cabinas.

Observo que en este planteamiento subyace una visión extremadamente iusprivatista de los eventos deportivos, que sobredimensiona la vertiente de actividad económica empresarial, y que elude la dimensión cultural y social que caracteriza los espectáculos públicos de carácter deportivo.

Parece ignorarse que la difusión de los eventos deportivos constituye un potente instrumento de transmisión de valores ético-sociales en la sociedad, y, particularmente, entre los más jóvenes, referidos al respeto mutuo y a la tolerancia, que favorecen la convivencia democrática.

Singularmente, la práctica del fútbol se asocia, desde sus orígenes históricos, al desarrollo de valores humanos englobados en la cultura del esfuerzo, la competitividad y la disciplina y el fomento de la lealtad, el compañerismo y la amistad grupal.

La difusión radiofónica de los acontecimientos deportivos, y, singularmente, del fútbol, tiene una clara función educativa, pues pone en valor la idea de que cabe conciliar la pertenencia a un determinado club y la defensa incondicional de sus colores distintivos, con el respeto a las reglas de juego, entre las que se incluye de forma preeminente el ‘fair play’ o juego limpio. (...) Estimo que esta restricción legal se adopta por el legislador de urgencia tras una equilibrada ponderación de los derechos e intereses públicos y privados en juego, dando prevalencia al

derecho del público a recibir información frente al derecho de propiedad y la libertad de empresa.

El ‘sacrificio’ impuesto a los propietarios de los estadios de fútbol no resulta desproporcionado en relación con los objetivos de interés general que persigue la norma cuestionada.

Se revela adecuado para establecer un justo equilibrio entre los derechos en conflicto y no supone una ablación absoluta del derecho de propiedad, al prever una compensación económica equitativa por facilitar el acceso de los periodistas radiofónicos a las cabinas de retransmisión en aras de asegurar el correcto mantenimiento de las instalaciones.

En este sentido, no resulta adecuado avalar el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto de la validez del artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual, con el argumento, tal como defiende la Liga Nacional de Fútbol Profesional, de que el legislador carece de facultades constitucionales para interpretar los derechos fundamentales y que, por tanto, no está habilitado para regular que la retransmisión radiofónica en directo de espectáculos deportivos porque no tiene cobertura en la libertad de información.” (Voto particular) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo falla a favor de un recurso de casación contra una sentencia contenciosa en la que se inadmitió el recurso contencioso-administrativo por falta de agotamiento de la vía administrativa.*

STS (Sala 3ª) de 21 de mayo de 2018, rec. núm. 113/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8414737&links=%22113%2F2017%22&optimize=20180611&publicinterface=true>

“(…) si el establecimiento de una vía de recursos administrativos previa al ejercicio de la acción jurisdiccional es una decisión del legislador ordinario, que no deriva directamente de la Constitución, pero que, en la medida en que así se establezca, viene a integrarse en las condiciones de ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (que, insistimos, lo es de configuración legal), cabe preguntarse por el ajuste al contenido esencial del mencionado derecho fundamental de una interpretación de los recursos administrativos preceptivos que los conviertan en un ‘peaje’ que ineluctablemente deben pagar los administrados antes de poder impetrar la tutela judicial (artículo 24.1 CE) y hacer efectivo el control que demanda el artículo 106.1 CE, incluso en situaciones en las que, manifiestamente, el recurso administrativo no puede dar satisfacción bajo ninguna circunstancia a la pretensión del recurrente (...) ‘Si, cuando se discute exclusivamente la inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas que dan cobertura a los actos de aplicación y efectividad de los tributos y restantes

ingresos de Derecho Público de las entidades locales, cuestiones respecto de las que éstas no pueden pronunciarse por carecer de competencia para ello, resulta obligatorio agotar con carácter previo la vía administrativa, formulando recurso de reposición, o si, en tales casos, el interesado puede interponer directamente recurso contencioso-administrativo’.”(F.D.2º)

“(…) En su opinión, existe una laguna legal que debe ser colmada por la jurisprudencia con base en una interpretación teleológica o finalista de la norma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil [CC], que atienda a la doctrina constitucional sobre la finalidad de los recursos administrativos. Razona que, si hubiera interpuesto recurso de reposición con el único fundamento en la inconstitucionalidad de la ley que da cobertura a la liquidación tributaria discutida, al Ayuntamiento de Cáceres no le habría quedado otra opción que la de declararse incompetente o desestimar el recurso sin entrar en el fondo del asunto –‘lo que constituiría una aberración jurídica’-, como vienen realizando otros órganos administrativos.

(…) Por consiguiente, si para el ejercicio de la acción jurisdiccional frente a una Administración pública se exigiera a los ciudadanos la interposición de un recurso administrativo que se revelara manifiestamente ineficaz para el éxito de su pretensión, cabría concluir, en la medida en que la formulación del recurso se erigiría en una carga procesal para el demandante como presupuesto de viabilidad de su acción jurisdiccional (...), que esa carga, en cuanto inútil, negaría la razón que justifica su imposición, deviniendo desproporcionada y vulneradora del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, al tiempo que desconocería el mandato del artículo 106.1 CE , que impone un efectivo control jurisdiccional de la actuación administrativa. Este último precepto constitucional exige que los instrumentos procesales se articulen de manera que hagan posible una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas (...), plenitud incompatible con demoras impuestas por la interposición de recursos en vía administrativa manifiestamente ineficaces e inútiles para dar cumplimiento al fin que los justifica” (F.D.3º)

“Si el recurso de reposición tuviera como único fundamento la inconstitucionalidad de la norma legal que da cobertura al acto impugnado, el autor del acto recurrido, llamado a resolver el recurso de reposición [*vid.* artículo 14.2.b) LRHL], nunca podría estimarlo por carecer de atribuciones para pronunciarse sobre la validez de la norma, inaplicarla o expulsarla del ordenamiento jurídico, y no existir un instrumento procedimental que le permita plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, único que en nuestro sistema tiene potestad para expulsar las leyes inconstitucionales del ordenamiento jurídico y pronunciarse sobre el particular a título incidental. El recurso de reposición resultaría de todo punto inútil e ineficaz para satisfacer la pretensión anulatoria o de nulidad. Cabe recordar el total sometimiento de las administraciones públicas a la ley, expresión de su radical sujeción a la ley y al Derecho (*vid.* artículo 103.1 CE).

(...) Siendo así, y en virtud de lo razonado en los anteriores fundamentos jurídicos, se ha de concluir que, en las circunstancias descritas, la exigencia como preceptivo de un recurso de reposición y, en su caso, el rechazo liminar de la acción contencioso-administrativa intentada sin su previa interposición, resultan desproporcionados y vulneradores del derecho a obtener la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, al tiempo que desconocen el mandato del artículo 106.1 CE, incompatible con demoras impuestas por la interposición de recursos en vía administrativa manifiestamente ineficaces e inútiles para dar cumplimiento al fin que los justifica.

En otras palabras, el privilegio de la tutela reduplicativa ha de ser objeto de una interpretación moderadora, en aras de la tutela judicial efectiva, evitando demoras innecesarias y anodinas que postergan el control judicial de la Administración.

Con ello no ‘inaplicamos’ ni ‘anulamos’ la previsión del artículo 25.1 LJCA, resultados que están fuera del alcance de nuestras potestades. Simplemente la interpretamos desde la perspectiva y a la luz de las exigencias que derivan de los artículos 24.1 y 106.1 CE, cuyo carácter normativo y fuerza de obligar resultan indiscutibles.

Las razones que sustentan la sentencia impugnada no obstaculizan la anterior conclusión. En primer lugar porque, al afirmar que ‘los recursos [administrativos] no son necesarios o no, inútiles o no, sino que son preceptivos o no conforme a la regulación legal de la materia’, convierte en un valor absoluto la opción del legislador al regularlos, olvidando que también él está sometido a la Constitución (artículos 9.1 CE), debiendo en particular respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales que garantiza a los ciudadanos (artículo 53.1 CE), y desconociendo que los recursos administrativos no son un fin en sí mismos, sino un instrumento para la más efectiva y eficaz defensa de los derechos de los administrados frente a las administraciones públicas, su auténtico objetivo.” (F.D.4º)

“La sentencia impugnada en casación confirmó la pronunciada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 2 de Cáceres que inadmitió el recurso contencioso- administrativo interpuesto directamente contra la liquidación girada por el Ayuntamiento de Cáceres en concepto de IIVTNU, pese a que el único fundamento de la pretensión impugnatoria era la inconstitucionalidad del artículo 107 LRHL.” (F.D.6º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: Inadmisión de la responsabilidad patrimonial por prescripción del plazo fechada en un año cuando el recurrente conoce que para la devolución de ingresos indebidos son de cuatro años.*

STS (Sala 3ª) de 25 de mayo 2018, rec. nº 467/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8403842&links=%22467%2F2017%22&optimize=20180601&publicinterface=true>

“De este modo, es de todo punto evidente que en vía administrativa se ha variado la causa de pedir o, dicho de otro modo, se han alterado los fundamentos sobre los que descansa la solicitud formulada por los ahora recurrentes en vía administrativa.

Es un derecho de los interesados (artículo 31 LRJAP -PAC, artículo 4 LPACAP) en el procedimiento obtener de la administración el consiguiente pronunciamiento sobre las solicitudes que les formulan (artículo 42 LRJAP -PAC, artículo 21 LPACAP), y despejados, además, los óbices que en su caso pudieran concurrir, dicho pronunciamiento ha de versar sobre el fondo del asunto). Y, correlativamente, es también un deber de la administración dictar la resolución que proceda atendiendo a las solicitudes que se formulan, observando, entre otros, el debido respeto al principio de congruencia (artículo 89.1 LRJAP -PAC, artículo 88.1 LPACAP). Según pudiera parecer del relato efectuado por la administración, podría entenderse que incluso la calificación inicial de las solicitudes presentadas se altera en este caso con vistas a favorecer su viabilidad por entender que se ha producido la firmeza de unas liquidaciones al amparo del artículo 101 LGT, aun cuando, según se aduce de contrario, sin efectuar la menor operación de comprobación ni cuantificación de las cantidades exigibles, y limitándose por tanto a reproducir en sus mismos términos las autoliquidaciones que antes se habían presentado. La única vía para acceder a lo solicitado sería en su caso al amparo de una acción de responsabilidad.

Pero sucede en este punto lo que todavía puede agravar la cuestión, y es que la administración no contrasta su propio parecer con el de los particulares afectados, que en momento alguno reciben notificación del acuerdo de remisión, según ha reconocido la propia administración (así, de forma palmaria, en trance de contestación a la demanda). Y, por otro lado, tampoco la tramitación de la solicitud siguiendo el procedimiento previsto en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador ha arrojado un resultado precisamente favorable a los interesados, como ya sabemos.

Así las cosas, con base en las expresadas circunstancias, es obligado concluir que se ha producido un defecto de forma en el curso del procedimiento observado en la tramitación de las solicitudes de los ahora recurrentes, que ha resultado además determinante de la indefensión de los ahora recurrentes (artículo 48.2 LRJAP -PAC y LPACAP). No solo tienen derecho los interesados a obtener una respuesta de la administración en términos congruentes con la solicitud formulada, sino que dicha respuesta ha de provenir de los órganos competentes para conocer del asunto (Hacienda) y, llegado el caso, si en sede administrativa no llegaran a obtener una resolución satisfactoria, tienen derecho también a acudir en defensa de sus derechos e intereses ante los órganos jurisdiccionales competentes y ejercer en su caso los recursos correspondientes previstos en las leyes. De otro modo, se

reducen sus posibilidades de defensa, si es que no se merma del todo el derecho de que disponen.

