

PRAXIS JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES



Revista Semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 10
Agosto 2019

Revista Praxis Judicial de los Tribunales Españoles.

Edita: Instituto de derecho Iberoamericano.

Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1 -15.

Valencia, España. 46023.

ISSN 2386-9704

Correo electrónico:
contacto@idibe.org

Dirección web:
www.idibe.org

Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
j.ramon.de-verda@uv.es

© Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

DR.DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

SUBDIRECTOR

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

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
PROFESOR AYUDANTE DOCTOR DE DERECHO TRIBUTARIO
UNIVERSITAT POLITÈCNICA DE VALÈNCIA

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

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

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

D. GONZALO MUÑOZ RODRIGO
GRADUADO EN DERECHO

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

INICIALES DE LOS AUTORES

E.A.P.: Dra. Esther Algarra Prats, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.

B.A.S.: Belén Andrés Segovia, Becaria de investigación del Departamento de Derecho Administrativo en la Universidad de Valencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O.P.B.: D. Oscar Perales Berto, Graduado en Derecho.

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

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

E.T.V.: Dr. Eduardo Taléns Visconti, Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia.

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

ÍNDICE SUMARIO

I. Derecho Civil.....	6
1. Derechos de Daños.....	6
2. Derecho de Familia.....	25
3. Obligaciones y Contratos.....	32
4. Derecho de Sucesiones.....	66
5. Derechos Reales.....	83
II. Derecho Mercantil.....	90
1. Derecho de Seguros.....	90
2. Derecho de Sociedades.....	105
3. Derecho Concursal.....	146
4. Derecho Cambiario.....	157
5. Contratación Mercantil.....	158
III. Derecho del Trabajo.....	167
IV. Derecho Penal.....	179
V. Derecho Administrativo.....	182
VI. Derecho Tributario.....	201
VII. Derecho Internacional Privado.....	214

I. DERECHO CIVIL

1. DERECHOS DE DAÑOS

Jurisprudencia: Derecho al honor. Publicación de una sentencia sin anonimizar en una base de datos jurídica. Sentencia suministrada por el Cendoj. La titular de la base de datos es proveedor de servicios de la sociedad de la información, pero no presta servicios de intermediación, tal y como los define la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Aplicabilidad de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. No cabe hacer reproche culpabilístico a la conducta del titular de la base de datos, quien podía legítimamente esperar que las sentencias suministradas estuvieran correctamente tratadas. No concurre una intencionalidad dirigida a la publicación o divulgación de la información.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8590242&links=da%C3%B1os&optimize=20181130&publicinterface=true>

STS (Sala 1ª) de 23 de noviembre de 2018, rec. 1254/2018.

“Antecedentes del caso 1.- Los hechos más relevantes fijados en la instancia, de los que debe partirse para resolver el recurso, son los siguientes: i) El (...), la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo dictó una sentencia en la que la demandante aparecía como víctima de un delito de violación continuada. ii) Por un error en la anonimización del documento, la sentencia apareció publicada en el Centro de Documentación Judicial (en lo sucesivo, Cendoj), dependiente del Consejo General del Poder Judicial, con el nombre y apellidos de la víctima. iii) La demandada, (...) S.L. reprodujo en 2008, en su plataforma (...), la mencionada sentencia, que le había sido proporcionada por el Cendoj. Este organismo es quien proporciona a (...) S.L., al igual que a otras empresas dedicadas a la información jurídica mediante bases de datos de jurisprudencia ubicadas en webs, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de otros juzgados y tribunales. iv) El 1 de diciembre de 2015, la demandante remitió un correo electrónico a (...) S.L. en el que solicitó la eliminación inmediata de sus datos personales en la sentencia que era reproducida en la plataforma (...). El 3 de diciembre siguiente, (...) S.L. comunicó a la demandante que había cancelado sus datos personales que aparecían en esa sentencia y que había comunicado a Google la incidencia para que adoptara las medidas oportunas. 2.- El 10 de octubre de 2016, la afectada interpuso una demanda contra (...) S.L. en la que solicitó que se condenase a la demandada a indemnizarle en 50.000 euros "o, en su caso, la valoración que por el Juzgador se estime conveniente en dicho concepto" por la intromisión en su derecho al honor que había supuesto la constancia de sus datos personales en la sentencia publicada en la plataforma (...). 3.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que recurrió la demandante, desestimaron la demanda. En la sentencia de apelación, se declaró que era

aplicable el art. 13.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (en lo sucesivo, LSSI), que remitía a los arts. 16 y 17, de dicha ley, conforme a la cual la demandada, como prestadora de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, no era responsable por la información almacenada a petición del destinatario y por la información a la que dirija a los destinatarios de sus servicios por no tener "conocimiento efectivo" de que esa información era ilícita o lesionaba los derechos de terceros susceptibles de indemnización o porque, teniéndolo, habría actuado con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. En este caso, (...) S.L. había reproducido la sentencia tratada y facilitada por el Cendoj, sin que la demandada hubiera modificado su contenido, por lo que no era atribuible a la demandada el error en la anonimización, y actuó diligentemente al adoptar inmediatamente las medidas precisas para remediar la situación provocada por la publicación de los datos personales de la demandante en cuanto esta le comunicó la incidencia. 4.- La demandante ha interpuesto un recurso de casación contra la demandada” (F.D. 1º).

“Formulación del recurso 1.- En la introducción del recurso se alega que el motivo del recurso de casación consiste en que la sentencia de la Audiencia Provincial ha vulnerado los arts. 7 y 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por su vinculación con el art. 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que no es aplicable. Más adelante, en otro epígrafe, se hace referencia al interés casacional del recurso. 2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que no es de aplicación el art. 16 de la Ley 34/2002 porque (...) no alberga datos proporcionados por el destinatario del servicio sino que adquiere bases de datos de jurisprudencia y legislación y trata dichos datos como actividad lucrativa. Por tanto, la STC 22/1995, citada en la sentencia recurrida, no es de aplicación al caso. La aparición de los datos en la lista de resultados de un motor de búsqueda no excluye la responsabilidad de (...) respecto del tratamiento de dichos datos. La recurrente añade que (...) S.L. edita, trata y publica de nuevo los datos, conforme a sus intereses económicos, pues lleva a cabo una actividad publicitaria en su web” (F.D. 2º).

“Decisión del tribunal: la responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información que carecen de la cualidad de intermediarios 1.- (...) S.L. es proveedor de servicios de la sociedad de la información por cuanto que presta los servicios de base de datos de carácter jurídico (legislación, jurisprudencia, etc.) mediante una página web. Estos servicios encajan en la definición que de ‘servicios de la sociedad de la información’ da el anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en lo sucesivo, LSSI) que, al desarrollar el art. 2.a de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en lo sucesivo, Directiva 2000/31), da la siguiente definición: ‘Servicios de la sociedad

de la información’ o ‘servicios’: todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. ‘El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. ‘ Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: ‘ 1.º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica. ‘2.º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales. ‘3.º La gestión de compras en la red por grupos de personas. ‘4.º El envío de comunicaciones comerciales. ‘5.º El suministro de información por vía telemática’. 2.- Los servicios de la sociedad de la información que presta (...) S.L. no pueden ser considerados como ‘servicios de intermediación’. El anexo de la LSSI contiene la siguiente definición: ‘Servicio de intermediación’: servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. ‘Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet’. 3.- Como hemos declarado, (...) S.L. es proveedor de contenidos en la red, sin perjuicio de que algunos o todos esos contenidos los obtenga a su vez de empresas u organismos que también sean proveedores de servicios en la red. Pero (...) S.L. no es operador o proveedor de acceso a una red de telecomunicaciones (‘mere conduit’, ‘routing’), no realiza el almacenamiento automático, provisional y temporal de la información facilitada por el destinatario del servicio, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos (‘caching’), no presta servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (‘hosting’) ni facilita enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda de contenidos (‘linking’), puesto que, en concreto, al texto de la sentencia en cuestión no se accede a través de un enlace que se contenga en la plataforma (...), sino que su texto se encuentra disponible directamente en dicha plataforma, sin perjuicio de que haya sido obtenida por (...) S.L. de otro proveedor de contenidos en la red, como es el Cendoj. Por tanto, (...) S.L. es proveedor de servicios de la sociedad de la información, pero los servicios que presta no son servicios de intermediación, tal como son definidos por la LSSI. 4.- (...) S.L. no presta servicios de intermediación. En consecuencia, no le es aplicable el art. 13.2 LSSI ni los arts. 14 a 17, a los que aquel precepto remite, que contienen algunas especialidades respecto de la responsabilidad de estos prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación. 5.- A (...) S.L., en tanto proveedor de servicios de la sociedad de la información que no constituyen servicios de intermediación, le es aplicable el art. 13.1 LSSI, que establece: ‘Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley’. 6.-

En la demanda se ejercita una acción por vulneración de los derechos al honor y a la intimidad de la demandante a la que ha de aplicarse el régimen jurídico de la responsabilidad civil que las normas reguladoras de dichos derechos de la personalidad establecen, y en concreto la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 7.- Sobre la responsabilidad por vulneración de los derechos al honor y a la intimidad, la jurisprudencia de este tribunal, recogida en las sentencias 218/2004, de 17 de marzo; 1184/2008, de 3 de diciembre; 90/2011, de 14 de febrero; 522/2011, de 13 de julio y 201/2012, de 26 de marzo, declara: '[...] la responsabilidad civil por vulneración de los derechos fundamentales regulada en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, se rige por el principio culpabilístico de la responsabilidad como se pone de manifiesto en la descripción de las distintas conductas infractoras que se recogen en su articulado; en las que se pone de manifiesto la necesidad de la concurrencia de una intencionalidad dirigida a la publicación o divulgación de la noticia o información, tanto escrita como gráfica'. 8.- Por tanto, la cuestión objeto de este recurso estriba en decidir si puede encontrarse ese reproche culpabilístico en la conducta de la demandada consistente en que la plataforma (...) haya reproducido una sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de la que resultaba una afectación grave para el honor y la intimidad de la demandante, que le fue suministrada por el Cendoj y en la que aparecía el nombre de la demandante porque en el tratamiento a que fue sometida la sentencia por el Cendoj hubo un fallo de anonimización y no se suprimió el nombre de la víctima de un grave delito sexual, de modo que pueda exigirse a (...) S.L. responsabilidad por los daños y perjuicios causados a la demandante por esa vulneración de sus derechos de la personalidad. 9.- Para realizar ese enjuiciamiento, ha de partirse de los hechos fijados en la instancia, no de los que pretenden introducirse en el recurso de un modo incompatible con la naturaleza del recurso de casación, incluso cuando este tiene por objeto la protección de un derecho fundamental. 10.- El Cendoj suministró a (...) S.L., como hace a otras empresas dedicadas a prestar servicios de información jurídica, las sentencias de los tribunales, y en concreto del Tribunal Supremo, que son objeto de recopilación y tratamiento por dicho organismo. Ese tratamiento incluye la anonimización de las sentencias, más exactamente la sustitución del nombre y apellidos de las personas que aparecen en la sentencia por otro nombre que impida su identificación. 11.- (...) S.L. podía esperar legítimamente que las sentencias que le suministró el Cendoj estuvieran correctamente tratadas y, en concreto, correctamente anonimizadas. Además, la ingente información contenida en las sentencias que el Cendoj suministra a las empresas que prestan estos servicios hace que no pueda considerarse exigible que estas revisen las sentencias que le son suministradas para comprobar que están correctamente anonimizadas. 12.- (...) S.L. actuó diligentemente pues, cuando tuvo conocimiento del problema, inmediatamente lo solucionó e incluso lo comunicó al motor de búsqueda Google para que no pudiera enlazarse el texto de la sentencia mal anonimizada. 13.- Por tal razón, pese a que la Audiencia Provincial no aplicó correctamente la LSSI, la solución que alcanzó fue correcta, pues a ella se llega también aplicando los criterios que para determinar la responsabilidad por las vulneraciones de los

derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen, establece la Ley Orgánica 1/1982 en los preceptos citados como infringidos en el recurso, y la jurisprudencia que los ha desarrollado” (F.D.3º). [E.A.P.].

Jurisprudencia: Derecho al honor. Reportaje de televisión con cámara oculta. Acusación de intrusismo profesional. Ponderación entre libertad de información y derecho al honor. Falta de veracidad. Falta de diligencia del informador. Actuaciones médicas conforme a la normativa reguladora. Información no neutral (doctrina del reportaje neutral). Indemnización del daño moral.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8603703&links=&optimize=20190104&publicinterface=true>

STS (Sala 1ª) de 19 de diciembre de 2018, rec. 3040/2017.

“El presente recurso de casación lo interpone la entidad demandada-apelante contra la sentencia de apelación que, aunque descartó la intromisión ilegítima en la intimidad de los demandantes, médicos de profesión, confirmó la existencia de intromisión ilegítima en su honor a resultas de la emisión televisiva de un reportaje de investigación que, en síntesis, les acusaba de intrusismo por realizar actos médicos, que en el reportaje se decían propios de la cirugía plástica, estética y reparadora, sin estar en posesión del correspondiente título de la especialidad. Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes: 1.- Con fecha 24 de julio de 2015 D. D. y D. E. formularon demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de protección de sus derechos fundamentales al honor y a la intimidad contra la entidad (...) S.L. Alegaban, en síntesis: (i) que el día 25 de julio de 2011 la cadena de televisión (...) había emitido en horario de máxima audiencia y dentro del programa denominado (...), producido por (...), un reportaje grabado mediante la técnica de la cámara oculta cuyo contenido (según la transcripción incluida en la propia demanda) constituía una intromisión ilegítima en el honor e intimidad de los demandantes, ambos reputados profesionales de la medicina estética y miembros de la Sociedad Española de Cirugía Estética (SECE), de la Sociedad Española de Medicina Estética (SEME) y de la Sociedad Española de Medicina Cosmética (SEMCC), toda vez que se les imputaba ‘ser intrusos, fraudulentos, negligentes, y otros epítetos más’ y ‘se emitieron sin autorización imágenes de la consulta’ de los demandantes e imágenes de sus clientes; y (ii) que dicho reportaje se volvió a emitir los días 21 de septiembre de 2011, 10 de diciembre de 2011, y 2 de junio de 2012, y que seguía estando localizable en Internet (página web de la cadena), por lo que las intromisiones no habían cesado al tratarse de una información no veraz, destinada a satisfacer una morbosidad malsana y carente de interés público. Con base en lo anterior solicitaban que se declarase la existencia de tales intromisiones ilegítimas en su honor e intimidad y se condenara a la demandada a indemnizarles en 90.000 euros y a cesar en dicha intromisión, absteniéndose en lo sucesivo de realizar actos semejantes, así como al pago de las costas. 2.- El Ministerio Fiscal se remitió al

resultado de la prueba. La entidad demandada (...) se opuso a la demanda alegando, en síntesis: (i) que el reportaje tenía interés público informativo por afectar a un tema tan trascendental como la salud de las personas y dar a conocer que los demandantes publicitaban sus servicios y realizaban actos médicos correspondientes a la rama de la cirugía plástica, estética y reparadora sin poseer el preceptivo título de esa especialidad, plenamente exigible tras la entrada en vigor del Real Decreto 139/2003, de 7 de febrero, ya que solo eran licenciados en medicina general; (ii) que la información fue debidamente contrastada porque el Sr. D. había sido sancionado por carecer del título de especialista (sentencia...), aunque posteriormente esa sanción fuera anulada por el Tribunal Constitucional con fundamento no en que dichos hechos no se hubieran producido, sino en que fueron anteriores a la entrada en vigor del citado Real Decreto, porque ambos habían sido condenados en vía civil (se citaban la sentencia de ..., del Juzgado de 1.ª Instancia ... y otra sin especificar del Juzgado de 1.ª Instancia ... de la misma ciudad), y porque antes de emitirse dicho reportaje, ‘al objeto de cerciorarse y advenir plenamente la realidad’, los autores del reportaje se entrevistaron con un abogado y con un cirujano plástico y estético, y visitaron el hospital en el que operaban los demandantes y la propia consulta de uno de ellos, grabando todos sus actos precisamente para evitar que por los demandantes se negaran luego los hechos; (iii) que el tratamiento informativo fue respetuoso con los derechos fundamentales de los demandantes, ya que la demandada ‘no divulgó la filiación de los aludidos’ y ‘pixeló en respeto a su derecho a la imagen sus rostros de forma clara y amplia’, sin que en ningún momento se difundieran imágenes de pacientes, utilizando además la presentadora el término ‘presunto’ antes de hablar de ‘intrusismo’ y de ‘impostor’; y (iv) que por todo ello concurrían los presupuestos para considerar prevalente la libertad de información, sin que por otra parte los demandantes hubieran acreditado los daños cuya indemnización reclamaban, que además serían daños no sufridos por ellos a título personal sino por la sociedad a través de la cual actuaban. 3.- La sentencia de primera instancia, estimando en parte la demanda, declaró la existencia de intromisión ilegítima en el honor y en la intimidad de los demandantes y condenó a la demandada a indemnizarles en 30.000 euros, así como a cesar en dichas intromisiones y al pago de las costas. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) se trataba de un conflicto del honor y la intimidad frente a la libertad de información, cuya preeminencia sobre aquellos depende de que la información transmitida sea veraz; (ii) en el programa de televisión emitido el 25 de julio de 2011 el Sr. D. fue expresamente identificado mediante su primer apellido, mientras que al Sr. E. se le pudo identificar por el movimiento de los labios de la presentadora, además de que el propio Sr. D. desveló la identidad de ambos al ignorar que estaba siendo grabado con cámara oculta; (iii) en dicho programa, durante una entrevista de la presentadora a una paciente, se aseveró que un médico generalista ejercía como cirujano plástico en un hospital o que mucha gente se ponía en manos de ‘intrusos profesionales’ por ser más barato o simplemente por ignorancia, poniendo así en riesgo su salud, y se tildó a los demandantes de tener una actitud cobarde por no dar la cara y seguir operando y haciendo daño a la gente con total impunidad; (iv) a la hora de analizar la veracidad de la información debía partirse de los hechos probados,

según los cuales ni con arreglo al precedente RD 127/1984, ni con arreglo al RD de 14 de febrero de 2003, podía llegarse a la conclusión de que la práctica de la cirugía estética fuese materia exclusiva y excluyente de los cirujanos plásticos (entendiendo por tales a los que tuvieron título de especialista), pues cualquier licenciado en medicina podía realizar actos médicos en el ámbito de la medicina y de la cirugía estética sin necesidad de titularse en esa especialidad, siendo este el criterio del TC (en sentencia dictada con arreglo a la normativa precedente, por la que se anuló la sanción impuesta al Sr. D.) y también el de las sociedades médicas (se citaba el informe emitido por la SECE, según el cual ambos doctores eran miembros numerarios, no tenían antecedentes profesionales negativo que afectaran a su desempeño profesional y contaban con una amplia experiencia como cirujanos estéticos); (v) además, la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia (...) declaró probado que el demandante Sr. D. solo había ayudado al doctor A., y que el otro demandante no había participado en la intervención quirúrgica en cuestión; (vi) por todo ello no podía reputarse veraz la información de que los demandantes eran ‘intrusos profesionales’ y esto aun cuando la ‘delimitación del ámbito de actuación de los especialistas en cirugía plástica y reparadora ha de ser resuelta por la Administración competente o mediante el ejercicio de las acciones propias por intrusismo profesional en su caso, sin que este tribunal pueda concluir, a la luz de la norma administrativa mencionada por la parte demandada, si la dicha parte está en lo cierto, cuando se discute la idoneidad de la cualificación profesional de los actores’, puesto que no se agotó el deber de diligencia exigible a los informadores habida cuenta de que no podía considerarse suficiente labor de contraste ni la llamada telefónica hecha al Colegio de Médicos -según la cual se pudo constatar que ambos eran colegiados-, ni el testimonio de una paciente que había admitido su enemistad con el Sr. D., ni el de su abogado, ni las sentencias civiles, ni la del TC anulando la sanción administrativa previa, ni la propia grabación con cámara oculta según la cual el Sr. D. reconoció formar parte de un equipo de tres cirujanos y el Sr. A. admitió que los demandantes operaban bajo sus órdenes; (vii) la entidad demandada no podía ampararse en la doctrina del reportaje neutral, pues la presentadora no se limitó a que los terceros expresaran sus opiniones, sino que las hizo propias; y (viii) como consecuencia de la intromisión ilegítima en el honor y la intimidad, a falta de prueba sobre los daños directos e indirectos pero siendo notorios los daños morales, se consideraba suficiente la cantidad de 30.000 euros en atención a la gravedad de la ofensa (afectación del honor en el ámbito profesional) y a la difusión alcanzada (el reportaje se emitió por una televisión pública). 4.- Interpuesto recurso de apelación por la demandada, al que se opusieron los demandantes, la sentencia de segunda instancia, estimándolo en parte, revocó la sentencia apelada para descartar la intromisión ilegítima en la intimidad y limitar la indemnización por los daños morales derivados de la intromisión ilegítima en el honor a la cantidad de 24.000 euros, confirmándola en todo lo demás. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) el recurso de apelación constaba de tres motivos, el primero de los cuales negaba la existencia de intromisión ilegítima en el honor, el segundo la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad y el tercero discrepaba de la cuantía de la indemnización por ‘punitiva’; (ii) a dicho recurso se

oponían los demandantes con base en la falta de interés general y en la falta de veracidad de la información, en este último caso porque según la normativa vigente cualquier licenciado en medicina general podía formar parte de una unidad de cirugía plástica, estética y reparadora con tal de que estuviera dirigida por un cirujano plástico, de modo que un médico general no perdía sus competencias por la existencia de especialidades y esto impedía que se les acusara de ser unos intrusos profesionales, y con mayor motivo cuando los demandantes eran profesionales con más de 25 años de experiencia, miembros de entidades médicas de prestigio y en ningún momento se hicieron pasar por cirujanos plásticos, ni tan siquiera cuando fueron grabados con cámara oculta; (iii) en el reportaje cuestionado confluían elementos informativos y valorativos que debían examinarse por separado, pues por un lado se comunicó una información concreta, consistente en la realización de intervenciones quirúrgicas por quienes se presentaban de forma engañosa como profesionales titulados (en poder de la especialización necesaria) sin serlo (solo ostentaban el título de licenciados en medicina general y cirugía), mientras que, por otro lado, esa información iba acompañada de opinión al criticarse lo que se consideraba una actividad ilegal e ilícita; (iv) desde la perspectiva de la libertad de información, constituye presupuesto de la misma que sea veraz, lo que en este caso habría exigido otras comprobaciones por no ser suficiente la carencia de título de especialista ni el hecho de que uno de los demandantes hubiera sido condenado en un proceso civil seguido en su contra por una de las afectadas, pues esta condena no derivaba de ningún tipo de negligencia en la actuación estrictamente quirúrgica sino del incumplimiento del deber de información; (v) en el reportaje se acusó a los demandantes de intrusismo profesional por presentarse ante los pacientes de forma engañosa como especialistas en cirugía plástica, estética y reparadora pese a carecer de dicho título, cuando, por el contrario, no solo había quedado probado que ellos en ningún momento se presentaron como titulados en dicha especialidad ('nos dedicamos únicamente a la estética, no a la cirugía reparadora'), sino que, además, la normativa aplicable tampoco permitía considerar su conducta como un acto de intrusismo, pues pese a tratarse de una cuestión polémica, tanto a la luz del RD 127/1984 -según STC 181/2008- como a la luz del ulterior RD 139/2003, lo cierto era que dicha reglamentación no recogía un elenco de actividades médicas que hubieran de corresponder a cada una de las especialidades, limitándose a establecer la obligatoriedad de obtener el título de especialista 'para ejercer la profesión con dicho carácter', dado que el RD 139/2003 no había acabado con la polémica entre especialistas y no especialistas, pues tan solo añadió una nueva denominación de la especialidad (la estética) pero sin llegar a definir el elenco o relación de actos que habrían de corresponder a la misma, y por tanto sin que su entrada en vigor impidiera que licenciados en medicina general y cirugía siguieran realizando actividades relacionadas con esa especialidad, es por lo que se habían dictado distintas resoluciones judiciales que permitían concluir que 'cualquier licenciado en medicina y cirugía está habilitado para desarrollar todas las especialidades' (STS, 2.ª, de 1 de abril de 2003), que la normativa reglamentaria solo disponía el cambio de denominación de los títulos profesionales, no tratándose de una disposición 'que regule el ejercicio profesional de los titulados

médicos’ (sentencia -no se indica sala- de 6 de octubre de 2005), que ‘lo que estaba impidiendo el Real Decreto de 2003 no era el ejercer un determinado trabajo sin la titulación de especialista correspondiente, sino que dicha persona se atribuyese una especialidad que en realidad no existe, o que como mínimo, está incluida en otra que aquel no posee’ (STSJ de Madrid, de 2 de junio de 2010), y por lo que la ley (en referencia a la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias) ‘ha huido expresamente de establecer ámbitos competenciales privativos del ejercicio profesional de las distintas especialidades médicas con relación a los licenciados en medicina y cirugía, no definiendo cuáles son los actos o actividades propios de cada una de las especialidades médicas tituladas reservados a ellas en exclusiva y cuáles los que puede realizar el Licenciado en Medicina y Cirugía que no tienen un título de especialista’; (vi) este conjunto normativo y jurisprudencial permite considerar falsa la información por la que se acusaba a los demandantes de ser unos ‘intrusos profesionales’ (en manos de los cuales se ponían los pacientes solo ‘por ser más barato o simplemente por ignorancia’), y también ofensiva por el grado de intensidad del ataque a su buen nombre y reputación; (vii) no es aplicable la doctrina del reportaje neutral porque la presentadora no se había limitado a permitir que terceros expresaran claramente sus opiniones, sino que las había hecho suyas utilizando el término ‘presunto’ como una fórmula estereotipada con la que enmascarar la realidad de la imputación; (viii) sin embargo, debe descartarse la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad de los demandantes, porque no se había difundido ‘ningún dato o circunstancia de la esfera personal e íntima de los actores más allá de su identidad, o de los datos que permiten su identificación’; y (ix) al excluirse la intromisión en la intimidad, es suficiente para indemnizar el daño moral derivado de la lesión al honor la cantidad de 24.000 euros, y esto atendiendo a que el daño moral se presume y a las bases legales para su cuantificación, pues, aun a falta de datos sobre emisión y difusión del reportaje, es un hecho notorio que fue emitido por una cadena de televisión generalista con cobertura nacional y elevados índices de audiencia y que fue reproducido en cuatro ocasiones, a lo que se suma la gravedad de la lesión teniendo en cuenta sus efectos sobre la reputación de unos profesionales con consulta abierta dedicada a la medicina estética. 5.- Contra la sentencia de segunda instancia la entidad demandada-apelante interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 1.º del art. 477.2 LEC, impugnando el juicio de ponderación (los dos primeros motivos) y la indemnización acordada (motivo tercero y último)” (F.D. 1º).

“Para la decisión del recurso debe partirse de los siguientes hechos probados o no discutidos: 1.- El día 25 de julio de 2011 la cadena de televisión (...) (propiedad de ... S.A., actualmente ... S.A.), emitió en horario de máxima audiencia un programa producido por (...) (ahora ...) y denominado (...) que consistió en una serie de reportajes cuya finalidad era denunciar posibles prácticas fraudulentas en el ejercicio profesional. 2.- Dichos reportajes fueron elaborados mediante la técnica de la cámara oculta y el referido a los demandantes tenía el contenido que resulta del DVD acompañado con la demanda. De su visualización, en lo que interesa, resulta acreditado lo siguiente: *(la sentencia reproduce el contenido del reportaje)*. 3.- El citado reportaje fue emitido nuevamente los días 21 de septiembre y 10 de

diciembre de 2011, y 2 de junio de 2012. Además, en la fecha de presentación de la demanda seguía estando disponible en la página web de la cadena de televisión.

4.- Al tiempo de su emisión los demandantes D. D. y D. E. ya llevaban varios años ejerciendo la medicina con el título de licenciados en medicina general y cirugía, contando con la preceptiva colegiación. Además, eran miembros de la Sociedad Española de Cirugía Estética (SECE), de la Sociedad Española de Medicina Estética (SEME) y de la Sociedad Española de Medicina Cosmética (SEMCC), y regentaban una clínica o consulta con sede en la ciudad de (...) en la que prestaban servicios de medicina estética, remitiendo los casos de cirugía reparadora a un colaborador suyo (el Dr. A.) que sí contaba con el título de especialista en medicina plástica, reparadora y estética, y bajo cuya supervisión actuaban como ayudantes quirúrgicos. No se ha probado que los demandantes publicitaran servicios de cirugía plástica presentándose como titulados en esta especialidad” (F.D. 2º).

“El motivo primero del recurso se funda en infracción del art. 20.1.d) de la Constitución en relación con el art. 18 de la misma y con los arts. 2.1 y 7.7 de la LO 1/1982, y cuestiona el juicio de ponderación del tribunal sentenciador. En su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que el reportaje, en contra de lo que considera el tribunal sentenciador, no se limitó a denunciar el intrusismo de los demandantes, sino que junto a esta idea también se quiso trasladar a la opinión pública el hecho de que existían doctores en medicina general que, generando confusión en los clientes, se presentaban como cirujanos de una especialidad inexistente (cirugía estética) sin estar en posesión del título de la especialidad reconocida oficialmente (cirugía plástica, estética y reparadora), aspecto este último que pasa desapercibido para la sentencia recurrida; y (ii) que por ello el juicio de ponderación es erróneo, pues se reconoce expresamente la labor de contraste realizada y la existencia no solo de veracidad en los hechos comunicados sino de veracidad material y, sin embargo, el tribunal sentenciador entiende que los demandantes no se presentaban ante sus clientes como profesionales titulados y con especialización necesaria, concluyendo que la entrada en vigor del RD 139/2003 se limitaba a introducir una nueva denominación a la especialidad pero olvidando que los demandantes eran simples médicos generales, que no estaban en posesión del título de especialistas a que se refiere la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética (...) y que sí se presentaban como especialistas en cirugía estética, cuando esta especialidad no existe como título homologado oficialmente (...). El motivo segundo se funda también en infracción del art. 20.1.d) de la Constitución en relación con el art. 18 de la misma y con los arts. 2.1 y 7.7 de la LO 1/1982, y cuestiona el juicio de ponderación del tribunal sentenciador por no haber considerado aplicable la doctrina del reportaje neutral. En su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que el reportaje se limitó a presentar declaraciones de terceras personas poniéndolas en boca de estas, no alterándolas ni presentándolas de otro modo ante la opinión pública; (ii) que tampoco cabe desprestigiar el valor de la expresión ‘presunto’, por ser buena muestra de la neutralidad del informador; y (iii) que, por tanto, sí era aplicable la doctrina del reportaje neutral (se citan y extractan las sentencias 222/2013, de 25 de marzo, 388/2015, de 29 de junio, y 259/2016, de 20 de abril) porque la imputación de intrusismo se hizo siempre con

base en los testimonios de dos pacientes que se enteraron a posteriori de que los demandantes no eran médicos especialistas en cirugía plástica, testimonios que se trasladaron a la opinión pública de forma neutral, porque además se usó el adjetivo ‘presunto’ de forma constante (...) en una muestra clara de que las declaraciones de aquellas eran la base del reportaje, porque se contrastó la información con el personal del hospital en que operaban y, en fin, porque al final una voz en off indicó que ‘parece’ que los demandantes se presentaban como cirujanos plásticos sin serlo, contextualizando lo dicho por un tercero pero ‘nunca haciéndolo propio ni reelaborando las respuestas obtenidas’. En su escrito de oposición los recurridos alegan, en síntesis: (i) en cuanto al motivo primero, que su planteamiento margina los hechos probados al afirmar que los demandantes se atribuyeron una especialidad que no tenían, lo que el tribunal declaró no ser cierto (con base especialmente en el testimonio del Dr. A.), siendo lo importante, y lo que la recurrente pretende soslayar, que se les acusó de intrusismo y se les calificó de no dar la cara, de engañar a sus clientes y de cobardes e impostores, prescindiendo del hecho de que ‘la medicina estética no es sino medicina general y las consultas de estética tienen licencia de medicina general’, puesto que la normativa vigente (RD 1277/2003) permite que cualquier médico pueda formar parte de una unidad de cirugía plástica, reparadora y estética siempre que la misma esté bajo la dirección de un cirujano plástico, como fue el caso en tanto que ellos colaboraban operando -prótesis de mama- pero bajo la supervisión de un especialista; y (ii) en cuanto al motivo segundo, que no es aplicable la doctrina del reportaje neutral porque, contrariamente a lo que se afirma por la recurrente, consta probado que no hubo una transmisión neutral e imparcial de la información sino que el tono del programa fue de un auténtico linchamiento moral con ánimo lucrativo y la finalidad de menoscabar gravemente su reputación, haciendo la presentadora suyas las palabras de la entrevistada al referirse a los demandantes como falsos cirujanos, sin título alguno, que se presentaban como cirujanos plásticos jugando con la vida de las personas. El Ministerio Fiscal ha interesado la desestimación de ambos motivos al considerar, en síntesis: (i) que siendo la veracidad un presupuesto legitimador de la libertad de información, en este caso el tribunal sentenciador ha declarado probado, y debe ser respetado en casación, que la información transmitida no fue veraz, y no solo porque fuera errónea sino también porque el error alteró el núcleo de la información y fue causado por no haber agotado el informador su deber de diligencia a la hora de contrastar la información, siendo esta además la base sobre la que se sustentaron las opiniones (elementos valorativos) del reportaje; y (ii) que no es aplicable la doctrina del reportaje neutral porque la sentencia recurrida declara probado que el medio no se limitó a ser mero transmisor de las declaraciones de terceros, sino que la presentadora hizo suyas las opiniones de aquellos, utilizando además el término ‘presunto’ de forma estereotipada, como simple prevención defensiva ante lo que claramente integraba una intromisión ilegítima” (F.D. 3º).

“Como quiera que la cuestión planteada en los dos primeros motivos -objeto de análisis y resolución conjunta por razón de su estrecha vinculación- es la incorrección del juicio de ponderación del tribunal sentenciador sobre los derechos fundamentales en conflicto, desde una perspectiva general en el motivo

primero y desde la perspectiva del reportaje neutral el segundo, la decisión de esta sala debe fundarse en su propia jurisprudencia y en la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, con arreglo a la cual ambos motivos deben ser desestimados por las siguientes razones: 1.^a) El reportaje atinente a los demandantes era uno de los varios que integraban la emisión del día 25 de julio de 2011 correspondiente al programa (...), y tanto por el título de este (alusivo al periodismo de investigación) como por el que recibió el propio conjunto de reportajes que se emitieron ese día ('Impostores') parece evidente que su finalidad primordial era informar a la opinión pública sobre la existencia de determinadas prácticas profesionales fraudulentas que principalmente afectaban al ámbito de la salud. El núcleo de la parte del reportaje que afectaba a los demandantes era eminentemente informativo pues, conectando con la temática común a todos los que se emitieron, su finalidad era denunciar el intrusismo profesional, sirviendo como ejemplo de este fraude las concretas personas que fueron grabadas mediante cámara oculta, respecto de las cuales se decía que se hacían pasar por profesionales titulados y que ofrecían servicios propios de quien tiene una titulación sin estar en posesión de la misma. En concreto, se transmitió a la opinión pública que dos médicos generales (esto es, licenciados en medicina general y cirugía), que por tanto no eran especialistas en 'Cirugía Plástica, Estética y Reparadora' (denominación oficial de la especialidad tras la reforma del 2003), estaban haciéndose pasar por especialistas a fin de captar a pacientes a través de la clínica que regentaban para, por ejemplo, realizarles implantaciones de prótesis mamarias. Esta información sirvió a su vez de sustento a las opiniones y juicios de valor, principalmente reproches al comportamiento profesional de los demandantes, que se deslizaron a lo largo del programa. En definitiva, la información cuestionada pertenecía al género del reportaje-denuncia, en el que a los elementos informativos, predominantes, se unían opiniones y juicios de valor que resaltaban la línea de denuncia trazada por los responsables del programa. 2.^a) Como en el caso de la sentencia de esta sala 634/2017, de 23 de noviembre (también sobre un reportaje de investigación con cámara oculta en el que se denunciaba que una persona sin titulación en medicina ni ninguna otra ciencia de la salud estaba ofreciendo sus servicios retribuidos como sanador o especialista en terapias alternativas sin base científica alguna), y puesto que ahora tampoco se cuestiona el evidente interés general y la relevancia pública del asunto tratado, 'los parámetros a tomar en consideración para determinar si procedía mantener en el caso concreto la prevalencia de la que en abstracto gozan las libertades de expresión e información son, con respecto a ambas, la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones o de las informaciones (pues se proscribía el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias, que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir la idea crítica o la noticia, sentencia 536/2015, de 1 de octubre), y en cuanto a la libertad de información, en todo caso, que la transmitida sea esencialmente veraz, entendiéndose, como resume entre las más recientes la sentencia 20/2017, de 17 de enero, que veracidad 'no equivale a una exactitud total sino que se corresponde con el deber del informador de contrastar previamente la noticia mediante fuentes objetivas, fiables, identificables y susceptibles de contraste, que aporten datos conducentes a que el informador

alcance conclusiones semejantes a las que podría alcanzar cualquier lector o espectador medio a partir de los mismos datos, y todo ello al margen de la forma elegida para su comunicación y sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (sentencias 337/2016, de 20 de mayo, y 362/2016, de 1 de junio, que a su vez citan la doctrina del Tribunal Constitucional)'. Es decir, la veracidad hay que entenderla 'como el resultado de una razonable diligencia por parte del informador a la hora de contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales y ajustándose a las circunstancias del caso, aunque la información con el trascurso del tiempo pueda ser desmentida o no resultar confirmada, faltando esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones' (sentencia 456/2018, de 18 de julio y las que en ella se citan). 3.^a) En el presente caso la esencia del reportaje consistió en acusar de intrusismo profesional a los demandantes no solo por ejercer la medicina en el sector de la cirugía plástica, estética y reparadora sin estar en posesión del título de esta especialidad, sino además por presentarse de forma engañosa ante sus pacientes como profesionales con el título de especialistas en ese ramo de la medicina. Por tanto, la controversia se centra en si los informadores agotaron el deber de diligencia exigible conforme a los datos que tenían a su disposición antes de hacer tan graves imputaciones; es decir, si las fuentes objetivas y fiables a su disposición justificaban una conclusión tan contundente. La sentencia recurrida confirma la apreciación de la sentencia de primera instancia de que la información no fue veraz porque no se agotó el deber de diligencia a la hora de contrastarla. Al respecto razona que, aunque se ofrecieron datos ciertos, como que los dos demandantes eran solo titulados en medicina general y cirugía pese a lo cual tenían una consulta en la que ofertaban servicios de medicina estética que incluían intervenciones quirúrgicas de importancia como los implantes mamarios, sin embargo no se aportaron datos objetivos que permitieran sustentar imputaciones tan graves y lesivas para su honor y reputación como que eran unos 'intrusos profesionales', y precisa que no era verdad lo que se decía de que los demandantes se presentaran ante sus posibles pacientes como titulados en dicha especialidad. Esta sala comparte esa valoración, que necesariamente debe partir de los hechos probados. Aunque en materia de tutela judicial civil de los derechos fundamentales la doctrina jurisprudencial ha matizado (por ejemplo, sentencias de esta sala 421/2016, de 24 de junio, 278/2017, de 9 de mayo, y 13/2018, de 12 de enero) que esta sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados, esto no puede desvirtuar la naturaleza del recurso de casación pretendiendo que el Tribunal Supremo corrija la fijación de los hechos contenida en la sentencia recurrida o que realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto, ni proponiendo una calificación que haga supuesto de dicha revisión. Por tanto, la recurrente no puede eludir, como hace en el motivo primero, que en la sentencia recurrida se declara probado que los demandantes no se hicieron pasar por cirujanos plásticos en ningún momento.

Durante la grabación con cámara oculta uno de ellos dejó claro que solamente se dedicaban a la estética, no a la cirugía reparadora, que el equipo lo formaban tres médicos, dos de los cuales (los demandantes) eran licenciados en medicina y cirugía y el tercero cirujano plástico, y que luego ellos dos se formaron en medicina y cirugía estética, y en esta misma línea llegó incluso a manifestarse ocasionalmente la propia presentadora, que en un momento dado llegó a afirmar que en sus tarjetas solo figuraban como doctores. Por tanto, no puede aceptarse que se presentaran ante los pacientes como poseedores de una titulación de la que carecían. 4.ª) Esos datos tienen (y de hecho tuvieron para la sentencia recurrida) una relevancia fundamental a la hora de comprobar si se agotó o no el deber de diligencia por parte del informador, debido a que han de ser puestos en relación con el marco normativo vigente cuando se emitió el reportaje, aún en vigor (Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, y Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada, que derogó -excepto su d. transitoria 1.ª- el Real Decreto 139/2003, de 7 de febrero, por el que se actualiza la regulación de la formación médica especializada, que a su vez derogó el Real Decreto 127/1984 por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de Médico Especialista) y con la interpretación que de ese marco habían venido haciendo los tribunales en sentencias de fecha anterior a la emisión del reportaje litigioso. Es cierto que la delimitación competencial entre médicos generales y especialistas en cirugía plástica, estética y reparadora no ha sido ni es una cuestión pacífica, sino todo lo contrario. Pero, más allá de que lo que pueda resolverse al respecto por la Administración competente, y no siendo tampoco este el procedimiento el adecuado ni esta sala el órgano que ha de dilucidar esos problemas competenciales, lo determinante a los solos efectos del presente recurso de casación es que los pronunciamientos judiciales de fecha anterior a la emisión del reportaje -y por tanto a disposición de los informadores- no justificaban una imputación de intrusismo tan clara y manifiesta como la que se hizo a los demandantes, dos médicos generales sin título de especialista que, como ha quedado probado, no se denominaban ni ejercían como tales. Como ejemplo de esos pronunciamientos la sentencia recurrida -en línea con la sentencia de primera instancia- reseña en primer lugar la STC 181/2008, que anuló la sanción impuesta a uno de los demandantes por supuesta infracción administrativa ‘consistente en la realización de ciertas intervenciones quirúrgicas sin poseer el título de médico especialista en Cirugía Plástica y Reparadora que vendría exigido para las mismas por el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero’ (FJ 1), resolución que, aunque referida a hechos sujetos esta norma ya derogada, vino a declarar, en lo que aquí interesa y en síntesis, lo siguiente: ‘El citado Real Decreto no recoge un elenco de las actividades médicas que habrían de corresponder a cada una de las especialidades, limitándose a formular con carácter genérico, en su artículo 1, la obligatoriedad de obtener el título de médico especialista para ejercer la profesión con dicho carácter’ (STC 283/2006, FJ 7)’. En efecto, la STC 283/2006, de 9 de octubre, otorgó amparo a un médico, licenciado en medicina general y cirugía, que había venido anunciándose y ejerciendo como médico especialista en cirugía

plástica estética. El TC apreció la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25. 1 de la Constitución) porque, siendo el delito de intrusismo una norma penal en blanco, para la que era obligado integrar el tipo con las normas que regulan cada profesión y disponen el título habilitante para su ejercicio, del análisis del RD 127/1984 cabía concluir que este no definía los actos propios de cada especialidad ni recogía un elenco de las actividades médicas que habrían de corresponder a cada una de las especialidades, limitándose a formular con carácter genérico, en su artículo 1, la obligatoriedad de obtener el título de médico especialista para ejercer la profesión con dicho carácter. También cita la sentencia recurrida la STS, 3.ª, de 6 de octubre de 2005, rec. 31/2003, que siguió el criterio de una anterior de 15 de junio del mismo año (en ambos casos, resolviendo la impugnación del RD 139/2003 por haber modificado la denominación de la especialidad de cirugía plástica y reparadora por cirugía plástica, estética y reparadora) y declaró respecto de dicha norma lo siguiente: ‘Estamos ante una norma reglamentaria que dispone el cambio de denominación de títulos profesionales, no ante una disposición que regule el ejercicio profesional de titulados médicos por lo que huelgan argumentaciones sobre tal ámbito. Es evidente el incremento de la actividad profesional de la llamada ‘cirugía estética’ en los últimos tiempos en territorio español, incluso con gran despliegue publicitario en los distintos medios de comunicación social propiciando su consumo como un producto más del mercado. El contexto es proclive a la cirugía estética pero la prevalencia social de esa cirugía voluntaria no tiene por qué comportar que las normas se adapten al mercado cuando está en juego la salud como valor esencial (art. 43 C.E.). ‘Tal hecho no tiene por qué generar una titulación específica, inexistente como tal en nuestro entorno, cuando lo que se pretende en el ámbito de la Unión Europea de la que formamos parte es la no creación de nuevas titulaciones médicas si la actividad puede incardinarse en otra ya existente que facilite, en su momento, la debida homologación de títulos académicos (Real Decreto 1171/2003, de 12 de septiembre y los reales decretos de transposición de directivas allí modificados). La racionalización de las disciplinas médicas ya existentes se inscribe en tal ámbito con proyección no sólo en la movilidad de los profesionales de la salud sino también de los pacientes o incluso en los usuarios de la medicina voluntaria. Máxime si atendemos, por un lado, al informe de la Academia Nacional de Medicina acerca de que la formación que reciben los residentes en razón de la rotación en los servicios determina el aprendizaje de habilidades suficientes como para poder desarrollar sin problemas, la cirugía estética cuya complejidad no es superior a la cirugía plástica y reparadora. Y, por otro, al hecho innegable recogido en el informe de la Subdirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad y Consumo acerca de que el programa oficial de la especialidad de ‘Cirugía Plástica y Reparadora’ recoge técnicas de aprendizaje basadas en movilización de tejidos, injertos o implantes que habitualmente se utilizan en procedimientos con fines estéticos. Todo ello sin perjuicio de resaltar que no incumbe a este orden jurisdiccional fiscalizar la conveniencia o no de racionalizar las titulaciones en el segmento sanitario. No cabe, por tanto, planteamiento de cuestiones de oportunidad sino exclusivamente si el Reglamento respeta el ordenamiento jurídico superior, la Constitución y la Ley’. Tampoco la

jurisprudencia penal anterior a la fecha de emisión del programa avalaba una imputación de intrusismo porque, interpretando el art. 403 CP, la STS, 2.^a, de 1 de abril de 2003 (también citada por la sentencia recurrida) declaró que: ‘Si bien es cierto quien ejerce la medicina o cualquiera de sus especialidades sin ostentar el título de médico comete un delito de intrusismo, en la acepción más grave del inciso primero, no podemos llegar a la misma conclusión respecto del titulado en medicina que ejerce una especialidad sin titulación especial’. Finalmente, la sentencia recurrida cita la sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de junio de 2010, rec. 756/2006, que en referencia a la Ley 44/2003, actualmente en vigor, declaró: ‘[...] La ley ha huido expresamente de establecer ámbitos competenciales privativos del ejercicio profesional de las distintas especialidades médicas con relación a los licenciados en medicina y cirugía, no definiendo cuáles son los actos o actividades propios de cada una de las especialidades médicas tituladas reservados a ellas en exclusiva y cuáles los que puede realizar el Licenciado en Medicina y Cirugía que no tiene un título de especialista. Lo único que exige la ley es transparencia en cuanto a la capacitación profesional, de forma que el ciudadano que acude a un profesional de la Medicina pueda, en todo momento, saber de su cualificación profesional oficial. Y así, se impide que el médico que no tenga el título de especialista se denomine y ejerza como tal, y que ocupe puestos con esta denominación de especialista, pero la Ley -recordemos que se trata de una profesión titulada que ha de regularse por ley ex art. 36 CE - no establece ninguna reserva de actividad propia de dichas especialidades, no establece los actos propios de cada una de las especialidades médicas y los actos que, a su vez, puede realizar el médico que no tiene ninguna especialidad y que sólo es Licenciado en Medicina’. Esta sentencia fue casada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 18 de mayo de 2012, que resolvió que la administración-inspección médica estaba facultada para la adopción de la medida de privación del ejercicio de actividad quirúrgica en clínicas privadas a un médico que no era especialista en medicina estética ni plástica. En lo que aquí interesa, declaró que tal medida contaba con cobertura normativa ya que ‘el artículo 16.3 de la Ley 44/2003 de 21 de noviembre, de Ordenación de Profesiones Sanitarias, dispone que la posesión del título de especialista es necesaria para la denominación como tal, para el ejercicio de la profesión con tal carácter y para ocupar los puestos de trabajo con tal denominación en centros y establecimientos públicos y privados [...]’, exigiendo la normativa citada la presencia en la Unidad Asistencial de un médico de la especialidad requerida, lo que no se había respetado al quedar probado que existía una unidad asistencial en los centros sanitarios inspeccionados que no estaba encabezada o dirigida por un médico especialista en cirugía estética tal y como previene la normativa. No obstante, esta sentencia tampoco analizó qué competencias eran las propias del ejercicio profesional de las distintas especialidades con relación a los licenciados en medicina y cirugía, ‘pues eso no era el objeto del recurso’. 5.^a) Por tanto cabe concluir, con la sentencia recurrida, que en el marco normativo y jurisprudencial vigente cuando se emitió el reportaje cuestionado no era posible delimitar los actos o definir el elenco de actuaciones que correspondían a la especialidad de cirugía plástica, estética y reparadora, razón por la cual se había venido admitiendo

que cualquier médico licenciado en medicina general y cirugía pudiera llevar a cabo actos médicoquirúrgicos destinados a la mejora de la estética, con el único límite de que dicho profesional no se atribuyera una especialidad de la que carecía. En el presente caso no solo no se ha demostrado que los demandantes se atribuyeran una especialidad de la que carecían, sino que tampoco consta que actuaran por sí mismos, es decir, que lo hicieran en una unidad hospitalaria no encabezada o dirigida por un especialista, pues en todo momento el médico declarante admitió que el equipo que operaba lo integraban tres facultativos: los demandantes, médicos generales, y un tercero que sí era cirujano plástico con el título habilitante propio de esta especialidad, según quedó refrendado con la declaración testifical del Dr. A., cuando dijo que sus compañeros le ayudaban (como ayudantes quirúrgicos) y actuaban siempre a su orden y bajo su supervisión, y por los propios hechos probados de las sentencias dictadas en el anterior proceso civil seguido a instancia de la paciente (...) (la SAP ... declaró probado que la paciente había acudido a un instituto especializado en el que prestaban sus servicios varios profesionales, entre ellos los ahora demandantes, si bien había sido ‘el Dr. A., por su condición de especialista, quien de hecho llevara a cabo la intervención’). 6.^a) En ese contexto la información ofrecida no podía reputarse veraz, pues se afirmó sin ambages, de forma inequívoca, que los demandantes eran impostores, intrusos profesionales, y se les presentó ante la opinión pública junto con personas cuyas circunstancias no eran en absoluto equiparables (por ejemplo, una esteticista que realizaba actos médicos en una peluquería sin título habilitante para el desempeño de ninguna profesión sanitaria, o alguien que se hacía pasar por médico y hasta por piloto), y tales imputaciones, pese a su gravedad y potencial lesivo para la reputación de los afectados, se hicieron sin agotar la diligencia mínimamente exigible al informador. En este sentido no cabe considerar suficientes, como fuentes objetivas y fiables, ni el hecho de que uno de los demandantes hubiera sido condenado en un asunto civil anterior por incumplir su deber de informar (dado que cualquier médico, especialista o no, tiene ese deber y puede incurrir en responsabilidad por infringirlo), ni las palabras del abogado de (...), miembro además de una asociación defensora de los pacientes, por su presumible parcialidad, dados los intereses que defendía, y porque además admitió que no se había podido probar el intrusismo, ni, en fin, los testimonios de personal del hospital o compañeros por su falta de claridad y contundencia acerca de la condición con que se presentaban los demandantes, ya que los entrevistados solo demostraron saber que aquellos acudían al hospital a operar, apreciación compatible con su condición de licenciados en medicina general y cirugía y que tampoco permite concluir que lo hicieran solos, sin la supervisión de un cirujano plástico, atribuyéndose una condición de especialistas en cirugía plástica que no tenían. 7.^a) También procede desestimar el motivo segundo, en el que se sostiene la condición de reportaje neutral de la información cuestionada. Ciertamente la jurisprudencia (de la que son ejemplos las sentencias 1/2018, de 9 de enero, 617/2016, de 10 de octubre, y 386/2016, de 7 de junio) matiza el deber de veracidad en los casos de reportaje neutral, pero para ello el objeto de la noticia debe estar constituido por declaraciones ajenas que imputen hechos lesivos para el honor que sean noticia

por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, han de ponerse en boca de personas determinadas, responsables de ellas, y el medio informativo debe ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia, de modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral. Solo de concurrir ambos presupuestos, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración. La sentencia recurrida concluye que no se daban esos presupuestos y que, por tanto, la información no podía considerarse un reportaje neutral, pues la presentadora no se limitó a transmitir objetivamente lo dicho por otro, sino que hizo suya la versión de la paciente, como si fuera la única cierta, y la asumió como propia, faltando a partir de ese momento una transmisión neutral e imparcial de lo dicho por otro. Esta sala comparte dichas conclusiones, pues el reportaje cuestionado formaba parte de un programa más amplio en el que se incluyeron otros casos, estos sí razonablemente más cercanos al intrusismo (como el de la persona que se hacía pasar por piloto y la que se hacía pasar por abogado, en los dos casos sin título alguno habilitante), y el tono del programa, desde un principio, desde su mismo título ('Impostores'), no dejaba lugar a dudas de que hacía suyas las tesis de los declarantes, sin limitarse en modo alguno a transmitir las desde una posición neutral, aséptica e imparcial, ni de que era el programa el que elaboraba sus conclusiones (es decir, acusaciones de intrusismo y valoraciones sobre la supuesta ilegalidad de la conducta de los demandantes), sin que en ningún momento se ofrecieran testimonios en sentido contrario ni se diera a los demandantes la posibilidad de que, con pleno conocimiento de ser entrevistados, explicaran su postura al respecto. En ese contexto, el hecho de que la presentadora acudiera al uso recurrente de la expresión 'presunto' antes de la imputación de intrusismo y de los calificativos de impostor y de falso cirujano plástico debe considerarse un recurso estereotipado que en absoluto privaba de intensidad ofensiva a la información. Así, la sentencia de esta sala 258/2015, de 8 de mayo, consideró que el empleo 'del adverbio 'presuntamente' no excluía la ilegitimidad de la intromisión, porque también la presunción de la autoría de los delitos fue un elemento de elaboración propia y exclusiva de los demandados', doctrina que resulta extrapolable dado que también en el presente caso la imputación de intrusismo resulta un elemento de elaboración propia del programa (de hecho, la sanción administrativa impuesta a uno de ellos fue revocada por el TC). En suma, aunque no quepa desconocer el importante valor de los reportajes-denuncia para el interés general y la formación de la opinión pública, como de hecho resulta de la ya citada sentencia de esta sala 634/2017, de 23 de noviembre, tampoco puede minusvalorarse su potencial lesivo para los derechos fundamentales cuando, como en este caso, se opta por una línea sensacionalista y tendenciosa que dejaba prácticamente indefensos a los demandantes, dos médicos perfectamente identificables, al señalarlos como sujetos de una práctica médica reprochable y destacar únicamente los casos en que su intervención no había dado los resultados deseados" (F.D. 4º).

