

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 ‘concurrencia’, 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

“(…) 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

“(…) 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 modificatorio (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 feaciente 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&database=match=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. nº 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 nº 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 RLT 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&database=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 desvirtúan 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, retro trayendo 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 antijuricidad, 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&databasematch=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 extraprocesal 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. 22.4ª 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=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&databasematch=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 extraprocesal 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 codeinfracción.

<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 codeinfracción 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 codeinuencia.

(...)

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 codeinuencia, 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 codeinuencia. 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 codeinuencia. Ésta se satisface por *participar en el delito*. El grupo exige, *además*, que se participe del agrupamiento. Por ello la reiterada codeinuencia en plurales delitos no implica que esos codeinuentes se integren en el grupo. Y no participa en el grupo quien es ajeno a las decisiones del mismo. Y, por ello, también a los resultados 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&databasematch=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.1°)

“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 futbol 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 futbol 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&databasename=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.9º).

“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. 10º) [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 3º)

“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 a 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&databasematch=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&databasematch=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 3^a) de 23 de mayo de 2018, rec. n° 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&database=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 aquéllas 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=match=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&databasematch=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&database=match=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=%202205%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 distinguos 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 preconstituída 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=%222288%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=match=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_jsvcl3nY39TF0krHRykvvdX_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/df6c63bbbbee98ce3/20171222>

[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. nº 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.].