Al entender que en este caso se han vulnerado los principios de congruencia de las resoluciones administrativas y de no indefensión procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo, anular la resolución recurrida y ordenar la retroacción del procedimiento y su devolución a Hacienda para que prosiga su tramitación, conforme al procedimiento legalmente previsto para la rectificación de autoliquidaciones y devolución de ingresos indebidos.

El criterio y argumentación que se acaban de reproducir resultan plenamente aplicables al caso, con la sola modificación de las fechas de liquidación, solicitud inicial o acuerdo de remisión de la misma, lo que lleva a la estimación del recurso en los términos que se han indicado.” (F.D.2º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la complejidad que supone el establecimiento del ‘principio de oportunidad’.*

STS (Sala 3ª) de 11 de abril de 2018, rec. nº 11/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8357981&links=%2211%2F2016%22&optimize=20180423&publicinterface=true>

“(…) La declaración de utilidad pública de una concreta asociación ha de partir de su propia iniciativa, y para la concesión es necesario el cumplimiento de las condiciones que exige el artículo 32 de la Ley Orgánica, si bien el otorgamiento de esta cualidad deviene en aras al principio de oportunidad administrativa, como se desprende la dicción del precepto legal, al decir: ‘A iniciativa de las correspondientes asociaciones, podrán ser declaradas de utilidad pública aquellas asociaciones en las que concurren los siguientes requisitos’.

Los requisitos necesarios son:

‘a) Que sus fines estatutarios tiendan a promover el interés general, en los términos definidos por el art. 31.3 de esta Ley, y sean de carácter cívico, educativo, científico, cultural, deportivo, sanitario, de promoción de los valores constitucionales, de promoción de los derechos humanos, de víctimas del terrorismo, de asistencia social, de cooperación para el desarrollo, de promoción de la mujer, de promoción y protección de la familia, de protección de la infancia, de fomento de la igualdad de oportunidades y de la tolerancia, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía social o de la investigación, de promoción del voluntariado social, de defensa de consumidores y usuarios, de promoción y atención a la personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales, económicas o culturales, y cualesquiera otros de similar naturaleza.

b) Que su actividad no esté restringida exclusivamente a beneficiar a sus asociados, sino abierta a cualquier otro posible beneficiario que reúna las condiciones y caracteres exigidos por la índole de sus propios fines.

c) Que los miembros de los órganos de representación que perciban retribuciones no lo hagan con cargo a fondos y subvenciones públicas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, y en los términos y condiciones que se determinen en los Estatutos, los mismos podrán recibir una retribución adecuada por la realización de servicios diferentes a las funciones que les corresponden como miembros del órgano de representación.

d) Que cuenten con los medios personales y materiales adecuados y con la organización idónea para garantizar el cumplimiento de los fines estatutarios.” (F.D.1º)

“(…) la sentencia impugnada incurre en una cierta imprecisión jurídica al destacar ‘el principio de oportunidad administrativa’ como paradigma de la actuación de la Administración, que deduce de la interpretación del término ‘podrán’ incluido en el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación, sin embargo ello resulta irrelevante a los efectos de revocar el pronunciamiento del Tribunal de instancia, porque la ratio decidendi de la sentencia impugnada se basa en la constatación de que la Asociación Unión de Consumidores de Cantabria-UCC no cumple todos los requisitos establecidos en el citado precepto legal, ejerciendo un control judicial de la resolución administrativa que se ajusta al control de los actos administrativos reglados” (F.D.2º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: La necesidad de no tener antecedentes penales como requisito a la residencia de larga duración.*

STS (Sala 3ª) de 5 de julio de 2018, rec. nº 3700/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8459033&links=%223700%2F2017%22&optimize=20180725&publicinterface=true>

“(…) ‘si conforme al régimen jurídico que resulta de aplicación, la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de larga duración o si, por el contrario, procede considerar y ponderar las circunstancias concurrentes en la persona del extranjero concernido, a los efectos de concluir en su caso que no constituye una amenaza suficientemente grave y de otorgar en su consecuencia la indicada autorización”’. (Antecedente de Hecho 2º)

“En definitiva, de acuerdo con el tenor literal de la Ley y con los razonamientos de la citada sentencia, para el caso de la expulsión de los residentes de larga

duración, ha de mantenerse la tesis contraria a hacer derivar de los meros antecedentes penales consecuencias dotadas de automatismo, siendo pertinente una valoración del resto de las circunstancias concurrentes, sin embargo tal valoración no alcanza a aquellos extranjeros que tratan de lograr su condición de residentes de larga duración, resultando proporcionado un mayor rigor en las exigencias y requisitos necesarios para obtener tal condición que para la expulsión del extranjero que ya ostentaba la misma.” (F.D.9°).

“Con base en los anteriores razonamientos debemos proceder a dar respuesta a la cuestión que presentaba interés casacional objetivo concretada en: ‘si conforme al régimen jurídico que resulta de aplicación, la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de larga duración o si, por el contrario, procede considerar y ponderar las circunstancias concurrentes en la persona del extranjero concernido, a los efectos de concluir en su caso que no constituye una amenaza suficientemente grave y de otorgar en su consecuencia la indicada autorización’, declarando que la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de larga duración.” (F.D. 10°) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo asienta los criterios interpretativos sobre los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4, todos ellos del TRLHL, a la luz de la STC 59/2017.*

STS (Sala 3ª) de 9 de julio de 2018, rec. nº 6226/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8445031&links=%226226%2F2017%22&optimize=20180710&publicinterface=true>

“Determinar si, para garantizar la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución) y el respeto de la reserva de ley en materia tributaria (artículos 31.3 y 133.1 y 2 de la Constitución), la inconstitucionalidad de los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, declarada en la sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo, obliga en todo caso a la anulación de las liquidaciones y al reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos en las solicitudes de rectificación de autoliquidaciones por el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, sin entrar a valorar la existencia o no en cada caso de una situación inexpresiva de capacidad económica’.

El citado auto identifica como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4 del TRLHL, atendida la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017.” (Antecedentes de Hecho 3°)

“Séptimo. Criterios interpretativos sobre los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4, todos ellos del TRLHL, a la luz de la STC 59/2017.

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

1º) Los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL, a tenor de la interpretación que hemos hecho del fallo y del fundamento jurídico 5 de la STC 59/2017, adolecen solo de una inconstitucionalidad y nulidad *parcial*. En este sentido, son constitucionales y resultan, pues, plenamente aplicables, en todos aquellos supuestos en los que el obligado tributario no ha logrado acreditar, por cualquiera de los medios que hemos expresado en el fundamento de derecho Quinto, que la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título (o la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos), no ha puesto de manifiesto un incremento de su valor o, lo que es igual, una capacidad económica susceptible de ser gravada con fundamento en el artículo 31.1 CE.

2º) El artículo 110.4 del TRLHL, sin embargo, es inconstitucional y nulo *en todo caso* (inconstitucionalidad total) porque, como señala la STC 59/2017, ‘no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene’, o, dicho de otro modo, porque ‘imp[ide] a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpresiva de capacidad económica (SSTC 26/2017, FJ 7, y 37/2017, FJ 5)’. Esa nulidad total de dicho precepto, precisamente, es la que posibilita que los obligados tributarios puedan probar, desde la STC 59/2017, la inexistencia de un aumento del valor del terreno ante la Administración municipal o, en su caso, ante el órgano judicial, y, en caso contrario, es la que habilita la plena aplicación de los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL.” (F.D. 7º)

“La lógica consecuencia de lo hasta aquí expuesto no puede ser otra que la desestimación del recurso de casación deducido por la representación procesal de la entidad BBVA, pues la resolución judicial recurrida ha interpretado de manera correcta el ordenamiento jurídico al considerar que la STC 59/2017 permite no acceder a la rectificación de las autoliquidaciones del IIVTNU y, por tanto, a la devolución de los ingresos efectuados por dicho concepto, en aquellos casos en los que no se acredita por el obligado tributario la inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, supuestos en los que los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL resultan plenamente constitucionales y, por consiguiente, los ingresos, debidos.

Sin que, frente a lo que pretende la entidad recurrente -al señalar que mientras que en sede judicial ‘BBVA sí que ha practicado prueba suficiente (documental y pericial) para acreditar y demostrar que el suelo no ha experimentado un incremento de valor’, ‘el Ayuntamiento de Zaragoza no aportó esa prueba ‘exigible’ para acreditar el incremento’-, este Tribunal pueda revisar la decisión de la Sala de instancia de apreciar, a la vista de las pruebas aportadas en el proceso por BBVA, la existencia ‘de un incremento de valor del terreno, exponente de una

capacidad económica real o, por lo menos, potencial’, que, ‘por lo tanto, es susceptible de ser gravado por medio del tributo controvertido’, no solo porque, como alega el Ayuntamiento de Zaragoza, se trata de una cuestión de valoración de la prueba que se sitúa extramuros de este recurso, salvo supuestos excepcionales que no se alegan en el recurso de casación, sino también porque excede de los límites de la cuestión con interés casacional objetivo fijada en el auto de admisión de 5 de febrero de 2018.” (F.D. 8º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: Declaración de discrecionalidad probatoria cuando la prueba no es trascendente.*

STS (Sala 3ª) de 17 de julio de 2018, rec. nº 640/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8464507&links=%22640%2F2017%22&optimize=20180802&publicinterface=true>

“En cuanto a los medios de prueba propuestos por las partes, no se admite el medio de prueba que propone la parte demandante por considerarse intrascendente a la vista del planteamiento de su demanda, todo en relación con el contenido y alcance de los actos impugnados y las cuestiones litigiosas que se derivan de los mismos más la extensión del enjuiciamiento por esta Sala” (F.D.2º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la revisión de oficio de los actos nulos.*

STS (Sala 3ª) de 26 de julio de 2018, rece nº 2011/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8443701&links=%222011%2F2016%22&optimize=20180709&publicinterface=true>

“(…) Es por ello que el lapso temporal utilizado para el ejercicio de la acción de revisión no se ha identificado con los plazos de prescripción de las acciones frente actos anulables sino que ha recibido una interpretación mucho más restrictiva, reservándose para aquellos supuestos en los que el plazo transcurrido resulta excesivo y desproporcionado afectando a la seguridad jurídica generada y muy especialmente cuando afecta a terceros. Normalmente en aquellos casos en los que el lapso de tiempo transcurrido desde que se conocieron las irregularidades o vicios del acto y la actitud de pasividad mostrada desde entonces permite entender que debe primar el principio de seguridad jurídica frente al de legalidad, pues la equidad y buena fe hacen improcedente su revisión. Así se ha considerado por la jurisprudencia, aplicando la excepción prevista en el art. 106 cuando se ha pretendido la anulación de deslindes aprobados décadas antes de su revisión (SSTS de 21 de febrero de 2006, rec. 62/2003 y de 20 de febrero de 2008 (rec. 1205/2006); o en los casos de anulación de un acuerdo de colegiación instado

veinte años después (STS 16-7-2003, sección 4a, recurso 6245/1999), por entender que resulta contraria a la equidad; o cuando habían transcurrido 58 años desde la aprobación del deslinde que se pretendía impugnar (STS de 17 de noviembre de 2008 (rec. 1200/2006) entre otros.