“El motivo tercero se funda en infracción del art. 20.1.d) de la Constitución en relación con el art. 9.3 de la LO 1/1982, y cuestiona la indemnización acordada, que considera improcedente por no haber existido intromisión en el honor de los

demandantes o, subsidiariamente, excesiva. En su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que al no haber existido ninguna vulneración del honor de los demandantes no cabe indemnización alguna por daño moral; y (ii) que en todo caso, si hubiera existido intromisión ilegítima en el honor, la cuantía de la indemnización sería excesiva, en primer lugar porque la sentencia recurrida extiende indebidamente la presunción del daño a su cuantificación, lo que no es posible al haber sido necesario que los demandantes acreditaran el concreto daño que sufrieron por la emisión del reportaje y no ser suficiente con afirmar que se emitió por una cadena nacional con altos índices de audiencia; y en segundo lugar, porque tampoco se ha acreditado la gravedad de la lesión, toda vez que no se practicó prueba sobre la repercusión que tuvo para los demandantes la emisión del reportaje cuestionado. En su escrito de oposición los recurridos alegan, en síntesis, que, como el perjuicio se presume desde el momento en que se declara la existencia de intromisión ilegítima en el honor, debe concluirse que la indemnización se fijó correctamente por el tribunal sentenciador respetando los criterios legales (circunstancias del caso, gravedad de la lesión, a su vez determinable en función de la difusión o audiencia del medio, y beneficio obtenido por el causante de la lesión), toda vez que en este caso aparecieron en el programa pacientes de los demandantes sin ofrecer más información que la imputación de conductas reprobables y ofensivas para su honor, y la duración de los programas y los ingresos percibidos por su emisión fueron considerables ('lucro ilegítimo' a resultas de la vulneración del honor de los demandantes), constando al respecto que la demandada reconoció haber cobrado 54.467,58 euros por el programa al margen de lo que pudiera haber obtenido por publicidad, reemisiones y accesos a través de la web de la cadena. El Ministerio Fiscal ha interesado la desestimación de este motivo al considerar, en síntesis, que la sentencia recurrida ha fijado la indemnización con arreglo a las bases legales, que además no deben ser objeto de una valoración específica sino conjunta" (F.D.5º).

“Como sintetiza la reciente sentencia 388/2018, de 21 de junio, con cita de la 261/2017, de 26 de abril, la controversia se contrae a decidir si la indemnización fijada por la sentencia recurrida, que reduce la establecida por la de primera instancia, se ajusta a lo previsto en el art. 9.3 LO 1/1982. Para esta decisión debe respetarse la jurisprudencia que considera excepcional la posibilidad de revisar en casación de la cuantía de la indemnización, pues su fijación corresponde a los tribunales de instancia y su revisión por esta sala solo es posible cuando no se hayan respetado los criterios legales o en casos de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción. Esa misma jurisprudencia reitera que, dada la presunción iuris et de iure, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para cuantificarla, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso. También reitera que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico. Esta sala, siguiendo el criterio de la sentencia 696/2015, de 4 de diciembre, y de las que en ella se citan, considera que la argumentación del presente motivo es insuficiente para apreciar la infracción que se denuncia, pues no se aportan datos objetivos que, en

aplicación de los criterios previstos en el art. 9.3 LO 1/1982, demuestren el incumplimiento o la defectuosa aplicación de esos mismos criterios o la notoria desproporción de la indemnización acordada. La decisión del tribunal sentenciador no carece de motivación, pues valora correctamente las circunstancias del caso, la difusión que se presupone a un medio como una cadena de televisión de ámbito nacional y de notoria audiencia, incrementada con las sucesivas emisiones y con el hecho de que el reportaje siguiera estando disponible en Internet, y, en fin, la gravedad del daño, que si bien no tenía la entidad del apreciado en primera instancia (dado que la sentencia recurrida excluye la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad), sí seguía siendo de considerable importancia por la gravedad de las imputaciones (intrusismo) y su reiteración en el tiempo. En consecuencia, la decisión confirmada en apelación se apoyó en los parámetros legales y, por tanto, su revisión en casación no resulta procedente a partir de las particulares apreciaciones de la parte recurrente” (F.D. 6º) [E.A.P.].

2. DERECHO DE FAMILIA

Jurisprudencia: Establecido un régimen de custodia compartida no procede la atribución indefinida del uso de la vivienda a uno sólo de los progenitores debiendo, en dicho supuesto, atribuir el citado uso al interés más necesitado de protección por un plazo de dos años.

STS (Sala 1ª) de 13 de noviembre de 2018, rec. nº 898/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8575775&links=&optimize=20181119&publicinterface=true>

“(…) Los presentes recursos traen causa de demanda de divorcio promovida por el esposo en la que solicitaba la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida para las dos hijas menores, de forma que los días lectivos vivirían con la madre y con el padre los fines de semana, encargándose los progenitores de los gastos de sus hijas durante los periodos de convivencia, y con atribución al padre del domicilio familiar. Frente a éste régimen de custodia, por la esposa en el escrito de contestación a la demanda solicitó la guarda y custodia exclusiva de las dos hijas menores, y el establecimiento de una pensión alimenticia con cargo al padre por importe de 450 mensuales, en total para las dos hijas, con atribución del uso de la vivienda familiar a la madre y a las dos hijas.

Por el juzgador de primera instancia se estableció un régimen de guarda y custodia compartida de forma que los días lectivos de la semana estén en compañía de la madre y los fines de semana con el padre, con atribución del derecho de uso de la vivienda familiar al esposo, con el que convivirán las menores en los tiempos que le corresponda.

(...) Formulado recurso de apelación por la madre, por la Audiencia Provincial de Granada se estimó el recurso, y se otorga la guarda y custodia de las dos hijas menores a la madre, así como el uso de la vivienda familiar” (F.D.1º).

“(…) El sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores.

A la vista de ello debemos estimar este motivo de recurso, dejando sin efecto la custodia por parte de la madre y retornando al sistema de custodia compartida contenido en la sentencia del juzgado, dado que es el que las partes convinieron, el que el informe psicosocial propone, el que se ha venido desarrollando con razonable éxito y el compatible con los horarios laborales de ambos progenitores, todo ello de acuerdo con el art. 92 del C. Civil” (F.D.5º).

“(…) En la sentencia de apelación se atribuye la vivienda a las menores que estarían con la madre, a la que se le atribuía la custodia.

En la sentencia del juzgado se le atribuía la vivienda al padre.

Como declara la sentencia 294/2017, de 12 de mayo: ‘(...) no existe una regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar (STS de 24 de octubre de 2014) para adaptarla a este régimen de custodia, (...) La sala, ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro remitiendo al juez a resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres (STS de 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que conforme a la regla dispuesta en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar esta sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única...’. ‘De esta doctrina cabe extraer que concurren razones suficientes para admitir el recurso de casación, al haberse atribuido, en apelación, indefinidamente la que fue vivienda familiar a la esposa e hija dado que, al alternarse la custodia entre padre y madre, la vivienda familiar no puede quedar adscrita a uno de ellos con exclusividad (sentencia 513/2017, de 22 de septiembre)’.

(...) Por lo expuesto, estimado el recurso de casación, y constituida la sala en tribunal de apelación, valorando los argumentos expuestos en segunda instancia, acordamos que no procede la adjudicación indefinida de la vivienda a ninguno de los progenitores, al ostentar ambos la custodia compartida, por lo que atendiendo al interés más necesitado de protección, debemos acordar que la vivienda la siga utilizando el padre, durante dos años, computados desde la fecha de la presente sentencia, período tras el cual deberá abandonarla, quedando sometida la que fue vivienda familiar al proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales” (F.D.11º) (SRL)

Jurisprudencia: La buena fe en el ejercicio de los derechos impide reclamar una deuda de alimentos al haber transcurrido más de veinte años desde que se fijaron en la resolución judicial.

STS (Sala 1ª) de 14 de noviembre de 2018, rec. nº 373/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8582058&links=&optimize=20181123&publicinterface=true>

“El recurso de casación se funda en tres motivos. El primero, por infracción del artículo 7.2 CC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta, por considerar que de acuerdo con los hechos probados existe una situación de abuso del derecho, pues la separación del matrimonio tuvo lugar en fecha 3 de noviembre de 1987 sin que el recurrente hubiera abonado la pensión en ningún momento, por lo que al producirse la reclamación en 2011, transcurridos más de veinte años, nos encontraríamos ante un uso anormal del derecho, una extralimitación en su ejercicio, que se convierte en abusivo, pues se reclamaría de forma extemporánea el abono de una cantidad inasumible por el recurrente por su capacidad económica, máxime cuando en el año 2003 contaban las demandantes, ahora recurridas, con ingresos suficientes para atender a sus propias necesidades (...)” (F.D. 2º).

“(…) la pensión de alimentos se fija en atención a las necesidades existentes en cada momento, siendo revisable cuando varíen las necesidades del alimentista y las posibilidades económicas del alimentante. No cabe considerar que cumple con los requisitos de ejercicio del derecho conforme a las reglas de la buena fe la reclamación que se hace con tanto retraso respecto del momento en que presumiblemente era necesario percibir la pensión alimenticia, cuando se acumulan cantidades que difícilmente pueden ser asumidas por el obligado al pago.

(...) El decaimiento del derecho por su falta de uso no cabe predicarlo exclusivamente de los supuestos específicos en que la ley establece los oportunos plazos de prescripción o de caducidad en su exigencia, sino también en aquellos supuestos como el presente en que el derecho se ejercita de forma tan tardía que

supone desconocimiento del mandato establecido en el artículo 7 del Código Civil.

(...) Como señala la sentencia núm. 769/2010, de 3 diciembre, (...), la buena fe impone que un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando su titular no solo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará'. (...), lo que se sanciona en el art. 7 CC es una conducta contradictoria del titular del derecho, que ha hecho que la otra parte confiara en la apariencia creada por dicha actuación. Se considera que son características de esta situación de retraso desleal (Verwirkug): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará (...)" (F.D. 4º) (SRLI).

Jurisprudencia: La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar por convivencia de la madre con una nueva pareja no vulnera el interés superior de los menores.

STS (Sala 1ª) de 20 de noviembre de 2018, rec. nº 982/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8584134&links=&optimize=20181126&publicinterface=true>

“Se centra la cuestión controvertida en la determinación de los efectos que produce la convivencia de la progenitora, que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, junto a los hijos menores, con una nueva pareja, respecto de este derecho de uso.

La sentencia ahora recurrida declara extinguido el derecho de uso en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

(...) Contra la citada sentencia se interpone recurso de casación por el Ministerio Fiscal, fundado en un único motivo por infracción del artículo 96.1 del Código Civil. Considera que en esta clase de procedimientos debe primar el interés del menor, no el patrimonial de los progenitores” (F.D. 1º).

“(...) La sala ratifica los argumentos y pronunciamiento de la sentencia recurrida y desestima el recurso.

1. La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar. (...) Una nueva relación de pareja, tras la ruptura del matrimonio, tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de valoración distintos de los que se tuvieron en cuenta

inicialmente y que, en relación a lo que aquí se cuestiona, se deberán tener en cuenta, sin perder de vista ese interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del uso, al amparo del artículo 96 del Código Civil.

2. (...) el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, (...), sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sí no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento. Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre.

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

4. La remisión al interés del menor para valorar esta nueva situación exige tener en cuenta los cambios introducidos en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de Protección Jurídica del Menor. Se trata de una Ley que desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, (...), teniendo en cuenta, entre otras cosas: a) que este interés no restrinja o limite más derechos que los que ampara y b) que las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, primando, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir.

5. La solución dada en la sentencia recurrida no vulnera este interés, ni contradice la jurisprudencia de esta sala en la interpretación del artículo 96 del CC:

(i) El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. (...). La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza ‘por servir en su uso a una familia distinta y diferente’,

(ii) La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, (...) no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores. El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda.” (F.D. 2º) (SRLI).

Jurisprudencia: Es necesario concretar el interés superior del menor como criterio para establecer un determinado régimen de visitas entre abuelos y nietos, pues de lo contrario la sentencia adolecerá de falta de motivación e incongruencia.

STS (Sala 1ª) de 22 de noviembre de 2018, rec. nº 1519/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8591292&links=&optimize=20181203&publicinterface=true>

“El presente recuso trae causa de una demanda de atribución de un régimen de visitas a los abuelos paternos en relación a sus nietas. El padre de las nietas, hijo de los demandantes, que está divorciado de la madre, se allanó a la demanda. La sentencia del juzgado desestima la demanda por considerar que no existe en el caso oposición del padre para que los abuelos pueden estar en compañía de las menores, con lo que entiende satisfecho el régimen de comunicaciones y visitas, evitando así superponer el régimen de visitas del padre con los abuelos.

La sección quinta de la Audiencia Provincial de Granada estimó el recurso de apelación que formularon los abuelos. La sentencia de apelación, tras recordar la doctrina jurisprudencial en aplicación del artículo 160 CC, en relación con el interés del menor y la necesidad de potenciar las relaciones familiares, concluye lo siguiente: ‘Procede establecer el régimen de comunicación y visitas que se dirá en la Parte Dispositiva de la presente resolución’. Este régimen lo concreta de la forma siguiente: ‘un fin de semana todos los meses (no coincidente con las

vacaciones) desde la salida del centro educacional los Viernes, al Lunes siguiente a la entrada, con pernocta. La cuarta parte de las vacaciones escolares de Semana Santa, verano y Navidad. Las partes establecerán los horarios exactos y a falta de acuerdo se hará por el órgano judicial’

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

“Se va a estimar el primero de los recursos por falta de motivación y de congruencia.

(...) La motivación contenida en la sentencia no expresa ni razona cuáles son las circunstancias que, frente a la valoración que hace la sentencia del juzgado, llevan a dejarla sin efecto para establecer un régimen de comunicaciones de los abuelos con las nietas, más allá de lo que se interesó y resulta de su condición de allegados, sin precisar si tales relaciones pueden restringir las relaciones de las niñas con su madre, como se infiere de lo dispuesto en el artículo 160 CC, y sin valorar si existe o no obstáculo ni oposición por parte del padre de las menores para que sus padres puedan compartir con el mismo el régimen de visitas establecido a su favor y, en definitiva, si esta relación es suficiente para desestimar la demanda.

La realidad es que esta sala no conoce el fundamento de su decisión más allá de una genérica remisión a criterios comunes a esta suerte de medidas, en particular del interés del menor, sin concretar si este interés quedaba satisfecho en la forma que determinó la sentencia del juzgado” (F.D. 2º) (SRLI).

Asentimiento de los padres biológicos para la adopción de su hijo menor de edad: se determina que no es necesario en función de las circunstancias del caso (edad del menor y desinterés de la madre biológica).

SAP Valencia de 6 de septiembre de 2018, rec. nº 1101/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8574494&links=&optimize=20181116&publicinterface=true>

“Para decidir sobre la cuestión controvertida, se tiene en cuenta que el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que ‘los progenitores que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente de adopción y manifestarlo así. El Letrado de la Administración de Justicia, con suspensión del expediente, otorgará el plazo de quince días para la presentación de la demanda, para cuyo conocimiento será competente el mismo tribunal’. Esta previsión legal, específicamente referida a la acción judicial destinada a que se declare la necesidad del asentimiento para la adopción de un hijo, deja fuera de aplicación al artículo 172-2 del Código Civil, tal como en

relación con el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya declaró la sentencia de esta sección de 497/2017 de 31 de mayo de 2017.

Por ello, debe dejarse sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de instancia que declaró caducada la acción de la actora para que se declare que su asentimiento es necesario para la adopción de su hijo, y debe entrarse por lo tanto en el fondo de la cuestión. Se comprueba que el menor, que ya cuenta con 17 años de edad, y cumplirá 18 años el próximo 6 de octubre, ha declarado que su voluntad es ser adoptado (folio 91). Consta que vive con sus acogedores desde que tenía 15 días de vida, y que éstos reúnen las condiciones adecuadas para la adopción del aún menor de edad, según se desprende del informe de los folios 61 y siguientes. Consta que el menor fue declarado en desamparo y luego en acogimiento familiar simple primero y permanente después con la familia seleccionada por la entidad pública, medidas de protección confirmadas por este tribunal en sendas resoluciones de 31 de octubre de 2.002 y 5 de octubre de 2.004. Esta sección acordó la realización de un informe a cargo del Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia, pero no se pudo llevar a cabo pues la apelante no compareció a las citaciones del mencionado centro para ser oída. Este comportamiento delata un desinterés que implica la inidoneidad de la recurrente para asumir el cuidado de su hijo, lo que unido a la voluntad del hijo, casi mayor de edad, de permanecer junto con los acogedores llevan a la sala a confirmar, por estos pronunciamientos de fondo, el fallo de la sentencia de instancia” (F.D.2º) [J.B.D.]

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

Jurisprudencia: El reconocimiento del lucro cesante se encuentra supeditado al acreditamiento de factores y circunstancias reveladoras de que el ilícito ha motivado la no obtención de ganancias relacionadas causalmente con tal hecho, con las correspondientes consecuencias patrimoniales negativas para el perjudicado. Como consecuencia de ello, se impone a la parte actora la carga de ofrecer los datos que, a tenor de la situación existente al presentar la demanda o en el momento de practicar la prueba, mediante su proyección sobre el periodo futuro objeto de reclamación, permitan el cálculo prospectivo del lucro cesante.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8590241&links=&optimize=20181130&publicinterface=true>

STS (Sala 1ª) de 19 de noviembre de 2018, rec. nº 936/2016.

“(…) 1.- El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte demandante, Transportes y Mudanzas Mediterráneo Express S.L. interpone una demanda contra Mapfre Familiar, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. solicitando la condena al pago de la cantidad de 14.208,70 euros de principal, más los intereses establecidos en la LCS por los trabajos de rescate y lucro cesante derivados del siniestro que sufrió la

cabeza tractora de su propiedad en el que se vio implicado el vehículo asegurado en la entidad demandada.

2.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda condenando a la demandada a que abone al demandante la cantidad de 14.208,70 euros más los intereses del art. 20 LCS desde la fecha del siniestro y las costas del procedimiento. Reconocida la realidad del siniestro la prueba practicada acreditó que el origen del accidente estuvo en el comportamiento culposo del conductor del vehículo asegurado en la compañía demandada. Estimó acreditado el coste del rescate de la mercancía por importe de 1440,70 euros, así como los daños y perjuicios sufridos según el informe pericial obrante en las actuaciones. Respecto del lucro cesante que se reclama por la paralización de la cabeza tractora, consideró probados los días de paralización así como la cuantía de los perjuicios causados.

3.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la demandada el cual fue estimado parcialmente por la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca que hoy constituye objeto del presente recurso. Dicha resolución revoca la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer la suma de 1440,70 euros como la cantidad a satisfacer por la parte demandada, en lugar de la fijada en primera instancia, ya que se rechaza la partida correspondiente al lucro cesante en tanto en cuanto la certificación gremial aportada que hace que se calculen las pérdidas en un importe de 12.768 euros en que se apoya la sentencia recurrida, no puede considerarse que constituya prueba suficiente, criticando que no se hubiera practicado prueba alguna tendente a acreditar que como consecuencia del tiempo que el vehículo hubo de permanecer en el taller para la reparación se dejara de afrontar por el actor contrato de transporte alguno, del uso que se venía haciendo del vehículo o de los contratos de transporte que no pudo ejecutar durante el periodo de paralización. Lo contrario sostiene que sería tanto como admitir que la simple existencia de un periodo de depósito del vehículo industrial previo a la reparación determina objetiva y necesariamente la existencia de un lucro cesante. (...)

La parte actora interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional al amparo del artículo del artículo 477.2.3 LEC.

Lo articula en dos motivos: El primero tiene como encabezamiento 'infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento'. En el desarrollo del motivo se combate la desestimación que efectúa la sentencia recurrida respecto del lucro cesante sufrido durante la paralización del camión por su estancia en el taller para su reparación, entendiéndose que se produce infracción del art. 1106 CC al exigir una demostración absoluta y segura de que el lucro cesante se iba a obtener, bastando a tales efectos con entender como razonable que, en el supuesto de no haber mediado el accidente, el recurrente habría dedicado el camión al uso al que estaba siendo destinado, siendo verosímil que en el desarrollo de esa actividad o uso dicho camión le habría producido un determinado beneficio patrimonial.

El segundo tiene como encabezamiento ‘infracción de jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo’. (...) Cita la SSTs de 11 de febrero de 2013 y 14 de julio de 2003 de las que extrae que en reclamaciones de lucro cesante por la paralización de un camión, la insuficiencia de elementos de prueba que permitan determinar de forma objetiva su importe, no es argumento suficiente para denegar una indemnización basada en la evidencia o curso normal de los acontecimientos, que deberán cumplir una cierta probabilidad de que, en el caso de que no se hubiera producido el suceso que lo causó el devenir normal de los hechos habría motivado la percepción del beneficio reclamado como indemnización por paralización. (...)” (F.D. 1º)

“(…) Respecto a la existencia del lucro cesante se ha consolidado una doctrina jurisprudencial por la que, acreditado el evento perjudicial y la conducta sancionable, el resarcimiento de daños y perjuicios conforme al artículo 1106 CC abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, pérdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual (Sentencia de 22 de abril de 1997). La jurisprudencia se ha orientado en esta materia con un prudente criterio restrictivo, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas. En tal sentido, dice la *sentencia de 24 de abril de 1997* que la integración del *lucrum cessans*, como elemento de indemnización, no permite incluir eventos de futuro no acreditados, rayanos en los conocidos, sueños de ganancia, ni referirse sólo a acontecimientos reales o de indiscutible dación, sino que, en una posición intermedia, se requiere que los eventos determinantes de una aportación de medios o recursos truncados por la realización del ilícito obtengan la prueba indiscutible de que generarán ese monto económico, al cual, ya totalmente predeterminado, sólo le falta su real materialización.

Así lo reitera la sentencia 48/2013, de 11 de febrero, con abundantes citas de sentencias de la sala (SSTs 16 de diciembre de 2009; 5 de mayo de 2009; 21 de abril de 2008; 18 de septiembre de 2007; 31 de mayo de 2007; y 14 de julio de 2003, entre otras más lejanas en el tiempo).

2.- De lo acabado de mencionar resulta que el reconocimiento del lucro cesante se encuentra supeditado al acreditamiento de factores y circunstancias reveladoras de que el ilícito ha motivado la no obtención de ganancias relacionadas causalmente con tal hecho, con las correspondientes consecuencias patrimoniales negativas para el perjudicado.

La jurisprudencia, en las sentencias antes citadas se funda en criterios de probabilidad, de verosimilitud, de apreciaciones prospectivas para tener por probada la existencia del perjuicio, no reteniendo datos cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético.

Como consecuencia de ello, se impone a la parte actora la carga de ofrecer los datos que, a tenor de la situación existente al presentar la demanda o en el momento de practicar la prueba, mediante su proyección sobre el periodo futuro objeto de reclamación, permitan el cálculo prospectivo del lucro cesante (STS 31 de octubre de 2007, rec. 3537/2000). (...)

Si la actora destina su camión al transporte de mercancías, como se ha demostrado, y permanece un tiempo inmovilizado para la reparación, creemos que de estos hechos se deduce necesariamente el perjuicio por lucro cesante, pues durante el tiempo que el camión permanece inmovilizado no se puede dedicar a la actividad mercantil, perdiéndose los ingresos que se podría haber obtenido, con la necesaria verosimilitud y certeza, en caso contrario, sin que, a nuestro juicio, sea necesario acudir a una complicada prueba para acreditar la realidad del perjuicio por lucro cesante. (...) Teniendo en cuenta los datos expuestos y la valoración jurídica que se ha hecho de ellos, la cuestión se contrae no tanto a la existencia del lucro cesante sino a su cuantificación. En este tipo de litigios suele ser la prueba del *quantum* el centro sobre el que gira el debate. Unas veces se acude, como solución para ello, a los certificados gremiales que las partes aportan al juicio, ya que ofrecen una idea genérica de las ganancias perdidas por la paralización del vehículo, con fundamento en estudios propios de las asociaciones o colegios profesionales.

Otras veces la solución pasa porque el perjudicado acredite, mediante la prueba más objetiva posible, las ganancias que ha dejado de obtener.

Esta segunda solución es la que la sentencia recurrida rechaza por falta de pruebas y lo motiva.

Pero como afirma la sentencia 48/2013, de 11 de febrero, en un caso similar de ausencia de pruebas que permitieran establecer de forma objetiva un perjuicio concreto que justificase el acogimiento de la pretensión, ‘ello no es argumento suficiente para negar una indemnización basada en la evidencia o curso normal de los acontecimientos que refiere constante jurisprudencia y que a la postre suponen no cargar exclusivamente sobre la víctima unos perjuicios difíciles de justificar en una actividad menor de un transporte que se contrata sin una previsión cierta y segura de su desarrollo.’

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia 568/2013 de 30 de septiembre. (...) Por tanto, y sería el caso, una vez probado que la perjudicada tuvo un vehículo paralizado y que lo destinaba a una actividad económica en la que en condiciones normales se habría obtenido un beneficio económico, la ausencia de pruebas concretas sobre ganancias determinadas, que suelen ser dificultosas a veces, no puede impedir la indemnización por lucro cesante, sino que deben ponderarse los datos existentes y fijar una cantidad prudencial.

Para ello, como referencia y no con carácter vinculante, sí pueden resultar útiles los certificados gremiales y los baremos que en ellos se aplican. (...)” (F.D. 3º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: El art. 1504 CC, que establece ciertos requisitos para la resolución de los contratos de compraventa de inmuebles, solo es aplicable a estos, pero no a otros contratos, como la promesa de venta objeto de la litis, aunque presenten ciertas analogías con aquellos.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8594529&links=&optimize=20181210&publicinterface=true>

STS (Sala 1ª) de 20 de noviembre de 2018, rec. nº 1208/2016.

“(…) El 27 de octubre de 2014 don Maximiliano, de una parte, y doña Adela e Marcelino, por otra, perfeccionaron un contrato que denominaron como de ‘arras penitenciales’. El objeto era una vivienda propiedad de doña Adela y don Marcelino, para su venta a don Maximiliano por el precio total de 112.000 €. D. Maximiliano entregó una señal de 4.000 € (en tres partes), comenzó a buscar financiación para la adquisición de la vivienda, sin resultado exitoso. El 16 de enero de 2015 doña Adela y don Marcelino enviaron un burofax a don Maximiliano rescindiendo el contrato.

2.- *Demanda.*

Don Maximiliano interpuso una demanda en ejercicio de la acción de incumplimiento de contrato de compraventa con mediación de arras confirmatorias, por cuanto D.^a Adela y D. Marcelino no requirieron al demandante a fin de que pagara el precio, dando por resuelto el contrato de manera unilateral. El demandante califica el contrato incumplido como contrato de compraventa, y de aplicación, por tanto, del art. 1504 CC.

3.- *Contestación a la demanda.*

Doña Adela e Marcelino en el escrito de contestación a la demanda se opusieron a la misma alegando que el contrato firmado el 27 de octubre de 2014, titulado ‘contrato de arras penitenciales’, es un precontrato o promesa de compraventa con fecha de vencimiento el 15 de enero de 2015, llegado el cual los demandados se limitaron a accionar la condición resolutoria recogida en el contrato (punto cuarto del contrato) que establecía:

‘Si llegado el 31 de diciembre, por causa no imputable al comprador, este no dispusiera de la financiación suficiente, este contrato quedará aplazado hasta el 15 de enero de 2015, momento en el que si el comprador no ha pagado el precio al vendedor dará por resuelto este contrato, haciendo suyas las cantidades de arras recibidas y quedando liberada para vender a quien quiera’.

4.- *Sentencia de primera instancia.*

El juzgado de primera instancia dictó sentencia en la que, en primer lugar, califica el contrato litigioso como precontrato de venta o promesa de venta, en el que

medió entrega de arras; y en segundo lugar declara que no ha habido incumplimiento de los vendedores, que se limitaron a dar por resuelto el contrato llegada la fecha límite, sin que el comprador hubiera abonado el precio pactado.

La parte demandante recurrió en apelación.

5.- *Sentencia de apelación.*

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia de primera instancia y estimó la demanda. El tribunal de apelación calificó el contrato litigioso como contrato de promesa de venta con respaldo en el art. 1451 CC, y consideró que le eran aplicables las normas previstas para el contrato de compraventa, entre ellas el art. 1504 CC, precepto que considera infringido por los vendedores demandados quienes resolvieron el contrato sin requerimiento formal previo al comprador, según lo exigido en el citado art. 6.- *Recurso de casación.*

Los demandados-apelados interponen recurso de casación al amparo del art. 477.2.3.º LEC, invocando como interés casacional la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

En el motivo primero se denuncia la infracción por incorrecta interpretación del art. 1451 CC, ya que la sentencia recurrida entra en oposición con la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que determina que a los precontratos o promesas de venta les resultan de aplicación las normas previstas para obligaciones y contratos en general del Código Civil, y no las específicas del contrato de compraventa. Doctrina contenida en las sentencias de esta sala 391/2001 de 20 de abril y 175/2012 de 21 de marzo. Se alega en el desarrollo del motivo que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida la constituye la aplicación al caso del art. 1504 CC, al amparo del cual imputa el incumplimiento contractual a los vendedores demandados por la inexistencia de requerimiento resolutorio en los términos recogidos en dicho precepto. Considera el recurrente que partiendo de la calificación del contrato que unía a las partes litigantes, realizada tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia, al precontrato o promesa de venta con arras, no le es de aplicación el art. 1504 CC.

En el motivo segundo se denuncia la infracción del art. 1504 CC ya que la sentencia impugnada entra en oposición con la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo que determina que el art. 1504 CC solo es aplicable al contrato de compraventa y no al precontrato o promesa de venta, tal como se recoge en las sentencias de esta sala 1130/2000, de 13 de diciembre, 607/2009 de 22 de septiembre y 168/2013 de 6 de marzo.

En el motivo tercero se denuncia la infracción por inaplicación de los arts. 1091, 1281, 1255 CC y el principio general del derecho *pacta sunt servanda*, ya que la sentencia recurrida entra en contradicción con la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo que determina que la libre voluntad de pactos de las partes recogida expresamente en los contratos, tal y como se contiene en las sentencias de esta sala 175/2012, de 21 de marzo, 364/2015 de 28 de junio. (...)” (F.D. 1º)

“Hemos expuesto como todo el recurso gira alrededor de una única cuestión, a saber, si el art. 1504 CC, propio del contrato de compraventa de inmuebles, es de aplicación a los precontratos o promesas de venta, previstos en el art. 1451 CC, que es el contrato que concertaron las partes.

Siendo ello así, y según autoriza la doctrina de la sala, cabe enjuiciar conjuntamente todos los motivos.

1.- Ya en fechas lejanas la sala se venía pronunciando en el sentido que interesa la parte recurrente, respecto de las promesas de venta.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de octubre de 1931 declaró: ‘...que no es de aplicación el artículo 1504 del Código civil, en el sentido que se pretende porque aquí no se trata de compraventa perfecta, que es a la que se refiere el artículo, sino sólo de promesa de venta...’ y la sentencia de 30 de diciembre de 1955 que ‘el artículo 1504 del Código civil expresivo de una particularidad especialmente establecida para el contrato de compraventa de inmuebles y, por ello, solamente aplicable a ésta y no a las modalidades de opción o promesa de venta...’ Idéntica doctrina sientan las sentencias de 7 de octubre de 1896, de 26 de enero de 1942, de 11 de noviembre de 1943, de 6 de marzo de 1954, de 10 de marzo de 1966, de 13 de abril de 1970. Respecto del incumplimiento de los contratos de promesa de venta, conforme establece el segundo párrafo del art. 1451, hay que estar a los principios generales que para las obligaciones contiene el Código civil y fundamentalmente el artículo 1124 CC.

2.- En fechas más cercanas, y hasta la actualidad, la doctrina de la sala ha sido firme y sólida en el sentido antes expuesto.

La sentencia 607/2009, de 22 de septiembre, tras exponer la existencia entre las partes de un contrato de opción de compra, que jurisprudencialmente se asimila a promesa unilateral de vender, así como que tanto la promesa unilateral como la bilateral se comprenden en el art. 1451 CC, declara que el art. 1504 CC ‘resulta de aplicación a las compraventas de bienes inmuebles ya perfeccionadas, pero no a la promesa unilateral de venta o derecho de opción en que dicha perfección queda pendiente de la decisión del comprador expresada en un plazo determinado, por lo que no existe en tal caso compraventa ni obligación alguna de pago del precio pactado hasta que dicha perfección se produzca y, en definitiva, no opera la previsión excepcional de dicha norma en el sentido de permitir al comprador pagar el precio -en las compraventas de bienes inmuebles- aún después de expirado el término fijado para ello mientras no haya sido requerido de resolución por el vendedor’.

La sentencia 620/2012, de 10 de octubre, niega en un contrato de opción de compra la aplicación del art. 1504 CC, ya que la compraventa no llegó a la fase de consumación.

3.- No siendo objeto de debate en el recurso la naturaleza del contrato de la *litis*, se ha de concluir, conforme a la jurisprudencia citada, que el art. 1504 CC, que

establece ciertos requisitos para la resolución de los contratos de compraventa de inmuebles, solo es aplicable a estos, pero no a otros contratos, aunque presenten ciertas analogías con aquellos.

Por tanto, en contra de lo sostenido por la sentencia recurrida, el art. 1504 CC no es aplicable al contrato de la *litis*, suscrito el 27 de octubre de 2014 (sentencia 1130/2000, de 13 de diciembre).

4.- Procede, pues, estimar el motivo, casar la sentencia y confirmar la de primera instancia. (...)” (F.D. 3º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: La finalidad del control de transparencia en los préstamos en divisas es la de garantizar que las instituciones financieras faciliten a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes; a este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras; de lo que se trata es de que el prestatario esté claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8591294&links=&optimize=20181203&publicinterface=true>

STS (Sala 1ª) de 26 de noviembre de 2018, rec. nº 665/2016.

“*Decisión de la sala.*

1.- En el caso que da lugar al presente recurso, desde el primer momento, en su demanda, los demandantes han interesado, en primer lugar, la declaración de nulidad de la novación en lo referente a la sustitución del euro, como moneda de pago inicialmente pactada, por el franco suizo y la conversión del capital prestado a francos suizos y, en segundo lugar, la declaración de la vigencia del préstamo original con la cantidad total prestada (incluida la ampliación acordada en el momento de la novación). Y lo han hecho invocando la normativa sobre deberes de información en los productos financieros complejos, la normativa sobre transparencia de los créditos hipotecarios, la normativa de condiciones generales, cláusulas abusivas, protección del consumidor y la teoría del error vicio del consentimiento. A todas las argumentaciones de la demandante se ha podido oponer la demandada en las distintas instancias y también ahora en su oposición al recurso de casación.

La sentencia recurrida descartó la aplicación de la normativa reguladora del mercado de valores y la de transparencia de los préstamos hipotecarios y, centrando el análisis en el cumplimiento de los deberes de claridad e información que impone la normativa de protección del consumidor, consideró que los mencionados deberes sí se cumplieron por parte de la demandada e igualmente concluyó que no hubo error. Para la valoración del cumplimiento de los deberes de información así como para la apreciación de ausencia de error, la sentencia recurrida consideró relevante la claridad del contrato, el documento suscrito por los consumidores en el que manifestaban tener un conocimiento de los riesgos de cambio que pudieran generarse durante la vida de la operación y que habían adoptado la decisión de contratar de manera libre y voluntaria, así como que en la novación se hiciese constar que la operación se había llevado a cabo por iniciativa del cliente.

2.- Frente a esta sentencia, el recurso de casación, que se interpuso mediante escrito de 18 de febrero de 2016, invocó en su segundo motivo, con apoyo en la doctrina sentada en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, que el préstamo hipotecario en divisas era un instrumento financiero regulado por la Ley del mercado de valores y que la demandada había infringido los deberes de información que le imponía esta normativa.

Este motivo no puede ser estimado. Como ya hemos apuntado, esta sala, en su sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, modificó la doctrina de la anterior sentencia 232/2015, de 30 de junio, y asumió la doctrina sentada en la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, de acuerdo con la cual no estamos ante un instrumento financiero complejo y, en consecuencia, al no ser aplicable al caso, no se ha podido infringir la normativa que los regula.

3.- Tampoco puede ser estimado el motivo tercero porque la supuesta infracción de la normativa específica de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, por sí sola, no puede fundar el recurso de casación y, además, en el momento de la celebración del contrato litigioso, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que se cita como infringida en el recurso, limitaba su ámbito de aplicación a los préstamos de una cuantía inferior a la del préstamo litigioso. Lo cierto es que la modificación del art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, por la que se estableció que la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios debía suministrarse con independencia de la cuantía de los mismos, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, fue aprobada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, con posterioridad a la celebración del contrato.

4.- Quedan por analizar los motivos primero y cuarto del recurso de casación en los que, con técnicas jurídicas diferentes, se impugna la sentencia por no haber declarado la nulidad de la novación por lo que se refiere al cambio de moneda.

En el primer motivo se invoca la doctrina sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores y en el motivo cuarto la doctrina de la nulidad por error. Así, en el primer motivo se citan como infringidos los arts. 10 bis LGDCU (en la actualidad, art. 80 TRLGDCU), 7 b de la Ley de condiciones generales de la contratación, 4.2 de la Directiva 93/2013/CEE sobre cláusulas abusivas. En el desarrollo del motivo se realizan alegaciones sobre la información exigible (no existió información precontractual ni sobre las características ni sobre los riesgos asociados), se examina el clausulado, del que se dice es confuso, y se argumenta sobre la abusividad de las cláusulas no transparentes, con referencia especial a la doctrina de la STJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13) que, según se alega, se ocupa de un supuesto idéntico al litigioso.

En el motivo cuarto se denuncia la infracción de los arts. 1261, 1262 y 1266 CC y se argumenta que, como consecuencia de la falta de información previa a la celebración del contrato y a la falta de claridad tanto del contrato privado de novación como de la propia escritura de novación, los demandantes creyeron que en cualquier momento podían cambiar de divisa y pasar al euro sin necesidad de proceder a una novación del contrato.

5.- Antes de abordar la respuesta que debe darse a las cuestiones planteadas, resulta oportuno fijar el marco normativo y jurisprudencial en el que deben ser tratadas. Durante el tiempo transcurrido desde la celebración del contrato, la presentación de la demanda y el desenvolvimiento del presente litigio en sus diversas fases, se ha desarrollado una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los préstamos en

moneda extranjera (sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerné Rábai, y de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc) a la que debemos estar para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 bis LOPJ. Sobre los problemas jurídicos que se plantean en este recurso también se ha pronunciado esta sala en las sentencias 608/2017, de 15 de noviembre y 599/2018, de 31 de octubre, a cuya doctrina debe estarse por razones de seguridad jurídica.

De acuerdo con esta doctrina:

i) no se excluye la condición de cláusulas no negociadas por el hecho de que la iniciativa de interesarse por el producto fuera del cliente ni por el hecho de que no hubiera imposición, pues la negociación debe referirse a la concreta reglamentación contractual, e incumbe al Banco probar que tales cláusulas han sido fruto de la negociación con el cliente;

ii) las cláusulas que prevén que la cotización de una divisa extranjera se aplique para calcular las cuotas de devolución de un préstamo cuyo importe se ha convertido a esa moneda según la cotización de compra de la misma divisa extranjera, pueden ser sometidas al control de abusividad si no han sido redactadas de manera clara y comprensible (art. 4.2 de la Directiva 93/13), es decir, si no superan el control de transparencia;

iii) la finalidad del control de transparencia en los préstamos en divisas es la de garantizar que las instituciones financieras faciliten a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes; a este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras; de lo que se trata es de que el prestatario esté claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos;

iv) la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, atendiendo a todas las circunstancias del caso, especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, el posible incumplimiento de la exigencia de buena fe y la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido del art. 3 de la

Directiva 93/13: se trata de verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

6.- La aplicación de esta doctrina al caso, partiendo de los hechos probados, determina que debemos estimar el primer motivo del recurso de casación por las razones siguientes.

1.ª) No consta la existencia de una negociación individual de la reglamentación contractual entre las partes, ni es creíble que pudiera existir, dado el perfil profesional de los demandantes (policía local y administrativa) y sus circunstancias, españoles que viven en España, sin que haya ninguna referencia a que dispusieran de ingresos o estuvieran habituados a operar en francos suizos. El que en la novación de la hipoteca en la que previamente se habían subrogado los demandantes se acordara una ampliación del capital no implica que las demás cláusulas del contrato fueran negociadas, pues no hay ningún dato que permita pensar que los demandantes estaban en condiciones de decidir y negociar donde se procuraban los francos suizos, o en qué momento debía hacerse el cambio, o si el precio para la conversión del capital era a precio de comprador mientras que el precio para las cuotas era a precio de vendedor, o si finalmente se hacía la entrega en francos o su contravalor.