En todo caso, la aplicación de este precepto exige que el tribunal hubiese razonado sobre las razones excepcionales relacionadas con la equidad, buena fe o derechos de los particulares que se verían afectados por la nulidad del acto declarada, sin que la sentencia contenga razonamiento alguno al respecto. Antes al contrario, descarta expresamente, y este aspecto no es controvertido en casación, que el cambio de propietarios de la sociedad tenga influencia en el caso de autos. Sin que, por lo tanto, baste con vincular el transcurso del previsto en el ordenamiento jurídico para ejercer la acción de anulación o para solicitar el reintegro, con el límite excepcional previsto en el art. 106 de la Ley 30/1992 para impedir el ejercicio de la revisión de un acto nulo de pleno derecho, pues este razonamiento confunde el plazo de prescripción de la acción para solicitar el reintegro de la subvención por incumplimiento de la misma, con el límite excepcional que opera cuando existe un ejercicio desproporcionado de la facultad de revisión de oficio.” (F.D. 3º)

“Ahora bien, la correcta aplicación del art. 106 de la LPAC, como ya dijimos en la sentencia de este Alto Tribunal núm. 1404/2016, de 14 de junio (rec. cont-advo. núm. 849/2014), y reiteramos en la de 11 de enero de 2017 (rec. cont-advo. núm. 1934/2014), exige ‘dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado, la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u ‘otras circunstancias’); por otro el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes.’” (F.D.5º).

“Conviene recordar que la finalidad que está llamada a cumplir la revisión de los actos nulos, prevista en el art. 102 de la LPAC, es facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen algunos actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva. Se persigue, por tanto, ampliar las posibilidades impugnatorias, en equilibrio con la seguridad jurídica, evitando que una situación afectada por el grado de invalidez más grave, quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio tan relevante.

El principio de legalidad exige que los actos administrativos se ajusten al ordenamiento jurídico, permitiendo que la Administración revise los actos ilegales. Por el contrario, la seguridad jurídica, en cuanto valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico, exige que los actos administrativos dictados, y consiguientemente las situaciones por ellos creadas, gocen de estabilidad y no puedan ser revisados fuera de determinados plazos. Ahora bien, cuando la ilegalidad del acto afecta al interés público general, al tratarse de infracciones especialmente graves, su conservación resulta contraria al propio sistema, como

sucede en los supuestos de nulidad de pleno derecho, por lo que la revisión de tales actos no está sometida a un plazo para su ejercicio (art. 102 de la LPAC).

La declaración de nulidad queda limitada a los supuestos particularmente graves y evidentes, al permitir que el ejercicio de la acción tendente a revisar actos que se han presumido válidos durante un largo periodo de tiempo por sus destinatarios pueda producirse fuera de los plazos ordinarios de impugnación que el ordenamiento establece. Tal y como han señalado las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2001, de 27 de diciembre de 2006 y de 18 de diciembre de 2007, '[...] el artículo 102 LRJPA tiene como objeto, precisamente, facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su inatacabilidad definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho y perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia'.

Partiendo de que la revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho se puede realizar en cualquier momento y, por tanto, se trata de una acción imprescriptible, hay que tener en cuenta que el art. 106 de la Ley 30/1992 establece una cláusula de cierre que limita la posibilidad de revisión en supuestos excepcionales, al disponer que 'las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulta contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes'.

En definitiva, si de un lado en el art. 102 de la Ley se establece la posibilidad de proceder a la revisión de oficio sin sujeción a plazo (en cualquier momento), en el art. 106 se establece la posibilidad de que su ejercicio se modere por la concurrencia de las circunstancias excepcionales que en él se prevén, limitándose la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto que incurre en un vicio de especial gravedad ponderando las circunstancias de todo orden concurrentes y los bienes jurídicos en juego. Esta previsión legal permite que los tribunales puedan controlar las facultades de revisión de oficio que puede ejercer la Administración, confiriéndoles un cierto margen de apreciación sobre la conveniencia de eliminación del acto cuando por el excesivo plazo transcurrido y la confianza creada en el tráfico jurídico y/o en terceros se considera que la eliminación del acto y de sus efectos es contraria a la buena fe o la equidad, entre otros factores." (F.D. 6º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre equilibrio entre la buena fe del ciudadano y su derecho a la tutela judicial efectiva en una reclamación administrativa.*

STS (Sala 3ª) de 10 de septiembre de 2018, rec. nº 1246/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8498290&links=%221246%2F2017%22&optimize=20180917&publicinterface=true>

“1. Con lo razonado en el fundamento anterior estamos en condiciones de dar respuesta a la primera de las cuestiones que nos suscita la Sección Primera de esta Sala: consideramos posible, en efecto, que quien deduce una reclamación económico-administrativa presente ante los tribunales económico-administrativos aquellas pruebas que no aportó ante los órganos de gestión tributaria que sean relevantes para dar respuesta a la pretensión ejercitada, sin que el órgano de revisión pueda dejar de valorar -al adoptar su resolución- tales elementos probatorios. Todo ello, con una única excepción: que la actitud del interesado haya de reputarse abusiva o maliciosa y así se constate debida y justificadamente en el expediente.

La respuesta expresada es, obvio es decirlo, resultado de la configuración legal del procedimiento económico-administrativo y de nuestra jurisprudencia (que ahora confirmamos) en relación con la extensión y límites de la revisión, tanto en sede económico-administrativa, como en vía jurisdiccional, supuestos ambos en los que las facultades de los órganos competentes (administrativos en el primer caso, judiciales en el segundo) deben cabalmente enderezarse a la plena satisfacción de las pretensiones ejercitadas mediante la adopción de una resolución ajustada a Derecho en la que se aborden todas las cuestiones -fácticas y jurídicas- que resulten necesarias para llegar a aquella decisión.

Los límites expuestos (la buena fe y la proscripción del abuso del derecho) son consecuencia de la aplicación a todo tipo de procedimientos -y a las relaciones entre particulares y de éstos con la Administración- del principio general que impone que los derechos se ejerciten ‘conforme a las exigencias de la buena fe’, sin que la ley ampare ‘el abuso del derecho’ (artículo 7 de nuestro Código Civil).

Ahora bien, en la medida en que tales límites constituyen una excepción al principio general de la plenitud de la cognición a efectos de dispensar debidamente la tutela pretendida, el comportamiento abusivo o malicioso debe constatarse debidamente en los procedimientos correspondientes y aparecer con una intensidad tal que justifique la sanción consistente en dejar de analizar el fondo de la pretensión que se ejercita” (F.D. 1º)

“3. Habría un argumento más que abonaría la tesis que aquí sostenemos y que deriva de la regulación legal del procedimiento de revisión económico-administrativo, de la que se desprende no solo su carácter obligatorio, sino su evidente aproximación al procedimiento judicial.

Si ello es así, esto es, si la vía revisora se configura como un cauce de perfiles *cuasi jurisdiccionales*, habría que aplicar a tal procedimiento la reiterada jurisprudencia que señala que el recurso contencioso-administrativo no constituye una nueva instancia de lo resuelto en vía administrativa, sino un auténtico proceso, autónomo e independiente de la vía administrativa, en el que resultan aplicables

los derechos y garantías constitucionales reconocidos y en donde pueden invocarse nuevos motivos o fundamentos jurídicos no invocados en vía administrativa, con posibilidad de proponer prueba y aportar documentos que no fueron presentados ante la Administración para acreditar la pretensión originariamente” (F.D.3º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: Falta de identidad de las cantidades reclamadas por una funcionaria de un centro penitenciario y un compañero por sentencia firme.*

STS (Sala 3ª) de 18 de septiembre de 2018, rec. nº 1403/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8504798&links=%221403%2F2016%22&optimize=20180921&publicinterface=true>

“Por otra parte la Sala ha venido declarando que no hay infracción del ordenamiento jurídico -en este caso, falta de las circunstancias del artículo 110.1 de la LJCA- por el hecho de que el interesado y el empleado público que obtuvo la sentencia favorable cuya extensión de efectos se pretende, presten servicios en distintos centros penitenciarios o que las cantidades reclamadas no coincidan, pues lo determinante es la identidad sustancial de situación jurídica”. (F.D. 10º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo confirma la separación entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo a propósito del personal laboral y el personal estatutario.*

STS (Sala 3ª) de 26 de septiembre de 2018, rec. nº 1305/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8521710&links=interinos&optimize=20181004&publicinterface=true>

“La sentencia del TSJPV objeto de impugnación, acuña términos ajenos al Derecho Administrativo al referirse a ‘contrato’ o ‘extinción del contrato’, propios de la jurisdicción social. Resulta evidente que los funcionarios públicos, como todo personal estatutario, no tienen ningún contrato laboral, ni están sujetos a una relación laboral en los términos del orden social; los mismos, obtienen un nombramiento y sus condiciones de protección de dicha función, no están sometidos a voluntad de las partes. Esto es, al funcionario público (interino o de carrera) que es objeto de nombramiento no le es dado pactar condiciones individuales con la Administración Pública. Circunstancia que sí da en el mundo social donde trabajador y empresario pactan las circunstancias que regirán su relación mediante un acuerdo de voluntades de un ‘contrato’” (F.D.2º)

“(…) sentencia de 14 de septiembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15 (entre Florentina Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud -asunto C-184/15, y entre Guillermo y Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz - asunto C-197/15) (...) la respuesta, tan concreta en este caso que prácticamente lo deja resuelto, que proporciona el Tribunal de Justicia de la Unión en la Sentencia antes referida y a cuyo texto nos remitimos pero que podemos resumir en que, en efecto, la solución al caso consiste en aplicar la misma jurisprudencia consolidada en el Orden Jurisdiccional Social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos, esto es, anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, por lo tanto, prolongada la misma en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza.

Cuestión distinta es la respuesta a la reclamación de daños y perjuicios que se demandaba y es que con independencia de que sea este el proceso adecuado para su reclamación, tal y como expone el Tribunal de Justicia de la Unión, lo cierto es que para ello hubiese resultado imprescindible que en la demanda se concretasen tales daños y perjuicios para así poder ser objeto de plena contradicción por la demandada, en suma, es en el plenario y no en ejecución -como pretendía la actora- donde han de quedar determinados tales daños y perjuicios.

Así lo exigen además los arts. 219 de la LEC claramente y el 67 de la LJ al imponer que sea en la Sentencia donde se resuelva sobre las cuestiones planteadas -y la indemnización de daños y perjuicios está entre ellas-.

En resumen, el apelante continuará vinculado a la demandada como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario su cese, justificado este, percibirá el interesado la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales. Y todo ello en razón a que del Auto antes citado se infiere que el actor fue contratado sin atender a los límites objetivos que configuran el contrato de duración determinada” (F.D.5º)

*“Respecto a la primera cuestión:*

Ante aquella constatación, la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal que fue nombrado como funcionario interino de un Ayuntamiento, en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, y hoy en el mismo precepto del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Al dar cumplimiento a esa norma, en un caso como el enjuiciado, en que el nombrado cubrió necesidades que, de hecho, no tenían carácter provisional, sino permanente y estable, debe valorarse, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones que prestó, si procede o no la ampliación de la relación de puestos de trabajo de la plantilla municipal, observado después las consecuencias jurídicas ligadas a tal decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas.

*Respuesta a la segunda cuestión:*

El/la afectado/a por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene derecho a indemnización. Pero el reconocimiento del derecho: a) depende de las circunstancias singulares del caso; b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.

Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas ‘equivalencias’, al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público” (F.D.18º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: El deber de la Administración de motivar sus actos.*

STSJ (Sala de lo Contencioso) de 20 de julio de 2018, rec. núm. 896/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8487452&links=%22896%2F2017%22&optimize=20180906&publicinterface=true>

“El deber de la Administración de motivar sus actos, como señala entre otras la STS de 19 de noviembre de 2001, Recurso 6690/2000, tiene su engarce constitucional en el principio de legalidad que establece el artículo 103 CE, así como en la efectividad del control jurisdiccional de la actuación de la Administración reconocido en el artículo 106 CE, siendo en el plano legal, el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo

Común (LPAC), el precepto que concreta con amplitud los actos que han de ser motivados, con suscita referencia a los hechos y fundamentos de derecho.

Asimismo, tal exigencia de motivación se recoge también en el artículo 27.6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, de forma específica para las resoluciones de denegación de los visados para reagrupación familiar. La exigencia de la motivación de los actos administrativos responde, según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que es exponente la STS 16 de julio de 2001, Recurso 92/1994, a la finalidad de que el interesado pueda conocer el cuándo, cómo y por qué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para la defensa de sus derechos e intereses, permitiendo también, a su vez, a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa; de tal modo que la falta de esa motivación o su insuficiencia notoria, en la medida que impiden impugnar ese acto con seria posibilidad de criticar las bases y criterios en que se funda, integran un vicio de anulabilidad, en cuanto dejan al interesado en situación de indefensión.

En definitiva, la motivación consiste en la exteriorización de las razones que sirvieron de justificación o de fundamento a la decisión jurídica contenida en el acto, necesaria para conocer la voluntad de la Administración.

Motivación de los actos administrativos que, como señala la STS de 29 de marzo de 2012, Recurso 2940/2010, no exige ningún razonamiento exhaustivo y pormenorizado, bastando con que se expresen las razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la decisión ‘facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa.’” (F.D. 2º). [B.A.S.].

## VI. DERECHO TRIBUTARIO

*Jurisprudencia: Impuesto sobre el Valor Añadido. Entregas de bienes y prestaciones de servicios. Base imponible. Regla general del artículo 78. Uno LIVA: importe total de la contraprestación. Inclusión en el precio pactado entre las partes del IVA, tratándose de operaciones ocultas no facturadas que son descubiertas por la Inspección de los Tributos.- Interpretación y aplicación de la sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2013, Tulica y Plavosin, asuntos acumulados C-249/12 y C-250/12.*

STS (Sala 3ª) de 17 de abril de 2018, rec. nº 193/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8337251&links=impuestos%20Y%20procedimiento&optimize=20180403&publicinterface=true>

“Aplicación de la anterior doctrina al caso controvertido

1. En las compraventas a que se refiere la liquidación originariamente impugnada no se hizo mención del IVA, y el recurrente, como vendedor de la mercancía, resultaba deudor del IVA devengado por dichas operaciones.

2. Dicho vendedor no tiene la posibilidad de recuperar de la compradora, Sociedad Cooperativa del Mar San Miguel, el IVA reclamado por la Administración, al concurrir los requisitos establecidos en el artículo 89.Tres.2º LIVA que impiden la rectificación de las cuotas impositivas repercutidas cuando: (i) es la Administración tributaria la que pone de manifiesto, a través de las correspondientes liquidaciones, cuotas impositivas devengadas y no repercutidas mayores que las declaradas por el sujeto pasivo y (ii) la conducta de éste sea constitutiva de infracción tributaria (F.D. 3º).

“Irrelevancia de las objeciones del abogado del Estado a la aplicación de la doctrina de la TJUE en la sentencia de 7 de noviembre de 2013, Tulica y Plavosin

1. La aplicación de la doctrina establecida por dicha sentencia del TJUE no está condicionada: a que no se haya ocultado a la Hacienda Pública la actividad de que se trata; a la existencia de discrepancia sobre la sujeción de aquella al IVA; o al grado de determinabilidad de la efectiva contraprestación satisfecha por el consumidor.

2. El TJUE, en su sentencia, sí se refiere a la posibilidad de utilizar una regla como la controvertida para evitar irregularidades, en las que han de incluirse los supuestos de fraude, señalando expresamente que «cada Estado miembro es competente para adoptar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar que el IVA se perciba íntegramente y para luchar contra el fraude y están obligados a adoptar tales medidas (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2013, Akerberg Fransson , C- 617/10 , apartado 25 y jurisprudencia citada)» [apartado 41]. Añade que, «[s]in embargo tales medidas no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (sentencia de 12 de julio de 2012, EMS-Bulgaria Transport, C-284/11 , apartado 67 y la jurisprudencia citada). Ahora bien, precisamente esto sucedería con la regla controvertida en el litigio principal si resultara que da lugar a una situación en la que el IVA grava al proveedor y que, por ello, no se percibe de forma compatible con el principio básico del sistema del IVA, tal como éste ha sido recordado en el apartado 34 de la presente sentencia» [apartado 42]. Sistema que consiste, precisamente, en que dicho impuesto «pretende gravar únicamente al consumidor final (véanse, en particular, la sentencia Elida Gibbs, apartado 19, y el auto de 9 de diciembre de 2011, Connoisseur Belgium, C-.69/11, apartado 21)» [apartado 34].

3. Dicho en otros términos, las medidas contra el fraude que los Estados miembros pueden adoptar en el ámbito del IVA, según la doctrina contenida en la STJUE, tiene como límite el respecto al sistema y principio básico de dicho impuesto que consiste en que grave al consumidor, y que resultaría vulnerado si no se considerara incluido dicho impuesto en el precio pactado cuando concurren las siguientes circunstancias: (i) las partes establecen el precio de un bien sin ninguna mención al IVA; (ii) el vendedor de dicho bien es el sujeto pasivo del impuesto devengado por la operación gravada; y (iii) dicho vendedor carece de la posibilidad de recuperar del adquirente el IVA reclamado por la Administración Tributaria (F.D. 4º).

“Contenido interpretativo de la sentencia

Conforme a lo hasta aquí expuesto, y con arreglo al artículo 93.1 LJCA, procede fijar la siguiente interpretación del artículo 78. Uno LIVA, en conexión con los artículos 73 y 78 de la Directiva IVA:

‘Para la determinación de la base imponible del IVA ha de considerarse incluido dicho impuesto en el precio pactado cuando concurren las siguientes circunstancias: (i) las partes establecen el precio de un bien sin ninguna mención al IVA; (ii) el vendedor de dicho bien es el sujeto pasivo del impuesto devengado por la operación gravada; y (iii) dicho vendedor carece de la posibilidad de recuperar del adquirente el IVA reclamado por la Administración Tributaria.’” (F.D. 5º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: Procedimientos tributarios.- Comprobación de valores.- Impuesto sobre sucesiones y donaciones.- Valoración de inmueble por el sujeto pasivo (a los efectos de la reducción del 95% en la base imponible) haciendo uso de los criterios y valores que la propia Administración tributaria de Cataluña publicó en su página Web, contenidos en la «Instrucción para la comprobación de valores en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones».- Comprobación de valores por la Administración tributaria de Cataluña, mediante peritos y asignando un valor superior.- Infracción del artículo 134.1 LGT.*

STS (Sala 3ª) de 21 de mayo de 2018, rec. nº 997/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8414734&links=impuesto%20Y%20procedimiento&optimize=20180611&publicinterface=true>

“La valoración por el obligado tributario con arreglo a valores publicados por la propia Administración tributaria actuante

1. De todos modos, el debate sobre la determinación y elección de la norma aplicable resulta irrelevante, por las razones que pasamos a desglosar.

2. La redacción del artículo 57.1.b) LGT tras la Ley 36/2006 no cambia el medio de comprobación de valores previsto conforme a su redacción inicial. Es el mismo, si bien precisa que la estimación en que consiste el método de valoración puede plasmarse en la aplicación de coeficientes multiplicadores determinados y publicados por la Administración tributaria competente, añadiendo que, tratándose de bienes inmuebles, el registro oficial de carácter fiscal es el Catastro Inmobiliario.

3. El texto del artículo 134.1 ha sido siempre el mismo, antes de la Ley 36/2006 y después, de modo que, desde la entrada en vigor de la LGT, la Administración no puede comprobar los valores declarados por los obligados utilizando los parámetros publicados por ella en aplicación de alguno de los nueve métodos de comprobación previstos en el artículo 57.1.

4. Pues bien, la Generalidad de Cataluña publicó, mediante la Instrucción, unos coeficientes por municipio y por tributo que, aplicados al valor catastral (aprobado, por tanto, en virtud de la legislación del Estado sobre el Catastro Inmobiliario), permitían alcanzar el valor real a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones, así como del que grava las transmisiones patrimoniales y los actos jurídicos documentados.

5. Siendo así, no podía comprobar un valor fijado conforme a sus propios criterios, pues se lo impedía el inciso final del artículo 134.1 LGT, que es expresión positiva en este concreto ámbito del principio de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 9.3 CE, y de sus corolarios consistentes en que no cabe defraudar la confianza legítima originada en los administrados por la propia Administración y en que esta última no puede ir contra sus propios actos.

6. Al no entenderlo así la Sala de instancia, revocando la resolución del TEAR de Cataluña, ha incurrido en la infracción del repetido artículo 134.1 LGT, denunciada por la Sra. Elisabeth en su recurso de casación.

7. En consecuencia, resultan irrelevantes para la resolución de este recurso de casación las cuestiones señaladas por la Sección Primera de esta Sala en el auto de 7 de junio de 2017, porque:

(i) Preguntarse si la institución del Catastro Inmobiliario puede limitar la capacidad de comprobación de las comunidades autónomas carece de sentido una vez que la Comunidad Autónoma de que se trate ha decidido asumir el valor catastral como parámetro de referencia.

(ii) Dilucidar cuál sea la naturaleza jurídica de una norma como la Instrucción está demás una vez que el artículo 134.1 LGT impide a una Administración comprobar los valores declarados por los obligados con arreglo a los criterios publicados por ella en aplicación de alguno de los nueve métodos del artículo 57.1 LGT, sin que, por lo demás, tengan peso los alegatos de la Generalidad de Cataluña sobre el carácter meramente interno de la Instrucción, como "consejos"

dirigidos a sus órganos tributarios, una vez publicados en la Red y puestos a disposición de los contribuyentes.

(iii) Aclarar cómo deben motivarse los valores comprobados al abrigo del artículo 57.1.b) está fuera de cuestión, porque aquí no se discute la mayor o menor fundamentación de la comprobación realizada en este caso por un técnico competente, sino la vinculación en virtud del artículo 134.1 LGT de la Generalidad de Cataluña a los criterios por ella asumidos y publicados.

8. Todo lo anterior conduce a que el recurso de casación deba ser estimado, sin necesidad de realizar pronunciamiento interpretativo alguno más allá de la aplicación al caso debatido del artículo 134.1 LGT, que es lo que hizo el TEAR de Cataluña mediante una resolución indebidamente revocada por la Sala de instancia (F.D. 3º).

“Resolución de las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso

1. Una vez casada la sentencia impugnada, debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Generalidad de Cataluña.

2. La circunstancia de que el liquidador no pudiera conocer la proporción que representaba la vivienda habitual del causante en la totalidad del inmueble no puede justificar una comprobación de valores que soslaye y haga caso omiso de los criterios y coeficientes fijados y publicados por la propia Administración. Tal tesis podría haber justificado una pericia para calcular esa proporción, pero nunca para variar el contenido de la tasación.