2.^a) No consta tampoco que se facilitara una información precontractual por parte de la entidad financiera acerca de las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de las cláusulas de pago en francos suizos sobre las obligaciones financieras de los demandantes. La lectura de la escritura no suple la falta de información precontractual acerca de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, los consumidores se exponían a un riesgo de tipo de cambio que les sería difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que perciben sus ingresos. A ello hay que añadir que resulta lógico que los demandantes pensaran que el capital prestado era la suma fijada en euros, porque en la propia escritura (cláusula primera) se fija el importe y su ampliación en euros, se dice que como moneda de pago inicialmente pactada se conviene sustituir el euro por el franco suizo y solo después se dice que como consecuencia de la conversión el capital se establece en francos; también porque en esa misma cláusula se dice que esos francos se abonan en esa cantidad o su contravalor en euros. Frente a esto, no consta que el Banco les explicara otra cosa, salvo por la declaración de la empleada de la entidad lo que, a falta de otros elementos, no resulta acreditativo de otra cosa que una información verbal y genérica sobre el riesgo de fluctuación de la divisa.

En particular, el documento dos aportado por la demandada en el que la sentencia recurrida se apoya para concluir que los demandantes conocían los riesgos asociados al pago en francos suizos, por el contrario, evidencia a juicio de esta sala la ausencia de toda información. En dicho documento, suscrito el mismo día en el que los demandantes firmaron la escritura de compra con subrogación hipotecaria, el documento privado de novación y la escritura de novación, los demandantes no solo declaran su pleno conocimiento sobre los riesgos de cambio que podían generarse, sino que además declaran que tratarían de paliar dicho riesgo cambiando a otra divisa (y lo mismo se decía en el documento privado de novación) sin que la escritura incluyera sin embargo cláusula alguna de opción.

Finalmente, hay que añadir que el que la hipoteca fuera multidivisa o en divisa extranjera, lo que fue considerado relevante por la sentencia recurrida para desestimar la demanda, sería decisivo únicamente si fuera preciso analizar si hubo incumplimiento por parte de la entidad demandada ahora recurrida al no aceptar el cambio a euros cuando lo solicitaron los clientes. Por el contrario, tal cuestión, es irrelevante a efectos del juicio de transparencia de las cláusulas de la novación referidas a la moneda de pago y cálculo del capital. En definitiva, aunque la opción de cambiar de divisa y, en particular, al euro, es un remedio que puede permitir a un consumidor conocedor del mercado de divisas estar atento para reaccionar frente a las consecuencias de fluctuaciones que le resulten perjudiciales, no simplifica la complejidad de estos contratos ni elude el cumplimiento de los deberes de transparencia.

3.^a) La abusividad no deriva necesariamente de que el Banco demandado conociera en el momento de contratar cual iba a ser el futuro de las fluctuaciones sino que depende -como dice la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc- de todas las circunstancias que permitan valorar si el

profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, lo que en definitiva se traduce en valorar si, habiendo sido informado leal y completamente, el consumidor hubiera prestado su consentimiento pleno.

A efectos de valorar la buena fe del Banco es relevante el perfil de los clientes, habida cuenta de que no resulta de los hechos probados que los demandantes tuvieran inversiones o ingresos en francos suizos ni que tuvieran conocimiento del mercado de divisas. Sin necesidad de afirmar que el Banco conocía la devaluación del euro que iba a tener lugar después de la celebración del contrato sí cabe afirmar que en una negociación individual leal un consumidor del tipo de los demandados no hubiera aceptado las cláusulas en las que se determinaba el cambio de la moneda del préstamo. En particular, en la cláusula primera del contrato se dice que el capital, fijado en euros y convertido en francos suizos, se entregará en dicha cantidad o su contravalor en euros, de modo que si no se explica otra cosa un consumidor medio, como es el caso de los demandantes, solo puede pensar que el capital en euros se irá modificando siempre a la baja a medida que vaya pagando las correspondientes amortizaciones. Tampoco puede decirse que la cláusula sobre el tipo de interés permitiera conocer a un consumidor medio del tipo de los demandantes la carga económica que podía implicar, dada la conexión del libor a la divisa contratada y las consecuencias que su revalorización podía tener para el tipo de interés. Finalmente, la "cláusula de salvaguarda" ampliaba la responsabilidad hipotecaria en un 20% del préstamo para cubrir, en interés exclusivo de la demandada, las posibles oscilaciones de la cotización.

La apreciación de abusividad de las cláusulas referidas a la denominación en divisas del préstamo hace que resulte innecesario analizar el motivo cuarto del recurso de casación relativo al error en el consentimiento.

7.- Como consecuencia de la estimación del primer motivo del recurso de casación procede declarar la nulidad de la novación realizada por las partes en lo que se refiere a la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros, tal y como se establecía en la escritura de compra y subrogación de préstamo hipotecario que fue objeto de novación modificativa, y que recupera su vigencia con la ampliación del capital que se acordó en la novación, incumbiendo a la entidad demandada los gastos precisos para hacer efectiva esta declaración.” (F.D. 3º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: El retrayente cumplió escrupulosamente con su obligación de consignación de la totalidad del precio, no correspondiéndole a él darle el destino legal (art. 1521 C. Civil), por lo que no cabe exigirle más obligaciones que las legalmente impuestas en el procedimiento de retracto.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8597358&links=&optimize=20181218&publicinterface=true>

STS (Sala 1ª) de 3 de diciembre de 2018, rec. nº 282/2016.

“La demandante solicitó la elevación a público de un contrato privado de compraventa de un inmueble, en el que había asumido la posición de compradora, tras haberse subrogado en los derechos de la compradora originaria por haber ejercitado el retracto legal de condueños establecido en el art. 1522 CC.

La demandada, dueña y vendedora, se opuso porque el precio de compra no había sido satisfecho íntegramente y en consecuencia la actora no podría solicitar el cumplimiento del contrato. Se inadmitió a trámite la reconvencción.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda, mantuvo que el derecho que concede el art. 1279 CC a la actora debe respetarse, sin perjuicio de la facultad resolutoria que tiene la demandada en caso de que la compradora no hubiese respetado las condiciones de pago del precio de compra.

Se interpuso recurso de apelación por la demandada y la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación, en consecuencia, dejó sin efecto la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias por el carácter complejo y jurídicamente dudoso de la cuestión controvertida en el presente proceso.

Se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por la mercantil demandante contra la sentencia dictada por la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid. (...)” (F.D.1º).

“1.- Motivo primero.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Art. 469.1.2.º LEC. Se considera infringido el segundo inciso del art. 218.1 de la LEC, que preceptúa que el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. La sentencia recurrida utiliza una *ratio decidendi* ajena a la fundamentación jurídica de la demanda y de la contestación. En efecto, la *causa petendi* de la demanda es la facultad que concede el art. 1279 del Código Civil a los contratantes para que, desde que concurran el mutuo consentimiento, objeto y causa, compelerse recíprocamente a otorgar la escritura pública de un contrato de compraventa. A su vez, la *causa petendi* de la contestación es la excepción del cumplimiento del deber requerido por la actora, puesto que la vendedora no habría recibido la totalidad del precio del inmueble.

2.- Motivo segundo.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. Art. 469.1.3.º LEC.

La mutación argumental descrita en el motivo primero ha producido indefensión a la recurrente, puesto que no ha dispuesto de la oportunidad procesal de contradicción del argumento *ex novo* utilizado por la Audiencia Provincial. Se reproduce, a efectos de este motivo, la argumentación jurídica sostenida en el motivo primero, puesto que el quebrantamiento del art. 218.1 LEC provoca indefensión a la recurrente, toda vez que ha carecido de la oportunidad procesal de rebatir un argumento *ex novo* y ajeno a la discusión jurídica planteada en el inicio del procedimiento.

3.- Motivo tercero.- Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución. Art. 469.1.4.º LEC.

Se desestiman los tres motivos, que comparten argumentación.

Cabe rechazar la incongruencia pretendida (art. 218.1 LEC), en cuanto tanto en la sentencia de la Audiencia Provincial como en la contestación a la demanda, se parte de que el retrayente no puede instar la elevación a público del contrato de compraventa si antes no ha abonado la totalidad del precio del contrato, siendo éste el eje de la resolución.

Por el contrario el juzgado de primera instancia partía de aceptar la elevación a público, sin perjuicio de que el vendedor pudiese instar la resolución del contrato” (F.D.2º).

“1.- Motivo primero.- Infracción del art. 1521 del Código Civil y la jurisprudencia aplicable por considerarse que se ha celebrado un contrato nuevo. La norma infringida es el art. 1521 del Código Civil que establece que el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago.

2.- Motivo segundo.- Infracción de la doctrina jurisprudencial sobre cesión del contrato por ser una figura jurídica distinta a la subrogación. La sentencia recurrida en casación fundamenta su *ratio decidendi* en la teoría de la cesión del contrato, según la cual el cesionario -en este caso, la recurrente retrayente- recibiría los derechos y obligaciones que dimanaban de un contrato primitivo inicial, dando a entender con ello que nacería un nuevo contrato a la vida jurídica. Aunque el Código Civil únicamente recoge la cesión de los créditos en sus arts. 1209 y ss, la cesión del contrato ha quedado integrada en nuestro ordenamiento jurídico por conducto jurisprudencial, configurándose como una transmisión entre cedente y cesionario de la entera posición contractual que cedente poseía en una relación contractual, dando lugar consiguientemente a una sustitución íntegra en los derechos y obligaciones que dimanaban del contrato, con permanencia objetiva del contrato y sin que se produzca la aparición de un nuevo contrato entre el cesionario y la parte contractual cedida. No obstante, en virtud del retracto operado se produce una subrogación *ope legis* del retrayente en la posición contractual del retraído, siendo tal noción distinta de la cesión del contrato en cuyas circunstancias se requiere del consentimiento de las tres partes, cedente, cesionario y cedido, según ha declarado la jurisprudencia.

Se estiman ambos motivos.

En la sentencia recurrida con cierta imprecisión se refieren la subrogación y la cesión del contrato, pero todo relacionado con el tenor del art. 1521 del C. Civil.

En el presente supuesto, consta que la retrayente (en este procedimiento demandante) consignó a favor del retraído el importe de la venta, pero sin que ello repercutiese en el vendedor (art. 1157 del C. Civil), pues no consta que dicha cantidad se entregase a la entidad vendedora y acreedora (aquí demandada). Antes de dictar sentencia esta sala puso de manifiesto a las partes, las sentencias dictadas en el juicio ordinario 185/2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Madrid, pendientes de otros recursos ante esta sala, sin que ninguna de las partes se opusiese a la continuación del presente recurso 282/2016.

En dichas sentencias se declara que no procede la resolución del contrato de compraventa de 12 de diciembre de 2001, en procedimiento instado entre Beril 22 y Promabo (retrayente), declarando que esta es acreedora de Beril (vendedora).

A la vista de lo expuesto debe estimarse el recurso de casación, en cuanto el retrayente cumplió escrupulosamente con su obligación de consignación de la totalidad del precio, no correspondiéndole a él darle el destino legal (art. 1521 C. Civil), por lo que no cabe exigirle más obligaciones que las legalmente impuestas en el procedimiento de retracto” (F.D. 3º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: Aun cuando se aceptara que la voluntad de la compradora era la adquisición exclusivamente para fines residenciales -no turísticos- y nada se dijera en el contrato sobre la finalidad que perseguía, esto -como se ha dicho- constituiría un error en el consentimiento que no da lugar a la resolución sino, en su caso, a la nulidad del contrato si se solicita en plazo.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8597360&links=&optimize=20181218&publicinterface=true>

STS (Sala 1ª) de 4 de diciembre de 2018, rec. nº 450/2016.

“En fecha 8 de febrero de 2013, doña Valle interpuso demanda contra Guadalquivir Sport S.L. en la que se solicitaba al Juzgado que declarara la resolución del contrato de compraventa de un apartamento sito en Huelva, suscrito entre las partes mediante escritura pública de fecha 29 de abril de 2005, con restitución de las prestaciones objeto del mismo, esto es, devolución del precio pagado de 510.860,29 €, condenando igualmente a la demandada al pago de una indemnización de daños y perjuicios que se fijó en 91.235,95 €.

Desde su inicio la demandante alega que la causa por la que solicita la resolución del contrato es ‘el error insalvable en el momento de la firma del contrato’ en cuanto creyó adquirir un apartamento descrito como urbano residencial y posteriormente supo que se trataba de un apartamento catalogado como turístico.

Se opuso la demandada y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Dos Hermanas dictó sentencia el 18 de marzo de 2014, por la que desestimó íntegramente la demanda. Se formuló recurso de apelación por la parte demandante y la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6.ª) dictó sentencia de fecha 25 de noviembre de 2015, por la que desestimó el recurso.

La Audiencia, al valorar la prueba, considera que la compradora adquirió el inmueble como inversión, lo que supone un estudio y análisis previo de rentabilidad y un conocimiento anterior superior a quien adquiere para vivienda residencial para uso propio. El precio se estableció en un momento anterior a la crisis económica, la compradora pudo tener conocimiento del régimen urbanístico y del uso propio del apartamento, el cual ha venido explotando en régimen de alquiler.

Contra la anterior sentencia interpone la demandante recurso extraordinario por infracción procesal y de casación” (F.D. 1º).

“El único motivo de infracción procesal se formula al amparo del número segundo y cuarto del artículo 469.1 de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por vulneración de derechos fundamentales, en concreto la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, en la medida en que la sentencia recurrida contradice las disposiciones legales y la jurisprudencia relativas a la prueba en los procesos civiles, en concreto los artículos 218.2 LEC y los artículos 319 y 326 del mismo cuerpo legal.

Se formulan a continuación una serie de alegaciones que se apartan notoriamente del ámbito de este recurso y, en concreto, de la posibilidad de que esta sala revise la valoración probatoria llevada a cabo en la instancia, sin concretar adecuadamente cuál es el concreto error que se imputa a la sentencia. (...).

No se trata, por tanto, de poner de manifiesto una disconformidad con la valoración llevada a cabo por la Audiencia sino que se requiere la referencia a un concreto medio probatorio y, singularmente, la efectiva influencia de tal valoración en la decisión finalmente adoptada, que no se aprecia en el caso presente como se razonará al examinar el recurso de casación. Por tanto, el recurso por infracción procesal ha de ser desestimado” (F.D. 2º).

“El primero de los motivos se formula por infracción del artículo 1124 CC y denuncia incumplimiento por parte de la demandada en la entrega de la cosa objeto del contrato.

El motivo se desestima en tanto que efectivamente el artículo 1124 CC contempla el supuesto de resolución por incumplimiento contractual, pero tal incumplimiento podría ser apreciado únicamente en el supuesto de que el vendedor no entregara la cosa que fue objeto del contrato o entregara otra esencialmente distinta a aquella sobre la que se pactó. No es esa la situación planteada y buena prueba de ello es que la propia parte demandante, desde el

inicio de su demanda, pone de manifiesto que incurrió en error al contratar respecto del carácter de la finca. Incluso, en la formulación del motivo, afirma la parte recurrente ‘que en el momento de la compra mi mandante no podía querer adquirir más que aquello que realmente creía estar adquiriendo.’

El error, siempre que concurran en él los requisitos legales, supone un vicio del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato si así se solicita dentro del plazo de cuatro años que para la caducidad de dicha acción establece el Código Civil, que en este caso se cuentan desde la consumación del contrato (artículos 1265,1266 y 1301 CC). (...)” (F.D. 3º).

“El segundo motivo del recurso se formula por infracción del artículo 1281 CC. Se afirma por la parte recurrente que la sentencia dictada por la Audiencia dice que "no se desprende de la relación jurídico comercial mantenida entre las partes cuál era la voluntad de la compradora".

Cuando se imputa a la sentencia impugnada haber incurrido en determinada infracción legal en su razonamiento, es necesario citar textualmente y localizar en la sentencia dónde se encuentra la afirmación de que se trata. En este caso no lo ha hecho así la parte recurrente y, desde luego, la sentencia no ha utilizado tales términos.

En todo caso, aun cuando se aceptara que la voluntad de la compradora era la adquisición exclusivamente para fines residenciales -no turísticos- y nada se dijera en el contrato sobre la finalidad que perseguía, esto - como se ha dicho- constituiría un error en el consentimiento que no da lugar a la resolución sino, en su caso, a la nulidad del contrato si se solicita en plazo.

Del mismo modo, ninguna vulneración cabría apreciar respecto de la aplicación del artículo 1281 CC pues evidentemente del texto del contrato se desprendería como intención de las partes la de vender y comprar un apartamento determinado sin que pueda deducirse que era condición esencial por parte de la compradora que no estuviera destinado a uso turístico (...)” (F.D. 4º).

“El tercer motivo del recurso se formula por infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que entiende la parte recurrente que dicha norma ha sido infringida por la Audiencia puesto que los asientos por los que se inscriben los títulos en el Registro de la Propiedad producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, ya que se presume que lo inscrito en el Registro de la Propiedad se corresponde con la realidad y en este caso nada constaba en la inscripción acerca de que se tratara de un apartamento turístico.

El motivo se desestima puesto que las consecuencias que pudieran extraerse de la forma en que el inmueble aparece inscrito en el registro de la propiedad constituye una cuestión nueva no tratada por la sentencia que se recurre, sin que constituyera fundamento del recurso de apelación ni se aludiera a ella en la demanda (...)” (F.D.5º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: En cualquier caso, el art. 1255 del CC permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8597361&links=&optimize=20181218&publicinterface=true>

STS (Sala 1ª) de 4 de diciembre de 2018, rec. nº 838/2016.

“Se presentó demanda por la entidad Venysan, S.A. en la que interesaba la resolución del contrato de permuta por obra futura suscrito entre las partes en escritura pública de fecha 14 de diciembre de 2006 y, en consecuencia, la anulación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones de las fincas registrales efectuadas con ocasión de dicha transmisión a favor de la demandada Rema-Luz S.L., ordenando nueva inscripción a favor de la demandante Venysan S.A. para que tales fincas volvieran a la titularidad de la demandante. También solicitaba que se declarase ajustada a derecho el cobro de la cláusula penal establecida en el contrato y que había sido satisfecha a la demandante por la entidad Cajamar a través de la ejecución del aval bancario que había sido constituido por la demandada con ocasión del contrato litigioso.

La demandada contestó a la demanda oponiéndose, formulando al mismo tiempo una demanda reconvenional de carácter subsidiario para el caso de que fuera estimada la demanda principal. Las peticiones del suplico de la contestación son: - que se desestimase la demanda, declarando improcedente la resolución del contrato, así como la ejecución del aval por importe de 1.400.000 euros, condenando a la actora a la devolución de su importe y estimando prorrogado el contrato por tres años de conformidad con la cláusula octava del mismo; - subsidiariamente, para el caso de que se entienda que la cláusula resolutoria del contrato contenía un plazo esencial se declare la inexistencia de incumplimiento imputable a esta parte, declarando resuelto el contrato, con devolución de las prestaciones y la improcedente operatividad de la cláusula penal, con devolución de su importe;- y todo ello con imposición de costas.

La demanda reconvenional se vinculaba a la estimación de la demanda principal y solicitaba la condena de la actora a restituir a la demandada el importe percibido en concepto de IVA por el referido negocio (640.000 euros) junto con sus intereses legales.

En primera instancia se estimó íntegramente la demanda y se declaró: 1. La resolución del contrato y, en consecuencia, la anulación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones de las fincas registrales efectuadas con ocasión de dicha transmisión a favor de la demandada Rema-Luz, S.L., y 2. Correcto el cobro de la penalización acordada entre las partes y ya cobrada por la entidad Venysan, 3. Con imposición de costas a la demandada. (...).

Recurrida en apelación por la demandada, esta expuso en la alegación tercera sus posiciones, manifestando que ‘acepta expresamente la declaración del juzgador de estimar la primera petición de la demanda y, en consecuencia, se aquieta ante la declaración de la resolución del contrato de permuta integrante del pronunciamiento n.º 1 del fallo, el cual queda fuera del objeto material de este recurso de apelación’. Añade que ‘desiste esta parte de las pretensiones ejercitadas en la demanda reconvenicional dado que la cuota tributaria del IVA pagada a Venysan S.L. es de origen y naturaleza legal’. De esta forma continua ‘el presente recurso se interpone frente al pronunciamiento de la sentencia distinguido en el fallo con el número 2 y con el número 3’.

Concretando en el suplico que con revocación de la sentencia de primera instancia se dicte nueva sentencia por la que se declare la ineficacia e inaplicación de la cláusula penal o a lo sumo, alternativamente se modere, cuantificando la pena en un 10% (140.000 euros), condenando a la actora a restituir el resto de lo percibido; se declare la inexistencia de incumplimiento imputable a la demandada; se declare que ante la inexistencia de pagos a cuenta no ha lugar a pronunciar condena en este sentido y ello con la declaración de que respecto al pago del IVA las partes estarán a lo dispuesto en la ley reguladora del IVA y en todos estos casos, con estimación parcial de la demanda cada parte deberá satisfacer las costas causadas.

En la Audiencia Provincial se estimó el recurso de apelación y se revocó la sentencia de primera instancia dejándola sin efecto y, en su sustitución se desestimó la demanda principal y se estimó parcialmente la reconvenición y, en consecuencia, se condenó a Venysan a pagar a Rema-Luz S.A. 1.400.000 euros, más los intereses legales desde la presentación de la demanda, desestimando la reconvenición en todo lo demás. Se impusieron las costas de primera instancia al actor y a ninguna de las partes en segunda instancia (...). La parte actora interpuso recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal (...)” (F.D.1º).

“Motivo primero.- Infracción del art. 1255 del CC, y del principio general del derecho *pacta sunt servanda* del que es expresión el art. 1091 del CC y su interpretación jurisprudencial, puesto en conexión con la interpretación y aplicación de las estipulaciones séptima y octava del contrato de permuta de fincas por obra futura suscritos entre Venysan S.A., como cedente, y Rema-Luz S.L., como cesionaria, que establecen una condición resolutoria explícita con cláusula penal cuyo supuesto de hecho es la falta de entrega de la contraprestación contraída por Rema-Luz S.L. en el plazo y forma pactada” (F:D.2º).

“*Decisión de la sala. Condición resolutoria expresa.*”

Se estima el motivo.

No se discute la naturaleza jurídica del contrato que todos denominan de permuta de suelo por obra futura.

Constan las siguientes estipulaciones en el contrato:

1. Estipulación cuarta:

‘CUARTA.- La entidad Rema-Luz, Sociedad Limitada, se obliga además de asumir todos los costes de urbanización antes referidos, a promover, construir y entregar a Venysan, S.A., los elementos individuales correspondiente al 25% citado en la estipulación segunda con las instalaciones, terminaciones y calidades que se relacionan en el anexo I, memoria de calidades, que se une a la presente escritura firmado por ambas partes y que serán iguales que las que la compradora instale o ejecute en el resto de las unidades de los edificios que a ella le corresponda’”.

"La construcción de la edificación objeto de este contrato, habrá de efectuarse de la manera siguiente:

‘1.- Una vez aprobadas por los organismos competentes las distintas fases del planeamiento urbanístico necesario y terminadas y recepcionadas provisionalmente por el Excelentísimo Ayuntamiento de Almería, las obras de urbanización del sector correspondiente, se procederá, en el plazo máximo de tres meses, por parte de Rema-Luz, Sociedad Limitada, a pedir licencia de obras para una primera promoción, debiendo esta solicitud ir acompañada de la total documentación que por parte del Excelentísimo Ayuntamiento se exija para poder otorgar dicha licencia; debiendo comenzar las obras en el plazo de tres meses desde la concesión de la licencia; y debiendo concluir las y entregar la edificación objeto de contraprestación en un plazo máximo de treinta meses, contados igualmente a partir de la fecha de obtención de la licencia de obras; y así sucesivamente.

‘En el supuesto de que por parte de la Junta de Compensación o cualquier otro se avale, ante el Excelentísimo Ayuntamiento de Almería, la totalidad de las obras de urbanización, de forma tal que se pueda solicitar licencia de obras con anterioridad a la recepción de obras de urbanización, el plazo anterior de tres meses para solicitar licencia de obras, vendrá determinado desde la efectividad de dicho aval.

‘El incumplimiento del plazo anteriormente establecido para la solicitud de la licencia de obras y plazo de entrega de edificación objeto de la contraprestación, podrá dar lugar, a opción de la parte vendedora, a resolver el presente contrato sin necesidad de requerimiento o intimación previa alguna, volviendo a Venysan, S.A., la propiedad de las fincas transmitidas a la sociedad Rema-Luz, Sociedad Limitada, o de las fincas de resultado asignadas a Rema-Luz, Sociedad Limitada, quedando beneficio de Venysan, S.A., y por ende, de la finca, todo lo en ella edificado, sin derecho a indemnización o compensación alguna a favor de Rema-Luz, Sociedad Limitada, con pérdida de las cantidades entregadas hasta ese momento.

‘No obstante todo lo anterior, toda la edificación resultante ha de estar construida y entregada antes del día 14 de octubre de 2.011, salvo acuerdo previo de las partes, que podrán novar en todo o en parte la presente escritura’.

2. Estipulación séptima:

‘SÉPTIMA.- Condición resolutoria.

‘El incumplimiento por parte de la mercantil Rema-Luz, Sociedad Limitada, de no solicitar la licencia de obras al Excelentísimo Ayuntamiento de Almería, en el plazo de tres meses desde la recepción provisional de las obras de urbanización de los Sectores SUP-AMA-01/802 y SUP-AMA-04/802, o bien no entregar los elementos individuales correspondientes al veinticinco por ciento (25%), de la totalidad de la edificabilidad, tanto sobre rasante como bajo rasante, en las parcelas netas que se le asignen a "Rema-Luz, Sociedad Limitada", dentro de los sectores SUP-AMA-01/802, Y SUP-AMA-04/802 del PGOU de Almería, antes del día 14 de octubre de 2.011, podrá dar lugar, a opción de la parte vendedora con el carácter de condición resolutoria a la resolución de pleno derecho del presente contrato, con pérdida para Rema-Luz, Sociedad Limitada, de los gastos y obras hasta entonces realizadas, quedando pues facultada Venysan, S.A., a resolver el presente contrato, sin necesidad de requerimiento o intimación previa alguna, volviendo a Venysan, S.A., la propiedad de las fincas transmitidas a la mercantil Rema-Luz, Sociedad Limitada, o de las parcelas resultantes, quedando en beneficio de Venysan, S.A., y, por ende, de la finca, todo lo en ella edificado, sin derecho a indemnización o compensación alguna a favor de Rema-Luz, Sociedad Limitada, con pérdida de las cantidades entregadas hasta ese momento; siendo facultad de Venysan, S.A., el subrogarse en los derechos derivados de la licencia de obra obtenida previamente por Rema-Luz, Sociedad Limitada, viniendo obligada ésta a firmar cuantos documentos y a realizar cuantas gestiones sean precisas a los fines de tal subrogación; o a exigir el cumplimiento del mismo sin perjuicio de la reclamación en ambos casos de los daños y perjuicios que se hubieran originado.

‘Solicitándose expresamente del Sr. Registrador de la Propiedad proceda a la inscripción de la anterior condición resolutoria, la cual deberá ser trasladada por subrogación real, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 del R.D. 1093/97, de 4 de Julio, a las fincas de resultado que correspondan a la mercantil Remaluz, S.L., como consecuencia de la venta de las unidades de aprovechamiento objeto de la presente escritura’.

‘Con independencia de la procedencia de la reclamación de los daños y perjuicios, en caso de incumplimiento, se establece como cláusula penal, el pago por parte de Rema-Luz, Sociedad Limitada, a Venysan, S.A., de un total de un millón cuatrocientos mil euros (1.400.000,00.-€), por lo que la parte compradora entrega en este acto, aval bancario prestado por entidad nacional de primer orden, por el importe de un millón cuatrocientos mil euros (1.400.000,00.-€); aval, que se hará efectivo a primer requerimiento y previa conformidad del texto por el vendedor.

Copia testimoniada del mismo se adjunta a la presente, entregándose el original del aval a la mercantil Venysan, S. A.?’

‘Dicho aval será devuelto a la entrega del último de los elementos individuales comprendidos en el precio de la contraprestación, pudiendo, a voluntad de las partes reducirlo en función y proporcionalidad a la obra terminada y entregada’.

‘Se entenderá que las obras han sido finalizadas cuando obtengan la previa y preceptiva licencia de primera ocupación, con la entrega, a su vez de la totalidad de los boletines de instalación para el suministro de agua potable, energía eléctrica, gas y cualquier otro servicio del edificio, de las viviendas o de las plazas de garaje que de ellos requiriese’.

Por el recurrente (demandante) se entiende que la aplicación de la mencionada condición resolutoria, determinaría la resolución del contrato por incumplimiento del comprador al no hacer entrega de los elementos individuales equivalentes al 25% de la totalidad de la edificabilidad, antes del 14 de octubre de 2011.

En la sentencia recurrida se entiende que la condición resolutoria quedaba supeditada a la no obtención de licencia de obra, y como se declara en la sentencia recurrida ello no pudo efectuarse por la no finalización del planeamiento por las autoridades municipales.

Esta sala ante la clara redacción de la estipulación séptima, debe declarar que la interpretación efectuada en la sentencia recurrida es ilógica, pues tratándose de dos sociedades expertas, formalizaron un contrato de permuta de suelo por obra, en la que la propietaria de la finca transmitía el dominio, con la consiguiente merma de garantías, que trató de paliar mediante la constitución de una aval a primer requerimiento que cubría el importe de la cláusula penal y mediante una condición resolutoria expresa, que ‘o bien no entregar los elementos individuales correspondientes al veinticinco por ciento (25%), de la totalidad de la edificabilidad, tanto sobre rasante como bajo rasante, en las parcelas netas que se le asignen a Rema-Luz, Sociedad Limitada, dentro de los sectores SUP-AMA-01/802, Y SUP-AMA-04/802 del PGOU de Almería, antes del día 14 de octubre de 2.011, podrá dar lugar, a opción de la parte vendedora con el carácter de condición resolutoria a la resolución de pleno derecho del presente contrato...?’.

Esta cláusula lo que viene a determinar, mediante pacto, es que independientemente de las vicisitudes de planeamiento, Rema-Luz se comprometía a entregar las parcelas netas antes del día 14 de octubre de 2011, riesgo que libremente asumió y cuyas consecuencias debe soportar.

Por ende, debe concluirse la plena operatividad de la cláusula penal, cuyo importe de 1.400.000 euros ya se encuentra en poder de Venysan por ejecución del aval a primer requerimiento constituido para garantizar Rema-Luz el cumplimiento de sus obligaciones.

En este sentido ha declarado la Sala:

‘En cualquier caso, como declara la sentencia de 30 de abril de 2010 (rec. 677 de 2006), el art. 1255 del CC ‘permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria’’. (Sentencia de 23 de octubre de 2012, rec. 765 de 2010), (sentencia 637/2017 de 23 de noviembre).

En resumen, se estima el recurso (...)’ (F:D. 3º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: Con independencia de cuál sea la interpretación técnicamente correcta y con independencia de la solución que se haya podido imponer en la práctica tributaria, lo cierto es que la cuestión ha sido discutida en los tribunales y el actor no intentó agotar la vía administrativa, por lo que ni puede apreciarse negligencia profesional del notario ni el actor puede pretender que sea el notario quien asuma el pago de las cantidades liquidadas por el órgano tributario.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8603692&links=&optimize=20190104&publicinterface>

STS (Sala 1ª) de 19 de diciembre de 2018, rec. nº 2466/2016.

“i) En el mes de julio de 2010, estando en Benicasim, residencia estival de los litigantes, el demandante se encontró con el demandado, notario de profesión y del que es amigo, y le comentó que sus padres tenían previsto donarle en breve una cantidad importante de dinero, preguntándole cuándo tenían que ir a otorgar la escritura pública de donación a su notaría, respondiendo el demandado que por no incomodar a los padres del actor que tenían que desplazarse a la localidad de La Vall D`Uixó, donde se halla la notaría de la que es titular el demandado, y dado que el plazo para poder gozar de la reducción fiscal estaría vigente, al menos, hasta final de año, se podía otorgar hasta dicha fecha la escritura.

ii) En fecha 11 de agosto de 2010, fue transferida a la cuenta del actor desde la cuenta de sus padres, y por orden de los mismos, la cantidad de un millón de euros, importe de la donación cuya realización había sido advertida al notario.

iii) De acuerdo con lo aconsejado por el demandado al actor, y en la convicción de que, tal como le había indicado, los beneficios fiscales por parentesco en este tipo de actos jurídicos se mantenían hasta final del ejercicio fiscal en el que se hubiere realizado la donación, fue en fecha 18 de noviembre de 2010, cuando el demandante, junto con sus padres, comparecieron en la notaría del demandado al objeto de otorgar la correspondiente escritura de donación.

En dicha escritura se formalizaba la donación de un millón de euros, protocolizándose el justificante de la transferencia mencionada, y se condonaba la deuda que tenían el demandante con respecto a sus padres por un préstamo que, por importe de 135.000 euros, habían realizado a su favor en 30 de octubre de 2009. Otorgada la escritura, el demandado se encargó de que en la misma notaría se procediese a liquidar los impuestos que correspondiesen, confeccionándose y

cumplimentándose en la notaría el modelo de impuesto, procediendo a liquidar la operación como ‘bonificada’, congruentemente con lo que el notario había asesorado al actor, aplicando la reducción por parentesco que minoró la cuota tributaria en 299.616,20 euros, resultando una cuota a pagar de 3.026,42 euros, que el actor satisfizo.

iv) En el momento del otorgamiento no realizó el notario mención alguna a la fiscalidad de la operación, protocolizando en la escritura la transferencia cursada en agosto y en la que se detalla claramente que el motivo de la transacción respondía a una donación, y en congruencia con el error cometido por el notario en el asesoramiento prestado previamente en el mes de julio, confeccionó y liquidó el impuesto aplicando la reducción en la creencia de que hasta el final del ejercicio fiscal la reducción era practicable.

v) En fecha 22 de febrero de 2013 se notificaron al actor las comunicaciones en las que se le daba traslado de la propuesta de liquidación del impuesto de donaciones devengado a consecuencia de la escritura otorgada en fecha 18 de noviembre de 2010, en las que se ponía de manifiesto que las propuestas derivaban del transcurso del plazo de treinta días para el otorgamiento de la escritura prevista en la normativa invocada y contado desde la fecha en la que se realiza la donación.

A la vista de la rigurosidad del requisito formal que exige la norma de que el otorgamiento de la escritura pública comprensiva del acto gravado se otorgue en el plazo de treinta días desde su consumación, y siendo manifiesto que el mismo se había realizado en fecha 11 de agosto de 2010, no presentó alegación alguna.

vi) En fecha 4 de abril de 2013 se notificaron al actor las liquidaciones provisionales del impuesto de donaciones por importe de 117.966,78 euros cada una y dos liquidaciones más por recargo a consecuencia de la declaración extemporánea, que ascienden cada una a 8.847,51 euros. Recibidas las liquidaciones, el demandante requirió al demandado a los efectos de que asumiera su responsabilidad, dando cuenta el demandado de lo acaecido a su Colegio, según manifestó, sin que hasta la fecha se le haya dado respuesta al actor. En fecha 29 de julio de 2013, el demandante abonó el importe de las cuatro liquidaciones.

vii) El demandante razonó que, consecuencia directa de la negligencia notarial, fue la imposibilidad de aplicar la reducción fiscal por parentesco del 99% sobre la cuota del impuesto. En consecuencia, el daño se cuantificó en el 99% del importe de las cuotas que se reflejan en ambas liquidaciones, es decir, la cantidad de 233.574,22 euros, a cuya cifra se añadió el importe de los recargos, lo que hacía un total de 251.359,58 euros. (...).

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

3.- El demandante interpuso recurso de apelación y la Audiencia lo estimó en lo sustancial, revocando la sentencia del juzgado y condenando al demandado al pago de parte de la suma reclamada. (...)

4.- D. Modesto interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación” (F.D.1º).

“Recurso de casación. Decisión de la sala.

1.- Los motivos primero y segundo están íntimamente relacionados y se van a estudiar conjuntamente para desestimarlos.

El recurso dedica los motivos primero y segundo a defender la falta de responsabilidad del notario demandado con el argumento de que, al no haber cobrado los honorarios correspondientes al otorgamiento de la escritura, ni hay contrato ni puede hablarse de responsabilidad contractual.

Ambos motivos se desestiman porque ni los preceptos que se dicen infringidos ni la cita de jurisprudencia de esta sala que se alega para justificar el interés casacional combaten eficazmente el razonamiento de la sentencia, que argumentó que existió un arrendamiento de servicios en el que se condonaron los honorarios, por lo que consideró que no quedaba excluida la responsabilidad contractual.

El primer motivo se limita a afirmar que sin precio no hay arrendamiento y pretende justificar la doctrina jurisprudencial con sentencias sobre asuntos que versan sobre reclamación de honorarios en servicios profesionales, en particular cuando no se ha fijado el precio de antemano y se discuten los criterios de determinación a posteriori. Esta cuestión es totalmente ajena a la que aquí se analiza y no guarda ninguna relación con lo acontecido en el caso, en el que se reclama por una responsabilidad por negligente asesoramiento en el marco del otorgamiento de una escritura pública. El que la prestación del ministerio notarial tenga carácter obligatorio (art. 2 de la Ley del notariado y art. 3 del Reglamento notarial) es compatible con que los notarios sean a la vez funcionarios públicos y profesionales del derecho (art. 1 del Reglamento notarial), por lo que existe una peculiar relación profesional con las personas que solicitan su intervención.

Esta relación profesional no desaparece por el hecho de que el notario dispense los derechos devengados por cualquier acto o contrato cuya documentación autorice, de acuerdo con lo previsto en la norma decimotercera del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios que, por otra parte, también establece en su norma segunda que el notario no podrá percibir cantidad alguna por asesoramiento o configuración del acto o negocio cuya documentación autorice.

En el segundo motivo, para excluir la responsabilidad del demandado, se invocan las reglas de irresponsabilidad del donatario por los vicios de la cosa donada. Tampoco puede prosperar porque el precepto que excluye la responsabilidad del donatario por el saneamiento no permite eludir la exigencia de un comportamiento diligente conforme a la cualificación y competencia profesional que se requiere para ejecutar la prestación de que se trate (en el caso, el otorgamiento de una escritura pública y la información pertinente).

Otra cosa es que, declarada la responsabilidad, la falta de retribución pudiera considerarse en algún caso, en atención a las circunstancias, un elemento para modular la responsabilidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1104 CC.

2.- El motivo tercero del recurso, que va a ser estimado, plantea la verdadera cuestión jurídica decisoria de este asunto, que no es otra que la valoración de la existencia de culpa o negligencia en la actuación notarial como fundamento de la responsabilidad por los daños invocados por el demandante.

i) El recurrente denuncia infracción del art. 1101 CC en relación con lo que se establece respecto de la actuación profesional de los notarios en los arts. 1 y 146 del Reglamento notarial. Cita doctrina jurisprudencial de la sala de la que resulta que, en materia de responsabilidad profesional, ha de quedar probada la falta de diligencia en la prestación, el incumplimiento de las reglas del oficio imputable a quien lo ejerce profesionalmente así como ser esa la causa del daño producido (sentencias 628/2011, de 27 de septiembre, 374/2013, de 5 de junio, y 959/2008, de 22 de octubre, sobre responsabilidad de abogado; sentencia 333/2008, de 14 de mayo, sobre responsabilidad de abogado y de notario).

ii) Con carácter previo debemos señalar que el motivo ha de examinarse en tanto no se plantea una alteración de los hechos probados según la sentencia que se recurre, sino de la valoración de una conducta como culposa o negligente y su influencia en la producción del daño reclamado. Esta valoración, realizada en la instancia, es susceptible de ser revisada casacionalmente, pues la apreciación de la culpa o negligencia es una cuestión jurídica, según doctrina constante de esta sala (sentencias 967/2002 de 21 octubre, 772/2008, de 21 julio, 247/2014, de 19 de mayo, 185/2016, de 18 de marzo, y 370/16, de 3 de junio, entre otras) y también lo es el juicio de valor mediante el que se determina si el resultado producido es imputable al demandado.

iii) Por lo que se refiere al fondo del asunto, debemos partir del marco jurídico aplicable a la responsabilidad del notario. Junto a algunas disposiciones puntuales dispersas, en particular en la legislación notarial, la norma básica está contenida en el art. 146 del Reglamento notarial, conforme al cual, ‘el notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable’. Como resulta claramente de su lectura, este precepto no determina de modo directo en qué casos responde el notario. En consecuencia, la responsabilidad civil del notario debe fundarse en las reglas generales de responsabilidad civil, atendiendo a la naturaleza y contenido de la función que tiene encomendada el notario.

iv) En particular, en atención a la cuestión jurídica que se plantea en este recurso, hay que precisar que los notarios, ‘como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar’ (art. 1 del Reglamento notarial).

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de enero de 1996 distinguió, dentro de la actividad que el notario presta al que solicita sus servicios, entre: ‘1. Las actividades de asesoramiento previo, en las que el notario asesora, y en algunos casos puede llegar hasta aconsejar, sobre los medios legales más adecuados para que el negocio jurídico que se le somete surta efectos; 2. Las actividades de redacción y dación de fe de la escritura pública; y 3. La posible gestión o tramitación del documento, para que mediante el desenvolvimiento de los trámites posteriores al otorgamiento del documento notarial, pueda éste, por sí solo o acompañado de otros que resulten necesarios, cumplir las obligaciones fiscales’.

Como declara la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1995, el notario tiene el deber de ‘asesorar debidamente a los otorgantes informándoles de forma exhaustiva sobre las circunstancias y los efectos del documento otorgado por los mismos, con una actuación profesional cuya imparcialidad, legalmente exigida, implica "una asistencia especial al otorgante necesitado de ella' (arts. 1.2 y 147 del Reglamento notarial)’.

Finalmente, por lo que se refiere al asesoramiento en materia fiscal, como dice la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de enero de 2016, no cabe duda de que los notarios deben tener unos conocimientos fiscales mínimos para prever, entender y explicar las consecuencias fiscales de los negocios jurídicos reflejados en los documentos que autorizan, sin que de ello quepa inferir que los notarios deban asumir la función de asesores fiscales de las operaciones o negocios jurídicos que autorizan ni hacerse responsables del resultado fiscal, máxime cuando las calificaciones tributarias tienen criterios divergentes según el órgano administrativo o judicial.

v) La sentencia recurrida considera que hubo negligencia porque el notario ‘debió informar al actor de que la escritura pública se debería efectuar dentro del plazo de treinta días hábiles a contar desde que tuvo lugar la donación por parte de los padres, presentando la liquidación del impuesto dentro del citado plazo’. La Audiencia parte de que el notario incurrió en error tanto en el asesoramiento que prestó al actor en julio de 2010, cuando los litigantes se encontraron en su común lugar de residencia estival, como cuando en el momento del otorgamiento de la escritura no le advirtió de que había transcurrido el plazo para solicitar la reducción del impuesto. La Audiencia apoya su razonamiento, fundamentalmente, en que la donación se produce en el momento en que se entrega la suma de dinero mediante la transferencia bancaria, que así lo entendió el órgano liquidador y así lo ha venido declarando la doctrina jurisprudencial, con cita de una sentencia de la sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 17 de enero de 2014.

El recurrente se alza frente a esta valoración de negligencia y, entre otras alegaciones, reitera que el propio actor, abogado de profesión y que había recibido donaciones con anterioridad, no podía imputar al notario su propia falta de diligencia en las actuaciones previas a un acto patrimonial de la importancia del

realizado (una donación de un millón de euros), que el asesoramiento notarial solo puede estar en función de la escritura que otorga y que la liquidación del impuesto efectuada en la notaría se ciñó a lo expresado por las partes en la escritura de donación en el sentido de que la donación se efectuaba en esa fecha (...).

Con carácter general debe afirmarse que el asesoramiento erróneo prestado por un profesional en materia propia de su actividad, aunque sea fuera del lugar en el que presta sus servicios, puede dar lugar a responsabilidad cuando, del conjunto de circunstancias, sea razonable deducir que tal asesoramiento ha sido la causa de un daño. Con todo, es indudable que no puede merecer la misma valoración el asesoramiento prestado en una consulta profesional realizada en la sede de trabajo del profesional, a la que el cliente acude buscando consejo, en especial cuando el negocio proyectado es de elevada cuantía, que la información improvisada suministrada en una conversación mantenida en un encuentro casual en un lugar estival. Este dato, unido a las demás circunstancias del caso, incluido el otorgamiento previo de otra donación ante otro notario, según resulta de la liquidación del órgano tributario a la que se refiere la sentencia de la Audiencia, impide valorar como razonable la explicación de que el modo de proceder del demandante y sus padres, esto es la transferencia de los primeros al segundo en el mes de agosto y que todos ellos comparecieran en la notaría en noviembre para otorgar la escritura de donación, obedeciera al asesoramiento del demandado.

Por lo que se refiere al momento del otorgamiento de la escritura la Audiencia considera que hubo negligencia ‘por cuanto al testimoniar la transferencia del importe de la donación y conocer que esta se había efectuado el 11 de agosto de 2010, debió advertir al demandante de que había transcurrido el plazo para solicitar la reducción del impuesto, lo que no hizo, procediendo el personal de la notaría a confeccionar la autoliquidación del impuesto solicitando en el mismo la reducción de la base liquidable’. Esta sala no comparte la valoración de la Audiencia y considera que en el caso examinado no se advierte que la conducta del notario demandado sea susceptible de ser calificada como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional. En el caso, no puede hablarse de un error que permita apreciar la culpa o ignorancia inexcusable del notario porque el tema ha sido discutido en los tribunales de justicia.

La Audiencia cita una sentencia de la sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de la que, según dice, resultaría que la donación se perfeccionó con la transferencia, por lo que transcurrido el plazo para la declaración del impuesto cuando se otorgó la escritura no procedería la bonificación. Puesto que la fecha de la sentencia que cita es posterior a los hechos que dan lugar al presente recurso ese dato, por sí solo, no evidencia la ignorancia del notario acerca de la interpretación que mantenían los tribunales. Esta sala, por el contrario, tiene conocimiento de la existencia de sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia que en la interpretación de normas similares han resuelto en sentido contrario. Así, la sec. 9.^a de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia Madrid, en sentencias 756/2013, de 24 de julio, y 794/2013, de 25 de julio (que cita la anterior de 28 de mayo de 2013, rc.

157/2011), ha considerado que en los casos juzgados el hecho imponible del impuesto de donaciones se produjo con el otorgamiento de la escritura pública, no con la transferencia bancaria, y ha permitido aplicar la bonificación.

Con independencia de cuál sea la interpretación técnicamente correcta y con independencia de la solución que se haya podido imponer en la práctica tributaria, lo cierto es que la cuestión ha sido discutida en los tribunales y el actor no intentó agotar la vía administrativa, por lo que ni puede apreciarse negligencia profesional del notario ni el actor puede pretender que sea el notario quien asuma el pago de las cantidades liquidadas por el órgano tributario.

Procede por ello estimar el motivo tercero del recurso, casar la sentencia recurrida y confirmar la sentencia de primera instancia. (...)” (F.D.4º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: Compra de bonos estructurados por parte de quienes querían adquirir productos garantizados: aun habiendo caducado la acción de nulidad por error, es posible recuperar las cantidades perdidas por vía del art. 1101 CC, por incumplimiento por parte del banco de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de productos financieros.

STS (Sala 1ª) de 31 de enero de 2019, rec. nº 1932/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8651165&links=%221932%2F2016%22%20%2262%2F2019%22&optimize=20190208&publicinterface=true>

“(…) sí procedía la estimación de la acción de indemnización de daños y perjuicios, al amparo del art. 1101 CC, por el negligente cumplimiento por el banco de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los productos financieros objeto de la demanda. Conforme a los hechos probados, los bonos adquiridos, que encerraban un elevado riesgo, fueron adquiridos por las demandantes bajo las recomendaciones de su asesor de banca personal (empleado del banco demandado), fiadas en que el capital estaba garantizado. Se aprecia un cumplimiento negligente de los deberes congénitos al asesoramiento en la adquisición de estos productos, pues a unas clientes que buscaban una inversión en que el capital estuviera garantizado, se les recomendó la adquisición de unos bonos que conllevaban un elevado riesgo de pérdida parcial del capital, sin ni siquiera informarles al respecto. La jurisprudencia de esta sala, como recuerda la sentencia 677/2016, de 16 de noviembre, con cita de otras anteriores, reconoce que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero.