3. Pero es que, además, los hechos desmienten tal afirmación. En la liquidación practicada en función de la comprobación de valores realizada, se hizo constar una reducción de 125.060 euros por el concepto de vivienda habitual, lo que evidencia que el liquidador conocía la proporción que dicho elemento representaba en la totalidad del inmueble. Tan es así, que en la tasación realizada por el técnico de la Generalidad de Cataluña se atribuyó un aprecio concreto, preciso y singular a esa vivienda.

4. En fin, no le falta razón a la Sra. Elisabeth cuando razona que el liquidador tenía a sus disposición la información necesaria para la obtención del valor catastral de la vivienda habitual del causante, pues contaba con las altas catastrales de las distintas unidades que forman el edificio, documentos que sirvieron a los efectos de tributar por el impuesto sobre el patrimonio y el que grava la renta de las personas físicas, sin que ninguna objeción se haya realizado por Administración tributaria alguna.” (F.D. 4º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Comprobación de valores de un inmueble adquirido en compraventa por el método de estimación mediante la aplicación de coeficientes correctores del valor catastral (artículo 57.1.b) de la LGT). No cabe presumir el desacierto del precio declarado en la escritura pública. La Administración no goza de presunción*

*iuris tantum de que el valor real coincide con el establecido de forma abstracta en normas reglamentarias. La tasación pericial contradictoria no es una carga del contribuyente, sino una facultad concedida en su favor, al que es libre de acudir o no. En este asunto, se trata de una prueba inidónea per se, pues la liquidación no ofrece información suficiente y concreta al contribuyente sobre el valor del bien a fin de que pueda ser adecuadamente rebatida mediante dicha pericial contradictoria.*

STS (Sala 3ª) de 23 de mayo de 2018, rec. nº 4202/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8423808&links=impuesto%20Y%20procedimiento&optimize=20180619&publicinterface=true>

“Con arreglo a lo que establece el artículo 93.1 LJCA, procede, en función de todo lo razonado precedentemente, responder a las cuestiones suscitadas en el auto de admisión.

A.- La primera cuestión consiste en ‘determinar si la aplicación de un método de comprobación del valor real de transmisión de un inmueble urbano consistente en aplicar de un coeficiente multiplicador sobre el valor catastral asignado al mismo, para comprobar el valor declarado a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, permite a la Administración tributaria invertir la carga de la prueba, obligando al interesado a probar que el valor comprobado obtenido no se corresponde con el valor real’.

La respuesta a esa primera pregunta exige que transcendamos de los literales términos en que ha sido formulada, lo que resulta imprescindible para satisfacer el propósito legal de formar jurisprudencia sobre la aplicación del método legal de comprobación del artículo 57.1.b) LGT, consistente en la estimación por referencia a los valores que figuren en los registros oficiales de carácter fiscal, aquí los que figuran en el Catastro Inmobiliario. A tal efecto, la respuesta es la siguiente:

1) El método de comprobación consistente en la estimación por referencia a valores catastrales, multiplicados por índices o coeficientes (artículo 57.1.b) LGT) no es idóneo, por su generalidad y falta de relación con el bien concreto de cuya estimación se trata, para la valoración de bienes inmuebles en aquellos impuestos en que la base imponible viene determinada legalmente por su valor real, salvo que tal método se complemente con la realización de una actividad estrictamente comprobadora directamente relacionada con el inmueble singular que se someta a avalúo.

2) La aplicación del método de comprobación establecido en el artículo 57.1.b) LGT no dota a la Administración de una presunción reforzada de veracidad y acierto de los valores incluidos en los coeficientes, figuren en disposiciones generales o no.

3) La aplicación de tal método para rectificar el valor declarado por el contribuyente exige que la Administración exprese motivadamente las razones por

las que, a su juicio, tal valor declarado no se corresponde con el valor real, sin que baste para justificar el inicio de la comprobación la mera discordancia con los valores o coeficientes generales publicados por los que se multiplica el valor catastral.

4) El interesado no está legalmente obligado a acreditar que el valor que figura en la declaración o autoliquidación del impuesto coincide con el valor real, siendo la Administración la que debe probar esa falta de coincidencia.

B.- La segunda cuestión se formula así: ‘determinar si, en caso de no estar conforme, el interesado puede utilizar cualquier medio de prueba admitido en Derecho o resulta obligado a promover una tasación pericial contradictoria para desvirtuar el valor real comprobado por la Administración tributaria a través del expresado método, habida cuenta de que es el medio específicamente regulado para cuestionar el valor comprobado por la Administración tributaria en caso de discrepancia’.

En armonía con una reiterada y constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, la respuesta a tal pregunta debe ser la siguiente:

1) La tasación pericial contradictoria no es una carga del interesado para desvirtuar las conclusiones del acto de liquidación en que se aplican los mencionados coeficientes sobre el valor catastral, sino que su utilización es meramente potestativa.

2) Para oponerse a la valoración del bien derivada de la comprobación de la Administración basada en el medio consistente en los valores catastrales multiplicados por índices o coeficientes, el interesado puede valerse de cualquier medio admisible en derecho, debiendo tenerse en cuenta lo respondido en la pregunta anterior sobre la carga de la prueba.

3) En el seno del proceso judicial contra el acto de valoración o contra la liquidación derivada de aquél el interesado puede valerse de cualesquiera medios de prueba admisibles en Derecho, hayan sido o no propuestos o practicados en la obligatoria vía impugnatoria previa.

4) La decisión del Tribunal de instancia que considera que el valor declarado por el interesado se ajusta al valor real, o lo hace en mayor medida que el establecido por la Administración, constituye una cuestión de apreciación probatoria que no puede ser revisada en el recurso de casación.

C.- Finalmente, consideramos que la respuesta a la tercera pregunta, consistente en ‘determinar si puede ser considerado como precio medio de mercado del inmueble urbano transmitido, que refleja su valor real, el precio satisfecho por el adquirente en una situación puntual y excepcional en el mercado local’, resulta innecesaria, no sólo porque esa valoración se sitúa igualmente en el terreno de la valoración probatoria, sino porque, además, debe entenderse ya contestada en las respuestas a las preguntas anteriores.” (F.D. 6º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: Recurso de casación. Procedimientos de gestión tributaria. Comprobación de valores. Retroacción de actuaciones. Caducidad. Interpretación de los artículos 66.4 RGRVA, 104.1 y 150.5 (actual 150.7) LGT.*

STS (Sala 3ª) de 23 de mayo de 2018, rec. nº 666/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8414736&links=impuesto%20Y%20procedimiento&optimize=20180611&publicinterface=true>

“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” (F.D. 5º)

“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, figura en el expediente administrativo que el procedimiento de gestión tributaria originario se inició el 13 de julio de 2010, que el dictamen con la valoración inmotivada fue rendido el 27 de mayo de 2010 y que la liquidación provisional resultante de la misma se notificó el 22 de octubre de 2010.

La Administración contaba con el tiempo que restaba desde que se emitió el dictamen no motivado (27 de mayo de 2010), esto es, cuatro meses y quince días.

Como la resolución anulatoria tuvo entrada en la Administración de la Comunidad de Madrid el 9 de julio de 2013 y la notificación de la liquidación se practicó el 6 de junio de 2014 (esto es, casi once meses después), es evidente que la Administración excedió el plazo de que disponía para resolver.” (F.D. 6º) [F.H.G.].

## VII. DERECHO PROCESAL

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la posible nulidad como consecuencia de la defectuosa grabación del juicio oral, siempre que se produzca indefensión material.*

STS (Sala 2) de 15 febrero de 2018, rec. nº 10577/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8300053&links=%2284%2F2018%22&optimize=20180226&publicinterface=true>

“(…) Sea como fuere, lo cierto es que ni quien tiene que asegurar que los medios técnicos funcionan adecuadamente, ni quien tiene que certificar que esos archivos digitales recogen lo verdaderamente acaecido en el plenario, han cumplido diligentemente su cometido. Esta sensación de dejadez se acrecienta cuando se observa que durante la grabación del interrogatorio del testigo protegido se detectaron fallos técnicos en la línea telemática que conectaba la sala de vistas con el lugar en el que se hallaba el declarante. Nadie se cercioró de si esas deficiencias podían haber entorpecido la integridad de la grabación. Los soportes digitales fueron tomados por válidos y remitidos, sin más, al Tribunal Supremo.

(...) Sin embargo, la lamentable frecuencia con la que los archivos digitales en los que han sido grabadas las sesiones del juicio oral no pueden ser debidamente reproducidos, ha obligado a esta Sala a adoptar el acuerdo de pleno de 24 de mayo de 2017. Resolvimos entonces: ‘1.- El actual sistema de documentación de los juicios orales es altamente insatisfactorio y debería ser complementado por un sistema de estenotipia. Dada la naturaleza de las deficiencias observadas en numerosos casos, habrá de garantizarse, en relación con lo dispuesto en el artículo 743 de la LECrim, la autenticidad, integridad y accesibilidad del contenido del soporte que se entregue a las partes y del que se remita a los Tribunales competentes para la resolución del recurso. 2. Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución’.

(...) En efecto, la mejor muestra de la falta de una verdadera indefensión material la ofrece el escrito de formalización del presente recurso. En su página 14, en el momento de desarrollar el motivo formalizado por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la defensa verifica una glosa crítica de la declaración del testigo protegido que, desde luego, es incompatible con la denunciada indefensión. Allí puede leerse lo siguiente: ‘... por otra parte la existencia del testigo protegido que para su evidente protección se le dio la cobertura que la ley establece para ellos aunque la Ley prevea el ocultismo de su persona y sus datos personales y familiares a las partes no le permite mentir y mintió cuando dijo que estaba agachado enfrente donde ocurrieron los hechos y al lado de un palmera diciendo que era turista cuando la verdad y la realidad es que se trata del empleado de la caravana de turrónes ante la cual se había parado el finado y su esposa [...]. Y esta persona pregunta si el testigo tenía tanto miedo, porque mintió en ese aspecto, puesto que ahora ya no sabemos si mintió en la identificación de Dimas o en su localización o posición en relación con el escenario del crimen’ (sic).

Como puede apreciarse, la defensa no sólo analiza el contenido de algunas de las afirmaciones del testigo protegido, sino que llega a concluir su falta de certeza, atribuyéndole a aquél afirmaciones falaces, expresivas de una mentira. Mal puede hablarse de indefensión material por las dificultades de audición de las respuestas del testigo cuando, al mismo tiempo, se conoce el sentido de aquéllas y se arroja sobre ellas la duda de su veracidad. La procedencia de esta conclusión se refuerza, incluso, si reparamos en que la fuerza verdaderamente incriminatoria de la declaración del testigo se deriva de la identificación de la persona que efectuó los disparos y la dirección de estos. Tales extremos, no sólo son audibles -es cierto, con algunas dificultades-, sino que están confirmados por otras pruebas, como el dictamen de autopsia, en el que la dirección de los disparos quedó suficientemente explicitada.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim)” (F.D. 1º) [R.B.P.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre cuál es el procedimiento adecuado para reclamar la indemnización prevista en el art. 1438 CC, que puede serlo tanto el procedimiento de separación o divorcio, como el proceso declarativo posterior.*

STS (Sala 1ª) de 20 de febrero de 2018, rec. n.º. 1164-2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8305901&links=%2294%2F2018%22&optimize=20180302&publicinterface=true>

“Se estima el motivo.

En la sentencia recurrida se declara que la indemnización establecida en el art. 1438 del C. Civil, establecida para los supuestos de vigencia del régimen de separación de bienes, no puede dilucidarse en el procedimiento de divorcio, sino que debe plantearse en un procedimiento declarativo posterior.