(…) En estos casos, además de identificar este incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones de la empresa que presta servicios de inversión, debe haber una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable.

En el presente, el daño es la pérdida parcial del capital invertido en los reseñados bonos, determinada con sus respectivas liquidaciones. Estas pérdidas son la consecuencia natural del cumplimiento negligente del banco demandado, que obvió el interés de las clientes de realizar inversiones en las que el capital estuviera asegurado y les recomendó la contratación de unos bonos de alto riesgo, que se actualizó con las reseñadas pérdidas.

De tal forma que la estimación de la acción da lugar a la indemnización del perjuicio sufrido, representado por la suma de las pérdidas respecto del capital invertido en estos bonos” (F.D.3) [O.P.B]

Jurisprudencia: Declarado abusivo el interés de demora en un préstamo hipotecario, se siguen generando intereses remuneratorios sobre el capital pendiente de amortización.

STS (Sala 1ª) de 31 de enero de 2019, rec. nº 2756/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8651161&links=%222756%2F2015%22%20%2263%2F2019%22&optimize=20190208&publicinterface=true>

“Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.º- Doña Adelaida presentó una demanda contra la entidad mercantil Banco de Sabadell, S.A., por la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se declarase la nulidad de la cláusula sexta del contrato de compraventa de vivienda con subrogación en préstamo hipotecario de 23 de noviembre de 2005, en la que se prevé un interés de demora del 25%. Con carácter principal se postulaba que se tuviese por no puesta y subsidiariamente que se moderase.

La parte demandada se opuso.

2.- El Juzgado de primera instancia declaró la nulidad de la citada cláusula y la moderó en un triple del interés legal del dinero.

3.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, a la que se opuso la parte demandada, que no la impugnó en el extremo que le era desfavorable.

Correspondió conocer del recurso a la sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, que dictó sentencia el 9 de julio de 2015 por la que confirmó la declaración de nulidad de la cláusula litigiosa sobre intereses moratorios, pero, con revocación de la sentencia recurrida, con la consecuencia de tenerla por no puesta, quedando privada de cualquier efecto jurídico” (F.D.1º).

“Esta sala había estudiado desde el año 2015 el control de abusividad de los intereses de demora en los préstamos personales e hipotecarios firmados por consumidores. En las sentencias dictadas a partir de ese año había considerado que, ante la falta de una previsión legal que fijara el criterio aplicable para el control de su abusividad, el interés de demora no podía exceder de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si se superaba este porcentaje, la cláusula se consideraba abusiva y la consecuencia era la

supresión total del recargo que el interés de demora supone respecto del interés legal remuneratorio. Sin embargo, este seguía devengándose por el capital pendiente de devolución.

Esa doctrina jurisprudencial fue cuestionada por diversas resoluciones en las que se pretendía que el TJUE declarara que no era conforme con el Derecho de la Unión Europea. El TJUE decidió en su sentencia de 7 de agosto de 2018 que la jurisprudencia de la Sala Primera se ajusta al Derecho de la Unión y, en particular, a la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La sentencia 671/2018, de 28 de noviembre, en un caso similar al presente en el que el interés de demora era del 25%, ha abordado por primera vez la abusividad de los intereses de demora en préstamos concertados con consumidores, después de que el TJUE respaldara la doctrina jurisprudencial de la sala sobre esta materia.

Con arreglo a la doctrina de la sala, que ha quedado refrendada por el TJUE, por ser conforme con el Derecho de la Unión Europea, no es correcta la solución ofrecida por ninguna de las sentencias de la instancia, ni de la primera instancia ni la de apelación.

La primera solución no es la correcta.

Había sustituido el interés de demora abusivo por el triple del interés legal del dinero.

Pero tampoco puede aceptarse la pretensión de que no se abone interés alguno, porque el interés remuneratorio fijado en el contrato sigue cumpliendo su función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución, por lo que debe continuar su devengo.

(...) Por lo tanto, la solución, conforme a esta doctrina, es que declara la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato” (F.D. 6º) [O.P.B.]

Jurisprudencia: Contrato de seguro: deber de declaración de riesgo (art. 10 LCS): la infracción del deber de exactitud en la respuesta al cuestionario no puede ser ajena al conocimiento por el tomador de la relevancia de las circunstancias sobre las que debe declarar: tomador que no informó de sus episodios de epilepsia: declaración de incapacidad permanente absoluta cinco años después de la celebración del contrato.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1) de 7 de febrero de 2019, rec. nº 1396/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8658094&links=%221396%2F2016%22%20%2281%2F2019%22&optimize=20190215&publicinterface=true>

“El presente litigio versa sobre la reclamación del tomador-asegurado contra su compañía de seguros tras habersele reconocido una invalidez permanente absoluta que se encontraba cubierta por el seguro de vida e invalidez celebrado. La sentencia de primera instancia condenó a la aseguradora a pagar hasta el importe del capital asegurado. La sentencia de segunda instancia, objeto del presente

recurso, condenó a la aseguradora a pagar la suma resultante de reducir proporcionalmente la prestación a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la entidad del riesgo” (F.D.1).

“El primer motivo denuncia infracción del art. 10 LCS y justifica el interés casaciones en la oposición de la sentencia impugnada a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En su desarrollo, el demandante ahora recurrente explica que no hubo propiamente un cuestionario sino que en el mismo contrato de seguro, relleno mecánicamente por la propia entidad, se dice que el asegurado declara que tiene plena capacidad para trabajar, goza de buena salud o no ha padecido enfermedad o lesión (cardíaca, circulatoria, oncológica, infecciosa, del aparato digestivo o endocrina -diabetes-), sin que se le preguntara nada sobre epilepsia. Razona que es la entidad la que debe soportar las consecuencias de no haber presentado un cuestionario y que el demandante no ocultó ni actuó dolosamente.

(...-) El recurrente solicita que se case la sentencia de la Audiencia y se confirme la de primera instancia” (F.D.2).

“Para la decisión del recurso debe tomarse como punto de partida la jurisprudencia de esta sala relativa al art. 10 LCS cuya aplicación, como recuerda la sentencia 323/2018, de 30 de mayo, ha llevado a la sala a distintas soluciones justificadas por las diferencias de contenido de la declaración cuestionario. Esta jurisprudencia viene reiterando que lo que la sala debe examinar es si el tipo de preguntas que se formularon al tomador eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud que él conociera o no pudiera desconocer se referían, es decir, si las preguntas que se le hicieron le permitieron ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando datos relevantes para la exacta valoración del riesgo.

(...) En el presente caso la sentencia recurrida declara que la aseguradora incumplió su obligación de formular preguntas claras y definitivas sobre la salud del asegurado que le hubieran permitido conocer el riesgo asumido y niega que el asegurado deba manifestar por propia iniciativa las dolencias que padezca. Sin embargo, razona que debe aplicarse el párrafo tercero del art. 10 LCS porque el asegurado conocía la enfermedad que padecía al tiempo de suscribir la póliza y no lo manifestó.

(...) Este modo de razonar de la Audiencia no es correcto. No solo porque la aplicación de la reducción no procede automáticamente cuando nadie la ha pedido (tal y como explicaron las sentencias 456/2004, de 7 de junio , y 623/2005, de 15 julio , cuya doctrina ha sido recordada, entre otras sentencias posteriores, por las sentencias 676/2014, de 4 de diciembre , y 222/2017, de 5 de abril), sino también porque la infracción del deber de exactitud en la respuesta al cuestionario no puede ser ajena al conocimiento por el tomador de la relevancia de las circunstancias sobre las que debe declarar. El que el tomador tuviera conocimiento de sus episodios de epilepsia y no informara de ello al contratar el seguro es un dato factico del que no resulta reticencia alguna. En la instancia no

ha quedado acreditado que se hicieran al tomador preguntas ni, por tanto, le es imputable a él la falta de mención de sus episodios. La propuesta de seguro que firma tan solo incluye una declaración estereotipada sobre su capacidad para trabajar y una declaración genérica sobre su buena salud: por lo que se refiere a la primera, es relevante que el tomador del seguro se encontrara trabajando y, de hecho, la declaración de incapacidad tuvo lugar cinco años más tarde; por lo que se refiere a la declaración de salud, en la fórmula utilizada por la aseguradora aparece vinculada exclusivamente a enfermedades físicas que el tomador no padecía. No hay por tanto elementos de juicio que permitieran al actor conocer que debía informar de algo sobre lo que no se le preguntaba. En consecuencia, producido el siniestro, la aseguradora no puede ampararse para no cumplir íntegramente la prestación que le incumbe en una inexacta apreciación del riesgo, puesto que sería consecuencia de su propia falta de diligencia en la contratación del seguro” (F.D.3) [O.P.B.]

Jurisprudencia: Compraventa de cítricos: habiendo pactado un contrato de compraventa de un mínimo de 150.000 a 200.000 kg. de naranjas Navel Power y Lane Late, incumple la compradora que solamente adquiere y paga 87.115 kg, no procediendo moderación judicial de la cantidad reclamada por el vendedor.

SAP Valencia de 17 de septiembre de 2018, rec. nº 507/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8554450&links=&optimize=20181030&publicinterface=true>

“El pronunciamiento concreto que se recurre es el contenido en el fundamento cuarto, por el que el juzgador de instancia modera prudencialmente lo pedido, pasando de los 16.641'54 euros reclamados en la demanda a 10.000. La parte apelante considera que con ello se ha vulnerado los artículos 18.2, 23.2 y 24 de la Ley Valenciana 3/2013.

El motivo por el que se produce esta moderación no viene acompañado con un soporte probatorio que lo avale, como tampoco de los cálculos periciales que serían necesarios para proceder a dicha moderación. Así el juzgador de instancia alega que no tiene por probado que los 12.000 kgs de naranjas que había en suelo en la finca Terra Puig el 15 de febrero de 2016 (verificado por el perito propuesto por la demandante) estuvieran allí por efecto del viento unido a la no recolección por la demandada, por lo que considera factible que esos 12.000 kgs cayeran solo por la acción del viento. A ello añade que los 40.000 kgs de fruta cuyo robo denunció el padre del demandante el 26 de febrero de 2016 no vienen acompañados de datos objetivos que corroboren su ocurrencia, por lo que entiende que el perito no debiera haberlo admitido sin más a la hora de valorar económicamente la producción de naranjas que quedaba por comprar.

Comenzando por este último argumento hemos de señalar que si bien es cierto que la denuncia formulada es simplemente una afirmación unilateral, también es cierto que ha quedado probado que la finca en cuestión (Terra Puig) tenía capacidad para producir esos 40.000 kilos de naranjas presuntamente sustraídos. En concreto, considera que podía producir 123.495 kilos, por lo tanto fueran o no robados, dicha cantidad de naranja había sido producida por la finca en cuestión.

Lo mismo cabe decir respecto al primer motivo para moderar la indemnización, es decir la falta de prueba del motivo por el que, el día 15 de febrero de 2016, 12.000 kilos de naranja se encontraban en el suelo en la finca Terra Puig. Independientemente de que cayeran solo por efectos meteorológicos o por los efectos meteorológicos unidos a la falta de recolección, lo cierto es que, insistimos, la finca tenía esa capacidad de producción, y la fruta no se recogió.

La moderación combatida es además contradictoria con el resto de la sentencia que, como se ha indicado, considera probado que el contrato se incumplió por parte de la compradora, sin que exista causa de justificación alguna para dicho incumplimiento. Por lo tanto, había suficiente fruta en los campos para alcanzar el mínimo pactado, se podía recoger, y no se recogió porque no se quiso. Atendiendo a dicha base no procede ninguna moderación porque la misma entra en contradicción con el carácter injustificado del incumplimiento por parte de la demandada, -pronunciamiento no recurrido-, ya que supone estimar causas de justificación desechadas en la propia sentencia de instancia. Finalmente hay que añadir que la sentencia no justifica los cálculos o criterios tenidos en cuenta para la moderación a tanto alzado, y porqué alcanzó la cifra de 6.641'54 euros y no otra.

Por todo lo expuesto procede estimar íntegramente el recurso de apelación y revocar la sentencia de instancia, dictando en su lugar otra por la que se estima íntegramente la demanda” (F.D.4º) [J.B.D.]

4. DERECHO DE SUCESIONES

Jurisprudencia: causa de indignidad del padre para suceder a su hijo menor con parálisis cerebral, dependiente total para todas las actividades de la vida, por haberlo abandonado, sin haberlo visitado, ni haber contribuido adecuadamente a su sostenimiento, incumpliendo gravemente el deber de asistencia moral y económica a su hijo.

STS (Sala 1ª) de 23 de abril de 2018, rec. nº 2056/2016

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/777d03e199c2a366/20180504>

“Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Doña Marí Juana presentó demanda en la que solicitaba que se declarase la incapacidad para suceder de don Hilario, respecto de su hijo fallecido Miguel por causa de indignidad, con invocación del artículo 756.1º y 7.º CC en relación con el artículo 154 CC. La demandante alegó que el demandado como padre, había desatendido completamente al hijo de ambos, que a los 15 meses fue ingresado por urgencias por una meningitis, quedándole como secuela una parálisis cerebral con plena dependencia de otra persona. Alega que pese a los reiterados ingresos hospitalarios ignoró a su hijo sin preocuparse por su estado o evolución de su enfermedad, sin volver a ver al niño, y abonando únicamente 5000 euros de los alimentos impuestos por sentencia (desde el año 2007 al 2013), cuando debieron ser 33.200 euros y sin comparecer en el proceso iniciado para privarle de patria potestad, que no terminó por fallecimiento del menor. La demandante entiende ante esos hechos que concurre causa de indignidad del demandado para suceder a su fallecido hijo, por abandono sin remordimiento alguno de un menor con parálisis cerebral, dependiente total para todas las actividades de la vida, que requirió constante atención médica e ingresos, sin visitarlo ni contribuir pese conocer la precariedad económica, incumpliendo gravemente el deber asistencia moral y económica a su hijo.

2.- Frente a la pretensión formulada en su contra, el demandado alega no haber existido abandono alguno, respondiendo la demanda a una estrategia de la actora para que el demandado no reciba nada de la herencia de su hijo.

3.- La sentencia dictada en primera instancia desestima la demanda, porque, a su juicio, la actora, a quien incumbe probar los hechos, no ha conseguido acreditar la concurrencia de la causa de indignidad.

(...) 4.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la demandante

(...) 5.- Correspondió conocer del citado recurso a la sección nº 6 de la Audiencia Provincial de Oviedo, que dictó sentencia el 9 de mayo de 2016 por la que estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia, y declaró al demandado D. Hilario incapaz por indignidad para suceder a su fallecido hijo Miguel.

(...) 9.- La representación procesal de la parte demandada interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación” (F.D.1º)

“3.- Ante todo hemos de poner de relieve que la discapacidad del hijo puede ser un factor relevante para valorar la gravedad de la desatención hacia él, pero no es relevante para considerar aplicable la causa 7ª del art. 756 CC, pues la atención que le es debida lo sería en su calidad de menor de edad sujeto a patria potestad, y no al amparo de los arts. 142 a 146 CC por su discapacidad.

De ahí que lo que merezca nuestra atención sea el abandono del hijo, previsto como causa de indignidad en el nº 1 del art. 756 CC en la redacción vigente a fecha del fallecimiento del menor el 30 de diciembre de 2013.

4.- A juicio de la sentencia recurrida el concepto legal de abandono va más allá de la simple exposición, incluyendo también ‘el rompimiento absoluto, por toda la

vida, de la relación paternofilial desde la infancia del hijo, desentendiéndose de las obligaciones de alimentarle y representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas sentencias de 3 de diciembre de 1946 y 28 de febrero de 1947).

Coincide en ello autorizada doctrina que sienta que la expresión de abandono ha de entenderse en sentido amplio, como falta de cumplimiento de deberes de asistencia y protección, tanto físicos, como morales y económicos.

El abandono, pues, vendría referido al incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (arts. 154.2. 1º CC).

(...) 5.- Si se aplica a la causa de indignidad que nos ocupa las valoraciones jurídicas que hace la sentencia recurrida sobre los hechos probados, el recurso no puede ser estimado.

(...) De tales valoraciones, y teniendo en cuenta la grave discapacidad del hijo, el incumplimiento de los deberes familiares personales del padre hacia aquél no merecen otra calificación que la de graves y absolutos, y otro tanto cabría decir de los patrimoniales, pues aunque hayan mediado algunos pagos de la obligación alimenticia convenida, sustancialmente no se ha cumplido ésta, y cómo se razona no se valora como involuntario tal incumplimiento.

No deja de ser llamativo que el demandado, aquí recurrente, ante una demanda en su contra de pérdida de patria potestad, con la gravedad que ello supone en las relaciones paternofiliales, no se personase y fuese declarado en rebeldía, pues si la demanda hubiese prosperado, lo que no sucedió por fallecer el menor en el curso del proceso, la causa de indignidad no ofrecería duda, como expresamente se prevé en el párrafo tercero del nº 2 del art. 756 CC en la redacción actual por Ley 15/2015, de 2 de julio.

Como corolario cabe concluir que, partiendo de los hechos probados, es grave y digno de reproche que el menor desde el año 2007 hasta su fallecimiento en el año 2013 careciese de una referencia paterna, de un padre que comunicase con él, le visitase y le proporcionase cariño, afectos y cuidados, obligaciones familiares de naturaleza personal de indudable transcendencia en las relaciones paternofiliales, y todo ello sin causa que lo justificase.

Pero aún es más grave y más reprochable si el menor, a causa de padecer una enfermedad a los 16 meses de edad, sufría una severa discapacidad, como consta en la sentencia recurrida, que exigía cuidados especiales.

Fruto de la gravedad de esa conducta paterna es que la reprochabilidad de la misma tenga suficiente entidad, como razona la sentencia recurrida, para acarrear, como sanción civil, su incapacidad por indignidad para suceder al menor.” (F.D. 5º) [M.H.G.].

Jurisprudencia: Aplicación de la doctrina de los actos propios para negar legitimación de una heredera para impugnar unas cláusulas testamentarias y la consiguiente partición realizada por el contador-partidor que, de acuerdo con las facultades que le confirió la testadora, liquidó la sociedad de gananciales que mediaba con su difunto esposo y realizó conjuntamente la partición de las dos herencias: quien realiza actos que reconocen la eficacia del testamento y de la partición realizada conforme a ella, queda privado de la legitimación para impugnarlos.

STS (Sala 1ª) de 25 de abril de 2018, rec. nº 2767/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/70124dee73c12e25/20180509>

“Es objeto del recurso de casación la legitimación de la heredera para impugnar unas cláusulas testamentarias y la consiguiente partición realizada por el contador-partidor que, de acuerdo con las facultades que le confirió la testadora, liquidó la sociedad de gananciales que mediaba con su difunto esposo y realizó conjuntamente la partición de las dos herencias. En concreto, el contador liquidó la sociedad de forma exclusivamente contable, determinó la cuota de cada heredero y formó las hijuelas distribuyendo los bienes como si se tratara de un solo patrimonio.

1. Liquidación de los gananciales y partición conjunta realizada por el contador-partidor nombrado por uno de los esposos.

(...) En el presente supuesto, la disolución de la sociedad se produjo por la muerte del esposo. La esposa, que falleció con posterioridad, había facultado expresamente en su testamento al albacea-contador-partidor no solo para liquidar la sociedad de gananciales, sino también para partir conjuntamente ambas herencias, en atención a que el contador designado por su marido había fallecido sin realizar ninguna operación y en atención a que los bienes de su difunto marido y los suyos eran esencialmente gananciales.

Es cierto que los instituidos en los dos testamentos son llamados en ambas herencias a las mismas cuotas (la esposa instituyó herederos por mitad a partes iguales a su hijo y a los dos nietos hijos de su hijo premuerto; el esposo, fallecido antes que la testadora, instituyó herederos a sus dos hijos y, por sustitución, a sus descendientes). Sin embargo, puesto que el contador solo fue designado por la esposa, resultaba precisa la intervención en la partición de los herederos del esposo. Ello por cuanto los herederos del esposo ocupan su puesto y el esposo no confirió facultad alguna al albacea que finalmente actuó en orden a partir su herencia.

(...) Sucede sin embargo que, como declaró la Audiencia, confirmando el criterio del Juzgado, al ejercer la acción que da lugar al presente recurso, la demandante va contra sus propios actos.

2. Actos propios y legitimación para impugnar el testamento y la partición.

(...) Como observa la Audiencia, haciendo suyo el pronunciamiento y la valoración del Juzgado, en el caso: la demandante, al rehusar (junto a su hermano y su madre) firmar el cuaderno, no cuestionó el nombramiento del contador por D.^a Esmeralda, ni que el mismo pudiera llevar a cabo la partición conjunta, ni que en el cuaderno se hubiera incluido la partición de la herencia de D. Horacio, sino que la demandante, junto a su madre y a su hermano, afirmó que no estaba de acuerdo con las valoraciones de algunas fincas y que el albacea no los había convocado; en la conciliación y en el juicio sobre reclamación de honorarios reconocieron al Sr. Dimas como albacea contador y se opusieron al pago por motivos ajenos a su nombramiento y funciones, limitándose a referir errores en la partición o problemas derivados de la normativa sobre unidades mínimas de cultivo; en la carta del abogado previa a la interposición a la demanda se invocaba únicamente la nulidad de la «cautela» del testamento y la imposibilidad de que el contador llevara a cabo una nueva partición por haber transcurrido el plazo previsto en el testamento de D.^a Esmeralda ; según la declaración en juicio del perito que auxilió al albacea-contador en la valoración de los bienes, la parte demandante sí tuvo intervención en la liquidación y, sobre todo, con posterioridad, tal y como declara probado la sentencia recurrida, la demandante ha realizado actos de posesión de los bienes adjudicados en el cuaderno.

Por todo ello, el ejercicio de la acción por parte de la demandante dirigido a que se declare la ineficacia de la partición que se realizó siguiendo los dictados de las cláusulas testamentarias de D.^a Esmeralda es contrario a la buena fe, es incoherente con la conducta observada por la parte y perjudica a los demás herederos.

La correcta aplicación de la doctrina de los actos propios implica que no pueda admitirse la pretensión contradictoria con la conducta anterior porque, quien realiza actos que reconocen la eficacia del testamento y de la partición realizada conforme a ella, queda privado de la legitimación para impugnarlos.” (F.D. 4º) [M. H. G.].

Jurisprudencia: Validez de testamento ológrafo, por haber considerado la sentencia recurrida que de él se deducía la existencia de un auténtico “animus testandi”: no se trata de analizar las palabras exactas en su sentido gramatical, como tampoco las expresiones que definirían de forma inconcusa la voluntad testamentaria, sino de descubrir la voluntad real expresada en el documento en el momento en que lo redactó.

STS (Sala 1ª) de 21 de junio de 2018, rec. nº 3377/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/18526d2ed0484749/20180628>

“Resumen de antecedentes

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la posible validez de un testamento ológrafo. En particular si concurre el presupuesto del animus testandi,

esto es, de la voluntad testamentaria de disponer mortis causa (art. 667 del Código Civil).

2. El referido testamento, con fecha de 18 de mayo de 1996 y autografía y firma del testador, contiene el siguiente tenor:

‘[...] En Madrid, 18 de mayo de 1996, por el presente escrito es mi voluntad manifestar las siguientes consideraciones: una, reconozco en este acto en el que me acompaña, D. Jose Augusto, con número de DNI - NUM000 - que el mismo, hijo mío natural, nacido en Ceuta NUM001 de 1951.

Dos, que vengo en reconocer (sic) su legitimidad y todos los derechos que, junto con los demás hijos nacidos de mi matrimonio con Doña Concepción, le otorgo y atribullo (sic) en testamento

Tercero, al margen de los derechos testamentarios, deseo expresamente donar a mi hijo Jose Augusto, además las siguientes propiedades:

Una de estas sería la casa en la cual vivo, sita en Madrid c/ DIRECCION000, NUM002, esc. NUM003. NUM004 NUM005.

Dos, una plaza de garage (sic) numerada con n° NUM006, sita en Madrid c/ DIRECCION001, al que se tiene acceso por DIRECCION000 NUM007 y no teniendo más que añadir, firmo la presente declaración en prueba de mi total conformidad, en Madrid a 18 de mayo de 1996.

Millán (rubricado) D.N.I. NUM008.’

3. D. Millán, con anterioridad al reseñado testamento ológrafo había dejado dispuesta su sucesión en testamento abierto otorgado el 12 de julio de 1995. En dicho testamento instituyó herederos a sus hijos matrimoniales, D. Modesto y D. Inocencio junto con el hijo extramatrimonial D. Jose Augusto, aquí demandante y parte recurrida, a la vez que dejaba las legítimas a sus otros hijos matrimoniales, D.^a Maribel y D.^a Tania y la cuota usufructuaria a su esposa D.^a Concepción.

4. En el presente procedimiento, D. Jose Augusto, hijo extramatrimonial del causante, interpuso una demanda en reclamación de la correspondiente protocolización del citado testamento ológrafo.

Los restantes herederos y legitimarios del causante se opusieron a la misma.

5. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En síntesis, tras recalcar la relevancia del presupuesto del animus testandi, consideró lo siguiente:

‘[...] y en esa lectura resulta complicado afirmar que sin ningún género de duda el documento analizado sea un testamento, o disposición testamentaria de alguna clase, ya que su autor, aunque no fuese un jurista, no usa a lo largo de todo el texto ninguna expresión que permita ligar el documento con un testamento, elude en todo momento usar palabras que serían más que frecuentes utilizar para dejar clara la intención de testar, no habla de testamento, no habla de herencia, no habla

de heredero, no habla de muerte, no habla de legados, y sin embargo utiliza términos que deliberadamente los sustituyen, define al documento como escrito, dice redactarlo al margen de los derechos testamentarios, es decir, como si fuese el documento una cosa distinta y ajena a ellos, habla de donar, que es un negocio esencialmente inter vivos, y a lo largo del documento nunca habla de su muerte, y lo acaba diciendo que firma lo que llama declaración, huyendo una vez más de tener que calificar el documento con nada que tenga que ver con una disposición testamentaria, en definitiva un texto que presenta demasiadas dudas como para que pueda calificarse de disposición testamentaria, o dejar evidencia de alguna voluntad de hacer previsiones en tal sentido.’

6. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la sentencia de la Audiencia lo estimó y revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

[...] En definitiva, se concluye que es clave la intención de testar que mantenía el causante lo da la redacción del documento por la bondad manifiesta que se desprende del mismo y la voluntad de que unos determinados bienes pasen a ser de exclusiva propiedad de su hijo natural nacido fuera del matrimonio y, además siendo como es bien claramente dicho documento una adición a la disposición testamentaria Notarial, o sea técnicamente, un codicilo, debe entenderse que sólo podrá llevarse a cabo una vez el causante hubiese fallecido.

El recurso de apelación ha de prosperar por las propias alegaciones que le sirven de asidero, excluidas las ya descartadas, supuesto que, con ser cierto que en ningún momento del documento habla de testamento, herencia, legado o muerte, no hemos de quedar constreñidos por las palabras, al no tratarse de analizar las palabras exactas en su sentido gramatical, como tampoco las expresiones que definirían de forma inconcusa la voluntad testamentaria, sino, antes al contrario, descubrir la voluntad real expresada en el documento en el momento en que lo redactó, (...). Pero es que de la declaración y palabras plasmadas en dicho documento sí puede colegirse la verdadera voluntad de testar manteniendo el testamento abierto anteriormente otorgado y modificando el mismo en el sentido de atribuir en concepto de legado a su hijo D. Jose Augusto determinadas propiedades, siendo altamente significativa de ese designio la utilización de la partícula adverbial ‘además’, con lo que, en puridad, se viene a agregar a los derechos que se especifican en su testamento abierto los bienes plasmados en el documento de 18/5/1996.” (F.D. 1º).

“Testamento ológrafo. El animus testandi como presupuesto de la validez de la declaración testamentaria (art. 667 del Código Civil).

1. Los demandados, al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 L.E.C., interponen recurso de casación que articulan en un único motivo.

En dicho motivo, denuncian la infracción del art. 667 del Código Civil y de jurisprudencia que la interpreta.

Argumentan la ausencia en el referido testamento del animus testandi in actu exigido por la jurisprudencia para la validez del mismo.

2. El motivo debe ser desestimado.

El fundamento de esta decisión radica en la reiterada jurisprudencia de esta sala contenida, entre otras, en las SSTS 1139/2003, de 28 de noviembre y 1006/2007, de 27 de noviembre, y las numerosas sentencias que son, a su vez, objeto de cita en estas sentencias, en donde se señala que la calificación e interpretación de los contratos constituye una función atribuida fundamentalmente al juzgador de instancia, la cual debe prevalecer en casación a menos que dicha calificación o interpretación resulta ilógica, absurda o contraria a norma legal. Doctrina que cabe extender a la calificación de una disposición como testamentaria y no como donación, siempre que dicha calificación no resulte manifiestamente errónea o ilógica.

En el presente caso, no concurre ninguna de las excepciones resaltadas que impida la aplicación de esta doctrina jurisprudencial. Por el contrario, la sentencia recurrida, en un documento que reúne todos los requisitos formales de testamento ológrafo (autografía, firma y fecha), basa su calificación en la regla preferente de la voluntad realmente querida por el testador (art. 675 del C.C.) acorde con una razonabilidad sustentada en la interpretación lógica y sistemática que realiza del documento en cuestión. Por lo que su conclusión o decisión respecto de la validez del testamento otorgado no puede ser tachada de ilógica, absurda o contraria a la voluntad del causante.” (F.D. 2º). [M.H.G.].

Jurisprudencia: Cautela socini y acción de petición de legados: el mero ejercicio de la acción no determina la aplicación de la cláusula testamentaria que establece dicha cautela, pero sí los numerosos procedimientos judiciales promovidos por los demandantes en los órdenes civil, mercantil y penal, dirigidos a alterar la ordenación y distribución hereditaria querida por el testador por medio del cuestionamiento del contenido de los legados y de la actuación del albacea contador-partidor.

STS (Sala 1ª) de 19 de julio de 2018, rec. nº 2295/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/dfd773188a6e1164/20180727>

“Acción de petición de legados y cautela socini. Doctrina judicial aplicable.

(...) La validez de la denominada cautela socini en el marco de las disposiciones testamentarias ha sido declarada por la doctrina jurisprudencial de esta sala (...) [que] ha declarado que:

[...] lo relevante a los efectos de la aplicación testamentaria de la cautela socini es tener en cuenta que el incumplimiento de la prohibición que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es

preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta en la cautela socini. En efecto, desde la validez conceptual de la figura, se debe indicar que solo aquéllos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción.’

En un supuesto muy próximo al aquí enjuiciado, esta sala en su sentencia 254/2014, de 3 de septiembre, ha declarado lo siguiente:

‘[...] también interesa puntualizar que el objeto de la aplicación de la cautela socini, esto es, el recurso a la intervención judicial en el presente caso, no queda referenciado en la propia acción de petición o entrega del legado de cantidad que dio curso a la demanda ejercitada, pues en su correcto entendimiento la petición del legado y su ejercicio justificado constituye una facultad inherente a la posición jurídica del legatario que el testador no puede abrogar o limitar ya que, en su caso, articula el derecho del legatario a obtener, conforme a la disposición testamentaria, el pago de su legado. Como tampoco lo sería, por extensión, respecto del derecho del legatario de cantidad de anotar preventivamente su legado en el Registro de la Propiedad (artículo 48 LH). Por el contrario, tal y como alega la parte recurrente, la aplicación de la cautela socini en el presente caso no guarda relación con el carácter justificado o no del ejercicio de la acción de petición del legado, sino que trae causa de la previa intervención judicial provocada por la legataria en su demanda de remoción o separación del cargo del albacea, de 8 de mayo de 2009, contrariando de esta forma lo dispuesto por el testador (cláusula sexta del testamento).’

En el presente caso, conforme a la jurisprudencia expuesta, la vulneración de la prohibición impuesta por el testador no se ha producido por el ejercicio de la acción de petición de los legados con base en el art. 885 del Código Civil, sino por los numerosos procedimientos judiciales promovidos por los demandantes en los órdenes civil, mercantil y penal, dirigidos a alterar la ordenación y distribución hereditaria querida por el testador por medio del cuestionamiento del contenido de los legados y de la actuación del albacea contador-partidor en defensa, precisamente, de lo ordenado en el testamento, esto es, de velar por el contenido patrimonial de lo dispuesto en favor de D. Jesús y del convento de Madres Clarisas de Lerma como herederos universales del testador.

La vulneración de la prohibición de intervenir judicialmente la herencia comporta, necesariamente, la sanción prevista por el testador para dicho supuesto en la cláusula quinta, es decir, ‘la privación de cualquier derecho que el testador le haya legado’, privación o pérdida de los derechos hereditarios que en el presente caso es plena, dado que el testador carecía de herederos forzosos o legitimarios.” (F.D. 3º) [M.H.G.].

Jurisprudencia: Fijación de doctrina jurisprudencial: la colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante, que es a la que debe estarse en todo caso: la dispensa de colación hecha en la donación es revocable en el posterior testamento.

STS (Sala 1ª) de 20 de julio de 2018, rec. nº 3560/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/7e6d963145089eb5/20180724>

“1.- Las cuestiones jurídicas que se plantean en los recursos de casación son dos.

La primera, si el contador puede hacer una partición nueva cuando, después de haber ejecutado su función, se declara por sentencia firme la validez de una donación que hizo en vida el causante a uno de los legitimarios y no se tuvo en cuenta en la partición, o si corresponde a los partícipes en la comunidad hereditaria o, en su defecto al juez, la facultad de modificar la partición practicada cuando fuera precisa su rectificación.

La segunda, referida a la colación de las donaciones, se subdivide a su vez en otras dos: de una parte, si son colacionables las donaciones remuneratorias; y, de otra, si el causante puede revocar en su testamento la dispensa de colación que hizo al donar.” (F.D. 1º)

“Ineficacia de la escritura de rectificación de operaciones particionales.

(...) 2.- Esta sala considera, al igual que la sentencia recurrida, que la escritura de rectificación de operaciones particionales (...) es ineficaz.

La partición pone fin a la comunidad hereditaria y las funciones del contador se agotan cuando otorga la partición. La reserva de la facultad de rectificar errores o complementar, aunque esté dentro del plazo establecido por el testador, no permite al contador hacer una partición nueva, alterando las adjudicaciones ya realizadas.

(...) El complemento de la partición, por aparición de nuevos bienes que no se tuvieron en cuenta, sí es posible (art. 1079 CC) porque, si el contador está en el plazo otorgado por el testador y no ha cesado por otra causa, su función de partir toda la herencia no está completa.

3.- En el presente caso, la contadora no complementó la partición con nuevos bienes que se hubieran omitido en la partición, ni hizo una mera rectificación

respetuosa con las atribuciones de propiedad ya realizadas, sino que hizo una nueva partición alterando de manera unilateral las atribuciones ya realizadas.” (F.D. 3º)

“Colación de la donación. Donación remuneratoria. Revocación en testamento de la dispensa hecha en la donación.

(...) 2.- La colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante.

En el presente caso, debemos partir de que la donación es remuneratoria.

(...) En principio, esta calificación tiene interés porque es uno de los argumentos utilizados para negar que proceda la colación. Hay que advertir, sin embargo, por lo que se dirá a continuación, que a juicio de esta sala resulta irrelevante que la donación sea remuneratoria, porque la colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante, que es a la que debe estarse en todo caso.

La colación de la donación remuneratoria es un problema que no está resuelto de manera específica en la ley, es discutido en la doctrina científica y no ha sido zanjado hasta la fecha por la jurisprudencia.

(...) La peculiaridad en la colación de la donación remuneratoria es que, en función de las circunstancias, puede llegar a interpretarse la voluntad del causante de que no se colacione la donación. Es decir, que, aunque el donante/causante no lo ordene expresamente, la referencia a la remuneración de servicios, junto a otros datos, puede revelar la voluntad implícita de que no se colacione. A pesar de que el art. 1036 CC exige que la dispensa sea expresa, puesto que no son necesarias fórmulas sacramentales, puede ser suficiente una voluntad no ambigua que resulte con claridad de la interpretación de la voluntad. La colación de la donación remuneratoria depende, en definitiva, como la de las donaciones simples, de la voluntad del causante.

i) En el caso, lo que ha sucedido es que el causante dispensó de la colación en el documento privado de donación, pero en el testamento otorgado en escritura pública dijo que las donaciones a los hijos varones eran colacionables. Puesto que en el momento de otorgar testamento solo se había realizado a favor de Luis Miguel -hijo la donación que estamos considerando, es obvio que el testador se estaba refiriendo a ella.

(...) 3.- Revocación de la dispensa de colación hecha en el momento de donar.

Esta sala considera que la dispensa de colación hecha en la donación es revocable por el causante.

(...) esta sala considera que debe atenderse a la verdadera naturaleza y a la eficacia que el código civil atribuye a la dispensa de colación. La conclusión no puede ser otra entonces que la de la revocabilidad de la dispensa y la necesidad de estar a la última voluntad del causante.

La dispensa es una declaración de voluntad que da lugar a que la partición se deba realizar sin tener en cuenta en ella las liberalidades percibidas en vida por los legitimarios. Se trata, por tanto, de un acto de naturaleza y eficacia mortis causa, regido por el principio de la revocabilidad por el que, como opción de política legislativa, se inclina el código civil, tal y como con claridad resulta de los arts. 737 y 1271 CC así como de las escasas excepciones en las que el código acepta la eficacia de un contrato sucesorio (art. 826, promesa de mejorar en capitulaciones; art. 827, mejora contractual irrevocable; art. 1341, donación en capitulaciones de bienes futuros).

Con independencia de la forma en que se manifieste y del documento que la recoja, la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable. Afirmar que la dispensa formó parte del negocio lucrativo aceptado por el donatario implicaría convertir la dispensa en causa de la donación y sostener que el donatario aceptó la donación por su carácter no colacionable, lo que resulta difícil de imaginar, solo podría dar lugar, en su caso, a plantear bien el error en la aceptación bien la renuncia a la donación. A ello debe sumarse que, sabiendo que la dispensa es un acto unilateral y revocable, el donatario que acepta la donación siempre debe asumir que el causante puede revocar su decisión para privarle, no de la donación, sino de las expectativas que tuviera de recibir más en la sucesión, por lo que una revocación de la dispensa, como la revocación de otro acto dirigido a ordenar la sucesión, nunca puede considerarse que contraría los actos propios.

A efectos prácticos cabe añadir que es ilógico considerar irrevocable la dispensa cuando el causante puede lograr el mismo efecto disminuyendo la cuota de institución del donatario, por ejemplo, mediante donaciones no colacionables a los demás.” (F. D. 4º) [M.H.G.].

Jurisprudencia: Ineficacia del testamento en favor de quien en el momento de la apertura de la sucesión ya no era pareja del testador, por haberse disuelto la unión de hecho: aplicación analógica del art. 767 CC.

STS (Sala 1ª) de 26 de septiembre de 2018, rec. nº 162/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ec4eb89dccb63d29/20181015>

“El presente litigio versa sobre la eficacia del legado ordenado a favor de quien es pareja de hecho del testador en el momento de otorgamiento del testamento, pero ya no lo es cuando fallece el causante y se produce la apertura de la sucesión. La sentencia recurrida declaró la ineficacia del legado y recurre en casación la legataria.” (F.D.1º)

“El recurso de casación es desestimado por las razones que se exponen a continuación.

1.- A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el art. 767.I CC, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz.

2.- Conforme al art. 675 CC, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del art. 767.I CC, que se refiere a la ‘expresión’ del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja.

3.- Esto es lo que ha sucedido en el presente caso, en el que el causante otorgó testamento en el que disponía de un legado a favor de ‘su pareja D.^a Cecilia’. El empleo de la expresión ‘su pareja’ para referirse a la demandante no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención a «su pareja» revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado a favor de Cecilia, sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado. Producida la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento -lo que la sentencia recurrida declara como hecho probado-, la disposición testamentaria a favor de Cecilia quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.

Al entenderlo así la sentencia recurrida, debe ser confirmada.

La sentencia recurrida, por lo dicho, no infringe el art. 675 CC, al que se refiere el recurso de casación en su encabezamiento, pues precisamente parte de la interpretación de la voluntad real del causante con apoyo en el tenor literal del testamento, que ordena el legado a favor de ‘su pareja’, D.^a Cecilia .”(F. D. 3º) [M. H. G.].

Jurisprudencia: Ineficacia del testamento en favor de quien en el momento de la apertura de la sucesión ya no era cónyuge del testador, por haberse disuelto el matrimonio por divorcio: aplicación analógica del art. 767 CC

STS (Sala 1ª) de 28 de septiembre de 2018, rec. nº 811/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/220c01ace89e1e67/20181009>

“El presente litigio versa sobre la eficacia de la institución de heredero del cónyuge del testador cuando en el momento de la apertura de la sucesión se ha producido el divorcio.

La demanda fue interpuesta por los herederos legales de la causante. La sentencia recurrida declara la eficacia de la institución y recurren en casación los demandantes.” (F.D. 1º)

“1.- A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea.

Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el art. 767.I CC, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz.

Conforme al art. 675 CC, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del art. 767.I CC, que se refiere a la ‘expresión’ del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja del testador.

2.- Esto es lo que ha sucedido en el presente caso en el que, tras contraer matrimonio, la causante otorgó testamento en el que instituyó heredero ‘a su esposo D. Esteban’. El empleo del término ‘esposo’ para referirse al instituido no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación del instituido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención del término «esposo» revela el motivo por el que la testadora nombraba a Esteban como su heredero, sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero. Producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.

Al no entenderlo así la sentencia recurrida, procede estimar el recurso de casación.” (F.D. 3º) [M.H.G.].

Jurisprudencia: Interpretación del artículo 665 CC: la sentencia a la que el precepto se refiere ha de ser firme: validez del testamento hecho por persona no incapacitada por sentencia firme, sin que el Notario hubiera designado dos facultativos que previamente lo reconociesen.

STS (Sala 1ª) de 28 de septiembre de 2018, rec. nº 968/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/f338b21f1f0ac132/20181009>

“1.- El art. 665 CC dispone que ‘Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad’.

La sentencia recurrida aborda, de inicio, algo que ahora no se cuestiona, a saber la aplicabilidad del art. 665 CC en casos de incapacidad parcial, y, en todo caso, la relativa a los requisitos extrínsecos exigidos para el otorgamiento de testamento por persona que haya sido judicialmente incapacitada en virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento sobre su capacidad de testar.

Lo que motiva el presente recurso es que la citada sentencia considera de aplicación el art. 665 CC en el presente supuesto, en el que la sentencia de incapacitación parcial de la testadora con sujeción al régimen de curatela no era firme al tiempo de otorgarse el testamento.

Razona que no por ello debía dejarse de aplicar dicho precepto, y como no se designaron dos facultativos que reconocieran y respondieran de la capacidad de la testadora al otorgar testamento, procede declarar su nulidad.

(...) 3.- El motivo debe estimarse.

La doctrina viene manteniendo que los efectos de la incapacitación se inician al devenir firme la sentencia que la declara, que es constitutiva, pues decide sobre el cambio del estado civil de la persona.

Tan es así que la primera nota a destacar en la ejecución de las sentencias de incapacitación es la imposibilidad de que sean ejecutadas provisionalmente, según establece el art. 525.1.1.º LEC. Por tanto, será necesario que la resolución de incapacitación sea firme para poder ser llevada a cabo.

(...) Consecuencia de lo expuesto es que, al interpretar el presupuesto de hecho del art. 665 CC, ‘...el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar...’, se ha de entender que la citada sentencia sea firme.” (F. D. 2º). [M. H. G.].

Jurisprudencia: Validez de la compraventa realizada en documento privado por los albaceas, a los que se había autorizado para vender los bienes de la herencia e integrar el precio obtenido en la dotación de una fundación que debían constituir: a pesar de que en el documento se hace constar la expresión “promesa de venta”, de la interpretación del contrato resulta que la intención de las partes fue celebrar un contrato de compraventa, remitiendo a un momento posterior su elevación a escritura pública.

STS (Sala 1ª) de 7 de noviembre de 2018, rec. nº 236/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/f39b7f50237455dc/20181116>

“En el presente litigio se plantea la validez de la venta en documento privado de un inmueble realizada por los albaceas designados en el testamento a los que se autorizaba para vender los bienes de la herencia e integrar el precio obtenido en la dotación de una fundación que debían constituir.” (F.D. 1º)

“Por lo que se refiere a la interpretación del contrato privado, la sentencia recurrida explica de manera muy razonable que se trata de un contrato de venta a pesar de la denominación como ‘promesa de venta’ porque fija el precio e identifica la cosa vendida y resulta la intención de las partes de comprar y vender, supeditando tan solo la formalización notarial, y no la venta, a la constitución de la Fundación, a efectos de que esta recibiera el precio como dotación. La sentencia tiene en cuenta para ello el tenor literal del contrato (que habla de comprador, de pago del resto del precio, de adquisición por el comprador para su sociedad de gananciales, del cobro de una cantidad en concepto de parte del precio), los actos posteriores de la propia fundación (que al solicitar autorización, que la sentencia considera innecesaria, se refiere al negocio celebrado como ‘compraventa’) y la intención que perseguía la venta de bienes de la herencia para obtener fondos económicos para dotar a la fundación, de acuerdo con lo previsto por la testadora. En definitiva, la interpretación y calificación realizada por la sentencia recurrida como compra debe ser mantenida por resultar correcta y no quedar desvirtuada por la denominación utilizada en el documento privado como ‘contrato de promesa de venta’.” (F.D. 2º) [M.H.G.].

Desheredación de nietos por maltrato psicológico: es necesario que el desheredado sea susceptible de imputación.

SAP Valencia de 22 de mayo de 2017, rec. nº 43/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8271130&links=desheredaci%C3%B3n%20maltrato%20psicol%C3%B3gico&optimize=20180129&publicinterface=true>

“Nada dice el Código Civil sobre la edad del desheredado, a diferencia de nuestro derecho histórico en el que las *Partidas* exigían que fuese mayor de diez años y medio.

La doctrina no es unánime, pero ya sea con referencia al Código Penal o al Código Civil, según que la causa de desheredación sea constitutiva de una infracción penal o de un ilícito civil, la generalidad de los autores exige que el desheredado pueda ser declarado imputable con arreglo a las normas penales o las normas civiles, lo que debe quedar siempre a la apreciación del tribunal.

(...) En el caso que estudiamos, como los nietos recurrentes, por razón de las edades que tenían, eran inimputables al tiempo de otorgarse el testamento, debemos estimar su recurso y dar lugar a la demanda sólo en cuanto les afecte, de manera que, conforme a lo dispuesto por el artículo 857 CC, siendo hijos del desheredado, ‘ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima’.” (F.D. 4º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: Desheredación de hijos: la carga de probar la causa de la desheredación incumbe a los herederos, bastándole al desheredado con ejercitar la acción de impugnación y negar la causa, tratándose de una ventaja de índole procesal, concretamente de naturaleza probatoria.

SAP Alicante de 25 de mayo de 2018, rec. nº 925/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8540520&links=&optimize=20181022&publicinterface=true>

“En definitiva, el art. 850 del Código Civil imputa a los herederos la carga de probar la certeza de la causa de desheredación, bastándole al desheredado con ejercitar la acción de impugnación de la disposición testamentaria que la contiene y negar la causa de su desheredación, tratándose de una ventaja de índole procesal, concretamente de naturaleza probatoria (STS. de 31 de octubre de 1995).

Dejando sin efecto, pues, la aplicación realizada en la instancia sobre el ‘onus probandi’ o carga de la prueba, y entrando en dicha valoración a la vista del resultado de los medios probatorios practicados en juicio, no se considera acreditado por los herederos demandados la concurrencia de la causa de desheredación descrita en la disposición testamentaria segunda.

Sobre esta cuestión concreta prestaron declaración los testigos D. Leovigildo y D. Marcelino (vecinos de los padres de los litigantes) y D^a. Penélope (prima hermana de la madre), a instancias de la parte actora, y D^a. Rosaura y D^a. Sara (sobrinas de la madre y primas de la demandante) y D^a. Sonsoles (vecina del pueblo), a instancias de las partes demandadas.