Esta sala ha declarado, en relación con ello en sentencia 678/2015, de 17 de noviembre:

“Se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación, y que puede hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente.

Ocurre en este caso que la no inclusión de la compensación en el convenio regulador no puede ser subsanada con posterioridad cuando las partes, por su autonomía decisoria, adoptaron la forma más conveniente a sus intereses, llegando a unos acuerdos globales sobre la situación personal y económica existente hasta el momento de la ruptura, que se tradujo en medidas definitivas propias del juicio matrimonial de separación y que habrían quedado afectadas de haberse negociado entre las partes la indemnización que ahora se reclama puesto que tal circunstancia ya existía en el momento en que se aprueba y, pese a todo, no se incluyó; razones que determinan que el motivo no pueda ser acogido’.

De este texto jurisprudencial, se deduce que la acción relativa al art. 1438 del C. Civil, puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial, o en uno posterior, si así lo desea el demandante, por lo que lo establecido en la sentencia recurrida, no procede, dado que los arts. 748 y 770 de la LEC, no excluyen la indemnización del art. 1438 del C. Civil, del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio, en los que la acción del art. 1438 C. Civil, no es contenido necesario pero sí posible.

La pretendida complejidad de la determinación de la indemnización del art. 1438 del C. Civil, no es justificación suficiente, pues en el propio juicio verbal se dilucidan cuestiones tan trascendentes como la custodia de los hijos, la vivienda familiar, la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, lo cual exige una

amplia prueba sobre la capacidad económica de cada cónyuge, que también aprovecha y afecta a la institución del art. 1438 del C. Civil” (F.D. 3º) [R.B.P.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre las exigencias de la motivación fáctica sobre la valoración de la prueba de la sentencia de condena en el proceso penal.*

STS (Sala 2ª) de 23 de febrero de 2018, rec. nº 1304/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8305911&links=%2293%2F2018%22&optimize=20180302&publicinterface=true>

“(…) De este ya largo excurso podemos extraer varias consideraciones:

- a) La motivación fáctica es parte esencial de toda sentencia; más si es condenatoria.
- b) La motivación fáctica no consiste en la reproducción neutra de los resultados de las fuentes de prueba. Esta reproducción no es imprescindible, por más que pueda ser muy aconsejable su sintética exposición (nunca su cansina reiteración convirtiendo algunos pasajes de la sentencia en una especie de ‘acta bis’).
- c) La motivación en una sentencia condenatoria se dirige a explicar en primer lugar a las partes y derivadamente a toda la sociedad en virtud de qué elementos probatorios se ha considerado destruida la presunción constitucional de inocencia. Solo si se conoce esa justificación podrá atacarse fundadamente la sentencia desde esa perspectiva y será viable su control razonable a través de los recursos legales.
- d) Las exigencias de la motivación no se satisfacen con una genérica remisión a toda la prueba practicada o a determinada prueba” (F.D. 3º).

“La motivación fáctica de la sentencia sometida a censura casacional es parca; muy parca. Se limita a una genérica fórmula que probablemente serviría, sin alteración alguna, para muchos otros asuntos. Está contenida en el lacónico fundamento de derecho primero: ‘Para la fijación de los hechos declarados probados se ha atendido tanto a las declaraciones de las personas implicadas y de los testigos que han declarado a petición de todas ellas, cuanto a la abundante documentación obrante en autos. Todo lo cual ha permitido determinar que lo ocurrido fue como se describe a la luz de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral.

(…) No se analizan las diversas ni sucesivas declaraciones de testigos y acusado indicando por qué han merecido o no crédito; no se justifica por qué se concluye que la relación sentimental fue buscada con el único propósito de beneficio económico (siendo así que la propia acusación particular reclamaba la agravante de parentesco); no se comprueba la presencia de eventuales contradicciones entre sucesivas versiones; ni se refutan las tesis exculpatorias aducidas por el acusado; ni se detalla en virtud de qué manifestaciones se llega a la certeza de la presencia de

un engaño que sea idóneo; ni se identifican los medios de prueba específicos que han llevado a la convicción de que todas las cantidades de dinero que fueron obteniéndose a través de préstamos beneficiaron en exclusiva al ahora recurrente; ni qué de real y cuánto de ficción podía existir en el negocio que motivaba esas inversiones; ni si las cantidades pudieron ser destinadas efectivamente a esa iniciativa comercial o, por el contrario, qué medios de prueba avalan que fueron y en qué monto desviadas para puro enriquecimiento del acusado; o por qué la enfermedad degenerativa de quien ejercía como acusación particular supone una influenciabilidad que, sobrepasando lo tolerable, alcanza el rango de engaño bastante, exigido por la estafa; o qué datos y circunstancias le llevan a afirmar que la perjudicada firmó de forma inconsciente el llamado contrato participativo ...

En definitiva, así como muchas de las afirmaciones contenidas en el juicio histórico de la sentencia de instancia tienen apoyo documental que se cita en el mismo hecho probado (se limitan a elementos aceptados por todos y no controvertidos); se obvia la motivación fáctica sobre los elementos que han sido discutidos, tratando el acusado de contrarrestarlos con pruebas practicadas a su instancia. La sentencia guarda silencio sobre ello, más allá de la genérica alusión antes reproducida.

(...) Ese cúmulo de cuestiones que la sentencia parece dar por sobrentendidas reclama mayor justificación probatoria. Solo con ella se estará en condiciones en casación de fiscalizar la corrección de la valoración probatoria y si se ajusta a las demás exigencias que irradia el derecho a la presunción de inocencia (suficiencia de la prueba, racionalidad de la valoración y carácter concluyente).

En esta tesitura se impone ahora la estimación del recurso, pero limitándolo a su faceta de insuficiencia motivadora. Solo cuando conozcamos las razones blandidas por la Audiencia para el relato de hechos que da como probado y en el caso de que se vuelva a dictar la condena estaremos en condiciones de comprobar si la prueba es suficiente o no para satisfacer todas las exigencias de la presunción de inocencia” (F. D. 4º) [R.B.P.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo declara que la solicitud de copia de la grabación de la vista y de la suspensión del plazo para presentar el recurso de apelación presentada menos de dos días antes del vencimiento del plazo para recurrir en apelación debe considerarse una conducta abusiva determinante de la extemporaneidad del recurso.*

STS (Sala 1ª) de 24 de abril de 2018, rec. nº 2756/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8374832&links=%22244%2F2018%22&optimize=20180509&publicinterface=true>

“(…) La Audiencia Provincial reconoce que la decisión de suspender, con efectos retroactivos, el plazo para interponer el recurso de apelación adoptada por el

letrado de la administración de justicia del Juzgado de Primera Instancia no fue correcta.

Ciertamente, la solicitud de una copia de la grabación de la vista formulada por el demandado con una antelación inferior a cuarenta y ocho horas respecto del último momento en que era posible presentar el recurso de apelación, no puede ser considerada en ningún caso como una causa de fuerza mayor que justifique la suspensión del plazo para apelar.

4.- El demandado pudo haber obtenido la copia de la grabación semanas atrás, desde el mismo momento en que se celebró la vista o, en todo caso, desde que se le notificó la sentencia perjudicial para sus intereses que determinó su decisión de recurrir, y no lo hizo hasta que estaba prácticamente agotado el plazo para recurrir, por razones que solo a él son imputables.

En tales circunstancias, la solicitud de una copia de la grabación no puede permitir la prórroga del plazo de interposición del recurso. En este caso, el plazo de veinte días hábiles previsto en la ley se vio ampliado en la práctica por otro periodo similar.

La imposibilidad de recibir la copia de la grabación de la vista dentro del plazo de recurso no es una causa de fuerza mayor, pues en este caso tal imposibilidad fue debida a la falta de diligencia de la parte que pretendía interponer el recurso, que la solicitó cuando el plazo para recurrir estaba a punto de expirar.

5.- La Audiencia Provincial, para admitir que el recurso no fue interpuesto extemporáneamente, afirma que el recurrente siguió las pautas marcadas por el órgano judicial.

El argumento no se considera acertado, porque estas ‘pautas’ fueron acordadas y notificadas al demandado una vez transcurrido con creces el plazo que tenía para recurrir la sentencia. Por tanto, las ‘pautas’ del letrado de la administración de justicia no pudieron determinar la conducta del recurrente, que decidió dejar transcurrir el plazo de interposición del recurso sin presentarlo.

6.- Que el tribunal no diera respuesta, positiva o negativa, a la solicitud de suspensión del plazo para recurrir antes de que dicho plazo transcurriera, solo es imputable al propio recurrente, que formuló la solicitud cuando quedaban menos de cuarenta y ocho horas para interponer el recurso, con lo que era prácticamente imposible que el tribunal pudiera contestar a la solicitud de modo que el recurrente tuviera tiempo de interponer el recurso dentro de plazo.

7.- Por tanto, el apelante formuló una solicitud infundada de suspensión del plazo de recurso, que por su falta de fundamento y por el momento en que se produjo ha de ser considerada abusiva, a la que el órgano judicial no dio respuesta antes del transcurso del plazo para recurrir porque era prácticamente imposible hacerlo, por lo cual el recurrente no tenía la expectativa legítima de que el plazo fuera correctamente suspendido. Si no presentó el recurso de apelación en plazo (por más que en un momento posterior se dictara una resolución contraria a Derecho

que accedía a tal suspensión con efecto retroactivo al momento en que la suspensión fue solicitada), tal circunstancia solo es imputable al propio recurrente.

8.- La consecuencia de lo expuesto es que el recurso de apelación ha de considerarse formulado fuera de plazo. La desestimación por la Audiencia Provincial de la alegación de inadmisión formulada por el apelado ha de considerarse contraria a Derecho, vulnera las normas esenciales del procedimiento, entre las que se encuentra la de la improrrogabilidad de los plazos procesales, e infringe el derecho del demandante a la igualdad de armas procesales en cuanto al respeto de los plazos procesales y a que la resolución que estimó su pretensión solo fuera revocada por la formulación de un recurso dentro del plazo previsto por las leyes para interponerlo.

Debe recordarse que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ampara a ambas partes, no solo a quien pretende interponer un recurso. La parte contraria tiene derecho a que el proceso se desarrolle con respeto del principio de igualdad de armas procesales, y que los plazos se cumplan para ambas partes” (F.D. 3º) [R.B.P.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo matiza su doctrina sobre el alcance y eficacia de la dispensa de declarar de pariente, cónyuge o asimilado, en el caso de violencia de género, prevista en el art. 416 LECrim.*

STS (Sala 2ª) de 25 de abril de 2018, rec. nº 231/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8386336&links=%22205%2F2018%22&optimize=20180518&publicinterface=true>

“(…) La dispensa está prevista en nuestro ordenamiento, a semejanza de muchos otros, como fórmula o válvula de escape que se brinda a la persona con fuertes vínculos afectivos con reconocimiento legal (matrimonio o situación asimilada; filiación, relación de consanguinidad) para eludir el conflicto entre esos lazos que presionan para no perjudicar de ninguna forma al pariente, menos aún, provocando directa o indirectamente su condena penal y probable privación de libertad; y el imperativo legal de declarar la verdad sobre todo lo que se le pregunte en un proceso penal, bajo la amenaza de sanción penal (delito de falso testimonio) y con la fuerza de un previo juramento (o promesa) legal. El legislador (y, antes, el constituyente), con buen sentido, considera conveniente un mecanismo de equilibrio que pasa por levantar en esos casos el deber general de todo ciudadano de declarar. Y no hace distinciones según se sea víctima o persona no afectada por el delito objeto de esclarecimiento o enjuiciamiento (sin perjuicio de que en el art. 263 LECrim encontramos alguna asimetría en la regulación de ese tema en sede de denuncia, frente a la testifical del art. 416 LECrim).