Los dos primeros manifestaron que nunca escucharon a Delfina comentar que su hija no la cuidara o la tratara mal y que, al contrario, la vieron cuidarla cuando

estuvo enferma. D^a. Penélope manifestó que Valentina era muy buena hija, que siempre ‘ha estado ahí cuando han estado enfermos’, que ‘la llevaba al médico, la llevaba aquí y la llevaba allá’ y que desconoce cualquier queja de la madre por el trato de su hija.

Por el contrario, D^a. Rosaura declaró que quien cuidaba a Delfina era María Teres, la mujer de un primo, y Delfina le dijo que su hija Valentina estuvo sin ir a su casa y sin verla tres años, que su tía lloraba y decía que no lo entendía. D^a. Sonsoles declaró que nunca le comentó Delfina que tuviera problemas con su hija o que no la cuidara, que eso son cosas de familia. Y D^a. Sara manifestó que Valentina estuvo tres años sin ver a su madre y quien la cuidaba era su hijo y una nuera porque su hija no quiso.

En consecuencia, no puede extraerse una conclusión definitiva y contundente sobre la certeza de la causa de desheredación incluida en el testamento, ya que los testimonios son contradictorios y las relaciones personales entre D^a. Valentina y sus primas D^a. Rosaura y D^a. Sara no son buenas, según admitieron estas últimas.

Por su parte, la declaración D. Calixto (abogado) tampoco permite aclarar estos extremos al haberse acogido al secreto profesional, manifestando tan solo que Horacio (el padre de la demandante) se acercó a su despacho para consultarle al poco de morir su hijo y que en otra ocasión quedó con él y su mujer en otro sitio, que tenían los despistes normales de personas mayores y que Horacio era pescador, no una persona de papeles.

Por todo ello, deben estimarse las pretensiones de la demanda relativas a la nulidad de la disposición testamentaria que establece la desheredación de D^a. Valentina, la nulidad de la institución de heredero único y universal a favor de D. Horacio en lo que perjudique a la demandante y el reconocimiento del derecho de la demandante a la legítima que le corresponde en la herencia de su madre, D^a Delfina» (F.D. 2º) [J.B.D.].

5. DERECHO REALES

Jurisprudencia: Usufructo sobre una caseta edificada en una finca rustica: Obligación del usufructuario de realizar las reparaciones ordinarias de mantenimiento: no alcanza a las que sean legalmente imposibles por impedirlo la normativa urbanística.

STS (Sala 1ª) de 25 de abril de 2018, rec. nº 3318/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8374834&links=%223318%2F2015%22%20%22250%2F2018%22&optimize=20180509&publicinterface=true>

“La obligación legal del usufructuario de realizar las reparaciones ordinarias impuesta por el art. 500 CC es configurada en nuestro ordenamiento como una auténtica obligación exigible durante toda la vida del usufructo, porque el nudo

propietario tiene interés en que la cosa objeto de usufructo no se deteriore. Es una obligación que nace con el inicio del derecho del usufructo y no con la entrada en posesión de la cosa y su fundamento es el propio deber de conservar y cuidar diligentemente los bienes usufructuados (art. 497 CC).

El art. 500.2 CC define las reparaciones ordinarias como las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación. El nudo propietario, por tanto, no podría pedir mejoras, obras que incrementen el valor de la cosa dada en usufructo, pero sí las reparaciones indispensables para su conservación, las que permitan continuar disfrutando de la cosa en el estado que se recibió para mantener su función y utilidad. El nudo propietario tampoco podría exigir la reparación de los deterioros naturales y consustanciales al uso adecuado de la cosa conforme a su destino (art. 481 CC).

En el caso, corrigiendo la valoración de la sentencia de primera instancia, que entendió que los materiales empleados en la construcción habían agotado su vida útil y que las reparaciones solicitadas pretendían transformar lo que en origen fue una caseta de labranza en una segunda residencia, la sentencia de la Audiencia Provincial considera probado que las reparaciones que exige el nudo propietario (con las excepciones que establece la propia sentencia en su fundamento quinto) son reparaciones exigibles al usufructuario porque el deterioro y los desperfectos de la casa proceden de la falta de mantenimiento durante un número prolongado de años.

La demandada ahora recurrida no impugna la calificación de las obras como de mantenimiento, por lo que debemos partir para la resolución del presente recurso de su consideración como tales. Lo que alega la recurrente es que se impone una obligación de hacer que es de imposible cumplimiento por disposición legal o reglamentaria.

Este fue el criterio del Juzgado, que consideró que la falta de reparaciones no era imputable a la demandada sino imperativo de las normas urbanísticas, por lo que la obligación de mantener con el objetivo final de restituir en el mismo estado en el que se recibió la cosa era de imposible cumplimiento, por lo que el deudor quedaba liberado, conforme al art. 1184 CC.

(...) En el supuesto objeto del presente recurso, a la vista de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, esta sala carece de datos para conocer qué obras, de las solicitadas por el demandante y a las que ha condenado la sentencia recurrida, pueden hacerse sin licencia, cuáles necesitarían licencia y cuáles, de necesitarla, cumplen los presupuestos legales y reglamentarios para que la administración competente las concediera.

Por todo ello esta sala considera que, partiendo de la obligación del usufructuario de realizar las reparaciones ordinarias (arts. 500 y 497 CC) y de la calificación como de mantenimiento de las reparaciones a que condena la sentencia recurrida

(lo que, como se ha dicho, no ha sido objeto de impugnación), solo procede la condena a realizar aquellas reparaciones que sean legalmente posibles.

En consecuencia, se estima parcialmente el recurso de casación y se estima parcialmente la demanda, condenando a la demandada a realizar, de entre las reparaciones ordinarias del bien usufructuado que se concretan en el Anexo III del informe pericial que acompañó a la demanda (excepto las que excluyó la sentencia de la Audiencia en su fundamento de derecho quinto), aquellas que no estén sujetas a licencia administrativa o que, estando sujetas a licencia, puedan obtenerla por concurrir los presupuestos necesarios para ello” (F.D.3) [O.P.B].

Jurisprudencia: Comunidad post ganancial: Validez del acto de disposición realizado por la viuda sobre un bien ganancial, sin haberse liquidado la sociedad disuelta por la muerte del marido: Falta de legitimación para llevarlo a cabo sin el concurso de los herederos del marido muerto no determina la nulidad del contrato. La cesión de bienes a cambio de una prestación asistencial constituye un contrato de carácter oneroso, por lo que las cesionarias de buena fe están protegidas por el art. 34 LH: improcedencia de aplicar el art. 33 LH.

STS (Sala 1ª) de 29 de noviembre de 2018, rec. nº 1719/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8597364&links=%221719%2F2016%22%20%22672%2F2018%22&optimize=20181218&publicinterface=true>

“El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la aplicación del art. 34 LH en un caso en el que unas hijas se comprometen a prestar a su madre el sustento, habitación, vestido y asistencia médica a cambio de la transmisión de un inmueble que aparece en el Registro de la Propiedad inscrito a favor de la madre, aun cuando se trataba de un bien común perteneciente a su sociedad de gananciales.

(...) El 1 de marzo de 2007, D.ª Carmela, de una parte, y, de otra, sus hijas D.ª Constanza y D.ª Delfina, otorgan escritura pública en la que las hijas se comprometen a prestar a su madre el sustento, habitación, vestido y asistencia médica a cambio de la transmisión de la nuda propiedad del mencionado piso. En mayo de 2007 se inscribe en el Registro de la Propiedad el título de cesión por mitades indivisas.

Tras el fallecimiento de la madre, el pleito se inicia con la demanda interpuesta por uno de sus hijos (...) El demandante solicita que se declare el carácter ganancial de la vivienda de sus difuntos padres con la correspondiente rectificación registral y que se declare nula la escritura de cesión de nuda propiedad de la referida vivienda a cambio de alimentos otorgada por D.ª Carmela -madre de los litigantes- y D.ª Constanza y D.ª Delfina, así como la cancelación o rectificación de la segunda inscripción registral de la vivienda.

La sentencia de primera instancia estima la demanda al considerar que la vivienda tenía naturaleza ganancial y, por tanto, no podía disponer de ella la madre de los litigantes sin la previa liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que necesitaba el consentimiento del resto de herederos del padre fallecido. Considera además la sentencia de primera instancia que D.ª Constanza y D.ª Delfina no pueden quedar protegidas por el art. 34 LH porque el negocio jurídico realizado con su madre era gratuito.

El juzgado (...) declara la nulidad del contrato celebrado entre la madre y las hijas por entender que adolece de una nulidad absoluta no subsanable y concluye que no procede la protección registral porque es ese mismo negocio nulo el que accedió al Registro de la Propiedad.

Recurrida esta sentencia en apelación por parte de D.ª Constanza y D.ª Delfina, la Audiencia Provincial dicta sentencia por la que desestima el recurso. Tras confirmar el carácter ganancial de la vivienda, la Audiencia razona que las apelantes no podían quedar amparadas por el art. 34 LH porque ni concurre el requisito de adquisición a título oneroso, al tratarse de una transmisión gratuita, ni el de buena fe, porque las adquirentes ‘conocían la naturaleza de domicilio conyugal de la vivienda ya que la misma fue adquirida constante el matrimonio habiendo vivido allí desde hacía más de cincuenta años.’ (F.D.1).

“3º) (...) iii) (...) partiendo del carácter ganancial del piso, en el momento en que se otorgó la escritura de 1 de marzo de 2007 de cesión de la nuda propiedad a cambio de alimentos, la vivienda integraba la comunidad post ganancial, ya que D. Virgilio, esposo de D.ª Carmela, había fallecido en 1971. Por consiguiente, la titularidad de la vivienda pertenecía a todos los que en ese momento eran partícipes de la comunidad post ganancial: la viuda (la madre del demandante y los demandados) y los herederos del esposo fallecido (el demandante y todos los demandados). En consecuencia, en su condición de copropietaria, la madre no estaba facultada para transmitir la propiedad de la vivienda. La titularidad de cada cónyuge (y, en el caso, de los demás partícipes de la comunidad post ganancial) se concreta con la liquidación y división, que en el caso no se ha hecho.

iv) Lo anterior no determina que el contrato de 1 de marzo de 2007 sea nulo, pues en nuestro sistema jurídico el poder de disposición del transmitente no es un requisito de la validez del contrato, sino de la tradición como modo de adquirir (art. 609 CC). La validez obligacional del contrato de venta común sin el consentimiento de todos los comuneros fue la doctrina sostenida por la sentencia 827/2012, de 15 de enero, con cita de la anterior 620/2011, de 28 de marzo, cuya doctrina a este respecto se reitera.

La sentencia recurrida no se pronunció expresamente sobre la validez del contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos celebrado el 1 de marzo de 2007, pero confirmó íntegramente la sentencia del juzgado que, partiendo de la naturaleza ganancial de la vivienda, declaró la nulidad absoluta del contrato lo que, por lo dicho, no es correcto.

v) Precisamente porque la falta de poder de disposición no afecta al título no se plantea si la inscripción convalidó un contrato nulo y si es aplicable el art. 33 LH, sino que lo que se plantea es si las demandadas pudieron adquirir la propiedad por reunir los requisitos del art. 34 LH.

(...) vii) Tanto el juzgado como la Audiencia han entendido que no concurren los requisitos del art. 34 LH, por tratarse de una transmisión gratuita y no estar las adquirentes de buena fe.

Esta sala no comparte esta calificación por las razones que se exponen a continuación.

1^a) En primer lugar, de forma errónea dice el juzgado que se trata de una donación, de un contrato gratuito, y la sentencia recurrida acepta esta calificación por remisión expresa a lo afirmado por el juzgado. Sin embargo, no cabe duda de que la causa del contrato de transmisión de bienes a cambio de prestaciones asistenciales no es la mera liberalidad del transmitente, sino la contraprestación que espera recibir de la otra parte. La asunción de obligaciones por parte de las hijas demandadas comporta que nos encontremos ante un contrato oneroso y no ante un contrato gratuito (sentencias 366/2009, de 25 de mayo, y 315/1982, de 1 de julio).

El demandante, por lo demás, no discute que las demandadas no cumplieran las prestaciones asistenciales a las que se comprometieron, lo que en su caso hubiera podido hacer valer mediante el ejercicio de la acción resolutoria prevista en el propio contrato para tal eventualidad.

2.^a) En segundo lugar, (...) esta sala no puede compartir el juicio de la sentencia recurrida sobre la mala fe de las demandadas y, por el contrario, entiende que los hechos probados no destruyen la presunción de buena fe, entendida como creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa y como ignorancia de que la titularidad del derecho no correspondía a su transferente en la forma que proclamaba el asiento registral.

El error de las recurrentes sería excusable si se tiene en cuenta que la apariencia de titularidad exclusiva de la madre venía amparada por el otorgamiento por parte de la Administración de una escritura a su favor en la que se declaraba que se le transmitía la propiedad por título de compraventa y que tal escritura se otorgó años después de la disolución de la sociedad de gananciales, pues el esposo y padre había fallecido en 1971. Es relevante, por tanto, que la sociedad se hubiera extinguido varios años antes y que la adquisición de la propiedad de la vivienda se efectuara en virtud de un sistema que se calificaba como de acceso diferido de la propiedad, lo que podía fundar la creencia de que la propiedad se adquiriría en el momento en el que la Administración así lo reconocía y por esa razón otorgaba la escritura. El propio hecho de que la escritura fuera otorgada por un organismo de la Administración Pública y la presunción de legalidad que acompaña a la actuación administrativa avalaría que las demandadas no dudaran de que la vivienda pertenecía en exclusiva a su madre.

Por todo lo expuesto, procede concluir que, si bien la vivienda litigiosa fue adquirida como ganancial por los padres del demandante y los demandados, las ahora recurrentes quedan protegidas en su adquisición por aplicación del art. 34 LH. Procede por ello estimar el recurso de casación, anular la sentencia recurrida y asumir la instancia”. (F.D.3) [O.P.B]

Jurisprudencia: El usufructuario de una finca está legitimado para constituir una servidumbre voluntaria de paso a su favor: El adquirente del pleno dominio de la finca dominante puede hacer valer la servidumbre frente a los propietarios del predio sirviente, herederos de quien había acordado la constitución de la misma, reconociendo, así, la legitimación del usufructuario para llevar a cabo el acto de disposición: aplicación implicada de la doctrina de la prohibición de ir contra los actos propios.

STS (Sala 1ª) de 13 de diciembre de 2018, rec. nº 1040/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8600123&links=%221040%2F2016%22%20%22704%2F2018%22&optimize=20181221&publicinterface=true>

“La cuestión que se somete a esta sala es, de manera exclusiva, si el usufructuario del predio dominante está legitimado para constituir una servidumbre de paso a favor del fundo. (...) El juzgado negó la existencia de servidumbre porque consideró que no había sido constituida por el dueño de la finca dominante mientras que la Audiencia razonó que, a pesar de que el usufructuario no está legitimado, en el caso no constaba la oposición de las nudo propietarias, por lo que era de aplicación el principio de la ‘utiliter gestio’.

(...) el silencio del Código civil acerca de quién puede consentir la constitución de servidumbres prediales a favor de una finca ha dado lugar a una diversidad de opiniones doctrinales en torno a la legitimación para constituir servidumbres desde la perspectiva del predio dominante. En particular, es discutida la legitimación de los titulares de derechos distintos del de propiedad, la naturaleza real o personal de los derechos que pueden constituir, su titularidad, así como su posible permanencia a favor del propietario tras la extinción del derecho del constituyente.

En concreto, la cuestión jurídica que se plantea en el presente recurso y a la que debe darse respuesta es la legitimación del usufructuario para constituir una servidumbre predial a favor de la finca. Esta sala considera que, en cuanto titular de un derecho real de uso y disfrute, el usufructuario puede constituir en beneficio de la finca una servidumbre voluntaria predial, de modo que las facultades correspondientes a tal servidumbre se incorporen como una utilidad que integra las facultades de disfrute de la finca. En cada caso, la titularidad de la servidumbre y su duración dependerá del título por el que se constituya.

En el caso que da lugar al presente recurso, la constitución de la servidumbre de paso no se hizo al servicio personal del usufructuario que la constituyó y limitada

a la duración del usufructo, sino a favor de la finca, para beneficiar al fundo, a su servicio. Así lo muestra el que, en el documento en el que se reconoció el derecho de paso se decía expresamente: ‘Este acuerdo tendrá validez y se hará extensivo a las sucesivas transmisiones que en lo sucesivo pudiera tener cualesquiera de las dos parcelas’. En consecuencia, la facultad de paso se incorporó de manera inseparable a la finca dominante y, al adquirir la finca, el demandante la adquirió con la servidumbre constituida.

Para dar respuesta a las cuestiones planteadas en el recurso, conviene añadir que el conflicto no se da entre el usufructuario que constituyó la servidumbre a favor del fundo y su propietario, sino entre los actuales propietarios de fundo dominante y fundo sirviente. En el pleito tampoco se plantea problema alguno en torno al pago de un precio por la constitución de la servidumbre (que fue a título gratuito) ni a los eventuales gastos que pudiera conllevar. Simplemente el demandante, propietario del fundo dominante, pretende ejercitarla frente a los actuales propietarios de la finca sirviente, herederos de quien, al gravar su finca con la servidumbre de paso, reconoció la legitimación para convenir al entonces usufructuario de la finca dominante. Algo que, como dijo la sentencia de 10 de junio de 1993 (Rc. 3344/1990) para un caso de ‘supuesta falta de dominicalidad’ de quien constituyó la servidumbre a favor de la finca dominante, no puede ser desconocido por los causahabientes del dueño del fundo sirviente.

(...) Por todo ello el recurso de casación se desestima y se confirma el fallo de la sentencia recurrida”. (F.D.3) [O.P.B].

Jurisprudencia: Fe pública registral: La dación en pago es un contrato oneroso, que puede dar lugar a la protección del adquirente en virtud del art. 34 LH.

STS (Sala 1ª) de 5 de febrero de 2019, rec. nº 1863/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8658092&links=%221863%2F2016%22%20%2272%2F2019%22&optimize=20190215&publicinterface=true>

“Se denuncia (...) la infracción de lo dispuesto en los artículos 1473 y 606 CC y de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, relativos a la protección que ha de dispensarse al adquirente a non dominio en el caso de venta de cosa ajena.

(...) La primera cuestión a resolver ha de ser si Riromel S.L. reúne las condiciones de tercero hipotecario (artículo 34 LH), lo que haría inatacable el dominio adquirido e inscrito en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de los derechos o reclamaciones que puedan hacerse efectivos por los demandantes contra aquellos que, por su actuación, hubieran propiciado en su perjuicio dicha adquisición del dominio con carácter inatacable.

(...) No cabe duda de que la dación en pago queda encuadrada en lo dispuesto por el artículo 34 LH dado su carácter oneroso, ya que mediante ella se declara extinguido un

crédito mediante la transmisión de un determinado bien al titular de dicho crédito, quedando extinguido el mismo.

Sentado lo anterior, es lo cierto que de lo actuado se desprende la concurrencia en Riromel S.L. de las condiciones exigidas para ser considerado tercero hipotecario protegido por la inscripción registral, ya que adquiere el chalet, a título oneroso, de quien figura en el Registro de la Propiedad con facultades para transmitir el dominio y, a su vez, lo inscribe a su favor; sin que conste que falte en su actuación la buena fe que, en todo caso, se presume, sin perjuicio de la calificación que hubiera de merecer la actuación de la parte que realizó la dación en pago.

(...) Como consecuencia de ello, procede la estimación del motivo en cuanto la sentencia recurrida no ha aplicado al caso –debiendo hacerlo- el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en los términos ya señalados, lo que determina que la sentencia recurrida debe ser casada” (F.D.6º) [O.P.B.].

II. DERECHO MERCANTIL

1. DERECHO DE SEGUROS

Jurisprudencia: seguro de vida e invalidez. Rechazo de prestación por haber ocultado dolosamente enfermedades preexistentes y vinculadas causalmente a la invalidez reconocida. Infracción art. 10 LCS.

STS (Sala 1ª) de 8 de noviembre de 2018, rec. nº 3002/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8573608&links=&optimize=20181116&publicinterface=true>

“(…) Para la decisión de los dos únicos motivos admitidos debe tomarse como punto de partida la jurisprudencia de esta sala relativa al art. 10 LCS.

La sentencia 726/2016, de 12 de diciembre, citada por las más recientes 222/2017, de 5 de abril, 542/2017, de 4 de octubre, y 323/2018 de 30 de mayo, sintetiza la jurisprudencia sobre el deber de declaración del riesgo como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de la presentación de un cuestionario incompleto.

De esta jurisprudencia resulta que el cuestionario a que se refiere el art. 10 LCS no ha de revestir una forma especial de la que deba depender su eficacia (sentencias 726/2016, de 12 de diciembre, y 222/2017, de 5 de abril).

Esa misma jurisprudencia viene declarando que lo que esta sala debe examinar es si el tipo de preguntas que se formularon al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud que él conociera o no pudiera desconocer se referían, es decir, si las preguntas que se le hicieron le

permitieron ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo. Como ha recordado la ya citada sentencia 323/2018, la aplicación concreta de la jurisprudencia aplicable a la controversia ha llevado a esta sala a distintas soluciones, justificadas por las diferencias de contenido de la declaración-cuestionario.

Así, se ha negado la existencia de ocultación en casos de cuestionarios (o declaraciones de salud) demasiado genéricos o ambiguos, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitieran al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro (entre las más recientes, sentencias 157/2016, de 16 de marzo, 222/2017, de 5 de abril, y la citada 323/2018).

La sentencia 157/2016 valoró que se tratara de una cláusula ‘estereotipada acerca de la salud general que presenta el asegurado’ en el momento de suscribir el seguro, en la que no se incluían preguntas significativas para la determinación del riesgo objeto de cobertura. En concreto, no se le interesó alguna respuesta acerca de enfermedades relevantes como el cáncer que padecía.

En la misma línea, la sentencia 222/2017 consideró que el hecho de que la tomadora no manifestara los antecedentes de psicosis que padecía desde mucho antes no permitía concluir que estuviera ocultando datos de salud relevantes para la valoración del riesgo, ‘pues no se le preguntó específicamente sobre si padecía o había padecido enfermedad o patología afectante a su salud mental (solo se aludió a patologías de tipo cardiaco, respiratorio, oncológico, circulatorio, infeccioso, del aparato digestivo o endocrino -diabetes-) ni si padecía enfermedad de carácter crónico, con tratamiento continuado, que ella pudiera vincular de forma razonable con esos antecedentes de enfermedad mental que condujeron finalmente a la incapacidad’.

Más recientemente, la sentencia 323/2018, respecto de un asegurado psiquiatra, descarta la ocultación valorando que a la falta de preguntas sobre una patología concreta, de tipo mental, que pudiera asociar a sus padecimientos, se sumaba el empleo de un adjetivo (‘relevante’) dotado de un matiz de subjetividad que no podía operar en perjuicio del asegurado, ni siquiera tratándose de un médico especialista en psiquiatría, pues sus conocimientos en la materia, aunque permitieran descartar que no fuera consciente de su enfermedad, no implicaban necesariamente que tuviera que valorar sus antecedentes psíquicos como significativos o relevantes, ya que no le habían impedido ejercer su profesión hasta la fecha del siniestro. Y concluyó:

‘En definitiva, la falta de concreción del cuestionario debe operar en contra del asegurador, pues a este incumben las consecuencias de la presentación de una declaración o cuestionario de salud excesivamente ambiguo o genérico, ya que el art. 10 LCS, en su párrafo primero, exonera al tomador-asegurado de su deber de declarar el riesgo tanto en los casos de falta de cuestionario cuanto en los casos, como el presente, en que el cuestionario sea tan genérico que la valoración del

riesgo no vaya a depender de las circunstancias comprendida en él o por las que fue preguntado el asegurado’.

Por el contrario, las sentencias 72/2016, de 17 de febrero, 726/2016, de 12 de diciembre, y 542/2017, de 4 de octubre, apreciaron la existencia de ocultación dolosa o, como mínimo, gravemente negligente (la última), en todo caso subsumible en el supuesto de hecho del art. 10 LCS, atendiendo no solo al hecho de que sí se hubiera preguntado al asegurado específicamente acerca de enfermedades concretas (caso de la sentencia 726/2016) sino también (caso de las otras dos) a que, aunque las preguntas hubieran sido más genéricas, sin referencia a enfermedades concretas, al menos sí se le hubiera preguntado si había tenido o seguía teniendo alguna limitación física o psíquica o enfermedad crónica, si había padecido en los últimos años alguna enfermedad o accidente que hubiera necesitado de tratamiento médico o de intervención quirúrgica y si se consideraba en ese momento en buen estado de salud. En particular, la sentencia 72/2016 valoró que, por más que no se formularan al asegurado preguntas concretas sobre sus antecedentes por depresión, la manera en que había cursado esta enfermedad, con numerosas crisis que merecieron sucesivas intervenciones de los servicios de atención primaria y tratamiento con medicación, permitía concluir que el asegurado no podía desconocer su enfermedad y, por tanto, que no estaba justificado que negara todo padecimiento previo o tratamiento. Y la sentencia 542/2017 consideró que, aunque la pregunta que se formuló al asegurado (si padecía enfermedad que necesitara tratamiento) podía considerarse genérica, sin embargo existían suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar el riesgo cubierto, como la naturaleza de los padecimientos que venía sufriendo desde años antes, que afectaban a su movilidad y tenían un pronóstico de evolución negativa, y el carácter específico de la medicación prescrita para el tratamiento de esos padecimientos”. (F.D. 4º)

“(…) De aplicar la jurisprudencia anteriormente expuesta a los dos motivos admitidos del recurso se desprende que ambos han de ser desestimados.

Es un hecho probado que sí hubo un cuestionario válido con independencia de su forma, el realizado por el facultativo que, por cuenta de la aseguradora, llevó a cabo el reconocimiento médico del asegurado previo a la firma de la póliza, y también es un hecho probado que los antecedentes médicos del asegurado fueron obtenidos no mediante su exploración y las pruebas complementarias, sino en función de las respuestas a las preguntas que le formuló el facultativo, siendo precisamente esos antecedentes resultantes de las respuestas del asegurado los que se reflejaron en el apartado ‘anamnesis’ del informe.

Debe recordarse que según el art. 2.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, ‘los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria’.

Por tanto, aunque el cuestionario no contuviera ninguna pregunta sobre enfermedades concretas o específicas, en particular de tipo mental o afectantes al aparato respiratorio, y aunque la pregunta sobre enfermedades anteriores ‘de interés’, tal y como fue formulada, no pueda considerarse por sí misma conducente a que el asegurado pudiera identificar como tales las que padecía, respectivamente diagnosticadas en 1994 (la esquizofrenia paranoide) y en 2006 (el EPOC), no obstante, como en el caso de la sentencia 72/2016, sí es determinante que se le preguntara expresamente si estaba siguiendo tratamiento médico y que también lo negara, pues consta probado que lo seguía en los dos casos, según la sentencia recurrida, o, como indicó la de primera instancia, al menos por la psicosis.

El recurrente, en consecuencia, necesariamente tenía que ser consciente del tratamiento que seguía desde tanto tiempo atrás, pese a lo cual lo negó y afirmó encontrarse en buen estado de salud (‘situación actual: normal’), incurriendo así en el dolo previsto en el art. 10 LCS porque la gravedad objetiva de la enfermedad mental que padecía, muy difícilmente detectable mediante las pruebas del reconocimiento médico, era incompatible con las respuestas que dio a las preguntas de si seguía tratamientos médicos, enfermedades anteriores o situación actual” (F.D.5º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: cuantificación del lucro cesante. Empresa de transporte solicita indemnización por lucro cesante derivado del tiempo de paralización de su vehículo (cabeza tractora) a la entidad aseguradora del vehículo culpable del siniestro. Valoración de documentos aportados (certificado gremial).

STS (Sala 1ª) de 19 de noviembre de 2018, rec. nº 936/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8590241&links=&optimize=20181130&publicinterface=true>

“(…) Respecto a la existencia del lucro cesante se ha consolidado una doctrina jurisprudencial por la que, acreditado el evento perjudicial y la conducta sancionable, el resarcimiento de daños y perjuicios conforme al artículo 1106 CC abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, pérdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, (Sentencia de 22 de abril de 1997). La jurisprudencia se ha orientado en esta materia con un prudente criterio restrictivo, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas. En tal sentido, dice la sentencia de 24 de abril de 1997 que la integración del *lucrum cessans*, como elemento de indemnización, no permite incluir

eventos de futuro no acreditados, rayanos en los conocidos, sueños de ganancia, ni referirse sólo a acontecimientos reales o de indiscutible dación, sino que, en una posición intermedia, se requiere que los eventos determinantes de una aportación de medios o recursos truncados por la realización del ilícito obtengan la prueba indiscutible de que generarán ese monto económico, al cual, ya totalmente predeterminado, sólo le falta su real materialización.

Así lo reitera la sentencia 48/2013, de 11 de febrero, con abundantes citas de sentencias de la sala (SSTS 16 de diciembre de 2009; 5 de mayo de 2009; 21 de abril de 2008; 18 de septiembre de 2007; 31 de mayo de 2007; y 14 de julio de 2003, entre otras más lejanas en el tiempo).

2.- De lo acabado de mencionar resulta que el reconocimiento del lucro cesante se encuentra supeditado al acrecimiento de factores y circunstancias reveladoras de que el ilícito ha motivado la no obtención de ganancias relacionadas causalmente con tal hecho, con las correspondientes consecuencias patrimoniales negativas para el perjudicado.

La jurisprudencia, en las sentencias antes citadas se funda en criterios de probabilidad, de verosimilitud, de apreciaciones prospectivas para tener por probada la existencia del perjuicio, no reteniendo datos cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético.

Como consecuencia de ello, se impone a la parte actora la carga de ofrecer los datos que, a tenor de la situación existente al presentar la demanda o en el momento de practicar la prueba, mediante su proyección sobre el periodo futuro objeto de reclamación, permitan el cálculo prospectivo del lucro cesante (STS 31 de octubre de 2007, rec. 3537/2000).

3.- En el presente recurso no se pone en debate que el vehículo dañado se encontraba destinado a una actividad lucrativa o empresarial, así como el tiempo de paralización del vehículo (veinticuatro días).

Dicho lo anterior debe tenerse en cuenta que cuando se trata de la paralización de un vehículo que está integrado en una empresa de transporte de mercancías y que venía prestando servicios al actor, es obvio que, en principio, cabe presumir la existencia de perjuicios, pues la paralización de un vehículo destinado al transporte de mercancía que en la práctica se venía utilizando como tal, ha de suponer, dentro de esos criterios de probabilidad objetiva, una disminución de los ingresos de su titular, que se ve privado forzosamente de uno de los medios de los que ordinariamente se sirve en su actividad económica, sin que sea necesario justificar con precisión el beneficio concreto que pudiera haber obtenido con ese vehículo, o los contratos o servicios que no pueda cumplir, entre otras cosas, porque las más de las veces resultaría de muy difícil o prácticamente imposible demostración.

Si la actora destina su camión al transporte de mercancías, como se ha demostrado, y permanece un tiempo inmovilizado para la reparación, creemos

que de estos hechos se deduce necesariamente el perjuicio por lucro cesante, pues durante el tiempo que el camión permanece inmovilizado no se puede dedicar a la actividad mercantil, perdiéndose los ingresos que se podría haber obtenido, con la necesaria verosimilitud y certeza, en caso contrario, sin que, a nuestro juicio, sea necesario acudir a una complicada prueba para acreditar la realidad del perjuicio por lucro cesante.

No empece a ello que la empresa que se dedica al transporte, como es el caso, tenga más vehículos destinados a su objeto social, pues se ha de presumir que obtenga ganancias de todos ellos y que sean necesarios para satisfacer su objeto, sobre todo si el siniestro se produce porque la cabeza tractora en cuestión circulaba prestando un servicio.

4.- Teniendo en cuenta los datos expuestos y la valoración jurídica que se ha hecho de ellos, la cuestión se contrae no tanto a la existencia del lucro cesante sino a su cuantificación.

En este tipo de litigios suele ser la prueba del *quantum* el centro sobre el que gira el debate. Unas veces se acude, como solución para ello, a los certificados gremiales que las partes aportan al juicio, ya que ofrecen una idea genérica de las ganancias perdidas por la paralización del vehículo, con fundamento en estudios propios de las asociaciones o colegios profesionales.

Otras veces la solución pasa porque el perjudicado acredite, mediante la prueba más objetiva posible, las ganancias que ha dejado de obtener.

Esta segunda solución es la que la sentencia recurrida rechaza por falta de pruebas y lo motiva.

Pero como afirma la sentencia 48/2013, de 11 de febrero, en un caso similar de ausencia de pruebas que permitieran establecer de forma objetiva un perjuicio concreto que justificase el acogimiento de la pretensión, ‘ello no es argumento suficiente para negar una indemnización basada en la evidencia o curso normal de los acontecimientos que refiere constante jurisprudencia y que a la postre suponen no cargar exclusivamente sobre la víctima unos perjuicios difíciles de justificar en una actividad menor de un transporte que se contrata sin una previsión cierta y segura de su desarrollo’.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia 568/2013 de 30 de septiembre.

En los litigios sobre los que decidieron las sentencias que ponían fin a ellos, estas no negaron el lucro cesante postulado, sino que lo redujeron en el *quantum*, por entender que el certificado gremial sirve a título meramente indicativo y como simple principio de prueba para cuantificar el perjuicio, pero para su precisa cuantificación en la cantidad solicitada eran precisas unas pruebas más objetivas del caso concreto que la parte no aportó.

Se colige, pues, de la doctrina de la sala, que los certificados gremiales sobre el lucro cesante por paralización del vehículo por sí mismos no pueden ser

considerados prueba del lucro, sino que debe acudirse a otros medios de prueba que acrediten el mismo de forma más concreta.

Por tanto, y sería el caso, una vez probado que la perjudicada tuvo un vehículo paralizado y que lo destinaba a una actividad económica en la que en condiciones normales se habría obtenido un beneficio económico, la ausencia de pruebas concretas sobre ganancias determinadas, que suelen ser dificultosas a veces, no puede impedir la indemnización por lucro cesante, sino que deben ponderarse los datos existentes y fijar una cantidad prudencial.

Para ello, como referencia y no con carácter vinculante, sí pueden resultar útiles los certificados gremiales y los baremos que en ellos se aplican.

5.- En atención a lo expuesto, y si se tiene en cuenta los datos obrantes en autos, con respecto a las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida no combatidas por el cauce adecuado, se considera prudencial fijar el lucro cesante por los 24 días de paralización en la cantidad de 8.000 €” (F.D. 3º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Seguro de vida vinculado a un préstamo hipotecario. Falta de legitimación activa de la demandante, cónyuge del asegurado, quien ha fallecido por cáncer de pulmón. Infracción del deber de declaración del riesgo por haber ocultado su tabaquismo.

STS (Sala 1ª) de 21 de enero de 2019, rec. nº 3537/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8641013&links=&optimize=20190201&publicinterface=true>

“(…) Como ya se ha indicado, la parte recurrente mantiene la inexistencia de conducta dolosa del asegurado apoyándose en un doble argumento: que el cuestionario no puede considerarse formalmente válido al no haber sido cumplimentado por el asegurado, quien se habría limitado a firmarlo, y, en todo caso, que tampoco puede considerarse materialmente válido, pues las preguntas que se le formularon no tenían relación alguna con la patología que finalmente fue causa de su muerte, diagnosticada mucho tiempo después.

La sentencia recurrida, al examinar el fondo del asunto, aprecia conducta dolosa del asegurado por estar probado que fue él quien contestó al cuestionario antes de firmarlo, aunque no lo cumplimentara materialmente, y considerar que ocultó dolosamente datos sobre su salud, por él conocidos al tiempo de suscribir la póliza, cuya influencia en la valoración del riesgo razonablemente podía intuir; en concreto, que antes de firmar la póliza estuvo varias veces de baja laboral por tiempo superior a quince días, que ya en 1999 se le había diagnosticado un problema en los pulmones (neumotórax) por el que se le recomendó ‘que no fumara, que pese a ello siguió’ haciéndolo -y además en grandes dosis (más de dos cajetillas o 40 cigarrillos diarios)- y, en fin, que desde 2003 padecía del páncreas (sucesivos episodios de pancreatitis aguda que obligaron a practicarle una

colecistectomía laparoscópica y que presumiblemente estaban asociados a un excesivo consumo de alcohol).

De la doctrina de esta sala sobre el art. 10 LCS (de la que son recientes ejemplos las sentencias 621/2018, de 8 de noviembre, 562/2018, de 10 de octubre, 563/2018, de 10 de octubre, 528/2018, de 26 de septiembre, 426/2018, de 4 de julio, 323/2018 de 30 de mayo, 273/2018, de 10 de mayo, 542/2017, de 4 de octubre, 222/2017, de 5 de abril, 726/2016, de 12 de diciembre, 157/2016, de 16 de marzo, y 72/2016, de 17 de febrero) se desprende, en síntesis: (i) que el deber de declaración del riesgo ha de ser entendido como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitan al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro; (ii) que el asegurado no puede justificar el incumplimiento de su deber por la mera circunstancia de que el cuestionario sea rellenado o cumplimentado materialmente por el personal de la aseguradora o de la entidad que actúe por cuenta de aquella, si está probado que fue el asegurado quien proporcionó las contestaciones a las preguntas sobre su salud formuladas por dicho personal; (iii) que el cuestionario no ha de revestir una forma especial de la que deba depender su eficacia (aceptándose también como cuestionario las ‘declaraciones de salud’ que a veces se incorporan a la documentación integrante de la póliza); y (iv) que lo que esta sala debe examinar es si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían, es decir, si las preguntas le permitían ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo y causalmente relacionados con el siniestro.

Como recuerdan estas sentencias, la aplicación concreta de dicha jurisprudencia ha llevado a esta sala a distintas soluciones, justificadas en cada caso por las diferencias de contenido de la declaración-cuestionario.

Por su proximidad al presente caso, dadas las circunstancias concurrentes, resultan de aplicación las sentencias 621/2018, de 8 de noviembre, 563/2018, de 10 de octubre, 273/2018, de 10 de mayo, 542/2017, de 4 de octubre, 726/2016, de 12 de diciembre, y 72/2016, de 17 de febrero. Todas ellas (a diferencia de las sentencias 157/2016, de 16 de marzo, 222/2017, de 5 de abril, 323/2018, de 30 de mayo, y 562/2018, de 10 de octubre, que no apreciaron la infracción del deber de declarar el riesgo), declararon la existencia de ocultación dolosa o, cuanto menos, gravemente negligente (sentencia 542/2017), atendiendo no solo al hecho de que en algunos de esos casos el cuestionario no era impreciso (porque se preguntó al asegurado específicamente acerca de enfermedades concretas) sino también a que en otros casos, pese a la generalidad del cuestionario, existían ‘suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como

objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar’ (sentencia 621/2018, con cita de la 542/2017)” (F.D. 6º).

“(…) La sentencia recurrida, en su fundamentación jurídica sobre el fondo a partir de los hechos probados, se ajusta a la doctrina jurisprudencial expuesta por las siguientes razones:

1.a) Pese a lo sostenido por la recurrente, el cuestionario fue cumplimentado con las respuestas que suministró el asegurado (de ahí que se reflejaran datos personales que de otra forma no podrían ser conocidos).

2.a) Las preguntas del cuestionario no fueron genéricas; es decir, no se limitaron a si el asegurado se consideraba en buen estado de salud, a si estaba o había estado enfermo, a si había recibido o seguía recibiendo tratamiento o a si había sido intervenido quirúrgicamente (pregunta ésta a la que respondió negativamente pese a que había sido intervenido de la vesícula tras varios episodios de pancreatitis aguda). Antes bien, consta que se le preguntó y negó haber estado de baja laboral más de quince días en los últimos cinco años (cuando sí lo había estado en varias ocasiones, y en algún caso durante periodos mucho más largos), y que se le preguntó y negó ser consumidor habitual de alcohol y de tabaco, contradiciendo con sus respuestas los datos resultantes de la documentación médica sobre su estado de salud previo a la firma de la póliza (que por tanto el asegurado no podía desconocer), de los que resultaba con meridiana claridad que la pancreatitis que derivó en sus problemas de vesícula y que motivó su intervención quirúrgica podía venir originada por el consumo habitual de alcohol, así como que venía consumiendo tabaco desde la adolescencia en dosis superiores a los 40 cigarrillos/día y que no atendió la recomendación médica de dejar el tabaco tras sufrir un neumotórax en 1999.

3.a) En consecuencia, aunque la enfermedad causante de la muerte del asegurado (cáncer de pulmón) fue diagnosticada en febrero de 2009, mucho después de la suscripción de la póliza y la cumplimentación del cuestionario, y no figuraba entre las patologías por las que fue preguntado de forma específica, lo determinante para apreciar la infracción dolosa de su deber de declarar el riesgo es que también en este caso concurrían suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes para su valoración, siendo el más relevante de todos ellos el gran consumo de tabaco, conscientemente negado, puesto que a nadie escapa la notoria relación que existe entre el consumo de tabaco (y más con esa intensidad) y el cáncer de pulmón y, además, varios años antes de suscribir la póliza y responder al cuestionario el asegurado había sufrido un neumotórax y se le había prescrito que dejase de fumar.

En consecuencia, procede desestimar lo alegado como fundamento del recurso de casación y, en definitiva, desestimar la demanda en el fondo” (F.D. 7º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Seguro multirriesgo empresarial. Cobertura del riesgo. Infraseguro. Error en la redacción de la póliza y falta de presentación del formulario por la entidad aseguradora.

STS (Sala 1ª) de 24 de enero de 2019, rec. nº 1355/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8641021&links=&optimize=20190201&publicinterface=true>

“(…) Como resume la sentencia de esta sala 621/2018, de 8 de noviembre, la jurisprudencia configura el deber de declaración del riesgo como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que, además, recaen las consecuencias que derivan de la omisión del cuestionario o de la presentación de un cuestionario incompleto.

Asimismo, de esta jurisprudencia (sentencias 726/2016, de 12 de diciembre; 222/2017, de 5 de abril; 542/2017, de 4 de octubre; y 323/2018 de 30 de mayo; por citar solo las más recientes), se desprende que, para que exista incumplimiento del deber de declaración del riesgo por parte del tomador del seguro, deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que se haya omitido o comunicado incorrectamente un dato relevante; (ii) que dicho dato hubiera sido requerido por la aseguradora mediante el correspondiente cuestionario y de manera clara y expresa; (iii) que el riesgo declarado sea distinto del real; (iv) que el dato omitido o comunicado con inexactitud fuera conocido o debiera haber sido conocido con un mínimo de diligencia por el solicitante en el momento de realizar la declaración; (v) que el dato sea desconocido para la aseguradora en ese mismo momento; (vi) que exista una relación causal entre la circunstancia omitida y el riesgo cubierto.

Los mismos requisitos concurren en el supuesto del art. 11 LCS, es decir, cuando el tomador deba comunicar al asegurador, durante el curso del contrato, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que, si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato, no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas. Como dice la sentencia 757/2000, de 20 de julio:

‘La regulación legal parte de la base de la existencia de un estado de cosas al tiempo del contrato que condicionan su configuración, y que, dado su ‘tractu’ continuado, puede verse alterado por circunstancias de diversa índole, las cuales, cuando implican un aumento de los riesgos, al desequilibrar, en perjuicio del acreedor, la situación inicialmente prevista, generan para el tomador del seguro o el asegurado que las conocen el deber de información expresado, de tal manera que si se incumple y sobreviniere el siniestro, el asegurador queda liberado de su prestación cuando el tomador o el asegurado haya actuado de mala fe, o bien, si no concurre ésta, tiene derecho a que se reduzca proporcionalmente la indemnización a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiere aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo, según establece el art. 12, p. segundo, LCS’.

3.- Pues bien, ninguno de los requisitos enunciados para apreciar el incumplimiento del deber de declaración o agravación del riesgo por parte del tomador concurren en este caso. Al contrario, según los propios hechos declarados probados por la Audiencia Provincial, Áridos Aguilar comunicó debidamente al agente de seguros de Allianz la nueva adquisición de maquinaria y fue la aseguradora quien, al recibir dicha comunicación, consideró inadecuadamente (al parecer, por la mala información suministrada por el agente) que tales objetos debían ser incluidos como ‘vehículos en reposo’ en vez de como ‘ajuar industrial’. Ni el agente ni la aseguradora sometieron al tomador un cuestionario en que éste pudiera declarar con exactitud el riesgo que se incrementaba.

Frente a esa negligencia de la aseguradora, que debemos calificar como profesional, puesto que es ella quien tiene los conocimientos para incluir en un apartado u otro de la cobertura el tipo de bien asegurado, no cabe apreciar negligencia por parte del tomador del seguro, en esa especie de concurrencia de culpas que estima la Audiencia Provincial, pues ni la tomadora tiene obligación de suplir las omisiones o incorrecciones de la aseguradora en un ámbito, insistimos, que es de naturaleza especial y profesional, ni ha incumplido su deber de comunicar la agravación del riesgo.

4.- En su virtud, el recurso de casación debe ser estimado, en tanto que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala (art. 487.3 LEC), por lo que debe asumirse la instancia y, por las mismas razones, desestimar el recurso de apelación de la aseguradora” (F.D. 3º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Seguro de responsabilidad de administradores. Cobertura del riesgo. Distinción cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas de los derechos del asegurado. Cláusula sorpresiva.

STS (Sala 1ª) de 29 de enero de 2019, rec. nº 2159/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8651158&links=&optimize=20190208&publicinterface=true>

“(…) Como hemos reiterado en ocasiones anteriores (sentencia 541/2016, de 14 de septiembre), ‘desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas parece, a primera vista, sencilla, de manera que las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido’. Estas cláusulas limitativas deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, estar destacadas de un modo especial y ser

expresamente aceptadas por escrito. Estas formalidades resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (sentencias 268/2011, de 20 de abril, y 516/2009, de 15 de julio).

Pero en la práctica esta distinción no es tan clara. Así, por ejemplo y por lo que interesa en el presente caso, hay cláusulas que por delimitar de forma sorprendente el riesgo se asimilan a las limitativas de derechos (sentencia 715/2013, de 25 de noviembre).

3. La jurisprudencia, al determinar en la práctica el concepto de cláusula limitativa, lo refiere al contenido natural del contrato, ‘derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora’ (sentencias 273/2016, de 22 de abril y 541/2016, de 14 de septiembre).

En nuestro caso, el seguro concertado se encuadra dentro del denominado seguro de responsabilidad civil, regulado en los arts. 73 y ss. LCS. De tal forma que para determinar el contenido natural, hemos de partir de su configuración legal. El art. 73 LCS dispone lo siguiente:

‘Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho’.

Conforme a esta regulación, más allá de precisar que la obligación cubierta es la de indemnización a un tercero de los perjuicios ocasionados por un hecho, en la medida en que este debe estar previsto en el contrato de seguro, el contenido natural del seguro viene determinado principalmente por el propio contrato.

Del contrato se extrae directamente que se trata de la responsabilidad de los administradores y directores de sociedades, por actos realizados en el ejercicio de su cargo, sin que las condiciones especiales especifiquen más al respecto. Son las condiciones generales las que sí concretan qué actos quedan cubiertos y, sobre todo, por lo que ahora interesa, cuáles quedan excluidos. En la cláusula 2.19.3, expresamente se excluyen de la consideración de daño susceptible de indemnización ‘los impuestos’, esto es, las obligaciones tributarias. Lo que comprendería la responsabilidad derivada por la AEAT a los administradores de la sociedad respecto de las deudas tributarias de la sociedad.

El daño que los demandantes pretenden sea cubierto por el seguro de responsabilidad civil concertado con Zurich es la obligación tributaria derivada por la AEAT, en virtud de lo previsto en el art. 43.1.b) LGT. Este precepto atribuye la responsabilidad subsidiaria de la deuda tributaria a:

‘Los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas en

éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago’.

De tal forma que debemos analizar si la exclusión de este daño, que contribuye a delimitar el riesgo cubierto por el seguro, restringe de forma sorprendente la cobertura del seguro, en relación con su contenido natural, y por ello reviste la consideración de cláusula limitativa de derechos, lo que hubiera precisado la aceptación expresa del tomador mediante su firma, conforme al art. 3 LCS.