La jurisprudencia, no sin vacilaciones, ha introducido algunas modulaciones en la poco matizada regulación de la ley.

De una parte, interpretándola extensivamente al considerar que también acoge la norma a quienes han cesado en su relación conyugal o asimilada.

De otra parte, y tras dudas y zigzagueos, limitándola aparentemente al considerar que principios generales del derecho -no ir contra los propios actos- y la misma lógica excluyen, por contradictoria en sí misma, la figura de un acusador particular que se acoge a la dispensa. Quien ejercita la acusación reclamando del Estado una condena, no está legitimado para, al mismo tiempo, escamotear las pruebas que tiene en su mano, están a su alcance y son necesarias para que su pretensión pueda ser atendida.

Estas razones alumbraron el acuerdo de Pleno de abril de 2013 aludido que impide, por ser contrario a los propios actos y resultar contradictorio e incongruente, acogerse al art. 416 a quien simultáneamente enarbola una petición de condena por los hechos a cuyo esclarecimiento rehúsa contribuir. Es fraudulento activar los mecanismos de la Administración de Justicia y al mismo tiempo obstaculizar su realización. Puede ejercitar su derecho a reclamar la condena; pero en ese caso no puede regatear al Estado, cuya tutela impetra, los medios para poder acoger su pretensión. Esa postura esquizofrénica e incongruente es la repudiada por aquél acuerdo.

La formulación del acuerdo dejó subsistente la duda a que nos enfrentamos ahora y que muy pronto aparecería en la praxis de nuestros juzgados y tribunales: si era exigible para ese decaimiento de la dispensa del art. 416 la actualidad de la personación como acusación particular; o si, por el contrario, una vez personada, había que entender que la víctima había renunciado definitivamente a esa dispensa, para ese momento y para el futuro.

El precedente invocado por el Fiscal (STS 449/2015) se inclina, aunque con alguna dosis de ambigüedad por la segunda de las tesis. Las dudas han hecho conveniente un nuevo pronunciamiento del Pleno de esta Sala antes transcrito que se ha decantado por unanimidad por la primera de las tesis. Es la congruente con los argumentos esbozados” (F.D. 3º).

“En el caso de los dos menores confluyen todavía más razones para esa solución. La decisión de personarse en su nombre la adoptó la madre como legítima representante legal. Alcanzada la mayoría de edad o un estado de madurez suficiente para decidir personalmente sobre la posibilidad de acogerse o no a la dispensa, la previa opción de la madre no les puede privar de la capacidad de elegir por sí mismos si quieren o no acogerse a la dispensa. Incluso si la madre hubiese permanecido como acusación particular, los hijos, ya maduros o mayores, conservan la facultad para decidir por sí y con autonomía sobre la posibilidad de declarar o no. No se les arrebatara esa facultad por el hecho de que su madre se personase en nombre de ellos siendo menores” (F.D. 4º).

“El otro frente de ataque que abre el Fiscal a la sentencia se focaliza en el rechazo del Tribunal a quo tanto a reproducir la grabación de la prueba preconstituida de una de las testigos como a valorarla. La razón del rechazo: que en el acto del juicio

oral expresó su voluntad de acogerse a la dispensa del art. 416. Esa decisión, según la Audiencia y según viene entendiendo esta Sala, neutraliza y abole la capacidad probatoria de la prueba preconstituida que no puede ser usada para burlar la voluntad de la víctima -familiar que libremente, exterioriza su negativa tanto a prestar testimonio como, por ende, a que testimonios precedentes puedan ser usados en contra del acusado, su padre en este caso.

La facultad contemplada en el art. 416 LECrim implica no solo que se respete la voluntad de no declarar, haciendo decaer una obligación que subsiste para el resto de ciudadanos; sino también que no se hagan valer las posibles manifestaciones previas de la testigo contra su explícita opinión” (F. D. 5º) [R.B.P.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo completa su doctrina sobre la improcedencia de abrir el juicio oral del proceso abreviado con la sola instancia de la acusación popular ex art. 782. 1 LECrim.*

STS (Sala 2ª) de 14 de junio de 2018, rec. nº 1912/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8429466&links=%22288%2F2018%22&optimize=20180622&publicinterface=true>

“1.4 (...) La STS 8/2010, 20 de enero, no se distanció de la doctrina proclamada en los precedentes transcritos. Antes al contrario, recordó la compatibilidad entre ambos pronunciamientos y apuntó, con voluntad de síntesis, que « la doctrina jurisprudencial en interpretación del art. 782 es la siguiente: en el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa, (STS 1045/2007), doctrina que se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008) (...).

1.5.- Es, por tanto, a la vista del contenido del art 782.1 de la LECrim, interpretado por la jurisprudencia de esta Sala (cfr. SSTS 1045/2007, 17 de diciembre, 54/2008, 8 de abril y 8/2010, 20 de enero), como ha de ser interpretada la decisión de la Audiencia Provincial de Zaragoza de acordar la apertura del juicio oral sólo a instancia de la acusación popular ejercida por la Asociación de Ambulancias del País Vasco. Como hemos apuntado supra, el Ministerio Fiscal había interesado el sobreseimiento provisional de la causa incoada por un delito de estafa contra los ahora recurrentes y la acusación particular ejercida por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, después de una activa participación en el proceso había desistido del ejercicio de la

acusación particular. En este contexto, pues, la posibilidad de apertura del juicio oral para el enjuiciamiento de un delito de estafa respecto del que ni el Fiscal ni la acusación particular habían interesado su castigo, vulneró la literalidad del art. 782.1 de la LECrim y se apartó del entendimiento jurisprudencial de su mandato.

Ninguna objeción puede formular esta Sala a la apertura del juicio oral para el enjuiciamiento de un delito de falsedad, en los términos en los que fue también promovida la acusación por la Asociación de Ambulancias del País Vasco. Como ya hemos expresado en los fundamentos jurídicos precedentes, el delito de falsedad protege bienes jurídicos colectivos, metaindividuales, difusos, cuya defensa no puede ser monopolizada ni por el Ministerio Fiscal ni por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por cuanto antecede, procede la estimación del motivo y la consiguiente absolución de ambos recurrentes, que fueron declarados inocentes del delito de falsedad y condenados por un delito de estafa respecto del que, en ningún caso, debió haber sido abierto el juicio oral. La estimación del motivo hace innecesario el examen del resto de las alegaciones” (F. D. 1º) [R.B.P.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la inadmisibilidad de la subsanación de la falta de traslado previo del escrito de interposición del recurso de casación ex arts. 276 y 277 LEC cuando el escrito se presenta el último día del plazo.*

STS (Sala 1ª) de 15 de junio de 2018, rec. nº 2228/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8426514&links=%22360%2F2018%22&optimize=20180620&publicinterface=true>

“(…) 4.- Al decidir la sala sobre supuestos relativos al cumplimiento del requisito, ha tomado en consideración los anteriores parámetros y, por ende, se han conciliado dos principios: (i) la imposibilidad de subsanar el traslado de las copias una vez que se ha producido la preclusión del trámite para la realización del acto procesal de la parte (AATS de 6 de julio de 2004, rec. 3167/2001, de 20 de enero de 2004, rec. de queja 1413/2003, y 17 de julio del 2007, rec. 2597/2001), y (ii) no pueden trasladarse a la parte las deficiencias de funcionamiento de la Administración de Justicia (AATS de 22 de enero de 2002, rec. de queja 2224/2001, y de 9 de abril de 2002, rec. de queja 2362/2001), ambos conformes con lo declarado por el Tribunal Constitucional en la ya citada STC 107/2005, de 9 de mayo.

5.- En lo que es relevante para el supuesto que se decide, de acuerdo con el criterio sostenido por la STC 107/2005, de 9 de mayo, el plazo de que disponen las partes para la formulación del recurso por determinación legal es un plazo de caducidad no ampliable a voluntad de aquellas, pero tampoco puede quedar acortado por la presentación del escrito sin cumplir todos los requisitos previstos en la norma procesal, en concreto, en este caso, los establecidos en el artículo

276.1 y 2 LEC. Presentado el escrito sin dar cumplimiento al requisito y sin agotar el plazo previsto para su presentación, la diligencia exigible al órgano judicial impone una actuación inmediata de este dirigida a hacer posible la subsanación de la falta dentro del término conferido para la presentación del mismo. Por ello, esta Sala no ha permitido que prosperaran las impugnaciones en aquellos casos en los que la parte efectuó el acto procesal el último día del plazo legalmente previsto para su realización, ya que al órgano judicial no le era posible habilitar un trámite de subsanación que permitiera a la parte cumplir con el requisito dentro del término preceptuado (AATS de 14 de febrero de 2006, rec. de queja 916/2005, 13 de octubre de 2004, rec. 3019/2001, de 20 de enero de 2009, rec. de queja 2351/2005, y 17 de noviembre de 2009, rec. 2081/2006), y ha admitido el recurso cuando sí era posible -atendido que no había sido agotado el plazo de presentación- habilitar dicho trámite (ATS de 17 de febrero de 2009, rec. 1488/2006).

(...) 9. Por tanto, en el supuesto que se enjuicia la falta de subsanación en plazo de la omisión no vino propiciada por el órgano judicial, pues la presentación del escrito de interposición del recurso tuvo lugar, según se ha razonado, el último día del plazo legalmente previsto y exigido; por lo que la parte recurrente carecía ya de plazo para subsanar la omisión, lo que no hizo sino en fecha posterior, fuera ya de plazo para recurrir.

En consecuencia, teniendo en cuenta todo el iter procesal de interposición del recurso, se colige precipitación y poca diligencia del recurrente al interponerlo, y no del órgano judicial al proveer cuando lo hizo.

Todo lo expuesto conduce a la estimación de la causa de inadmisibilidad del recurso opuesta por la parte recurrida” (F. D. 2º) [R.B.P.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo matiza su doctrina sobre la suspensión del plazo para interponer el recurso de apelación cuando la parte apelante solicita con diligencia la entrega de una copia de la grabación del juicio.*

STS (Sala 1ª) de 26 de junio de 2018, rec. nº. 2138/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8445024&links=%22395%2F2018%22&optimize=20180710&publicinterface=true>

“1.- En el proceso de juicio ordinario origen de este recurso, el día 16 de septiembre de 2014 se celebró el juicio regulado en los arts. 431 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El 18 de septiembre de 2014 la parte demandante presentó un escrito en el que solicitó al juzgado que se le entregara una copia de la grabación del juicio.

Mediante diligencia de ordenación se acordó realizar y entregar la copia de la grabación solicitada. La entrega se hizo el 15 de octubre.

El 18 de noviembre de 2014 se dictó sentencia desestimatoria de la demanda por el Juzgado de Primera Instancia. La sentencia fue notificada a la parte demandante el 26 de noviembre.

Al constatar que el CD que se le había entregado era defectuoso, la parte demandante presentó un escrito el 27 de noviembre de 2014, que tuvo entrada en el juzgado el siguiente 1 de diciembre, en el que volvió a solicitar copia de la grabación del juicio y pidió la suspensión del plazo para interponer recurso de apelación hasta que se le entregara la copia de la grabación.