El seguro concertado es de responsabilidad de los administradores de una sociedad mercantil en que hubieran podido incurrir en el ejercicio de su cargo. Hoy día, su contenido natural no se limita a la responsabilidad civil regulada en la Ley de Sociedades de Capital, sino que alcanza también aquella que, como hemos expuesto, se prevé en la normativa administrativa, en este caso, la Ley General Tributaria. Se trata de una responsabilidad prevista, por razón del cargo de administrador, para incentivar una actuación más diligente en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la sociedad. Es una responsabilidad relativamente común. Tanto que, objetivamente, en la previsión de quien concierta el seguro, es lógico que se encuentre también la cobertura de este riesgo. De tal forma que su exclusión en el apartado de condiciones generales, sin una aceptación expresa, debe considerarse sorpresiva y por ello limitativa de derechos.

Bajo esta caracterización, hubiera sido necesaria la aceptación expresa del tomador de seguro, por lo que, en su ausencia, debemos aplicar los efectos previstos en el art. 3 LCS y, por lo tanto, tenerla por no puesta.

En consecuencia, casamos la sentencia de apelación y, en su lugar, conforme a lo argumentado, desestimamos la apelación y confirmamos la sentencia de primera instancia” (F.D. 2º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Préstamo vinculado a un seguro de vida e invalidez. Entidad aseguradora como beneficiaria que se niega a amortizar el préstamo sobre la base del incumplimiento del deber precontractual de declaración del riesgo. Alcance del citado deber.

STS (Sala 1ª) de 7 de febrero de 2019, rec. nº 1396/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8658094&links=&optimize=20190215&publicinterface=true>

“(…) Para la decisión del recurso debe tomarse como punto de partida la jurisprudencia de esta sala relativa al art. 10 LCS cuya aplicación, como recuerda la sentencia 323/2018, de 30 de mayo, ha llevado a la sala a distintas soluciones justificadas por las diferencias de contenido de la declaración cuestionario. Esta jurisprudencia viene reiterando que lo que la sala debe examinar es si el tipo de

preguntas que se formularon al tomador eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud que él conociera o no pudiera desconocer se referían, es decir, si las preguntas que se le hicieron le permitieron ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando datos relevantes para la exacta valoración del riesgo.

La sentencia 726/2016, de 12 de diciembre -citada por las más recientes 222/2017, de 5 de abril, 542/2017, de 4 de octubre, y 323/2018 de 30 de mayo, y 621/2018, de 8 noviembre-sintetiza la doctrina sobre el deber de declaración del riesgo como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de la presentación de un cuestionario incompleto. Esta interpretación quedó reforzada por el último inciso añadido al primer párrafo de la redacción original del art. 10 LCS en el que se establece que el tomador queda exonerado de su deber de declaración ‘si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él’.

En el presente caso la sentencia recurrida declara que la aseguradora incumplió su obligación de formular preguntas claras y definitivas sobre la salud del asegurado que le hubieran permitido conocer el riesgo asumido y niega que el asegurado deba manifestar por propia iniciativa las dolencias que padezca. Sin embargo, razona que debe aplicarse el párrafo tercero del art. 10 LCS porque el asegurado conocía la enfermedad que padecía al tiempo de suscribir la póliza y no lo manifestó. De esta forma, la Audiencia ordena la reducción de la prestación de la aseguradora de forma proporcional a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. La Audiencia remite a la ejecución de sentencia la determinación de la cuantía indemnizable con arreglo a ese criterio genérico que establece la ley, y sobre cuya concreción en el caso concreto no se ha debatido en el pleito, puesto que ninguna de las partes había ejercitado tal pretensión.

Este modo de razonar de la Audiencia no es correcto. No solo porque la aplicación de la reducción no procede automáticamente cuando nadie la ha pedido (tal y como explicaron las sentencias 456/2004, de 7 de junio, y 623/2005, de 15 julio, cuya doctrina ha sido recordada, entre otras sentencias posteriores, por las sentencias 676/2014, de 4 de diciembre, y 222/2017, de 5 de abril), sino también porque la infracción del deber de exactitud en la respuesta al cuestionario no puede ser ajena al conocimiento por el tomador de la relevancia de las circunstancias sobre las que debe declarar. El que el tomador tuviera conocimiento de sus episodios de epilepsia y no informara de ello al contratar el seguro es un dato fáctico del que no resulta reticencia alguna. En la instancia no ha quedado acreditado que se hicieran al tomador preguntas ni, por tanto, le es imputable a él la falta de mención de sus episodios. La propuesta de seguro que firma tan solo incluye una declaración estereotipada sobre su capacidad para trabajar y una declaración genérica sobre su buena salud: por lo que se refiere a la primera, es relevante que el tomador del seguro se encontrara trabajando y, de

hecho, la declaración de incapacidad tuvo lugar cinco años más tarde; por lo que se refiere a la declaración de salud, en la fórmula utilizada por la aseguradora aparece vinculada exclusivamente a enfermedades físicas que el tomador no padecía. No hay por tanto elementos de juicio que permitieran al actor conocer que debía informar de algo sobre lo que no se le preguntaba. En consecuencia, producido el siniestro, la aseguradora no puede ampararse para no cumplir íntegramente la prestación que le incumbe en una inexacta apreciación del riesgo, puesto que sería consecuencia de su propia falta de diligencia en la contratación del seguro.

2.- Procede, en consecuencia, estimar el primer motivo del recurso de casación, casar la sentencia recurrida y confirmar íntegramente la del juzgado, incluida la condena al pago de los intereses respecto al capital que el actor había amortizado desde la fecha del siniestro por las razones explicadas en el fundamento octavo de la sentencia del juzgado y recogidas en el primer fundamento de esta sentencia.

Aunque en su contestación a la demanda y en la apelación la aseguradora alegó que la necesidad de acudir a la vía judicial determinaba la improcedencia del recargo, es doctrina de esta sala la de que la mora del asegurador no desaparece automáticamente por el hecho de que exista un proceso o deba acudir al mismo, sino únicamente cuando se hace necesario acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar, esto es, cuando la resolución judicial es imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura, siempre que la discusión no sea consecuencia de la oscuridad de las cláusulas imputable a la aseguradora (entre las más recientes, sentencias 562/2018, de 10 de octubre, 143/2018, de 14 de marzo, 26/2018, de 18 de enero, y 73/2017, de 8 de febrero).

En el caso, la realidad del siniestro (la declaración de invalidez) fue afirmada en primera instancia, frente a la alegación de la demandada de que la situación de incapacidad no era irreversible y no estaba cubierta por la póliza; también rechazó la sentencia de primera instancia que hubiera quedado acreditado que las condiciones particulares presentadas por la aseguradora -y de las que resultaría que solo quedaba cubierta la incapacidad identificada con la situación física determinante de la total ineptitud para trabajar- hubieran sido entregadas al demandante, por lo que la incapacidad permanente absoluta declarada quedaba cubierta por los propios términos de la póliza. Dando por bueno estos razonamientos del juzgado, la Audiencia centró su análisis en el deber de declaración de riesgos y en el incumplimiento por la aseguradora de la carga de formular preguntas claras y definitivas, sin que la demandada haya impugnado los pronunciamientos relativos a la existencia de cobertura, y lo que pide es la confirmación de la sentencia recurrida. En definitiva, no se han suscitado dudas razonables en cuanto a la realidad del siniestro ni su cobertura” (F.D. 3º) [P.G.P.].

2. DERECHO DE SOCIEDADES

Jurisprudencia: Disolución de sociedad por cese en el ejercicio de la actividad que constituye el objeto social.

STS (Sala 1ª) de 9 de octubre de 2018, rec. nº 3898/201589.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8541280&links=&optimize=20181022&publicinterface=true>

(...) “El vigente Reglamento del Registro Mercantil derogó la exigencia que se contenía en el anterior reglamento de que «si se pretendiera que las actividades integrantes del objeto social puedan ser desarrolladas por la Sociedad total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en Sociedades con objeto idéntico o análogo, se indicará así expresamente». Por tanto, a partir de la entrada en vigor del nuevo reglamento, lo que tuvo lugar el 1 de agosto de 1996, la actividad que constituye el objeto social puede ser desarrollada de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de idéntico o análogo objeto, sin necesidad de previsión expresa en los estatutos sociales”.

(...) “Este tribunal considera correcta la afirmación de la recurrente de que el ejercicio indirecto de la actividad que constituye el objeto social mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de idéntico o análogo objeto no puede limitarse a esa mera titularidad de acciones o participaciones sociales. Es necesario el desarrollo de una actuación que suponga un ejercicio efectivo, aunque sea de modo indirecto, de la actividad constitutiva del objeto social. No puede considerarse que exista tal actividad cuando los órganos de la sociedad, que carece por completo de cualquier elemento personal o patrimonial y cuya cifra de negocio es cero, no han adoptado acuerdo alguno destinado a incidir en el desarrollo de la actividad que constituye el objeto social de la sociedad participada, idéntico o análogo al de la sociedad titular de las acciones o participaciones. Los órganos sociales de Herbania no han adoptado acuerdo alguno sobre qué postura debía adoptar esta sociedad en las juntas de la sociedad participada, Ingestur, ni tampoco, a la vista de la importancia del paquete accionario, que ha sido cercano al 50%, han adoptado acuerdo alguno para designar las personas que deberían representar a Herbania en los órganos de administración de Ingestur. Como consecuencia de lo expuesto, lo que determina que efectivamente se haya producido el cese en el ejercicio de la actividad que constituye el objeto social de Herbania no es el hecho de que esta sociedad haya dejado de ejercer directamente una actividad prevista en los estatutos al enajenar el establecimiento hotelero que explotaba, sino el hecho de que actualmente no ejerza actividad alguna, ni directa ni indirectamente, relacionada con su objeto social, pues la mera titularidad de acciones de Ingestur por parte de Herbania no comporta por sí sola el ejercicio indirecto de una actividad encuadrada en su objeto social, (la adquisición, parcelación, urbanización de terrenos, y la promoción, construcción, explotación, arrendamiento, enajenación y tráfico de

toda clase de edificios e inmueble»), por más que esta actividad esté incluida en el objeto social de la sociedad participada, Ingestur. La mera presentación de declaraciones del impuesto de sociedades, la formulación, aprobación y depósito de las cuentas anuales y la contratación de profesionales que defiendan a la sociedad en los litigios frente a la Hacienda Pública no constituyen por sí solos el ejercicio, ni directo ni indirecto, de la actividad que constituye el objeto social” (F.D. 7º) [P.R.P.].

Jurisprudencia: Impugnación de acuerdo social de enajenación de las participaciones sociales en autocartera una vez transcurrido el plazo legal para ello. Asistencia financiera de la sociedad.

STS (Sala 1ª) de 14 de octubre de 2018, rec. nº 3194/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8529947&links=&optimize=20181011&publicinterface=true>

(...) “En las sentencias 889/2004, de 28 de septiembre, y 79/2012 de 1 de marzo, dictadas en aplicación de la normativa societaria anterior a la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, LSC), hacíamos referencia a la desconfianza con la que el ordenamiento jurídico contempla la adquisición onerosa de sus propias acciones o participaciones por la propia sociedad, por los perjuicios que puede causar a la propia sociedad, a los socios y a los terceros (pormenorizados en el apartado 29 de la segunda de las sentencias citadas), lo que determina la imposición de determinadas cautelas, como son los requisitos y límites que la ley impone a tal adquisición. Esta desconfianza persiste en la actual normativa, por más que la regulación legal (que traspone las sucesivas directivas comunitarias que, a partir de la Segunda Directiva en Materia de Sociedades, 77/91/CEE, regulan esta cuestión) haya sufrido algunas modificaciones que han flexibilizado la regulación de la autocartera. Además de prohibir la adquisición originaria de acciones y participaciones propias y establecer un riguroso régimen para el caso de contravención de tal prohibición (arts. 134 a 139 LSC), respecto de las sociedades de responsabilidad limitada, como es la sociedad demandada, la ley establece una serie de requisitos para que la adquisición onerosa derivativa de las propias participaciones sea lícita (art. 140 LSC); prevé asimismo un régimen riguroso de su tenencia para evitar abusos de la mayoría y distorsiones contables (art. 142 LSC); y prevé que la situación de autocartera tenga una duración limitada pues exige que las participaciones propias adquiridas por la sociedad de responsabilidad limitada sean amortizadas o enajenadas en el plazo de tres años (art. 141.1 LSC). Este plazo de tres años fue introducido en el art. 40.2 de la anterior Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en la reforma operada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, puesto que con anterioridad el régimen era más riguroso, pues la redacción anterior a esta reforma establecía que «[l]as participaciones propias adquiridas por la sociedad deberán ser inmediatamente amortizadas».

(...) “En el supuesto objeto del litigio, no se discute que la adquisición derivativa de participaciones propias por parte de la sociedad demandada, Almonte, fue lícita. Tampoco se discute que cuando se adoptó y ejecutó el acuerdo de transmisión de las participaciones propias a varios socios, la situación de autocartera se había prolongado durante más de tres años. La controversia versa sobre los efectos que tal actuación (la transmisión de las participaciones sociales una vez sobrepasado el plazo de tres años previsto en el art. 141.1 LSC) debe conllevar. La recurrente manifiesta que el acuerdo de transmisión de las participaciones, y los negocios jurídicos que se celebraron en ejecución del mismo, son nulos de pleno derecho porque vulneran una norma imperativa, el art. 141.2 LSC, mientras que los recurridos niegan que la consecuencia de tal vulneración sea la nulidad del acuerdo de transmisión”.

(...) “No responde a la ratio del art. 141.2 LSC que la única solución, una vez transcurrido el plazo de tres años durante el que se permite a la sociedad limitada la tenencia de las propias participaciones adquiridas lícitamente, sea la amortización de las participaciones con reducción del capital social, de modo que no sea ya posible la enajenación de las participaciones en autocartera. La finalidad de la norma es dar efectividad a las cautelas que la ley establece para la autocartera de participaciones sociales, entre las que se encuentra su carácter temporal, con un plazo máximo de tres años, durante los cuales ha de ponerse fin a la situación mediante la enajenación de las participaciones propias o su amortización, con reducción de capital”.

(...) “No puede imponerse coactivamente por el tribunal que la finalización de la situación de autocartera se lleve a cabo mediante la enajenación de las participaciones sociales porque esta solución requiere la participación no solo de la sociedad incumplidora, sobre la que puede imponerse la coerción, sino también de un tercero que adquiriera las participaciones, y es claro que a un tercero, en principio indeterminado, no puede imponerse coactivamente tal adquisición” (F.D. 7º).

(...) “La concesión de crédito por parte de la sociedad Almonte a algunos de sus socios para la compra de sus propias participaciones, hasta ese momento en autocartera, mediante el aplazamiento durante varios años del pago de una parte considerable del precio, sin devengar intereses y sin que esos socios prestaran garantía alguna del pago del precio aplazado, constituía un supuesto de asistencia financiera y que tal operación crediticia, prohibida por el art. 143.2 LSC, debía ser declarada nula, lo que conllevaba que quedara sin efecto el aplazamiento de esa parte del precio y su exigibilidad inmediata”.

(...) “Lo que se cuestiona en el recurso, y por tanto constituye la cuestión a decidir, es si esa nulidad debió limitarse al negocio de financiación (la concesión de un aplazamiento en el pago de parte del precio sin devengo de intereses y sin constitución de garantía) o por el contrario debió extenderse también al propio negocio de transmisión de las participaciones sociales”.

(...) “Consideramos que la finalidad de la norma que prohíbe la asistencia financiera para la adquisición de las propias participaciones no exige que, en caso de contravención, se anule la transmisión que ha sido financiada con la asistencia de la propia sociedad limitada, y que basta con que se anule y deje sin efecto la operación de financiación” (F.D. 9º) [P.R.P.].

Jurisprudencia: Administradores sociales. Indemnización por cese de administrador por acuerdo de la junta. Indemnización acordada por todos los socios en acuerdo de la junta. Rechazo de pretensiones basadas en abuso de la formalidad.

STS (Sala 1ª) de 20 de noviembre de 2018, rec. nº 3621/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8591285&links=&optimize=20181203&publicinterface=true>

(...) “En los estatutos sociales se establecía el carácter retribuido del cargo de administrador social. En ellos se hacía una distinción entre la retribución que recibiría el administrador por desempeñar tal cargo y la que recibiría si, además, prestase servicios como gerente, entre otros conceptos. Con independencia del acierto que pueda tener esta distinción y la previsión de la "total independencia" entre la función de administrador único y la de gerente, lo relevante es que los estatutos prevén la retribución del administrador, fijan un sistema de retribución del cargo de administrador (una cantidad fija) y prevén la fijación por la junta de la retribución de la remuneración del administrador que desempeñe funciones gerenciales”.

(...) “Este acuerdo unánime se produjo no solo para la retribución fija anual que se estableció para cada ejercicio social y que el demandante vino cobrando hasta su cese, sino también para la indemnización en caso de cese, cuya "procedibilidad" los socios reconocieron de forma unánime "con independencia de la calificación que, llegado el momento, recibiera la relación mantenida entre D. Gregorio y la mercantil" (acuerdo adoptado en la junta de socios de Inverfina celebrada el 6 de noviembre de 2007)”.

(...) “En la sentencia 390/2017, de 19 de septiembre, al interpretar la normativa societaria anterior a la Ley 31/2014 (que es también la aplicable al caso objeto del recurso), declaramos que la regulación legal de la retribución de los administradores exige la constancia en los estatutos del sistema de retribución de los administradores de la sociedad. En el presente caso, al igual que en el que fue objeto de la sentencia citada, "no existía una previsión estatutaria de un sistema de retribución, sino simplemente una remisión a la decisión que sobre tal cuestión adoptara en cada ejercicio la junta general, sin fijar regla alguna a la que debiera atenerse la junta general en la fijación de la retribución", lo que en aquella sentencia consideramos que no cumplía las exigencias de fijación estatutaria del sistema de retribución previsto en la legislación societaria”.

(...) “La finalidad del sistema legal de retribución de los administradores, que exige la constancia estatutaria del sistema de retribución, no se frustra cuando la indemnización ha sido fijada de forma unánime por los socios, entre los que el administrador en cuestión ostentaba una pequeña participación en el capital social, en un acuerdo que no ha sido objeto de impugnación. La desvinculación que ahora pretende la sociedad respecto del acuerdo unánime que adoptaron los socios para indemnizar al administrador en caso de cese aparece, así como un abuso de la formalidad que no puede ser aceptado” (F.D. 3º) [P.R.P.].

Jurisprudencia: Rechazo de inscripción de un aumento de capital en una SL por diversos incumplimientos en la convocatoria.

Resolución DGRN de 25 de octubre de 2018 (BOE núm. 279, 19 de noviembre de 2018, pp. 112235-112244).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-15767

“(…) Presentada en el Registro Mercantil escritura pública de ampliación de capital por compensación de créditos a la que se acompaña el acta notarial de la junta celebrada, es calificada negativamente por los siguientes cuatro motivos que quedan aquí resumidos:

- a) La convocatoria no se ha realizado correctamente por cuanto se ha notificado al administrador de la sociedad que es socio y no propiamente a dicha sociedad (que no se encuentra presente en la junta celebrada), y no resulta el acuse de recibo.
- b) El orden del día carece de la debida claridad al referirse genéricamente al aumento de capital por creación de nuevas participaciones.
- c) No consta el medio por el que se notificó al socio ausente la posibilidad de ejercer su derecho de suscripción preferente.
- d) La aportación de determinado crédito no cubre la cantidad de capital social por no corresponder su cuantía a la totalidad de este. Además, se añade, las fechas de los créditos que se compensan no constan debidamente señaladas.

Como cuestión previa, la recurrente hace referencia a determinadas vicisitudes que tienen que ver con una presentación anterior y que, a su juicio le generan indefensión. Es preciso recordar, ante las alegaciones que al respecto lleva a cabo el escrito de recurso, que el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de otra idéntica o similar. De aquí que como ha reiterado en numerosas ocasiones esta Dirección General de los Registros y del Notariado (y muy recientemente, vid. Resolución

de 13 de septiembre de 2017), no se pueda tener en cuenta dicha afirmación que se basa en unos hechos que, por otro lado, no resultan del expediente.

2. De los cuatro defectos señalados la sociedad recurrente no hace referencia alguna al hecho de que la nota de calificación, apartado cuarto de los fundamentos, afirma que: ‘No se inscribe el acuerdo de ampliación de capital por los defectos señalados anteriormente y además en cuanto a la cantidad de siete mil euros aportadas para el pago de la deuda con Hacienda sólo consta que los socios aportaron seis mil quinientos euros’, por lo que no procede que esta Dirección General se pronuncie al respecto adquiriendo firmeza en vía administrativa sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en relación a los créditos compensados.

Entrando en el fondo del asunto y por lo que se refiere al primer defecto señalado, como ha afirmado reiteradamente esta Dirección General (vid. ‘Vistos’), las juntas generales de la sociedades de capital, por la forma en que las mismas son convocadas, pueden ser de dos clases: o bien juntas universales, en las que ante la asistencia de todo el capital social, la aceptación unánime de todos los asistentes a la celebración de la junta y al orden del día de la misma, no necesitan ser convocadas (cfr. Artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital), o juntas generales debidamente convocadas por el órgano de administración, que no requieren de la asistencia de todo el capital social, convocatoria que deberá tener lugar bien en la forma determinada en la Ley de Sociedades de Capital, bien en la forma estatutariamente establecida (cfr. Artículo 173.2 de la citada ley).

Sobre esta base y como igualmente ha reiterado esta Dirección General, la previsión estatutaria sobre la forma de convocatoria de la junta general debe ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema (vid. Resolución de 1 de octubre de 2013). El derecho de asistencia a la junta general que a los socios reconoce el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital ha de ser integrado con el de ser convocados para ello, y no de cualquier forma, sino a través de la específicamente prevista a tal fin, en cuanto será la única a través de la que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención. Con tales requisitos se pretende garantizar al socio una publicidad que le permita conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexionar detenidamente sobre el sentido del voto por emitir.

De los hechos resulta la transcripción del artículo 20 de los estatutos sociales del que resulta prístinamente el requisito de que la convocatoria se lleve a cabo mediante notificación individual al socio por medio de correo certificado con acuse de recibo. No resulta de la documentación aportada dicho acuse por lo que el defecto debe ser confirmado.

Tampoco es posible la aplicación de la doctrina relativa a la conservación de actos societarios aquejados de defectos formales no relevantes como pone de relieve la nota de defectos. La doctrina de este Centro Directivo en su Resolución de 26 de julio de 2005, con apoyo de doctrina anterior (la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1987 y las Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993 y 24 de

noviembre de 1999), tiene declarado que pueden conservarse aquellos acuerdos adoptados aun cuando existan defectos no sustanciales en la convocatoria o adopción en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, facilitando la fluidez del tráfico jurídico y evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios que no proporcionen garantías adicionales (vid. igualmente, Resoluciones de 8 de febrero y 29 de noviembre de 2012 y 26 de febrero de 2014). La inexistencia de convocatoria (o al menos de su acreditación conforme a estatutos), a uno de los cuatro socios hace imposible la aplicación de esta doctrina por la evidente lesión a los derechos individuales del socio que aquella falta comporta.

3. Por lo que se refiere al defecto relativo al contenido de la convocatoria, esta Dirección General tiene una dilatada doctrina al respecto que por ser de plena aplicación (muy especialmente, la contenida en la Resolución de 6 de febrero de 2015), es preciso traer de nuevo a colación. De acuerdo a la misma, la exigencia de que la convocatoria de junta general incluya el orden del día cumple la doble finalidad de brindar a los socios un cabal conocimiento de los asuntos sobre los que son llamados a pronunciarse, permitiéndoles informarse y reflexionar sobre el sentido de su voto, así como decidir sobre la conveniencia de asistir o no a la reunión, y garantizarles, por otra parte, que no podrá tomarse ninguna decisión sobre asuntos acerca de los cuales no se preveía deliberar ni adoptar acuerdo alguno.

Por otra parte, la exigencia legal de que en todo anuncio de convocatoria de junta general para adoptar acuerdos de modificación de estatutos se expresen, ‘con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse’ (artículo 287 del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), tiene por objeto no sólo permitir a los socios asistentes o representados el ejercicio consciente y reflexivo del derecho de voto, con el asesoramiento e información que estimen oportuno recabar, para valorar su trascendencia, sino también el control por los ausentes de la legalidad de los acuerdos que se adopten y la impugnación de aquellos que no se correspondan con el orden del día de la convocatoria, derechos ambos de difícil ejercicio en caso de convocatorias ambiguas o indeterminadas (cfr. las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1965, 9 de julio y 17 de diciembre de 1966 y 24 de enero de 2008, así como la Resolución de 1 de diciembre de 1994, entre otras). El alcance de dicha exigencia ha sido objeto de diversas interpretaciones sobre el sentido, tanto de la claridad exigible como de la precisión sobre los extremos sujetos a modificación, lo que ha dado lugar a un casuismo jurisprudencial muy ajustado al supuesto concreto. La garantía adicional establecida en el mismo artículo 287, al exigir que en los anuncios se haga constar el derecho de todos los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como el de pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos, permite considerar suficiente que la convocatoria contenga una referencia precisa a la modificación que se propone, sea a través de la indicación de los artículos estatutarios correspondientes, sea por referencia a la materia concreta sujeta a modificación, sin necesidad de extenderse sobre el concreto alcance de dicha

modificación, del que podrán los accionistas informarse a través de los citados procedimientos (cfr., por todas, las Resoluciones de 18 de mayo de 2001 y 2 de junio de 2003).

Ahora bien cuando como consecuencia del acuerdo a adoptar pueda verse comprometida la posición jurídica del socio, esta Dirección General ha exigido una mayor precisión en la convocatoria para evitar su adopción sin que los llamados tengan cabal conocimiento del alcance de los acuerdos respecto de los que son llamados a pronunciarse. Así lo ha exigido cuando como consecuencia de la reducción y aumento del capital propuestos pueden los socios perder su condición de tales (Resolución de 18 de mayo de 2001), o cuando como consecuencia de la pérdida de la condición laboral de la sociedad, van a ver alterados el conjunto de sus derechos y obligaciones (Resolución de 2 de junio de 2003) o cuando como consecuencia del acuerdo a adoptar resulte la exclusión de un socio en sociedad de responsabilidad limitada (Resolución de 10 de octubre de 1995). Más recientemente se ha considerado que la imposibilidad de deducir de un orden del día expresado en términos generales el alcance y consecuencias de la creación de una página web, justifica el rechazo a la inscripción de los acuerdos adoptados (Resolución de 10 de octubre de 2012).

La doctrina de este Centro Directivo se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido entendiendo suficiente que se reseñen los extremos o circunstancias básicas del aumento, de modo que la debida claridad a que se refiere el precepto se traduzca, al menos, en la reseña de los extremos por modificar (vid. la citada Sentencia de 24 de enero de 2008). Así, se ha considerado suficiente una referencia a los preceptos estatutarios por modificar (cfr. Sentencias de 9 de julio de 1966 y 30 de abril de 1988) o enunciando la materia y señalando que se trataba de modificar los artículos relativos a ella (Sentencias de 10 de enero de 1973 y 14 de junio de 1994). En otras ocasiones (Sentencia de 25 de marzo de 1988) no se ha considerado suficiente un enunciado como el de ‘estudio de los Estatutos’ cuando después se ha producido la modificación de diversos artículos no especificados e incluso, en doctrina muy rigurosa (Sentencia de 29 de diciembre de 1999), el Tribunal Supremo ha entendido que se había producido la infracción de la exigencia legal referida cuando en la convocatoria no se fijaba el importe de la ampliación, ni se expresaba si podía hacerse por emisión de nuevas acciones o por elevación de valor de las existentes, ni preveía la delegación de facultades a los administradores.

4. Ahora bien, no es suficiente con afirmar que determinado supuesto incurre en falta de claridad para afirmar la nulidad de la convocatoria y por ende, de los acuerdos adoptados. Es preciso analizar el supuesto de hecho concreto para poder concluir si una determinada convocatoria, en atención a su contenido y a las circunstancias en que se ha producido, se ha llevado a cabo con violación de los derechos individuales del socio.

En este orden de cosas, es igualmente doctrina consolidada de esta Dirección General que deben distinguirse aquellos supuestos en los que la violación de la previsión legal conlleva indefectiblemente la nulidad de los acuerdos adoptados de

aquellos otros en los que, al no existir perjuicio posible para socios o terceros no procede la sanción de nulidad.

Esta Dirección General ha afirmado que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden orillarse siempre que por su escasa relevancia no comprometan los derechos individuales del accionista o socio (Resolución de 8 de febrero de 2012). Desde este punto de vista se ha impuesto en casos concretos la consideración de que es preciso mantener los actos jurídicos que no sean patentemente nulos a fin de proteger la necesidad de que el tráfico jurídico fluya sin presiones formales injustificadas y la idea de que debe evitarse la reiteración de trámites que, sin aportar mayores garantías, dificultan y gravan el normal funcionamiento de las empresas.

De modo más enfático, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008 declara que: ‘no es transportable a las causas de nulidad de la LSA el precepto del art. 6.3 CC, ni las contravenciones legales tienen todas la misma entidad y efectos; y, además, incluso en el régimen general, aparte de los importantísimos matices que tiene la posibilidad de apreciación de oficio de la nulidad plena (SS., entre otras, 17 de enero y 12 de diciembre de 2000; 3 de diciembre de 2001; 18 de junio de 2002; 27 de febrero de 2004; 25 de septiembre de 2006), sobre lo que no cabe aquí entrar, en todo caso la doctrina jurisprudencial viene recomendando "extrema prudencia y criterios flexibles" en la aplicación de la nulidad radical (SS. 28 de mayo y 2 de noviembre de 2001, entre otras)’.

Por su parte, la doctrina de este Centro Directivo en su Resolución de 26 de julio de 2005, con apoyo de doctrina anterior (la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1987 y las Resoluciones de 24 de noviembre de 1999 y 2 y 3 de agosto de 1993), tiene declarado que pueden conservarse aquellos acuerdos adoptados aun cuando existan defectos no sustanciales en la convocatoria o adopción en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, facilitando la fluidez del tráfico jurídico y evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios que no proporcionen garantías adicionales (vid., igualmente, Resoluciones de 8 de febrero y 29 de noviembre de 2012).

Este razonamiento del Centro Directivo, sólidamente anclado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha venido a ser confirmado por la modificación de la Ley de Sociedades de Capital que ha llevado a cabo la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, cuya Exposición de Motivos afirma que: ‘Se han ponderado las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia, se adoptan ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse’. De acuerdo con la nueva regulación no sólo se limitan los acuerdos susceptibles de impugnación por criterios meramente materiales (por defectos procedimentales, por ejemplo), sino que además se enfatiza insistentemente en que el vicio de nulidad ha de tener un carácter relevante, esencial o determinante por usar la misma terminología del nuevo artículo 204 de la Ley. Si esta nueva consideración de los supuestos de nulidad de acuerdos no fuera ya de por sí de enorme trascendencia, la nueva

regulación la completa restringiendo la legitimación activa de modo que: ‘5. No podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho’ (artículo 206 de la Ley de Sociedades de Capital).

5. Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho el defecto señalado en segundo lugar de los fundamentos de la resolución del registrador no puede mantenerse. Como resulta de los hechos la convocatoria de junta general se refiere al acuerdo a cuya adopción se llama a los socios: ‘el aumento de capital con emisión de nuevas participaciones’, así como recoge los particulares precisos para el ejercicio del derecho de información por parte de los socios llamados. Incluso contiene una referencia al artículo 308 de la Ley de Sociedades de Capital relativo a la exclusión del derecho de suscripción preferente pese a que del contenido del informe de los administradores se hacía su expresa reserva a favor del socio que no resultaba acreedor de la sociedad. Efectivamente, tanto del informe de los administradores como del contenido de los acuerdos adoptados resulta dicha reserva a pesar de que la operación de aumento se preveía por compensación de los créditos que tres de los cuatro socios ostentaban contra la sociedad. No procede en consecuencia la confirmación del defecto pues como resulta de lo hasta aquí narrado la adopción del acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos no tenía por qué comprometer la situación del otro socio en la sociedad al reconocérsele expresamente la posibilidad de suscribir capital equivalente a su participación en la sociedad.

6. Por lo que al tercer defecto se refiere, debe ser objeto de confirmación pues de la documentación presentada no resulta que los administradores hayan llevado a cabo acción alguna que haya permitido al socio ausente el ejercicio de su derecho de asunción preferente.

Dispone el artículo 305 de la Ley de Sociedades de Capital lo siguiente: ‘1. En las sociedades de responsabilidad limitada, el derecho de preferencia se ejercerá en el plazo que se hubiera fijado al adoptar el acuerdo de aumento. En las sociedades anónimas, el derecho de preferencia se ejercerá en el plazo que determinan los administradores. 2. El plazo para el ejercicio del derecho no podrá ser inferior a un mes desde la publicación del anuncio de la oferta de asunción de las nuevas participaciones o de suscripción de nuevas acciones en el ‘Boletín Oficial del Registro Mercantil’. 3. En las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas cuando todas las acciones sean nominativas, el órgano de administración podrá sustituir la publicación del anuncio por una comunicación escrita a cada uno de los socios y, en su caso, a los usufructuarios inscritos en el Libro registro de socios o en Libro de acciones nominativas, computándose el plazo de asunción de las nuevas participaciones o de las nuevas acciones desde el envío de la comunicación’.

Por su parte el artículo 198.4.2 del Reglamento del Registro Mercantil dispone: ‘Que a los efectos del ejercicio del derecho de preferencia fue realizada por los administradores una comunicación escrita a cada uno de los socios y, en su caso, a los usufructuarios inscritos en el Libro-Registro de socios. En otro caso deberá

protocolizarse en la escritura el ‘Boletín Oficial del Registro Mercantil’ en el que, con tal finalidad, se hubiera publicado el anuncio de la oferta de asunción de las nuevas participaciones’.

Nada de esto existe en la documentación presentada a inscripción en la que los administradores se limitan a manifestar que el socio no asistente no hizo uso de su derecho de asunción preferente lo que, a la vista de la regulación legal y reglamentaria, es absolutamente insuficiente.

7. Como queda reflejado al principio de la presente el cuarto defecto se desdobra en dos: por un lado, que del segundo informe de los administradores no resulta la aportación correspondiente a la totalidad del capital aumentado (pues se afirma que se aportaron 6.500 euros para la satisfacción de 7.000 euros correspondientes a determinada deuda con Hacienda y el total de los créditos aportados por dos de los tres socios suma 9.000 euros frente a los 9.500 asumidos por cada uno de ellos). Como se hizo constar al principio de las presentes consideraciones el recurso no hace referencia alguna a dicha circunstancia por lo que no procede que esta Dirección General haga pronunciamiento alguno al respecto.

El segundo aspecto a que hace referencia el cuarto defecto señalado es el relativo a la fecha de los créditos compensados. El recurso debe prosperar en cuanto a dicho motivo pues del informe de los administradores presentado para completar el primero y que está fechado el día 22 de junio de 2018, resulta con total claridad que los préstamos objeto de compensación fueron realizados mediante el ingreso en la cuenta corriente de la sociedad en fechas concretas y determinadas que se especifican debidamente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en cuanto a los defectos señalados con los números dos y cuatro de la calificación (este último con la salvedad señalada) y confirmar la nota de calificación del registrador en cuanto al resto” [P.G.P.].

Jurisprudencia: Falta de inscripción por no establecerse el sistema o sistemas de retribución de los consejeros a los que se les atribuyen funciones ejecutivas.

RDGRN de 31 de octubre de 2018 (BOE núm. 280, 31 de octubre de 2018, pp. 112940-112953).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-15834

“(…) Con posterioridad a las reseñadas Resoluciones de este Centro Directivo, se dicta por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la Sentencia de 26 de febrero de 2018, en la que, apartándose de lo que venía siendo el criterio mayoritario, declara, con respecto a las sociedades no cotizadas, que ‘la relación entre el art. 217 TRLSC (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 TRLSC no es de alternatividad, como sostiene la sentencia recurrida y la DGRN, en el sentido de que la retribución de los administradores que no sean

consejeros delegados o ejecutivos se rige por el primer grupo de preceptos, y la de los consejeros delegados o ejecutivos se rige exclusivamente por el art. 249 TRSLC, de modo que a estos últimos no les afecta la reserva estatutaria del art. 217, la intervención de la junta de los arts. 217.3, 218 y 219, los criterios generales de determinación de la remuneración del art. 217.4 y los requisitos específicos para el caso de participación en beneficios o remuneración vinculada a acciones de los arts. 218 y 219, sino que la relación entre ellos es ‘de carácter cumulativo’, de suerte que el régimen general será el contenido ‘en los arts. 217 a 219 TRSLC, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos’, mientras que el artículo 249 ‘contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad, que sea aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación, pero cuyo contenido ha de ajustarse al ‘marco estatutario’ y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores, en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores’, así como respetar también ‘los criterios generales establecidos en el art. 217.4 TRSLC y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRSLC cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales’ (fundamento 21).

No obstante lo anterior, añade la Sentencia (fundamento 23) que ‘la consideración conjunta del nuevo sistema que regula las retribuciones de los miembros del órgano de administración en las sociedades no cotizadas nos lleva también a la conclusión de que la atribución al consejo de administración de la competencia para acordar la distribución de la retribución entre los distintos administradores, mediante una decisión que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, y la atribución de la competencia para, en el caso de designar consejeros delegados o ejecutivos, aprobar con carácter preceptivo un contrato con los consejeros delegados o ejecutivos en el que se detallan todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo y por la propia DGRN, sin perjuicio de que las sentencias más recientes de esta sala, aun referidas a la anterior normativa societaria, ya han apuntado hacia esa mayor flexibilidad de la exigencia de reserva estatutaria’. Sin embargo, pese a aludir a la necesidad de interpretar con menor rigidez la reserva estatutaria sobre retribución de consejeros, suavizando las exigencias de precisión mantenidas en relación con la normativa anterior, no llega a determinar los confines de la flexibilidad propugnada, limitándose a señalar que la atribución de competencia al consejo de administración para fijar la retribución de los consejeros ejecutivos ‘supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía –dentro del marco estatutario– a que hace mención el art. 249.bis.i TRSLC, que es el regulado con carácter principal en

el art. 217 TRLSC, y dentro del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores que haya aprobado la junta general conforme prevé el art. 217.3 TRLSC’, y que ese ‘ámbito de autonomía dentro de un marco estatutario entendido de una forma más flexible, debe permitir adecuar las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del tráfico económico en general, compaginándolo con las debidas garantías para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual que la junta haya acordado para el conjunto de los administradores sociales’.

6. Como advierte el recurrente en su escrito, el criterio mantenido por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de febrero de 2018 es el único pronunciamiento dictado en tal sentido. Sin perjuicio de ello, conviene analizar las previsiones estatutarias cuestionadas por el registrador en su calificación a la luz de los pronunciamientos de la Sentencia, tarea que debe comenzar por la comparación del texto a que esta se refiere y el considerado en este recurso. La cláusula impugnada judicialmente excluía categóricamente toda reserva estatutaria y competencia de la junta general de la compañía respecto de la remuneración de los consejeros ejecutivos, en los siguientes términos: ‘El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2.º de la Ley de Sociedades de Capital’. Por el contrario, los dos párrafos cuya inscripción ha sido rechazada no incluyen mención alguna que contradiga la eventual reserva estatutaria para acoger ciertos extremos relacionados con los emolumentos de los consejeros ejecutivos o nieguen la competencia de la junta general para delimitar algunos elementos de su cuantificación, limitándose a prever que tendrán derecho a percibir las retribuciones adicionales que correspondan por el desempeño de funciones ejecutivas (párrafo tercero) y a reproducir sustancialmente los requerimientos establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital (párrafo cuarto).

Alega el registrador en su calificación que los párrafos censurados no establecen el sistema o sistemas de retribución de los consejeros ejecutivos. De la lectura del párrafo cuarto del artículo 18 presentado a inscripción resulta que en él se incluye la eventual indemnización por cese anticipado en sus funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguros o de contribución a sistemas de ahorro, y del párrafo segundo del mismo artículo estatutario se desprende que también están incluidos los conceptos de dietas de asistencia y de indemnización por fallecimiento. Aun entendiendo que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, extremo que la sentencia no aclara si está afectado por la flexibilidad que patrocina, no puede apreciarse el mutismo que el Registrador aduce, por más que

los criterios recogidos no coincidan con los percibidos como usuales en la práctica. Así las cosas, puede decirse que la calificación negativa comporta una petición de principio, cual es que el texto estatutario será aplicado precisamente para contravenir la concreta interpretación de la legalidad que se defiende, sin que en su redacción consten indicios que permitan deducir necesariamente tal resultado.

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, revocando la calificación impugnada” [P.G.P.].

Jurisprudencia: Prohibición de constitución de una cláusula estatutaria en una SL que dispone la prohibición a los socios de constituir un derecho real de prenda sobre las participaciones sociales.

RDGRN de 7 de noviembre de 2018 (BOE núm. 288, de 29 de noviembre de 2018, pp. 116605-116609).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-16311

“(…) La cuestión planteada en el presente expediente ha sido recientemente solventada en Resoluciones de 31 de julio de 2018, por lo que debe darse a la misma idéntica solución.

En general, como ha señalado esta Dirección General –vid. Resolución de 25 de junio de 2013–, las prohibiciones de disponer no impiden, en principio, la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan sólo los actos voluntarios de transmisión ‘inter vivos’. Así, un bien gravado con una prohibición de disponer es susceptible de ser transmitido ‘mortis causa’. Los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria hacen referencia a las prohibiciones de disponer desde la perspectiva registral, careciendo el Código Civil de una regulación completa de la figura de las prohibiciones de disponer o enajenar.

El principio de libertad de tráfico, con amparo en el artículo 348 del Código Civil, y por tanto vigente en nuestro sistema jurídico, exige que las restricciones legítimamente impuestas a la propiedad y, en consecuencia, a su facultad dispositiva, sean interpretadas de forma restrictiva sin menoscabo de los intereses que las justifican (vid. la Resolución de 21 de marzo de 2018). Esta misma fórmula o solución fue admitida ya por este Centro Directivo en Resolución de 18 de enero de 1963, en relación con prohibiciones testamentarias, como modo de salvaguardar los distintos intereses en juego.

Las prohibiciones de disponer, además de la temporalidad o la accesoriedad, exigen la existencia de justa causa, como así lo ha impuesto la jurisprudencia. Baste como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 diciembre 1991, según la cual, además, su interpretación ha de realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece tal limitación, finalidad que puede ser de carácter social, familiar, etc. Ejemplo de lo indicado puede contemplarse en la Sentencia de 25 de junio de 1945, en la cual y entre

otros pronunciamientos se declara la inadmisibilidad de los pactos de no enajenar concebidos en términos absolutos con base en el principio de que ‘pactum de non alienando res propria non valet’, siendo preciso para su eficacia que se inspiren en un interés digno de protección, a salvo, claro es, de las taxativas prohibiciones legales, criterio que puede también observarse en las Resoluciones de 30 de junio de 1913, cuando establece que tales pactos han de entenderse en su sentido literal y no pueden ampliarse, y en la de 21 de abril de 1949.

3. En nuestro ordenamiento societario el carácter esencialmente cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada se manifiesta, entre otros aspectos, en el régimen de transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos ‘inter vivos’. Dicha transmisión es restringida, excepto la realizada entre socios o en casos de adquisición por el cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o por sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, que, en defecto de cláusula estatutaria en contrario, constituyen supuestos de transmisión libre. Salvo estos casos excepcionales, la transmisión estará sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos (que no podrán hacer prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos ‘inter vivos’). Para el caso de imprevisión estatutaria, y frente al sistema de tanteo o derecho de adquisición preferente legal prevenido en el artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, en la Ley vigente se establece un régimen supletorio caracterizado por la sujeción de tales transmisiones al consentimiento de la sociedad mediante acuerdo de la junta general (vid. artículos 107 y 108.1 de la Ley de Sociedades de Capital). No obstante, este sistema, precisamente por su carácter de régimen supletorio, deja margen a la autonomía de la voluntad de los propios socios para disciplinar otras alternativas en la limitación de la transmisión de las participaciones siempre que aseguren al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o la posibilidad de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de ‘prisionero de sus participaciones’. Y es que la transmisibilidad de las participaciones sociales conforme al régimen legal constituye un medio de realizar el valor patrimonial de las mismas, ante la imposibilidad o dificultad de separarse de la sociedad, de suerte que de ese modo se impiden vinculaciones excesivas e indefinidas del socio (sobre esta cualidad, vid, apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953: ‘Efectivamente, el ‘intuitus personae’ no es tan fuerte en esta clase de sociedades como para negar en su nombre el principio general de negociabilidad de los bienes, característico del Derecho moderno e implícitamente contenido en nuestros Códigos’). En esta línea, se admite la prohibición estatutaria de transmisión voluntaria por acto inter vivos de participaciones sociales, sin limitación temporal si se reconoce al socio el derecho de separación o, en otro caso, con el límite de cinco años contados desde la constitución de la sociedad o desde el aumento del capital social –artículo 108, apartados 3 y 4, de la Ley de Sociedades de Capital–).

4. Respecto de la constitución de derechos reales sobre las participaciones sociales pudiera entenderse que la prohibición de la misma sólo estaría justificada en los casos en que como consecuencia del derecho real de que se trate se atribuyera según los estatutos sociales el ejercicio de derechos de socio al titular del derecho real limitado constituido (usufructuario, acreedor pignoraticio –vid. Resolución de esta Dirección General de 22 de octubre de 1993–). Pero lo cierto es que, aun cuando no exista esa atribución estatutaria del ejercicio de derechos de socio, la previsión expresa de aplicación de restricciones a la constitución de derechos reales se justifica por el hecho de que del título constitutivo de los mismos puede atribuir determinados derechos sociales al titular del derecho constituido que le permitan influir en la vida corporativa de la sociedad (p. ej., es conocido que el usufructo y la prenda de participaciones puede utilizarse para instrumentar sindicatos de voto). Y aunque tales riesgos pudieran conjurarse mediante la simple extensión de las limitaciones estatutarias –o las legales supletorias, aplicables en el presente caso– no siempre estas normas se acomodan sin dificultades al derecho real de que se trate (p.ej., la aplicación de un derecho de adquisición preferente al supuesto de constitución de una prenda en garantía de una determinada deuda específica). Por ello, no puede rechazarse la inscripción de la cláusula estatutaria que excluye la posibilidad de constitución de tales derechos reales sobre las participaciones, y concretamente el de prenda, toda vez que, al permitir al socio la transmisión plena de sus participaciones no lo convierte en ‘prisionero’ de la sociedad y no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable ni puede considerarse que rebasa los límites generales a la autonomía de la voluntad (cfr. Artículos 1255 y 1258 del Código Civil, 28 de la Ley de Sociedades de Capital y 188.1 del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada” [P.G.P.].

Jurisprudencia: Negativa a inscripción el nombramiento de consejero delegado de una sociedad anónima. Ausencia de regulación estatutaria de su retribución.

RDGRN de 8 de noviembre de 2018 (BOE núm. 288, de 29 de noviembre de 2018, pp. 116650-116659).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-16317

“(…) 1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público los acuerdos de la junta general de accionistas y del consejo de administración de una sociedad anónima por los cuales se nombra a determinada persona consejero y consejero delegado de la misma añadiéndose que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, se ha celebrado un contrato entre el señor nombrado consejero delegado y la sociedad, que ha sido aprobado previamente por el consejo de administración

también por unanimidad de los asistentes, y que dicho contrato cumple con las exigencias del artículo 249.4 de dicha ley.

La registradora deniega la inscripción solicitada porque, según expresa en su calificación, '(...) al señalarse en el acuerdo de nombramiento de Consejero Delegado, que fue aprobado el contrato previsto en el artículo 249 LSC, (se presupone que el cargo de Consejero Delegado es retribuido) sin que se regule estatutariamente el sistema de retribución del Consejo Delegado conforme a la STS 26-II-2018'. Y añade que el defecto se puede subsanar modificando la redacción del artículo 22 de los estatutos sociales inscritos, según el cual 'la actuación del Órgano de Administración no estará retribuida', de modo que se regule estatutariamente el sistema de retribución del consejo delegado.

(...)

3. La reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014 fue interpretada por la doctrina mayoritaria en el sentido de que la competencia del consejo de administración para fijar las retribuciones de los consejeros ejecutivos regía tanto para las sociedades cotizadas como para las no cotizadas, criterio del que también ha participado este Centro Directivo. Así, la Resolución de 30 de julio de 2015 declaró que el contrato era el lugar donde habrían de detallarse 'todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro', aclarando que el 'artículo 249.4 exige que la política de retribuciones sea aprobada, en su caso, por la junta general, pero esa política de retribuciones detallada, (...), no necesariamente debe constar en los estatutos', en la misma línea se pronunció la Resolución de 5 de noviembre de 2015. Con mayor detalle, la Resolución de 17 de junio de 2016 advierte que, conceptualmente, deben separarse dos supuestos, el de retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y el de la retribución de funciones extrañas a dicho cargo; a partir de esta afirmación señala que 'las funciones inherentes al cargo de administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración', de manera que, cuando se opta por la fórmula compleja de administración colegiada (consejo de administración), 'las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores)', mientras que 'la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de 'consejero' como tal', sino que tiene un carácter adicional 'que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro', por lo que 'la retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero'.

4. Con posterioridad a las reseñadas Resoluciones de este Centro Directivo, se dicta por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la Sentencia de 26 de febrero de 2018 (citada por la registradora en la calificación impugnada), en la que, apartándose de lo que venía siendo el criterio mayoritario, declara, con respecto a las sociedades no cotizadas, que ‘la relación entre el art. 217 TRLSL (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 TRLSL no es de alternatividad, como sostiene la sentencia recurrida y la DGRN, en el sentido de que la retribución de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos se rige por el primer grupo de preceptos, y la de los consejeros delegados o ejecutivos se rige exclusivamente por el art. 249 TRSLC, de modo que a estos últimos no les afecta la reserva estatutaria del art. 217, la intervención de la junta de los arts. 217.3, 218 y 219, los criterios generales de determinación de la remuneración del art. 217.4 y los requisitos específicos para el caso de participación en beneficios o remuneración vinculada a acciones de los arts. 218 y 219’, sino que la relación entre ellos es ‘de carácter cumulativo’, de suerte que el régimen general será el contenido ‘en los arts. 217 a 219 TRLSL, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos’, mientras que el artículo 249 ‘contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad, que sea aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación, pero cuyo contenido ha de ajustarse al ‘marco estatutario’ y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores, en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores’, así como respetar también ‘los criterios generales establecidos en el art. 217.4 TRLSL y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLSL cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales’ (fundamento 21).

No obstante lo anterior, añade la Sentencia (fundamento 23) que ‘la consideración conjunta del nuevo sistema que regula las retribuciones de los miembros del órgano de administración en las sociedades no cotizadas nos lleva también a la conclusión de que la atribución al consejo de administración de la competencia para acordar la distribución de la retribución entre los distintos administradores, mediante una decisión que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, y la atribución de la competencia para, en el caso de designar consejeros delegados o ejecutivos, aprobar con carácter preceptivo un contrato con los consejeros delegados o ejecutivos en el que se detallan todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo y por la propia DGRN, sin perjuicio de que las sentencias más recientes de esta sala, aun referidas a la anterior normativa societaria, ya han apuntado hacia esa mayor flexibilidad de la

exigencia de reserva estatutaria'. Sin embargo, pese a aludir a la necesidad de interpretar con menor rigidez la reserva estatutaria sobre retribución de consejeros, suavizando las exigencias de precisión mantenidas en relación con la normativa anterior, no llega a determinar los confines de la flexibilidad propugnada, limitándose a señalar que la atribución de competencia al consejo de administración para fijar la retribución de los consejeros ejecutivos 'supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía dentro del marco estatutario a que hace mención el art. 249.bis.i TRSLC, que es el regulado con carácter principal en el art. 217 TRLSC, y dentro del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores que haya aprobado la junta general conforme prevé el art. 217.3 TRLSC', y que ese 'ámbito de autonomía dentro de un marco estatutario entendido de una forma más flexible, debe permitir adecuar las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del tráfico económico en general, compaginándolo con las debidas garantías para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual que la junta haya acordado para el conjunto de los administradores sociales'.

5. Debe advertirse que el criterio mantenido por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de febrero de 2018 es el único pronunciamiento dictado en tal sentido. Y la cláusula impugnada judicialmente en el caso analizado por el Alto Tribunal excluía categóricamente toda reserva estatutaria y competencia de la junta general de la sociedad respecto de la remuneración de los consejeros ejecutivos, en los siguientes términos: 'El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2.º de la Ley de Sociedades de Capital'. Por ello, esta Dirección General en la reciente Resolución de 31 de octubre de 2018, ha considerado inscribibles otras cláusulas estatutarias que no incluyen mención alguna que contradiga la eventual reserva estatutaria para acoger ciertos extremos relacionados con los emolumentos de los consejeros ejecutivos o nieguen la competencia de la junta general para delimitar algunos elementos de su cuantificación, limitándose a prever que tendrán derecho a percibir las retribuciones adicionales que correspondan por el desempeño de funciones ejecutivas (párrafo tercero) y a reproducir sustancialmente los requerimientos establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital (párrafo cuarto).

6. Hechas las anteriores aclaraciones, debe tenerse en cuenta que en el presente recurso es precisamente la interpretación del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, en cuanto fue modificado por la Ley 31/2014, lo que constituye objeto de discusión.

Como ya puso de relieve este Centro Directivo en resolución de 5 de noviembre de 2015, de la literalidad del referido artículo 249 se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad, que debe ser aprobado previamente por el consejo de administración con los requisitos que establece dicho precepto. Es en este contrato en el que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. Y, dicho contrato, de acuerdo con el último inciso del artículo apartado 4 del mismo artículo 249 ‘(...) deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general’. Y, como añade dicha Resolución, es en este específico contrato en el que deberá detallarse la retribución del administrador ejecutivo, y el artículo 249.4 exige que la política de retribuciones sea aprobada, en su caso, por la junta general, pero la referencia a ese contrato y esa política de retribuciones no necesariamente deben constar en los estatutos. Son cuestiones sobre las que no existe reserva estatutaria.

De los anteriores razonamientos debe concluirse que en el presente caso no cabe rechazar la inscripción por los motivos expresados por la registradora en la calificación impugnada.

En primer lugar, del contenido literal del apartado tercero del artículo 249, se desprende la existencia de la obligación de celebrar –en la forma legalmente indicada– el contrato entre el miembro del consejo de administración con funciones ejecutivas y la sociedad aun cuando se convenga con base en la autonomía de la voluntad que tales funciones ejecutivas se realicen gratuitamente, hipótesis en la que dicho contrato –accesorio de la relación orgánica de dicho administrador con la sociedad– podrá tener por objeto no solo la previsión de determinadas cuestiones económicas (como, por ejemplo, indemnizaciones o resarcimiento de ciertos gastos en que incurra el administrador) sino la regulación de otros extremos propios de la relación orgánica del administrador o de su situación jurídica (concreción de determinadas obligaciones –por ejemplo, cláusulas de permanencia–, o de las consecuencias del cese en el cargo o del desistimiento del contrato mismo, etc.). Por este solo motivo debe ya entenderse que la calificación impugnada no está fundada en Derecho, pues la registradora se limita a presuponer que en el referido contrato se establece que el cargo de consejero delegado es retribuido, algo que no es sino mera conjetura.

En segundo lugar, aunque se entendiera que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, extremo que referida Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 no aclara si está afectado por la flexibilidad que patrocina, no competiría a la registradora apreciar si el contenido del contrato, que según se expresa en el acuerdo adoptado, cumple con las exigencias establecidas en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, contradice o no el carácter retribuido del cargo de

administrador, toda vez que dicho contrato carece de publicidad alguna en el Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada” [P.G.P.].

Jurisprudencia: Negativa a la inscripción de determinados párrafos de un artículo de los estatutos por ser incompleto al no establecerse el sistema o sistemas de retribución de los consejeros ejecutivos.

Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 2018 (BOE núm. 280, de 20 de noviembre de 2018, pp. 112940-112953).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-15834

“(…) Con posterioridad a las reseñadas Resoluciones de este Centro Directivo, se dicta por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la Sentencia de 26 de febrero de 2018, en la que, apartándose de lo que venía siendo el criterio mayoritario, declara, con respecto a las sociedades no cotizadas, que ‘la relación entre el art. 217 TRLSL (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 TRLSL no es de alternatividad, como sostiene la sentencia recurrida y la DGRN, en el sentido de que la retribución de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos se rige por el primer grupo de preceptos, y la de los consejeros delegados o ejecutivos se rige exclusivamente por el art. 249 TRLSL, de modo que a estos últimos no les afecta la reserva estatutaria del art. 217, la intervención de la junta de los arts. 217.3, 218 y 219, los criterios generales de determinación de la remuneración del art. 217.4 y los requisitos específicos para el caso de participación en beneficios o remuneración vinculada a acciones de los arts. 218 y 219’, sino que la relación entre ellos es ‘de carácter acumulativo’, de suerte que el régimen general será el contenido ‘en los arts. 217 a 219 TRLSL, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos’, mientras que el artículo 249 ‘contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad, que sea aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación, pero cuyo contenido ha de ajustarse al ‘marco estatutario’ y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores, en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores’, así como respetar también ‘los criterios generales establecidos en el art. 217.4 TRLSL y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLSL cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales’ (fundamento 21).

No obstante lo anterior, añade la Sentencia (fundamento 23) que ‘la consideración conjunta del nuevo sistema que regula las retribuciones de los miembros del órgano de administración en las sociedades no cotizadas nos lleva también a la conclusión de que la atribución al consejo de administración de la competencia para acordar la distribución de la retribución entre los distintos administradores, mediante una decisión que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, y la atribución de la competencia para, en el caso de designar consejeros delegados o ejecutivos, aprobar con carácter preceptivo un contrato con los consejeros delegados o ejecutivos en el que se detallan todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo y por la propia DGRN, sin perjuicio de que las sentencias más recientes de esta sala, aun referidas a la anterior normativa societaria, ya han apuntado hacia esa mayor flexibilidad de la exigencia de reserva estatutaria’. Sin embargo, pese a aludir a la necesidad de interpretar con menor rigidez la reserva estatutaria sobre retribución de consejeros, suavizando las exigencias de precisión mantenidas en relación con la normativa anterior, no llega a determinar los confines de la flexibilidad propugnada, limitándose a señalar que la atribución de competencia al consejo de administración para fijar la retribución de los consejeros ejecutivos ‘supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía –dentro del marco estatutario– a que hace mención el art. 249.bis.i TRSLC, que es el regulado con carácter principal en el art. 217 TRLSC, y dentro del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores que haya aprobado la junta general conforme prevé el art. 217.3 TRLSC’, y que ese ‘ámbito de autonomía dentro de un marco estatutario entendido de una forma más flexible, debe permitir adecuar las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del tráfico económico en general, compaginándolo con las debidas garantías para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual que la junta haya acordado para el conjunto de los administradores sociales’.

6. Como advierte el recurrente en su escrito, el criterio mantenido por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de febrero de 2018 es el único pronunciamiento dictado en tal sentido. Sin perjuicio de ello, conviene analizar las previsiones estatutarias cuestionadas por el registrador en su calificación a la luz de los pronunciamientos de la Sentencia, tarea que debe comenzar por la comparación del texto a que esta se refiere y el considerado en este recurso. La cláusula impugnada judicialmente excluía categóricamente toda reserva estatutaria y competencia de la junta general de la compañía respecto de la remuneración de los consejeros ejecutivos, en los siguientes términos: ‘El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les

encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2.º de la Ley de Sociedades de Capital. Por el contrario, los dos párrafos cuya inscripción ha sido rechazada no incluyen mención alguna que contradiga la eventual reserva estatutaria para acoger ciertos extremos relacionados con los emolumentos de los consejeros ejecutivos o nieguen la competencia de la junta general para delimitar algunos elementos de su cuantificación, limitándose a prever que tendrán derecho a percibir las retribuciones adicionales que correspondan por el desempeño de funciones ejecutivas (párrafo tercero) y a reproducir sustancialmente los requerimientos establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital (párrafo cuarto).

Alega el registrador en su calificación que los párrafos censurados no establecen el sistema o sistemas de retribución de los consejeros ejecutivos. De la lectura del párrafo cuarto del artículo 18 presentado a inscripción resulta que en él se incluye la eventual indemnización por cese anticipado en sus funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguros o de contribución a sistemas de ahorro, y del párrafo segundo del mismo artículo estatutario se desprende que también están incluidos los conceptos de dietas de asistencia y de indemnización por fallecimiento. Aun entendiendo que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, extremo que la sentencia no aclara si está afectado por la flexibilidad que patrocina, no puede apreciarse el mutismo que el Registrador aduce, por más que los criterios recogidos no coincidan con los percibidos como usuales en la práctica. Así las cosas, puede decirse que la calificación negativa comporta una petición de principio, cual es que el texto estatutario será aplicado precisamente para contravenir la concreta interpretación de la legalidad que se defiende, sin que en su redacción consten indicios que permitan deducir necesariamente tal resultado.

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, revocando la calificación impugnada” [P.G.P.].

Jurisprudencia: Negativa a inscribir una cláusula de prohibición de constitución de prenda sobre las participaciones sociales en los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada. Limitación de la libre disposición del socio sobre sus participaciones sociales.

Resolución de la DGRN de 7 de noviembre de 2018 (BOE núm. 288, de 29 de noviembre de 2018, pp. 116605-116609).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-16311

“(…) En nuestro ordenamiento societario el carácter esencialmente cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada se manifiesta, entre otros aspectos, en el régimen de transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos ‘inter

vivos'. Dicha transmisión es restringida, excepto la realizada entre socios o en casos de adquisición por el cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o por sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, que, en defecto de cláusula estatutaria en contrario, constituyen supuestos de transmisión libre. Salvo estos casos excepcionales, la transmisión estará sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos (que no podrán hacer prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos 'inter vivos'). Para el caso de imprevisión estatutaria, y frente al sistema de tanteo o derecho de adquisición preferente legal prevenido en el artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, en la Ley vigente se establece un régimen supletorio caracterizado por la sujeción de tales transmisiones al consentimiento de la sociedad mediante acuerdo de la junta general (vid. artículos 107 y 108.1 de la Ley de Sociedades de Capital). No obstante, este sistema, precisamente por su carácter de régimen supletorio, deja margen a la autonomía de la voluntad de los propios socios para disciplinar otras alternativas en la limitación de la transmisión de las participaciones siempre que aseguren al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o la posibilidad de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de 'prisionero de sus participaciones'. Y es que la transmisibilidad de las participaciones sociales conforme al régimen legal constituye un medio de realizar el valor patrimonial de las mismas, ante la imposibilidad o dificultad de separarse de la sociedad, de suerte que de ese modo se impiden vinculaciones excesivas e indefinidas del socio (sobre esta cualidad, vid, apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953: 'Efectivamente, el 'intuitus personae' no es tan fuerte en esta clase de sociedades como para negar en su nombre el principio general de negociabilidad de los bienes, característico del Derecho moderno e implícitamente contenido en nuestros Códigos'). En esta línea, se admite la prohibición estatutaria de transmisión voluntaria por acto inter vivos de participaciones sociales, sin limitación temporal si se reconoce al socio el derecho de separación o, en otro caso, con el límite de cinco años contados desde la constitución de la sociedad o desde el aumento del capital social –artículo 108, apartados 3 y 4, de la Ley de Sociedades de Capital–).

4. Respecto de la constitución de derechos reales sobre las participaciones sociales pudiera entenderse que la prohibición de la misma sólo estaría justificada en los casos en que como consecuencia del derecho real de que se trate se atribuyera según los estatutos sociales el ejercicio de derechos de socio al titular del derecho real limitado constituido (usufructuario, acreedor pignoraticio –vid. Resolución de esta Dirección General de 22 de octubre de 1993). Pero lo cierto es que, aun cuando no exista esa atribución estatutaria del ejercicio de derechos de socio, la previsión expresa de aplicación de restricciones a la constitución de derechos reales se justifica por el hecho de que del título constitutivo de los mismos puede atribuir determinados derechos sociales al titular del derecho constituido que le permitan influir en la vida corporativa de la sociedad (p. ej., es conocido que el usufructo y la prenda de participaciones puede utilizarse para instrumentar

sindicatos de voto). Y aunque tales riesgos pudieran conjurarse mediante la simple extensión de las limitaciones estatutarias –o las legales supletorias, aplicables en el presente caso– no siempre estas normas se acomodan sin dificultades al derecho real de que se trate (p.ej., la aplicación de un derecho de adquisición preferente al supuesto de constitución de una prenda en garantía de una determinada deuda específica). Por ello, no puede rechazarse la inscripción de la cláusula estatutaria que excluye la posibilidad de constitución de tales derechos reales sobre las participaciones, y concretamente el de prenda, toda vez que, al permitir al socio la transmisión plena de sus participaciones no lo convierte en ‘prisionero’ de la sociedad y no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable ni puede considerarse que rebase los límites generales a la autonomía de la voluntad (cfr. artículos 1255 y 1258 del Código Civil, 28 de la Ley de Sociedades de Capital y 188.1 del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada” [P.G.P.].

Jurisprudencia: Suspensión de un traslado de domicilio de una sociedad limitada en liquidación. Sociedades profesionales. Cierre registral por disolución de pleno derecho.

Resolución de la DGRN de 5 de diciembre de 2018 (BOE núm. 312, de 27 de diciembre de 2018, pp. 1127929-1127936).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-17831

“(…) 3. De acuerdo con las consideraciones anteriores resulta con claridad que el recurso no puede prosperar.

La hoja de la sociedad se encuentra cancelada desde el día 6 de febrero de 2017 como consecuencia de la aplicación de la previsión de la disposición transitoria primera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

Consecuentemente para poder realizar la inscripción de traslado de domicilio al Registro Mercantil de destino es preciso que junto con la documentación que ampare dicho traslado se acompañe aquella otra que permita dejar sin efecto el contenido de la nota marginal de cierre y cancelación de asientos a que se refiere el párrafo anterior. Llegamos así a lo que constituye el núcleo de la cuestión de la presente.

El Registrador Mercantil de Madrid, Registro de destino, entiende que no cabe practicar inscripción alguna pues el estado de cancelación de la hoja registral que resulta de la certificación del Registro de origen lo impide sin que de la documentación aportada resulte lo contrario. En concreto es la falta de unanimidad en la adopción de los acuerdos de la junta general relativos a la modificación del objeto social y reactivación de la sociedad adoptados en su reunión de fecha 27 de noviembre de 2017 y elevados a público en la escritura

autorizada por el Notario de Madrid, don Javier de Lucas y Cadenas, el día 12 de enero de 2018, la que a su juicio impiden la inscripción. El Registrador de destino refiere en su nota que confirma la calificación del Registrador Mercantil de Burgos, mención innecesaria y perturbadora pues ni actúa como Registrador sustituto ni como órgano de apelación, contribuyendo a la dificultad de entendimiento de su nota de calificación ya de por sí de difícil lectura. Haciendo suyos los argumentos plasmados en otro momento por otro Registrador se confunde innecesariamente el sentido de su decisión que no es otro que rechazar la inscripción porque de la documentación presentada no resulta el acuerdo unánime de los socios al acuerdo de reactivación. Así resulta indubitadamente de la de la nota de defectos que se refiere reiteradamente a la doctrina de esta Dirección General al respecto.

Además entiende el Registrador que el acuerdo de modificación del objeto, al no haber sido adoptado con el voto favorable de todos los socios, da lugar a un derecho de separación con cita del artículo 346.a) y .c) de la Ley de Sociedades de Capital.

Con relación a esto último, al escrito de recurso se acompaña una escritura autorizada en fecha 31 de agosto de 2018 por el Notario de Madrid, don Javier de Lucas y Cadenas, en la que el presidente del consejo de administración de la sociedad eleva a público determinado acuerdo del consejo relativo al no ejercicio del derecho de separación. Como resulta del artículo 326 de la Ley Hipotecaria no procede un pronunciamiento al respecto por limitarse el ámbito de conocimiento de este expediente a la calificación recurrida en base a la documentación presentada ante el Registrador en su día. Es doctrina reiterada de esta Dirección General (por todas, Resolución de 23 de mayo de 2018), que el recurso contra la calificación registral sólo puede recaer sobre cuestiones que se relacionen directa o inmediatamente con la nota de calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma (cfr. artículo 326 Ley Hipotecaria). No procede en consecuencia que esta Dirección General lleve a cabo un pronunciamiento en relación a documentos que no se pusieron a disposición del Registrador de la propiedad al tiempo de llevar a cabo su calificación sin perjuicio de que llevándose a cabo una nueva presentación se adopte un nuevo acuerdo de calificación en el que se haga referencia a dichos documentos (vid. artículo 108 del Reglamento Hipotecario).

4. El recurrente en realidad no combate los defectos señalados por el Registrador pues limita su recurso a poner de manifiesto la viabilidad del cambio de domicilio de una sociedad en liquidación y a la afirmación de que la nota es errónea en cuanto se refiere a un cambio de objeto que no resulta de la escritura de traslado de domicilio presentada a inscripción. Su argumento se resume en que la rogación se limita a la solicitud de que se practique exclusivamente la inscripción de traslado de domicilio.

La posibilidad de que una sociedad en liquidación traslade, en general, su domicilio social no está en cuestión por la nota del Registrador. Lo que sí resulta

de la nota es que en el caso particular a que se refiere la presente y por aplicación de lo dispuesto en el apartado segundo de la disposición transitoria primera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, no puede llevarse a cabo asiento alguno de traslado de domicilio ni ningún otro de los no previstos en la norma.

Salvado lo anterior, la pretensión del recurrente no podría hallar el amparo de esta Dirección General. Ciertamente la escritura de traslado de domicilio no contiene ningún otro acto inscribible pero como ha quedado expuesto en las consideraciones anteriores, su inscripción debe llevarse a cabo, como consecuencia del estado del Registro, de forma simultánea con el resto de documentos por los que se salvan los efectos de cierre; ya los derivados del tracto sucesivo (por cuanto aparece como órgano de administración inscrito persona distinta a quien adopta la decisión de traslado), ya los derivados de la nota marginal de cierre por disolución de pleno derecho.

Es por este último motivo por el que la nota del Registrador, que ciertamente es farragosa y de lectura complicada, señala como defecto el derivado de la existencia de la escritura por la que se elevan a público los acuerdos de cambio de objeto y de reactivación de la sociedad. Siendo necesarios dichos acuerdos para cancelar la nota marginal de disolución de pleno derecho y reanudar la vida registral de la sociedad, el Registrador ha actuado correctamente al calificar conjuntamente la totalidad de los documentos presentados y rechazar la inscripción en tanto no se le acredite el cumplimiento de los requisitos que para ello exige el ordenamiento y sin que quepa ahora prejuzgar cual haya de ser el valor que la escritura presentada junto al escrito de recurso pueda tener pues, como queda razonado, su contenido cae fuera del ámbito de la presente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del Registrador” [P.G.P.].

Jurisprudencia: Negativa a la inscripción del nombramiento de un consejero delegado de una sociedad anónima. Sobre la necesidad o no de incorporar el contrato previsto en el art. 249 LSC cuando el cargo sea gratuito.

Resolución de la DGRN de 12 de diciembre de 2018 (BOE núm. 3, de 3 de enero de 2019, pp. 366-377).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-90

“(…) Respecto del contenido del contrato que debe celebrarse entre el consejero delegado y la sociedad, es necesario tener en cuenta la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Como expresa el apartado III del Preámbulo de dicha Ley modificadora, ésta tiene como antecedente directo el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 (publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo), por el que se crea una Comisión de expertos en materia de gobierno

corporativo, ‘para proponer las iniciativas y las reformas normativas que se consideren adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas, y para prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. El objetivo final de estos trabajos, tal y como indica el acuerdo, fue velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas españolas para conducir las a las máximas cotas de competitividad; generar confianza y transparencia para los accionistas e inversores nacionales y extranjeros; mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas españolas y asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor’. Añade que la citada Comisión presentó su informe el 14 de octubre de 2013 y ‘sobre la base del citado informe y respetando la práctica totalidad de sus recomendaciones se ha elaborado esta norma’. En tal informe (apartado 4.10.1 -‘Normas aplicables a todas las sociedades de capital’-) la Comisión proponía ‘que los estatutos de las sociedades deberán establecer el sistema de remuneración de los administradores por sus funciones como administradores (‘por su condición de tal’ -o de ‘tales’-), y que podrán percibir una remuneración consistente en una retribución fija o variable, en dinero o en especie, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución en acciones, sistemas de ahorro, cualquier otro mecanismo admisible o una combinación de distintas modalidades y que la remuneración anual del conjunto de los administradores deberá ser aprobada por la junta (artículo 217 de la LSC)’. Y añade lo siguiente: ‘Por otra parte, también resulta necesario clarificar, con carácter general, el régimen de retribución de los administradores que, formando parte de un consejo de administración, desempeñen funciones ejecutivas (en virtud de un nuevo título, sea este de delegación orgánica, o contractual de facultades). La fijación de su retribución corresponde al Consejo de Administración si bien, dada su trascendencia y los posibles conflictos de interés a los que puede dar lugar, resulta conveniente una regulación específica en la que se introduzcan las cautelas apropiadas, como la exigencia de mayoría reforzada o la abstención de los consejeros interesados y la previsión de que el consejo se circunscriba necesariamente en su actuación a las decisiones que, en su caso -ya que su intervención no es obligatoria en sociedades no cotizadas- adopte la junta’. Termina expresando que ‘para ello se propone, siguiendo el artículo 231.97.3 de la PCM [Propuesta de Código Mercantil], introducir un nuevo apartado 3 en el artículo 249 de la LSC que regule el régimen de aprobación y documentación de la retribución de consejeros por el desempeño adicional de funciones ejecutivas’.

Como consecuencia de ello, Ley 31/2014, entre otras cuestiones referentes al gobierno corporativo, modificó la Ley de Sociedades de Capital en materia de retribución de administradores. Por una parte, dotó de nueva redacción a los artículos 217 a 219, incrementando su densidad preceptiva con mantenimiento de los principios caracterizadores del régimen anterior, singularmente la reserva estatutaria y la competencia de la junta general para la fijación de las cuantías, si bien, con relación a estos dos aspectos, introduce la precisión de que el mandato de refiere a los ‘administradores en su condición de tales’. Por otra parte, dentro

del mismo Título VI, pero en este caso en el Capítulo VI, dedicado al consejo de administración, se incluyeron dos apartados (3 y 4) en el artículo 249, de contenido hasta entonces inédito en este lugar, referentes a la retribución de consejeros ejecutivos; en ellos se prevé que, cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesaria la celebración de un contrato previamente aprobado por el propio consejo con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, que deberá ser incorporado como anejo al acta de la sesión, a la que el designado deberá abstenerse a de asistir y votar, y se especifica que en tal contrato, que habrá de ‘ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general’, deberán detallarse ‘todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro’, de manera que ‘el consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato’. Y finalmente, dentro del Título XIV, atinente a las sociedades anónimas cotizadas, se añade una nueva Sección, la Tercera, relativa a las ‘especialidades de remuneración de los consejeros’ e integrada por los artículos 529 sexdecies a 529 novodecies, donde expresamente se atribuye al consejo de administración la competencia para ‘fijar la retribución de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas y los términos y condiciones de sus contratos con la sociedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249.3 y con la política de remuneraciones de los consejeros aprobada por la junta general’.

3. La reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014 fue interpretada por la doctrina mayoritaria en el sentido de que la competencia del consejo de administración para fijar las retribuciones de los consejeros ejecutivos regía tanto para las sociedades cotizadas como para las no cotizadas, criterio del que también ha participado este Centro Directivo. Así, la Resolución de 30 de julio de 2015 declaró que el contrato era el lugar donde habrían de detallarse ‘todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro’, aclarando que el ‘artículo 249.4 exige que la política de retribuciones sea aprobada, en su caso, por la junta general, pero esa política de retribuciones detallada, (...), no necesariamente debe constar en los estatutos’, en la misma línea se pronunció la Resolución de 5 de noviembre de 2015. Con mayor detalle, la Resolución de 17 de junio de 2016 advierte que, conceptualmente, deben separarse dos supuestos, el de retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y el de la retribución de funciones extrañas a dicho cargo; a partir de esta afirmación señala que ‘las funciones inherentes al cargo de administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración’, de manera que, cuando se opta por la fórmula compleja de administración colegiada (consejo de administración), ‘las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la

llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores)’, mientras que ‘la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de ‘consejero’ como tal’, sino que tiene un carácter adicional ‘que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro’, por lo que ‘la retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero’.

4. Con posterioridad a las reseñadas Resoluciones de este Centro Directivo, se dictó por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la Sentencia de 26 de febrero de 2018 (citada por el registrador en la calificación impugnada), en la que, apartándose de lo que venía siendo el criterio mayoritario, declara, con respecto a las sociedades no cotizadas, que ‘la relación entre el art. 217 TRLS (y su desarrollo por los arts. 218 y 219) y el art. 249 TRLS no es de alternatividad, como sostiene la sentencia recurrida y la DGRN, en el sentido de que la retribución de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos se rige por el primer grupo de preceptos, y la de los consejeros delegados o ejecutivos se rige exclusivamente por el art. 249 TRLS, de modo que a estos últimos no les afecta la reserva estatutaria del art. 217, la intervención de la junta de los arts. 217.3, 218 y 219, los criterios generales de determinación de la remuneración del art. 217.4 y los requisitos específicos para el caso de participación en beneficios o remuneración vinculada a acciones de los arts. 218 y 219’, sino que la relación entre ellos es ‘de carácter cumulativo’, de suerte que el régimen general será el contenido ‘en los arts. 217 a 219 TRLS, preceptos que son aplicables a todos los administradores, incluidos los consejeros delegados o ejecutivos’, mientras que el artículo 249 ‘contiene las especialidades aplicables específicamente a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad, que sea aprobado por el consejo de administración con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros y con la abstención del consejero afectado tanto en la deliberación como en la votación, pero cuyo contenido ha de ajustarse al ‘marco estatutario’ y al importe máximo anual de las retribuciones de los administradores, en el desempeño de su cargo, fijado por acuerdo de la junta general, en cuyo ámbito ejercita el consejo de administración su competencia para decidir la distribución de las remuneraciones correspondientes a los administradores’, así como respetar también ‘los criterios generales establecidos en el art. 217.4 TRLS y cumplir los requisitos específicos previstos en los arts. 218 y 219 TRLS cuando se establezcan como conceptos retributivos los previstos en tales preceptos legales’ (fundamento 21).

No obstante lo anterior, añade la Sentencia (fundamento 23) que ‘la consideración conjunta del nuevo sistema que regula las retribuciones de los miembros del órgano de administración en las sociedades no cotizadas nos lleva también a la conclusión de que la atribución al consejo de administración de la competencia

para acordar la distribución de la retribución entre los distintos administradores, mediante una decisión que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, y la atribución de la competencia para, en el caso de designar consejeros delegados o ejecutivos, aprobar con carácter preceptivo un contrato con los consejeros delegados o ejecutivos en el que se detallan todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, ha de tener como consecuencia que la reserva estatutaria sea interpretada de un modo menos rígido y sin las exigencias de precisión tan rigurosas que en alguna ocasión se había establecido en sentencias de varias de las salas de este Tribunal Supremo y por la propia DGRN, sin perjuicio de que las sentencias más recientes de esta sala, aun referidas a la anterior normativa societaria, ya han apuntado hacia esa mayor flexibilidad de la exigencia de reserva estatutaria'. Sin embargo, pese a aludir a la necesidad de interpretar con menor rigidez la reserva estatutaria sobre retribución de consejeros, suavizando las exigencias de precisión mantenidas en relación con la normativa anterior, no llega a determinar los confines de la flexibilidad propugnada, limitándose a señalar que la atribución de competencia al consejo de administración para fijar la retribución de los consejeros ejecutivos 'supone el reconocimiento de un ámbito de autonomía dentro del marco estatutario' a que hace mención el art. 249.bis.i TRSLC, que es el regulado con carácter principal en el art. 217 TRLSC, y dentro del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores que haya aprobado la junta general conforme prevé el art. 217.3 TRLSC', y que ese 'ámbito de autonomía dentro de un marco estatutario entendido de una forma más flexible, debe permitir adecuar las retribuciones de los consejeros delegados o ejecutivos a las cambiantes exigencias de las propias sociedades y del tráfico económico en general, compaginándolo con las debidas garantías para los socios, que no deben verse sorprendidos por remuneraciones desproporcionadas, no previstas en los estatutos y por encima del importe máximo anual que la junta haya acordado para el conjunto de los administradores sociales'.

5. Debe advertirse que el criterio mantenido por la Sección Primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de febrero de 2018 es el único pronunciamiento dictado en tal sentido. Y la cláusula impugnada judicialmente en el caso analizado por el Alto Tribunal excluía categóricamente toda reserva estatutaria y competencia de la junta general de la sociedad respecto de la remuneración de los consejeros ejecutivos, en los siguientes términos: 'El cargo de administrador no será retribuido, sin perjuicio de que, de existir consejo, acuerde éste la remuneración que tenga por conveniente a los consejeros ejecutivos por el ejercicio de las funciones ejecutivas que se les encomienden, sin acuerdo de la junta ni necesidad de previsión estatutaria alguna de mayor precisión del concepto o conceptos remuneratorios, todo ello en aplicación de lo que se establece en el artículo 249.2.º de la Ley de Sociedades de Capital'. Por ello, esta Dirección General en la reciente Resolución de 31 de octubre de 2018, ha considerado inscribibles otras cláusulas estatutarias que no incluyen mención alguna que contradiga la eventual reserva estatutaria para acoger ciertos extremos relacionados con los emolumentos de los consejeros ejecutivos o nieguen la

competencia de la junta general para delimitar algunos elementos de su cuantificación, limitándose a prever que tendrán derecho a percibir las retribuciones adicionales que correspondan por el desempeño de funciones ejecutivas (párrafo tercero) y a reproducir sustancialmente los requerimientos establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital (párrafo cuarto).

6. Hechas las anteriores aclaraciones, debe tenerse en cuenta que en el presente recurso es precisamente la interpretación del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, en cuanto fue modificado por la Ley 31/2014, lo que constituye objeto de discusión.

Como ya puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 8 de noviembre de 2015, de la literalidad del referido artículo 249 se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad, que debe ser aprobado previamente por el consejo de administración con los requisitos que establece dicho precepto. Es en este contrato en el que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. Y, dicho contrato, de acuerdo con el último inciso del artículo apartado 4 del mismo artículo 249 ‘(...) deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general’. Y, como añade dicha Resolución, es en este específico contrato en el que deberá detallarse la retribución del administrador ejecutivo, y el artículo 249.4 exige que la política de retribuciones sea aprobada, en su caso, por la junta general, pero la referencia a ese contrato y esa política de retribuciones no necesariamente deben constar en los estatutos. Son cuestiones sobre las que no existe reserva estatutaria.

De los anteriores razonamientos debe concluirse que en el presente caso no cabe rechazar la inscripción por los motivos expresados por el registrador en la calificación impugnada.

En primer lugar, del contenido literal del apartado tercero del artículo 249, se desprende la existencia de la obligación de celebrar -en la forma legalmente indicada- el contrato entre el miembro del consejo de administración con funciones ejecutivas y la sociedad aun cuando se convenga con base en la autonomía de la voluntad que tales funciones ejecutivas se realicen gratuitamente, hipótesis en la que dicho contrato -accesorio de la relación orgánica de dicho administrador con la sociedad- podrá tener por objeto no solo la previsión de determinadas cuestiones económicas (como, por ejemplo, indemnizaciones o resarcimiento de ciertos gastos en que incurra el administrador) sino la regulación de otros extremos propios de la relación orgánica del administrador o de su situación jurídica (concreción de determinadas obligaciones -por ejemplo, cláusulas de permanencia-, o de las consecuencias del cese en el cargo o del desistimiento del contrato mismo, etc.). Por este solo motivo debe ya entenderse que la calificación impugnada no está fundada en derecho, pues no cabe

presuponer que en el referido contrato se establece que el cargo de consejero delegado es retribuido, algo que no es sino mera conjetura.

En segundo lugar, aunque se entendiera que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, extremo que referida Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 no aclara si está afectado por la flexibilidad que patrocina, no competiría al registrador apreciar si el contenido del contrato, que según se expresa en el acuerdo adoptado, cumple con las exigencias establecidas en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, contradice o no el carácter retribuido del cargo de administrador, toda vez que dicho contrato carece de publicidad alguna en el Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada” [P.G.P.].

Jurisprudencia: Negativa a la inscripción de determinados acuerdos adoptados por la Junta General de una sociedad limitada. Convocatoria no realizada con las formalidades estatutariamente previstas.

Resolución de la DGRN de 2 de enero de 2019 (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2019, pp. 10114-10125).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-1519

“(…) 5. Debe concluirse, por tanto, con las ideas ya expuestas. La forma de convocatoria de la junta general debe ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema (vid. Resolución de 1 de octubre de 2013), pues el derecho de asistencia a la junta general que a los socios reconoce el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital ha de ser integrado con el de ser convocados no de cualquier forma, sino a través de la específicamente prevista a tal fin (‘el cómo’), en tanto que será la única a través de la que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención. Y es que con tales requisitos se pretende garantizar al socio una publicidad que le permita conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexionar detenidamente sobre el sentido del voto por emitir. Y abstracción hecha de que, en el presente caso, el remitente que figura como tal en el justificante es una persona física (no la sociedad propiamente o la administradora solidaria como hubiera sido lo deseable, si bien esta cuestión, en tanto que no apuntada en la calificación, no puede aquí operar como ‘ratio deciden di’), procede confirmar la calificación recurrida por las razones que expresa la nota.

Y es que únicamente el operador postal universal goza de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales (y por ende también de las que hayan de surtir efecto en la esfera notarial y

registral), tanto las realizadas por medios físicos como telemáticos; y, como se ha expresado anteriormente, esta fehaciencia es cosa distinta de la autenticidad, la cual podrá ser admitida y valorada en el seno de un procedimiento judicial, pero que se torna en inequívoca exigencia en el ámbito en el que desenvuelven sus funciones tanto registradores como notarios (de ahí, por ejemplo, la remisión que realiza el artículo 202 del Reglamento Notarial al citado Decreto de 1999), pues resulta necesaria para que, sin necesidad de pruebas complementarias, la declaración del notificador baste para tener por constatados el rechazo o la imposibilidad de una determinada notificación o de una determinada comunicación. Admitir lo contrario en un caso como el presente, podría suponer una clara indefensión para el destinatario de la comunicación, dado el evidente riesgo de vulneración de los derechos que todo socio tiene a saber de qué forma va a ser convocado a una junta y por quién, permitiéndolo así conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexionar detenidamente sobre el sentido del voto por emitir. Por ello, la expresión ‘correo certificado con acuse de recibo’ que emplea el precepto estatutario no puede ser entendida en forma distinta a la que resulta de la calificación recurrida.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho” [P.G.P.].

Jurisprudencia: Suspensión de la inscripción de determinados acuerdos adoptados por la Junta General de una sociedad limitada. Convocatoria no realizada con las formalidades estatutariamente previstas.

Resolución de la DGRN de 9 de enero de 2019 (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2019, pp. 10170-10173).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-1525

“(…) 3. Cuando los estatutos concretan como forma de convocatoria de la junta general el envío de carta certificada con acuse de recibo, cuya remisión podrá hacerse notarialmente, o notificación notarial, determinan las características concretas de la comunicación de la convocatoria, sin que sea competencia del órgano de administración su modificación (*vid.*, por todas, las Resoluciones de 31 de octubre de 2001, 1 de octubre de 2013 y 21 de octubre de 2015). Es así porque los socios tienen derecho a saber en qué forma específica han de ser convocados, que esa es la única forma en que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención. Y pueden tener interés en introducir en los estatutos, con base en el principio de autonomía de la voluntad que respecto de tal extremo se reconoce por la ley (cfr. artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital), cláusulas que establezcan sistemas de convocatoria que no sólo permitan asegurar razonablemente la recepción del anuncio por el socio sino que además exijan determinados requisitos de fehaciencia de la comunicación de la convocatoria y de

la recepción de la misma por los socios (vid. la Resolución de 20 de diciembre de 2017). Así, conforme al artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, las notificaciones efectuadas por el prestador del servicio postal universal (“Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.”) gozan de ‘la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, (...)’ (y por ende también de las que hayan de surtir efecto en la esfera notarial y registral); y en el caso de intervención notarial tanto mediante acta notarial de remisión de carta por correo certificado con acuse de recibo como por acta de notificación (artículos 201 y 202 del Reglamento Notarial, respectivamente), dicha actas gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro -artículo 17 bis, apartado 2.b), de la Ley del Notariado-.

Los argumentos del recurrente no pueden prevalecer frente a las anteriores consideraciones pues siendo cierto que la política de la Unión Europea en materia de reducción de trámites y de costes innecesarios tiene importantes reflejos en nuestra legislación y en los procedimientos relacionados con las sociedades de capital, como ha tenido ocasión de reconocer esta Dirección General (Resolución de 5 de julio de 2011, entre otras), no lo es menos que dicha dispensa tiene como condicionante que no exista un interés protegible o que quede debidamente salvaguardado a pesar de la simplificación del procedimiento (por todas, Resolución de 3 de octubre de 2013). Y, como ha quedado expuesto, es digno de tutela el interés de los socios en prevenir formas estatutarias que aseguren la fehaciencia de la notificación de la convocatoria.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada” [P.G.P.].

Jurisprudencia: Negativa a inscribir determinados acuerdos adoptados por la Junta General de una sociedad limitada. Contradicción manifiesta entre lo declarado por el presidente de la junta y el administrador único respecto a la composición accionarial.

Resolución de la DGRN de 24 de enero de 2019 (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019, pp. 16888-16901).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-15767

“(…) 4. A la luz de las consideraciones anteriores el recurso debe prosperar por cuanto el supuesto de hecho no presenta ninguna excepcionalidad que permita tener por inválidamente adoptado el acuerdo cuya inscripción se solicita.

La mera oposición de un socio a las declaraciones que lleva a cabo la mesa sobre la constitución del capital social no constituye causa suficiente para estimarlo, sin perjuicio de las acciones que al socio corresponden en defensa de su posición jurídica. Esta consideración es aplicable en este caso, pues aun cuando el socio que se opone es el administrador único con cargo inscrito en el Registro Mercantil, debe tenerse en cuenta que la competencia para la declaración de la

validez de la constitución de la junta ha sido atribuida judicialmente al presidente designado en la convocatoria, precisamente para garantizar, en la medida de lo posible, que el legítimo interés que tienen quienes solicitan que se convoque junta general extraordinaria para debatir sobre aquellos ‘asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud’ (artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital) no quede defraudado por quienes en otras condiciones podrían ostentar posición de presidente en la junta por celebrar (vid. Resoluciones de 28 de agosto de 2013, 17 de mayo de 2016 y 20 de noviembre de 2017).

Por la misma razón, tampoco su oposición constituye un supuesto de doble lista de asistentes. El socio que protesta se limita a afirmar que la composición del accionariado es distinta de la que afirma la mesa de la junta, pero ello no constituye, sin más, la existencia de una lista de socios distinta a la propuesta. Téngase en cuenta que de ser así bastaría afirmar la existencia de un socio no reconocido por la mesa para tener por existente una lista alternativa de socios e invalidar, a efectos registrales, los acuerdos adoptados por la junta. No hay pues en el supuesto de hecho doble lista de asistentes ni con ello las consecuencias que de tal situación podrían derivarse (doble elección de miembros de la mesa, dobles votaciones, acuerdos contradictorios sobre el mismo o diferente orden del día...).

Respecto de las referencias de dicho socio al libro registro de acciones nominativas, cabe recordar (vid. la Resolución de 26 de noviembre de 2007) que la inscripción en el mismo tiene una finalidad esencialmente legitimadora, no constitutiva, de suerte que la sociedad ha de reputar como accionista a quien figure inscrito como tal en aquel libro (artículo 116.2 de la Ley de Sociedades de Capital). Se trata de una anotación que despliega su eficacia en las relaciones entre la sociedad y el socio. En este ámbito, y limitado el presente análisis a la esfera de la legitimación activa del socio para ejercitar los derechos inherentes a la acción, la inscripción en el libro registro genera una presunción ‘iuris tantum’ (cfr. artículo 385.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que actúa a favor del socio (en el sentido de que le libera de la obligación de exhibir el título de la acción -cfr. artículo 122 de la Ley de Sociedades de Capital-) y, fundamentalmente, en beneficio de la sociedad, que podrá reputar como socio a quien figure en dicha anotación, lo que no impide que dicha entidad pueda, a riesgo suyo, permitir el ejercicio de tales derechos a quien según le conste ostente dicha titularidad societaria aunque no ésta no haya obtenido el oportuno reflejo librario. Ha de reconocerse que el presidente de la junta es la persona llamada a declarar válidamente constituida la misma, determinando qué accionistas asisten a ella presentes o representados y cuál es su participación en el capital social, así como a proclamar el resultado de las votaciones. Por ello, en el presente caso, y a los efectos de la inscripción solicitada, no puede entender el registrador que el presidente de la junta, designado judicialmente, haya actuado incorrectamente al admitir la titularidad de las acciones de los socios asistentes que, a juicio de aquél, habían acreditado tal cualidad que debe prevalecer ante la irregularidad y carácter incompleto del libro de socios apreciados por él, quedando a salvo el derecho de cualquier interesado a impugnar judicialmente dicha apreciación.

Por otra parte, en relación con las objeciones expresadas por el registrador respecto de la cifra de capital social que consta en el Registro Mercantil, debe tenerse en cuenta que, como afirma el recurrente, del hecho de la inscripción de la ejecución e inscripción del acuerdo de aumento del capital social formalizado en la citada escritura autorizada el día 9 de mayo de 2006 (al menos en cuanto a las acciones cuya titularidad es negada por el socio oponente) y de la existencia de las sentencias firmes presentadas junto a la escritura calificada, no puede deducirse que la persona a quien el ordenamiento le atribuye la competencia de formar la lista de asistentes haya actuado incorrectamente cuando, tras ponderar las circunstancias concurrentes, así lo hace declarando quiénes son los socios concurrentes, el número de participaciones que ostentan y el porcentaje de capital que representan tras lo que declara válidamente constituida la junta. No se discute ni su cargo ni su legitimidad para ejercer la competencia atribuida sino lo acertado de su decisión. Y la referencia por el socio oponente a determinados hechos e incluso a determinada contienda judicial no puede impedir por sí misma la inscripción solicitada. De la mera existencia del conflicto no resulta una situación que impida tener por válidamente hecha la declaración del presidente sin perjuicio de las acciones que corresponda a los interesados y del reflejo que, en su caso, puedan tener en el Registro Mercantil. Como ha reiterado este Centro Directivo (Resolución de 20 de diciembre de 2012) es preciso evitar la desnaturalización del Registro Mercantil, institución encaminada a la publicidad de situaciones jurídicas ciertas cuya validez ha sido contrastada por el trámite de la calificación registral y no a la resolución de las diferencias entre los partícipes de la sociedad. Deberá ser el juez competente, en su caso, el que deberá decidir a la vista de las pruebas y alegaciones de las partes involucradas qué valoración jurídica merece el conflicto sobre el que ha de decidir. Procede en consecuencia la revocación del defecto señalado por el registrador.

Por lo demás, accediendo a la inscripción cuya práctica es objeto de debate en el presente recurso no se impedirá la adecuada reacción de quienes se consideren con derecho a cuestionar la validez del nombramiento de que se trata, mediante la correspondiente acción de impugnación de los acuerdos cuya inscripción se ha solicitado, por defecto de constitución de la junta que los adoptó, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales (cfr. artículos 204 a 208 de la Ley de Sociedades de Capital), pudiendo hacerse constar en el Registro tanto la demanda de impugnación como la resolución firme que ordene la suspensión de los acuerdos, a través de la correspondiente anotación preventiva (cfr. artículos 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 94.10, 155 y 157 del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada” [P.G.P.].