Mediante diligencia de ordenación de 8 de enero de 2015 se acordó de nuevo realizar la copia de la grabación del juicio y se tuvo por suspendido el plazo para interponer el recurso con efecto desde la presentación del escrito en que se solicitó la copia de la grabación y la suspensión del plazo para recurrir, que se reanudaría una vez constara la entrega de la copia de la grabación.

La parte demandante recibió la copia de la grabación el 14 de enero de 2015 y presentó el escrito de interposición del recurso el 6 de febrero de 2015, dentro de la reanudación del plazo de interposición del recurso de apelación producida a partir de la entrega del CD que contenía la copia de la grabación” (F.D. 1º).

(...) “3.- El recurso debe estimarse porque la parte demandante fue diligente en la solicitud de la copia de la grabación del juicio, pues la solicitó al poco de celebrarse este y antes de que se dictara la sentencia. Lo fue también en solicitar de nuevo la entrega de la grabación y la suspensión del plazo para recurrir al comprobar que la grabación que se le había entregado era defectuosa.

En estas circunstancias, la parte demandante tenía derecho a confiar que su derecho a recurrir no precluiría por la falta de una respuesta adecuada del juzgado. Al igual que se dijo en la sentencia del Tribunal Constitucional 107/2005, de 9 de mayo, en este caso la Audiencia Provincial ha hecho recaer sobre el justiciable la actuación indebida del órgano judicial y el retraso excesivo de este en resolver respecto de la admisión de la solicitud formulada, que finalmente admitió cuando ya había transcurrido el plazo inicialmente previsto para apelar.

4.- Es cierto que no pueden ampararse las conductas contrarias a buena fe, como la que supone solicitar la copia de la grabación cuando el plazo está a punto de expirar para justificar una solicitud de suspensión del plazo, como fue el caso objeto de la sentencia 244/2018, de 24 de abril. Pero en el presente caso, la parte recurrente ha mostrado una conducta diligente y no ha infringido las exigencias de la buena fe al confiar en que la inacción del tribunal no podía causarle perjuicio.

5.- No se trata tanto de que concurra un supuesto de fuerza mayor como de la pertinencia de proteger la actuación diligente del justiciable y su confianza en que la falta de respuesta adecuada del órgano judicial, que primero entregó una copia defectuosa de la grabación y posteriormente tardó más de veinte días en resolver

la solicitud de entrega de copia de grabación, no puede impedir la efectividad de su derecho a la tutela judicial efectiva, entre los que se encuentra el de interponer el recurso de apelación contando con los elementos de juicio que el ordenamiento procesal le permite obtener, como es el caso de la copia de la grabación del juicio” (F. D. 2º) [R.B.P.].

## VIII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

*Jurisprudencia: La existencia de antecedentes penales como criterio determinante de la denegación de la solicitud de autorización de residencia de larga duración.*

ATS (Sala 3ª) de 19 de enero de 2018, rec. nº 3700/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/39db1b66fa953322/20180208>

[Presenta interés casacional determinar objetivo determinar si, conforme al régimen jurídico que resulta de aplicación, la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de larga duración o si, por el contrario, procede considerar y ponderar las circunstancias concurrentes en la persona del extranjero concernido, a los efectos de concluir en su caso que no constituye una amenaza suficientemente grave y de otorgar en su consecuencia la indicada autorización] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Guarda compartida e interés superior del menor en caso de residencia de los padres en distintos países.*

STS (Sala 1ª) de 18 de abril de 2018, rec. nº 2309/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/45f79061aa3f473e/20180504>

[Matrimonio constituido por personas de diferentes nacionalidades y con residencia en diferentes países: España y Japón. Solicitud de guarda y custodia compartida en caso de separación o divorcio. Lo primordial en todo el entramado normativo, sea nacional o internacional sobre los derechos del niño, es el interés superior de los menores, que siempre está por encima del vínculo parental. Se descarta la custodia compartida con alternancias anuales, pues su establecimiento podría afectar al desarrollo de los hijos. La custodia alterna por años, planteada por el padre, más que una guarda compartida es una guarda por periodos de tiempo. Nada se indica sobre los beneficios que dicho sistema pudiera tener para los menores] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: deben acreditarse medios económicos suficientes para renovar la residencia temporal al extranjero tutelado que alcanza la mayoría de edad.*

STS (Sala 3ª) de 9 de julio de 2018, rec. nº 2393/2017.

[http://diariolaley.laley.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAEABXLSQ6CMBQF0L\\_pfb8mheVN4uKMxI086cU0Nq0paMLfo-MZTgxBrzcAXry0LdyXdY0l6xifzBv\\_jsvel3nY39TF0krHRykvvdX\\_DXLyjcfUQDp0EDcnWu1t49kSc7CqQ\\_3wAIY59YVnAAAAWKE](http://diariolaley.laley.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAEABXLSQ6CMBQF0L_pfb8mheVN4uKMxI086cU0Nq0paMLfo-MZTgxBrzcAXry0LdyXdY0l6xifzBv_jsvel3nY39TF0krHRykvvdX_DXLyjcfUQDp0EDcnWu1t49kSc7CqQ_3wAIY59YVnAAAAWKE)

[Interés casacional. Extranjeros. Renovación de la autorización de residencia temporal concedida a un menor extranjero no acompañado que cumple la mayoría de edad. La exigencia de contar medios económicos para su sostenimiento en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM es condición necesaria para la renovación y su incumplimiento justifica la denegación, sin entrar a valorar las circunstancias personales que concurren en el solicitante] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Lugar de presentación de la solicitud de residencia por reagrupación familiar.*

STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso, Sección 2) de 6 de octubre de 2017, rec. nº 220/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/03a8a7610bec0c5b/20171020>

[Solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar. Presentación en una oficina de Correos. No admisión. Régimen específico del art. 56.2 del Reglamento de Extranjería: presentación personal de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Revocación de la expulsión de extranjero residente de larga duración condenado por un delito.*

STSJ de Castilla-León (Sala de lo Contencioso, Sección 1) de 20 de octubre de 2017, rec. nº 121/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/939aab56cac05d1f/20171110>

[Expulsión de extranjero con residencia de larga duración condenado por un delito de hurto y robo con fuerza en las cosas, impuesta en virtud del art. 57.2 de la LOEX. Dicho precepto puede erigirse en causa de expulsión siempre que la conducta personal constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, y así se fundamente en la resolución de expulsión. Antes de adoptar la expulsión, la Administración debe tomar en

consideración las circunstancias personales del sancionado. Revocación de la resolución de expulsión. Si bien la conducta del actor supone una amenaza real y actual, sin embargo, no constituye una amenaza grave al orden público o a la seguridad pública, pues los delitos no son de extremada gravedad. Además, la resolución impugnada no ha tenido en cuenta las circunstancias personales del expulsado: sus padres y hermanos residen en España y sus padres han adquirido la nacionalidad española; llegó a España cuando tenía 9 años, por lo que todo su desarrollo como persona se ha producido en España; no consta que en su país tuviera familiares cercanos] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: No cabe aplicación directa de la Directiva de retorno en perjuicio de los nacionales de Estados terceros en situación irregular.*

STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso, Sección 2) de 31 octubre de 2017, rec. n° 184/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/df6c63bbbee98ce3/20171222>

[No cabe la aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE, de retorno, en perjuicio de los nacionales de Estados terceros en situación irregular. Criterio contrario al criterio mayoritario del Pleno. Legitimación para alegar el efecto vertical inverso de la Directiva 2008/115/CE: el Abogado del Estado carece de legitimación dado que el Estado no ha incorporado sus mandatos al derecho interno; solamente puede ser apreciado a instancia del particular afectado negativamente por la no incorporación al derecho español de la Directiva. Al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretar la Directiva está obligado a hacer todo lo posible para alcanzar el resultado a que la misma se refiere, si bien con un límite: cuando dicha interpretación conduce a agravar, basándose en la Directiva y a falta de una ley adoptada para su aplicación, la responsabilidad penal o administrativa-sancionadora de quienes la contravengan. Al resultar la normativa española más favorable que la Directiva, en cuanto contempla que en determinados supuestos de situación de estancia irregular se imponga una sanción de multa en lugar de la de expulsión, no cabe la aplicación directa de la Directiva en perjuicio de los nacionales de Estados terceros en situación irregular] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: No cabe aprovechar el trámite de solicitud del visado para reexaminar y reconsiderar lo ya examinado y acordado mediante resolución administrativa firme.*

STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso, Sección 1) de 22 diciembre de 2017, rec. n° 401/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/71f5c4540b4e55c6/20180221>

[Durante la sustanciación del trámite del visado, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal para comprobar su identidad, la validez de la documentación aportada y la veracidad del motivo de solicitud del visado. La jurisprudencia ha permitido que la Embajada o Consulado a la vista de la documentación original aportada, no solo la contraste con el original, sino que también indague sobre la autenticidad sobre los documentos presentados o, incluso, que se investigue si existen datos que permitan pensar que se trata de un matrimonio fraudulento o de complacencia. Si la documentación original coincide con la aportada antes mediante copia y no se ponen de manifiesto con ocasión de la tramitación del expediente de visado la existencia de datos novedosos, carece de justificación aprovechar el trámite de solicitud del visado para reexaminar y reconsiderar lo mismo que ya se ha examinado y acordado mediante resolución administrativa firme, y así cambiar el criterio sentado en esa primera resolución que autoriza la reagrupación] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Adquisición de la nacionalidad española por residencia y cómputo del tiempo de residencia en los casos de asilo o refugio.*

SAN (Sala de lo Contencioso, Sección 3) de 1 de marzo de 2018, rec. n° 697/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/f2106866f495b03e/20180315>

[Adquisición de la nacionalidad española por residencia. Cómputo del tiempo de residencia en los casos de asilo o refugio. El plazo de residencia legal de dos años debe cumplirse de forma inmediatamente anterior a la solicitud, por lo que no puede atenderse, para completarlo, al plazo posterior a la solicitud que también aparece cubierto por permisos de residencia y que haya transcurrido durante la tramitación del expediente, incluida su impugnación ya sea en vía administrativa o judicial, y todo ello sin perjuicio de que el recurrente esté ya en disposición de formular una nueva solicitud. De acuerdo con el art. 36.1 c) de la Ley 12/2009 del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, es la concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria la que determina la autorización de residencia y trabajo permanente, en los términos que establece la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En el marco de la normativa de extranjería no es lo mismo autorización de permanencia que de residencia y mientras se tramita el asilo estamos ante una simple autorización de permanencia provisional. El cómputo del plazo de residencia legal a efectos de la concesión de nacionalidad por residencia ha de retrotraerse al momento de la solicitud del asilo (art. 57.3 de la LRJ-PAC, actual art. 39.3 de la LPAC): podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Expulsión de extranjeros residentes de larga duración por condena a pena privativa de libertad superior a un año.*

STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso, Sección 10) de 17 de abril de 2018, rec. nº 520/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/7132451879d9f019/20180618>

[Extranjero residente de larga duración. Expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada por un período de cinco años, por haber sido condenado a un año y nueve meses de privación de libertad por delito contra la salud pública. Artículo 57.2 de la LOEX. El automatismo de esa medida queda neutralizado por el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo y por las sentencias del TJUE de 8.12.2011 (asunto C-371/08) y de 7.12.2017 (asunto C-636/16), así como por la sentencia del TC de 28.11.2016, núm. 201/2016. Debe valorarse si el residente representa “una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública”, así como tener en cuenta diversos elementos: duración de la residencia, edad del implicado, consecuencias para él y para los miembros de su familia, vínculos con el país de residencia] [A.O.G.].