Jurisprudencia: Negativa a inscribir acuerdo de modificación en un artículo de los estatutos sociales de una sociedad anónima. Ausencia de referencia expresa en la convocatoria al derecho de información de los socios previsto en el art. 287 LSC.

Resolución de la DGRN de 25 de enero de 2019 (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2019, pp. 17292-17297).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2508

“(…) 4. En el supuesto que da lugar a la presente, la convocatoria se refiere tanto a la celebración de una junta general ordinaria (aprobación de las cuentas anuales, propuesta de aplicación del resultado), como a una junta general extraordinaria cuyo objeto lo constituye una modificación de un concreto artículo de los estatutos sociales. En el apartado relativo al derecho de información, los anuncios se refieren a los derechos que, en general, el artículo 197 de la Ley de Sociedades de Capital les confiere así como al especial a que se refiere el artículo 272.2 de la misma ley relativo a la aprobación de las cuentas anuales.

Sin embargo los anuncios no hacen mención alguna del derecho de información especial que para los supuestos de modificación de estatutos el artículo 287 de la propia Ley de Sociedades de Capital exige que se hagan constar en la convocatoria. Dice así el citado artículo: ‘En el anuncio de convocatoria de la junta general, deberán expresarse con la debida claridad los extremos que hayan de modificarse y hacer constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos’.

Es cierto que la convocatoria se refiere al derecho a la entrega de cualquier documentación sobre los puntos del orden del día como se refiere a la obtención de los documentos que han de ser sometidos a su aprobación, pero en ambos casos se hace en clara y expresa referencia a preceptos que vienen referidos al régimen de información en general y al supuesto de aprobación de las cuentas anuales. Considerar que estas referencias que legalmente vienen referidas a supuestos genéricos o al específico de aprobación de cuentas pueden suplir o englobar el específico régimen legalmente establecido para la modificación de estatutos desnaturalizaría por completo la exigencia legal del artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital que prevé un régimen específico y ampliado para tal supuesto.

Es cierto igualmente, como resulta de las consideraciones ya expuestas, que es doctrina reiterada de esta Dirección General que el severo régimen de exigencia formal de la convocatoria de juntas debe mitigarse cuando por el conjunto de circunstancias concurrentes no resulten indebidamente postergados los derechos individuales del accionista. Ahora bien esta doctrina no puede resultar de aplicación en aquellos supuestos en que la convocatoria omite en su totalidad el régimen de protección específico del derecho de información: Así se ha considerado en las Resoluciones de 18 de marzo de 2013, 18 de febrero de 2015 y 24 de marzo de 2017 en las que, aceptando la doctrina de la mitigación de efectos y su plasmación legal en el artículo 204.3.a), esta Dirección General así lo ha entendido porque la omisión tiene ‘el carácter relevante’ a que se refiere el

precepto al excepcionar del régimen de dispensa las infracciones formales que afectan a derechos esenciales de los socios.

No cabe hacer una interpretación que permita tener por cumplidos los requisitos especialmente previstos por la Ley para la protección del derecho de información en supuestos especiales por la mera previsión de los requisitos previstos para otros supuestos distintos. Si la Ley ha considerado necesario exigir requisitos especiales es, precisamente, porque considera que el derecho de información no está debidamente protegido en tales supuestos por los requisitos generales.

La ausencia en el supuesto de hecho de cualquier referencia del derecho de los socios al examen del texto íntegro de la modificación estatutaria propuesta o del informe que la justifica así como del derecho a la entrega o envío de dichos precisos documentos, no puede quedar suplida por la referencia genérica a ‘cualquier documentación’, o a los documentos ‘que han de ser sometidos a la aprobación de la junta’, sin producirse una grave merma de las garantías específicamente señaladas por la Ley para el supuesto de propuesta de modificación de estatutos.

Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

5. Los argumentos esgrimidos en el escrito de recurso no pueden enervar la conclusión anterior tanto porque las meras afirmaciones de parte no tienen cabida en este procedimiento (que el informe estuvo a disposición de los socios, que estos han aceptado la modificación aprobada o que no han llevado a cabo impugnación alguna del acuerdo, artículo 326 de la Ley Hipotecaria), como por el hecho de que la doctrina de mitigación de los efectos anulatorios de los defectos formales no es de aplicación al supuesto de hecho tal y como se ha justificado en el considerando anterior.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador” [P.G.P.].

Jurisprudencia: Negativa a inscribir una escritura de aumento de capital y de modificación de estatutos de una sociedad anónima laboral por no haberse adaptado los estatutos a la Ley 44/2015, de 14 de octubre de Sociedades Laborales y Participadas.

Resolución de la DGRN de 30 de enero de 2019 (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2019, pp. 17305-17307).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2510

“(…) 2. El recurso no puede ser estimado. Según la disposición transitoria segunda de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, la falta de inscripción de la adaptación de los estatutos sociales a lo establecido en dicha ley determina el cierre registral previsto en la mencionada disposición transitoria, sin que el aumento de capital social ni la modificación

estatutaria estén incluidos entre las excepciones establecidas en tal norma. Ciertamente, el registrador deberá expresar los concretos preceptos estatutarios que estuvieran en contradicción con la ley, pero esa expresión deberá contenerse en la pertinente calificación de la escritura de adaptación de estatutos que, en su caso, se presente o, previa solicitud de la sociedad interesada, en la calificación de los estatutos inscritos a los efectos de determinar la necesidad o innecesidad de la adaptación, de suerte que esas calificaciones estarán sujetas al sistema de recursos establecido en el Reglamento del Registro Mercantil para determinar si los estatutos sociales están o no en contradicción con los preceptos de la Ley de Sociedades Laborales y Participadas. Así lo admitió esta Dirección General respecto de la obligación de adaptación de estatutos al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, ex analogía con la disposición transitoria segunda, apartado 2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 –vid. Resolución de 19 de septiembre de 2001–; y puede admitirse ahora conforme a los artículos 258 de la Ley Hipotecaria y 58 y siguientes y 80 del Reglamento del Registro Mercantil. Pero no es una calificación de esta índole la que constituye el objeto del presente recurso sino la relativa a la inscripción del aumento del capital y modificación de estatutos suspendida por el registrador (cfr. artículo 68 del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada” [P.G.P.].

Jurisprudencia: Negativa a inscripción el depósito de cuentas de una sociedad anónima por defectos convocatoria Junta en la que se aprobaron. Ausencia de anuncio en BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia del domicilio social. Existencia de previsión estatutaria alternativa.

Resolución de la DGRN de 31 de enero de 2019 (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2019, pp. 17352-17358).

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2516

“(…) 5. A la luz de las consideraciones expuestas es preciso traer a colación la reciente Resolución de 17 de octubre de 2018 cuyo supuesto de hecho es, en lo esencial, idéntico al que da origen a la presente por lo que la doctrina entonces formulada deber ser ahora reiterada. Como en aquél supuesto, el que da lugar a la presente se caracteriza por el contenido estatutario en materia de convocatoria de la junta y en la previsión de dos sistemas de llevarlo a cabo. Conforme al artículo 11 de los estatutos sociales: ‘La convocatoria, tanto para las Juntas Generales ordinarias como para las extraordinarias, se realizará mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos un mes antes de la fecha fijada para la celebración de la Junta’.

Conforme al artículo 12: ‘Cuanto todas las acciones sean nominativas, el órgano de administración podrá, en los casos permitidos por la Ley, suplir las publicaciones establecidas legalmente por una comunicación escrita a cada accionista o interesado, cumpliendo en todo caso lo dispuesto en la Ley’.

De conformidad con la doctrina expuesta en la resolución citada, de la conjunción de los preceptos examinados resulta claro que, al establecer los socios la regulación de los artículos 11 y 12 de sus estatutos, lo que quisieron fue sustituir la forma legal de convocar la junta general, para el supuesto de acciones nominativas (publicaciones en el ‘Boletín Oficial del Registro Mercantil’ y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia), por la comunicación escrita a los accionistas si la ley lo permitiera y en los términos en que esta lo hiciera (‘cumpliendo en todo caso lo dispuesto por la Ley’, expresan los estatutos), por lo que debe entenderse que siendo todas las acciones nominativas los estatutos disponen que la convocatoria se debe realizar por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad. De este modo no se trata de consagrar un sistema alternativo de convocatoria (que esta Dirección General ha rechazado en numerosas ocasiones, vid. Resoluciones de 25 de febrero de 1999, 21 de julio de 2011, 23 de octubre de 2013 y 25 de abril de 2016), sino de aceptar una fórmula que considera distintos sistemas de convocatoria en función de cual sea la naturaleza de las acciones –artículo 23.d) de la Ley de Sociedades de Capital–.

Esta conclusión se ajusta al criterio mantenido de forma reiterada por esta Dirección General sobre los cambios normativos que afecten en todo o en parte al contenido de los estatutos sociales, y que ha sido expuesto en el anterior fundamento de Derecho.

Debe, por tanto, concluirse en el presente caso que la convocatoria realizada a todos los accionistas mediante correo certificado con aviso de recibo se ajusta a los estatutos sociales interpretados según la regulación legal vigente y la finalidad y el espíritu de los mismos.

6. Es cierto que, a diferencia del supuesto que dio lugar a la Resolución de 17 de octubre de 2018, en el actual no comparecieron a la junta la totalidad de los socios convocados. Pero no es esta la cuestión crucial sino el hecho de que todos ellos fueron convocados a la junta por un medio que se considera ajustado a Derecho y que les permitió ejercer debidamente sus derechos de socio, tanto acudiendo a la junta como no haciéndolo.

También es cierto, como pone de relieve la registradora en su informe, que la Resolución de 23 de mayo de 2014 llegó a conclusión contraria a la que ahora se resuelve, pero no lo es menos que este Centro Directivo considera que la doctrina ahora expuesta es más acorde con el equilibrio exigible entre el interés social y la protección de la minoría así como con las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica y de eficiencia empresarial.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora” [P.G.P.].

3. DERECHO CONCURSAL

Jurisprudencia: inventario de la masa activa. Impugnación. Diferencia entre compensación de créditos y liquidación de una relación contractual con obligaciones recíprocas.

STS (Sala 1ª) de 17 de octubre de 2018, rec. nº 3099/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8551417&links=&optimize=20181029&publicinterface=true>

“(…) La prohibición general de compensación contenida en el art. 58 LC tiene como finalidad impedir que los acreedores que, a su vez, son deudores del concursado, tengan un trato de favor, y por tanto, no alterar el principio de igualdad de trato. Bajo la vigencia de la normativa concursal anterior, la jurisprudencia (SSTS 19 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993, 11 de julio de 2005 y 25 de octubre de 2007), ante el silencio normativo sobre su admisibilidad, se opuso a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones recíprocas en situaciones concursales, en defensa, precisamente, de la *par condicio creditorum* que podría resultar injustificadamente alterada en beneficio del acreedor *in bonis*. Lo que ha sido reiterado en similares términos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, al interpretar el mencionado art. 58 LC (por todas, sentencias 46/2013, de 18 de febrero, y 229/2016, de 8 de abril).

2.- No obstante, a los efectos de la aplicación del art. 58 LC, cabe distinguir entre compensación de créditos y liquidación de las relaciones recíprocas en un único contrato bilateral. Como hemos dicho en las sentencias 428/2014, de 24 de julio, y 473/2017, de 20 de julio, y las que en ellas se citan, una cosa es la compensación de créditos propiamente dicha, en la que dos deudas recíprocas dimanantes de diferentes relaciones crediticias se extinguen en la parte concurrente, y otra la liquidación de una única relación contractual sinalagmática de la que han surgido obligaciones para una y otra parte.

3.- Eso es lo que, cabalmente, sucede en este caso. Sansan y Antilia no son deudoras y acreedoras recíprocas por diferentes y opuestos títulos de crédito, sino que son parte en una única relación contractual, un contrato de arrendamiento de industria, que en su ejecución ha generado obligaciones a cargo de ambas partes, en el resultado de cuya liquidación difieren” (F.D. 4º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: calificación culpable del concurso. No basta con la concurrencia de los condicionantes del art. 164 sino que se requiere una justificación añadida. Valoración de elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores.

STS (Sala 1ª) de 31 de octubre de 2018, rec. nº 2994/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8564868&links=&optimize=20181112&publicinterface=true>

“(…) Con relación a la cuestión de fondo planteada es jurisprudencia reiterada de esta sala, desde la STS 644/2011, de seis de octubre, que la caracterización de la responsabilidad por déficit concursal, en la regulación anterior a la reforma operada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, giraba en torno a tres consideraciones:

i) La condena de los administradores de una sociedad concursado a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable sino, que requiere. una justificación añadida.

ii) Para que se pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el precepto, consistentes en que la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación, es necesario que el tribunal valore, conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del art. 164 LC (haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia), ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo precepto (haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado, etc.).

iii) No se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social -y, al fin, a la sociedad- y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable.

En el presente caso, el ‘automatismo’ tanto en la solicitud de condena al déficit concursal realizada por la demandante, como en la concesión de dicha condena por la sentencia recurrida, se opone a la jurisprudencia de esta sala en los términos expuestos.

Máxime, cuando el informe de la administración concursal, y la sentencia de primera instancia, en el marco de valoración de los elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de las personas afectadas por la calificación del concurso, destacan que las carencias relacionadas con la gestión empresarial de la cooperativa se manifestaron prácticamente desde el primer momento (año 2001),

y que los miembros del consejo rector, agricultores de profesión y sin retribución por razón de su cargo, desempeñaron sus funciones huérfanos de cualquier apoyo de gestores profesionales del ámbito mercantil, contable y fiscal que pudieran advertirles de la situación real de la cooperativa, así como de sus obligaciones legales de llevanza de contabilidad.

6. La estimación del recurso de casación comporta que se case en parte la sentencia recurrida y al asumir la instancia se desestime en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandante Andopack S.A. contra la sentencia 143/2013, de 7 de octubre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Albacete, dictada en el concurso ordinario núm. 505/2009, en cuanto no procede la condena a los demandados a la cobertura del déficit concursal” (F.D. 2º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: calificación créditos como subordinados. Persona especialmente relacionada con el deudor. Interpretación art. 93.2.3º LC.

STS (Sala 1ª) de 31 de octubre de 2018, rec. nº 2339/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8564869&links=&optimize=20181112&publicinterface=true>

“(…) En el desarrollo del motivo argumenta que, de forma errónea, la sentencia recurrente considera que, a los efectos del art. 93.2. 3º LC, el concepto de grupo supone la existencia de una sociedad dominante. Por tanto, excluye los grupos horizontales, paritarios o por coordinación, como el grupo objeto de enjuiciamiento.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación, y que guardan relación con las que frente a un motivo de casación idéntico interpuesto contra una sentencia que resolvía un caso muy similar, expusimos en la sentencia 431/2018, de 10 de julio.

2. *Desestimación del motivo primero.* En atención a que el concurso de acreedores se declaró el 13 de mayo de 2011, para la clasificación de los créditos regía la normativa entonces en vigor. En concreto el art. 93.2 LC por lo que respecta a quiénes tienen la consideración de personas especialmente relacionadas con el deudor persona jurídica, conforme a la modificación introducida por el RDL 3/2009, de 27 de marzo.

En lo que ahora interesa, en atención a lo que es objeto del recurso de casación, la inclusión de Banco Cam dentro del supuesto previsto en el art. 93.2. 3º LC, la redacción de este precepto que resulta aplicable al caso era la siguiente:

‘Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: [...]

3º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1º de este apartado’.

3. Tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que unificó, a los efectos de la Ley Concursal, lo que debía entenderse por grupo de sociedades mediante su remisión al art. 42.1 CCom, no hay duda de que el grupo de sociedades viene caracterizado por el control que ostenta, directa o indirectamente, una sobre otra u otras (sentencias 738/2012, de 13 de diciembre, y 431/2018, de 10 de julio). Sin perjuicio de que conforme a la jurisprudencia de esta sala este criterio de la situación de control ya resultaba de aplicación desde la promulgación de la Ley Concursal para apreciar la existencia de grupo a los efectos del art. 93.2. 3º LC (sentencias 134/2016, de 4 de marzo, y 431/2018, de 10 de julio).

De tal manera que conforme a este criterio también debía acreditarse en este caso que la acreedora (Banco Cam), al tiempo de surgir su crédito, pertenecía al mismo grupo de la concursada (Trecam).

Recordemos que Trecam estaba participada en un 69,05% por Tremón y en un 30,05% por TIP, que a su vez estaba participada en un 100% por Banco Cam. El hecho de que Banco CAM tuviera el 100% de las participaciones de TIP, sin necesidad de realizar ningún levantamiento del velo societario, permitiría concluir que a través de esta sociedad podía ejercer el control que justificaría su integración dentro del grupo CAM.

En el marco de lo que se cuestiona en este motivo de casación, que es la pertenencia de Banco Cam al mismo grupo que la concursada, el problema no es que quien ostentara la participación en el capital de la sociedad concursada no fuera CAM, sino su filial TIP. Lo verdaderamente relevante es si, a la vista de esta participación del 30,05% y del resto de circunstancias relevantes, existía una situación de control por parte de Banco CAM, a través de TIP.

Esta cuestión fue objeto de resolución en la reseñada sentencia 431/2018, de 10 de julio, en la que razonamos que no resultaba de aplicación ninguna de las presunciones del art. 42.1 CCom, que facilitan la apreciación de una situación de control directo e indirecto de Banco Cam sobre Trecam. Y, al margen de las presunciones, razonamos por qué no existía una verdadera situación de control:

‘En este caso, la concursada era una sociedad del grupo Tremón, pues estaba bajo su control, en cuanto que tenía capacidad de designar la mayoría de los miembros del Consejo de Administración y su consejero delegado.

‘CAM, a través de su filial TIP, no tenía propiamente un control efectivo sobre la administración de la concursada. Lo que había convenido eran una serie de salvaguardas o cautelas, que consistían en requerir de su consentimiento para la adaptación de determinados acuerdos en la junta general y para realizar actos de disposición o contraer obligaciones por un importe superior a 10.000.000 euros por operación. Esta cautela, más que un control de la concursada, que

correspondía a Tremón, constituían una prevención frente a actuaciones que pudieran perjudicar la inversión realizada. De tal forma que no justifican la inclusión de la sociedad concursada en el grupo de CAM, por lo que no se han infringido el art. 93.2. 3º LC' (F.D. 2º).

‘(...) 1. *Formulación del motivo segundo.* El motivo denuncia ‘la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en relación con la doctrina del levantamiento del velo que hubiera permitido concluir la vinculación de la entidad crediticia con el grupo Treman y la aplicación del artículo 93.2. 3º de la Ley Concursal en relación con el artículo 92.5’.

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

2. *Desestimación del motivo segundo.* Como ya razonamos en la sentencia 431/2018, de 10 de julio, en la que se resolvió un motivo segundo de casación idéntico al presente, a los efectos de que la acreedora pueda incluirse en el supuesto del art. 93.2. 3º LC, esto es, que puedan considerarse acreedora y deudora concursada sociedades del mismo grupo, resulta irrelevante el levantamiento del velo de TIP.

En efecto, para poder apreciar si la concursada formaba parte del grupo CAM, porque esta tuviera un control directo o indirecto sobre aquella, resulta irrelevante dicho levantamiento del velo. Lo verdaderamente relevante era que CAM tuviera el control directo o indirecto de la concursada, y esto no dependía tanto de que tuviera el 100% de las participaciones de TIP, y por lo tanto que a través de ella pudiera ejercer el control, como de que la relación entre TIP y la concursada le otorgara un efectivo control directo o indirecto sobre esta última. Y como ya hemos razonado al resolver el motivo anterior, esto no ocurría en este caso. Dicho de otro modo, aunque se levantara el velo -que no procede- de TIP, seguiría sin apreciarse que la concursada formara parte del grupo de CAM’ (F.D. 3º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Acción rescisoria concursal. Alcance conceptos gratuidad-onerosidad en operaciones en grupos de empresas. Presunciones de los ordinales 1º y 2º del art. 71.3 LC.

STS (Sala 1ª) de 19 de diciembre de 2018, rec. nº 3679/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8603702&links=&optimize=20190104&publicinterface=true>

‘(...) 3. El pago realizado por Alarcos para satisfacer la deuda que Urbaja tenía con CAM es un pago por tercero. No es un pago indebido, en cuanto que el acreedor haya percibido el importe de un crédito inexistente, en cuyo caso sí que cabría extender a este supuesto la presunción de perjuicio de los actos realizados a título gratuito.

Se trata del pago de una deuda existente, pero ajena. Desde la perspectiva del acreedor, percibe una suma de dinero en pago de un crédito, vencido y exigible, aunque quien pague no sea exactamente el deudor, sino alguien vinculado a él, por una relación que muestra un interés que justifica haber asumido esa obligación. El pagador, Alarcos, a través de Lesepa y Cartera, tiene una participación del 75% del capital social de la sociedad deudora, que en ese momento estaba desarrollando un negocio que consta finalmente fue rentable. Alarcos tiene un interés económico-patrimonial en el resultado de la actividad empresarial de la deudora, Urbaja, representado por la reseñada participación, y ese interés muestra que el pago de la deuda de Urbaja no fue un acto de mera liberalidad, sino que su causa estaba ligada al beneficio indirecto que percibiría por el mejor resultado económico de Urbaja.

De este modo, podemos concluir que es correcta la valoración jurídica realizada por la Audiencia de que la causa del acto de disposición patrimonial en que consistió el pago controvertido no era la mera liberalidad, y por ello no resultaba de aplicación la presunción del art. 71.2 LC. Todo ello, sin perjuicio de que, al tratarse de un pago por tercero, pueda resultar de aplicación la previsión contenida en el art. 1158 CC, lo que no es objeto de este pleito.

4. En cuanto a los otros dos actos de disposición cuestionados, se trata de la concesión de garantías, una real y otras personales, para asegurar la devolución de un préstamo. En ambos casos, la constitución de la hipoteca y la concesión de las dos fianzas se trataba de garantías contextuales, en cuanto que la obligación garantizada, la devolución del préstamo otorgado por el beneficiario de las garantías, es coetánea.

Para la jurisprudencia de esta sala, iniciada con la sentencia 100/2014, de 30 de abril, ‘la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá ‘correspectiva a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero’. Razón por la cual en estos casos no opera la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC. Esta doctrina ha sido reiterada en resoluciones posteriores, también cuando lo que se juzgaba era la rescisión de un afianzamiento personal (sentencia 295/2015, de 3 de junio).

Como hemos recordado en esas sentencias, una cosa es que no resulte de aplicación la presunción perjuicio *iuris et de iure* del art. 71.2 LC porque en estos casos la contextualidad de estas garantías, reales y personales, excluya su gratuidad, y otra distinta la valoración de la justificación del sacrificio patrimonial que supone la prestación de la garantía, en atención de los beneficios directos o indirectos que podían derivarse para el concursado que haya prestado la garantía. Esto último es ajeno al objeto de estos tres primeros motivos, que se centran en la impugnación de la inaplicación de la presunción del art. 71.2 LC”. (F.D. 2º)

“(…) El *motivo cuarto* denuncia la infracción del art. 71.3 LC, en cuanto a las presunciones de los ordinales 1º y 2º de este precepto, y la jurisprudencia que los

interpreta contenida en las sentencias de 30 de abril de 2014, 1 de junio de 2014 y 17 de marzo de 2015.

En el desarrollo del motivo se razona que ya se aplique la presunción de perjuicio del ordinal 1º del art. 71.3, por tratarse de personas especialmente relacionadas con el deudor, ya se aplique la del ordinal 2º, en el caso de la hipoteca constituida por Lesepa, porque garantizaba una obligación preexistente que carecía de esta garantía, correspondía a CAM acreditar la concurrencia de las circunstancias que permitirían apreciar la justificación del sacrificio patrimonial, y no a la administración concursal acreditar la falta de justificación.

En el *motivo quinto* se denuncia la infracción del art. 71.3 LC, en cuanto al alcance de los conceptos ‘gratuidad- onerosidad’ en relación con las operaciones enmarcadas en ‘grupo de empresas’.

En el desarrollo del motivo, después de remitirse a lo manifestado en el fundamento del motivo primero de casación respecto de los conceptos de gratuidad y onerosidad, impugna que la sentencia recurrida haya apreciado ‘un beneficio patrimonial para Alarcos, Lesepa y los hermanos Eleuterio Dimas, en las operaciones analizadas’, lo que a su juicio ‘conllevaría la estimación de las acciones planteadas en base al artículo 71.3 de la LC’.

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación de los motivos cuarto y quinto.* Estos motivos no cuestionan tanto que no se haya aplicado la presunción de perjuicio *iuris tantum* del art. 71.3 LC, como la valoración jurídica realizada por el tribunal de apelación para entender acreditada la justificación del sacrificio patrimonial que comportaban los actos de disposición impugnados.

A fin de cuentas, al margen de si procedía o no aplicar esas presunciones de los ordinales 1º y 2º del art. 71.3 LC, en la medida en que la sentencia recurrida ha excluido la existencia de perjuicio a la vista de la prueba practicada, la controversia se centra en si es correcta la valoración jurídica realizada por la Audiencia al excluir la existencia de perjuicio.

3. En cuanto a la hipoteca, la Audiencia aprecia que existía un beneficio indirecto en su constitución por parte de Lesepa: que el préstamo garantizado iba dirigido a pagar una deuda de una sociedad participada por ella (de forma indirecta a través de Cartera, en un 75%), que estaba desarrollando una empresa que ‘resultó exitosa’.

Esta valoración es respetuosa con la jurisprudencia contenida en la citada sentencia 100/2014, de 30 de abril, cuando declara que, descartada en su caso la aplicación de la presunción del art. 71.2 LC, para juzgar sobre la existencia de perjuicio para la masa hay que valorar ‘si ha existido alguna atribución o beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía’. Teniendo en cuenta que ‘no ha de ser necesariamente

una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto'. La Audiencia razona correctamente en que había consistido en este caso el beneficio indirecto: garantizar la financiación indirecta de una sociedad (Urbaja) en la que tiene una participación muy significativa (del 75%), por medio de Cartera (100% participada por Lesepa), para asegurar el éxito de una empresa, que además consta acreditado que se logró. Lo que, en atención a la estructura societaria, redundaba en un incremento de valor del activo de Lesepa.

4. Respecto de los afianzamientos otorgados por los hermanos Eleuterio e Dimas, la estructura societaria muestra con claridad la incidencia patrimonial que el buen éxito de la empresa desarrollada por Urbaja tiene en los intereses económicos de estos dos fiadores, a través de la participación mayoritaria en Solventia:

Los fiadores eran titulares de más del 86% del capital social de Solventia, sociedad matriz; Solventia era titular del 100% del capital social de Alarcos; Alarcos era titular del 100% del capital social de Lesepa; Lesepa es titular del 100% del capital social de Cartera; Y Cartera es titular del 75% del capital social de Urbaja.

Recordemos que el acto de disposición que se pretende rescindir es el afianzamiento de un préstamo recabado por Alarcos para pagar una deuda de Urbaja, que permitiría, como de hecho ocurrió, que concluyera con éxito la empresa para la que se constituyó. Respetando la personalidad jurídica de estas sociedades, pero contando con que Alarcos, Lesepa y Cartera son sociedades unipersonales, sobre las que Solventia tiene un interés exclusivo, se aprecia con nitidez el interés patrimonial que los fiadores tenían en el beneficio de Urbaja, que justificaba en el momento de su realización el sacrificio patrimonial asumido con la fianza.

Es un caso que guarda analogía suficiente con el resuelto en la sentencia 290/2015, de 2 de junio, como para entender que procede aplicar la misma regla jurídica. En el concurso de una persona física que había afianzado un préstamo a favor de una sociedad participada mayoritariamente por ella, y mediante la cual desarrollaba su actividad empresarial, apreciamos la justificación del sacrificio patrimonial que suponía el afianzamiento en atención al interés económico que el fiador concursado tenía en el buen fin de la empresa financiada:

‘[E]n el caso concreto la Sala no aprecia la existencia de perjuicio, pues el préstamo garantizado cuenta con la justificación de que pretende dotar de liquidez a una sociedad de participación mayoritaria a quien lo garantiza, y relacionada con la actividad profesional del concursado, (...) y se halla plenamente justificado porque en la fecha en que se realizó se pretendía obtener liquidez o circulante para la persona jurídica, como medio, a su vez, de obtener ingresos superiores para el patrimonio de la persona física que es su socio mayoritario’

5. Sin perjuicio de que lo razonado hasta ahora también serviría para apreciar justificado el sacrificio patrimonial que comportaba para Alarcos haber asumido el pago de una deuda de Urbaja frente a CAM, en atención al beneficio indirecto que

reportaba para Alarcos el éxito de la empresa desarrollada por Urbaja, hay además otras razones que excluirían la existencia del perjuicio.

Como hemos apuntado en el fundamento jurídico anterior, estamos ante el pago de una deuda ajena. El destinatario del pago era titular de un crédito cuya existencia y validez no fue cuestionada, como tampoco su exigibilidad frente al deudor (Urbaja). Desde la perspectiva de quien cobra el crédito, ha percibido algo debido, y el hecho de que lo haga de otra sociedad del grupo de la deudora no priva de justificación a su cobro, conforme al principio *qui suum recepit nullum videre fraudem facere* (quien cobra lo que es suyo no defrauda). En todo caso da lugar al régimen del pago por tercero previsto en el art. 1158 CC, que orienta el derecho a reclamar frente a quien se benefició con el pago, que es Urbaja. En última instancia, desde la perspectiva del pagador (Alarcos), el sacrificio patrimonial realizado ha redundado en beneficio de Urbaja, a quien libera de una obligación, de tal forma que lo realizado vendría ser equivalente a haber aportado a Urbaja el dinero necesario para que esta pagara la deuda” (F.D. 3º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Rescisión concursal de garantía intragrupo. Valoración garantía contextual y si concurre un perjuicio para la masa.

STS (Sala 1ª) de 23 de enero de 2019, rec. nº 243/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8641017&links=&optimize=20190201&publicinterface=true>

“(…) 3.- La cuestión decisiva, puesto que es la que ha determinado fundamentalmente la decisión de la Audiencia es la que se plantea en la segunda parte del motivo, esto es, si el interés de grupo justifica el sacrificio patrimonial derivado de la constitución de una garantía real sobre un bien propio para el aseguramiento de una deuda ajena y excluye *per se* la existencia de perjuicio.

4.- La recurrente transcribe en su recurso un párrafo de la sentencia 100/2014, de 30 de abril, pero desfigura completamente el sentido de esa sentencia no solo porque la transcripción es incompleta y no contiene los párrafos que le siguen y que le dan sentido, sino porque la recurrente realiza a continuación algunas consideraciones que contradicen lo afirmado en aquella sentencia.

5.- Frente a la pretensión de la recurrente de que el ‘contexto’ derivado de la existencia de un grupo de sociedades y el interés del grupo justifica *per se* el sacrificio patrimonial derivado de la constitución de una garantía real sobre un bien propio para el aseguramiento de una deuda ajena, la sentencia citada afirmó lo siguiente:

‘En las garantías contextuales intragrupo puede considerarse excluida la existencia de perjuicio patrimonial si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a

favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía.

‘Pero la simple existencia de un grupo de sociedades no es por si sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del ‘interés de grupo’ para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el ‘interés del grupo’ pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar.

‘Cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un ‘patrimonio de grupo’, ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo. (...).

‘Por otra parte, sería un contrasentido que la misma circunstancia que sirve de fundamento a la presunción ‘iuris tantum’ de perjuicio, como es el carácter ‘intragrupo’ de la garantía prestada, sea la que excluya la existencia de perjuicio por entender que el mero interés de grupo lo excluye’.

6.- Por tanto, la sentencia de la Audiencia Provincial no contradice la jurisprudencia iniciada por esa sentencia y continuada por otras como las sentencias 401/2014, de 21 de julio, 289/2015, de 2 de junio, 294/2015, de 3 de junio, 213/2017, de 31 de marzo, 404/2017, 406/2017 y 407/2017, de 27 de junio, y 717/2018, de 19 de diciembre, en todas las cuales, para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de garantías de deuda ajena prestadas entre los integrantes de un grupo de sociedades, se exige la constatación de una atribución patrimonial concreta que justifique la prestación de la garantía, siquiera sea un beneficio patrimonial indirecto, sin que sea suficiente la invocación del abstracto interés del grupo.

7.- Otras alegaciones hechas en el motivo son irrelevantes (como que la operación objeto del litigio fue una operación a tres bandas, que ese tipo de garantías suelen ofrecerse a las entidades financieras o que Proinsa prestó otras garantías en favor de Teconsa) o bien se apartan de la base fáctica fijada en la instancia (como la relativa a la confusión de patrimonios entre las sociedades del grupo o la existencia de garantías cruzadas), por lo que no pueden sustentar la estimación del recurso” (F.D. 7º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Calificación y pago de créditos contra la masa. Ordinales 3º y 10º del art. 84.2.

STS (Sala 1ª) de 13 de febrero de 2019, rec. nº 1296/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8666996&links=&optimize=20190222&publicinterface=true>

“(…) La jurisprudencia de la sala entiende que el pleito iniciado contra la concursada con anterioridad, si continua tras la declaración de concurso lo es en interés del concurso, pues ‘si no fuera así cabría haber instado el allanamiento o haber alcanzado una transacción, si hubiera sido posible, con el efecto previsto en el primer párrafo del art. 51.2 de la Ley Concursal, al que también se remite el art. 51.3 LC, de que las costas generadas por el allanamiento fueran consideradas ‘crédito concursal’.

En esos precedentes, en que cuando se declaró el concurso de acreedores el pleito estaba tramitándose en primera instancia y la administración concursal tuvo oportunidad de impedir que continuara, con el efecto de que las costas tendrían el tratamiento de créditos concursales, y sin embargo consintió en que continuara, la sala entendió lo siguiente:

‘su continuación lo fue en interés del concurso, y por lo tanto se asumía el riesgo de que una eventual sentencia contraria a las pretensiones de la concursada conllevara la condena en costas. Y estas costas encajan en la previsión contenida en el art. 84.2.3º de Ley Concursal.

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

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

3. De acuerdo con esta jurisprudencia que interpreta el art. 84.2.3º LC, en relación con el art. 51 LC, en supuestos como el presente, el primer presupuesto para que el crédito por costas frente al deudor concursado pueda considerarse crédito contra la masa es que sea posterior a la declaración de concurso. Esto es, que el crédito por costas haya nacido después de la declaración de concurso. Como el crédito por costas nace con la sentencia que las impone, la fecha de la sentencia ha de ser posterior a la declaración de concurso.

Pero no basta este presupuesto. Es necesario también que la sentencia que condena en costas se haya dictado en un procedimiento continuado después de la declaración de concurso, en interés de este último, por no haber hecho uso la administración concursal de la facultad de allanamiento o, en su caso, de desistimiento, que hubiera impedido cargar a la masa directa y totalmente las correspondientes costas.

Nos hallamos ante un supuesto especial, pues el pleito en el que era parte el deudor concursado quedó para sentencia el 1 de febrero de 2010, y esta no se dictó hasta el 8 de noviembre de 2010. Entre tanto, casi tres meses después de que quedara para sentencia, el 30 de abril de 2010, se declaró el concurso de acreedores.

4. En cuanto al presupuesto de que el crédito de costas haya nacido después de la declaración de concurso, la anterior apreciación de que surge con la sentencia y que por lo tanto hay que estar a su fecha, no queda alterada por la demora del juzgador en resolver. Esta larga demora no justifica que anticipemos la fecha del nacimiento del crédito al momento en que quedó el pleito para sentencia. Sigue siendo la fecha de la sentencia el momento relevante para entender nacido el crédito por costas, y por razones de seguridad jurídica no conviene generar una ficción de que, en supuestos de gran demora, durante la cual se abrió el concurso, el crédito a estos efectos habría surgido al quedar el procedimiento para sentencia.

La segunda exigencia, que la sentencia que condena en costas se hubiera dictado en un procedimiento seguido -continuado- en interés del concurso, al haberlo consentido la administración concursal que es quien lo hubiera podido impedir, también se cumple porque no nos consta que hubiera sido su intención evitar el pleito, ya que apeló la sentencia de primera instancia. Lo que muestra su decisión de discutir la cuestión en segunda instancia, con el riesgo de que hubiera una condena en costas en apelación, como de hecho hubo, y hubiera que satisfacerlas directamente con cargo a la masa.

5. En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, dejar sin efecto la sentencia de apelación y, en su lugar, estimar el recurso de apelación en el sentido de estimar la demanda y declarar que el crédito por costas de Héctor tiene la consideración de crédito contra la masa” (F.D. 2º) [P.G.P.].

4. DERECHO CAMBIARIO

Jurisprudencia: Aval en pagaré cambiario. Firma por factor notorio.

STS (Sala 1ª) de 6 de noviembre de 2018, rec. nº 901/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8573588&links=&optimize=20181116&publicinterface=true>

“(…) En el motivo único se denuncia la oposición a la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del artículo 10 de la Ley Cambiaria y del Cheque, en relación con el artículo 9 del mismo cuerpo legal; y se citan las SSTS 189/2010 de 5 de abril, 168/2014 de 31 de marzo, 211/2012 de 9 de abril y 309/2012 de 7 de mayo, todas ellas de esta Sala de lo Civil.

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, resultan aplicables al pagaré los artículos 9 y 10 de la misma Ley que, junto con el 286 del Código de Comercio, resultan determinantes para la resolución de la cuestión debatida.

(…) En este caso es cierto que quien firmó supuestamente en nombre de la ahora recurrente Joanetxe 2006 S.L. no aparecía especialmente autorizado por dicha sociedad para avalar -lo que no se discute- y únicamente la condición de ‘factor notorio’ es la que lleva a la Audiencia a estimar que podía obligar a la sociedad con su firma. En tal caso de nada sirve la referencia a los artículos 9 y 10 de la Ley Cambiaria y del Cheque por parte de la recurrente ni la mención de la jurisprudencia que se refiere a dichas normas, ya que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida se apoya en la condición del firmante como factor notorio y en la admisión de que quien ostenta tal condición puede obligar con su firma a la sociedad aunque no esté especialmente habilitado para el acto de que se trate. Esta conclusión no ha sido cuestionada en el recurso y, por tanto, cualquier consideración sobre lo expresado en el motivo carecería de efecto útil y el recurso, en consecuencia, ha de ser desestimado” (F.D. 3º) [P.G.P.].

5. CONTRATACIÓN MERCANTIL

Jurisprudencia: contrato de suministro. Entrega de bien defectuoso inservible para la finalidad del contrato. ‘Aliud pro alio’ o ‘vicio o defecto aparente’.

STS (Sala 1ª) de 3 de octubre de 2018, rec. nº 226/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8531578&links=&optimize=20181015&publicinterface=true>

“(…) Sostiene la Audiencia, en contra del criterio mantenido en la sentencia de 1ª instancia, que el defecto de calidad del mortero suministrado debe ser encuadrado dentro del concepto de vicio, pero no oculto o interno, sino apreciable a simple vista, y que debió ser denunciado en el plazo del artículo 336 del Código de Comercio, añadiendo que, ‘en todo caso y de entenderlo oculto, a efectos dialécticos, el plazo de 30 días del artículo 342 C de c, debería estar fenecido, como también el del artículo 1490 Cc’.

Sin dejar de reconocerse las dificultades que ofrece en la realidad una distinción segura entre la prestación diversa y los vicios de la cosa entregada, se estará en la hipótesis de entrega de una cosa por otra, ‘*aliud pro alio*’, cuando ha existido pleno

incumplimiento por inhabilidad del objeto y concurrido absoluta insatisfacción a la parte compradora.

En primer lugar, tratándose de la compraventa o suministro mercantil si el comprador, al recibir el género, lo examinó a su contento, no tiene acción de repetición contra el vendedor alegando vicio o defecto de cantidad o de calidad aparente o manifiesto (art. 336.1 CCom); si recibió las mercaderías envasadas o embaladas, sí tiene acción por defectos de cantidad o calidad aparentes o manifiestos, si la ejercita dentro de los 4 días siguientes a su recepción (art. 336.2 CCom); si los vicios son internos, debe efectuar la reclamación dentro de los 30 días siguientes a su entrega (art. 342 CCom). Pues bien, el defecto de mortero causado por un fraguado irregular no es un defecto aparente, que esté a la vista, sino que se manifestó, como se ha declarado probado, una vez que los operarios procedieron al raspado después haberlo aplicado sobre la superficie.

En segundo lugar, la doctrina '*aliud pro alio*', es aplicable a los contratos mercantiles de suministro (sentencias 22/2009, de 23 de enero y 35/2010, de 17 de febrero), en los casos en los que el defecto del producto suministrado consiste en un defecto de calidad de suficiente gravedad para poder ser considerado como determinante de un incumplimiento del contrato, pues en este supuesto no estamos en presencia de un vicio oculto en la cosa entregada, sino de un incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato.

Tal distinción puede determinarse 'partiendo de una doble hipótesis, que habría de definir la existencia de la pretensión diversa como la entrega de una cosa distinta a la pactada, y como el incumplimiento por inhabilidad del objeto o por insatisfacción del comprador. El primer supuesto concurre cuando la cosa entregada contiene elementos diametralmente diferentes a los de la pactada; para el segundo supuesto se hace necesario que el objeto entregado resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado o que, el comprador quede objetivamente insatisfecho; inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato o insatisfacción objetiva del comprador, que no constituye un elemento aislado, ni puede dejarse a su arbitrio, debiendo estar referido a la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada, que haga de todo punto imposible su aprovechamiento' (sentencias 1045/1993 de 5 noviembre; 911/2005 de 15 noviembre; 1149/2006 de 6 noviembre); doctrina aplicable al supuesto enjuiciado en el que existe un defecto sustancial en la prestación realizada por la suministradora sin que quepa hablar de plazos perentorios de caducidad:

(i) una vez aplicado el mortero suministrado aparecieron manchas o eflorescencias extendidas de forma generalizada por todos los revestimientos del edificio, presentando diversas tonalidades blanco y azul.

(ii) tales patologías se debieron a la falta de homogeneidad del material en cuanto a la pigmentación y al fraguado y endurecimiento irregular del mortero aplicado.

(iii) el color que debía resultar de los revestimientos una vez aplicado el mortero, aun siendo un elemento decorativo, formaba parte de las órdenes recibidas del contratista principal, el cual requirió a la ahora recurrente para que reparase los daños, teniéndose que picar la mayoría de los paramentos y aplicar de nuevo el producto, lo que, añadido a los trabajos adicionales, implicó un sobre-coste de 7.839 euros, no cuestionado” (F.D.2º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: transporte aéreo. Nulidad de determinadas cláusulas. Una, faculta a la compañía aérea a modificar las condiciones de vuelo ‘en caso de necesidad’, calificado como criterio genérico o específico. Segunda, exime de responsabilidad a la compañía aérea en caso de pérdida de enlace. Tercera, cláusula ‘no show’.

STS (Sala 1ª) de 13 de noviembre de 2018, nº rec. 3242/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8573604&links=&optimize=20181116&publicinterface=true>

“(…) Ahora bien, mediante una condición general no puede convertirse lo que es una obligación de la compañía aérea (reducir en lo posible los perjuicios que puedan causarse al viajero, facilitándole un transporte alternativo que le permita llegar a su destino) en una facultad de modificación de las condiciones del transporte aéreo contratado, de modo que se facilite la exención de responsabilidad de la compañía aérea en caso de incumplimiento de las obligaciones que para ella resultan del contrato de transporte y de la normativa que lo regule, porque preste el servicio de transporte en condiciones distintas de las inicialmente pactadas y este cambio pueda causar daños y perjuicios al viajero.

6.- Como consecuencia de lo anterior, para decidir sobre la licitud de la condición general controvertida, a la luz de lo previsto en la LGDCU y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 93/13) de la que aquella es desarrollo, en tanto que dicha cláusula permitiría exonerar de responsabilidad a la compañía aérea por los daños y perjuicios que pudiera causar al pasajero la modificación de las condiciones pactadas para el transporte aéreo, creemos conveniente examinar los criterios empleados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) para interpretar las normas comunitarias que regulan algunos aspectos de la responsabilidad de los transportistas aéreos de viajeros y les eximen de responsabilidad en ciertos supuestos.

7.- El considerando 14 del Reglamento 261/2004, declara:

‘Del mismo modo que en el marco del Convenio de Montreal (Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, celebrado en Montreal el 28 de mayo de 1999 y aprobado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001),

las obligaciones de los transportistas aéreos encargados de efectuar un vuelo se deben limitar o excluir cuando un suceso haya sido causado por circunstancias extraordinarias que no hubieran podido evitarse incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables. Dichas circunstancias pueden producirse, en particular, en casos de inestabilidad política, condiciones meteorológicas incompatibles con la realización del vuelo, riesgos para la seguridad, deficiencias inesperadas en la seguridad del vuelo y huelgas que afecten a las operaciones de un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo’.

8.- El TJUE ha establecido un nivel muy alto de exigencia de cumplimiento de las obligaciones de los transportistas aéreos de viajeros y, consecuentemente, ha realizado una interpretación muy estricta de la expresión ‘circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables’ que en el art. 5.3 del Reglamento 261/2004 excluye la responsabilidad del transportista.

9.- Así, el TJUE ha declarado que el concepto de ‘circunstancias extraordinarias’ debe ser interpretado de forma estricta y que las circunstancias mencionadas en ese considerando como ejemplificativas de la exención de responsabilidad ‘no constituyen necesariamente, y de forma automática, causas de exoneración de la obligación de compensación establecida en el artículo 5, apartado 1, letra c), del Reglamento’. Hasta el punto de que, pese a que entre tales circunstancias exoneradoras se incluyen las ‘huelgas que afecten a las operaciones de un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo’, el TJUE consideró que una ‘huelga salvaje’ en el seno del personal del transportista aéreo en cuestión, que se originó por el anuncio sorpresivo por este último de una reestructuración de la empresa, no excluye la responsabilidad del transportista (sentencia de 17 de abril de 2018, asuntos acumulados C 195/17, C 197/17 a C 203/17, C 226/17, C 228/17, C 254/17, C 274/17, C 275/17, C 278/17 a C 286/17 y C 290/17 a C 292/17, caso *Tulfly*, con cita de otra anterior).

Tampoco consideró como ‘circunstancias extraordinarias’ la prematura deficiencia de algunas piezas de una aeronave, pese a que el problema técnico hubiera sobrevenido imprevistamente, no fuera imputable a un mantenimiento deficiente y no fuera descubierto con ocasión de un mantenimiento regular (sentencias de 17 de septiembre de 2015, asunto C-257/14, caso *van der Lans*, y de 4 de mayo de 2017, asunto C-315/15, caso *Pesková*).

10.- Teniendo en cuenta lo anterior, este tribunal considera correcto el criterio utilizado por la sentencia recurrida para decidir la cuestión controvertida. La expresión ‘en caso de necesidad’ es excesivamente genérica e imprecisa y puede interpretarse razonablemente de un modo que incluya supuestos que exceden de las ‘circunstancias extraordinarias’ que excluyen la responsabilidad del transportista aéreo, en la interpretación que de ellas ha hecho el TJUE. La excesiva amplitud de la expresión utilizada puede favorecer injustificadamente la posición contractual de la compañía aérea en caso de incumplimiento de las condiciones del contrato de transporte aéreo concertado, en detrimento del consumidor.

11.- No es admisible la tesis de Iberia de que tal imprecisión o excesiva generalidad se salvaría realizando una interpretación ‘estricta’ de la expresión ‘en caso de necesidad’, que la identifique con una auténtica imposibilidad sobrevenida. Como explica la sentencia recurrida, no es posible utilizar la interpretación *contra proferentem* de las condiciones generales de la contratación cuando se enjuicia una acción colectiva de cesación, puesto que lo impiden los arts. 6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el art. 5 de la Directiva 93/13” (F.D. 3º).

“(…) El último inciso de la cláusula establece:

‘El transportista, salvo que otra cosa indique en el billete, no asume la responsabilidad de garantizar los enlaces con otro vuelo en el punto de destino’.

2.- Los argumentos del recurso no pueden ser aceptados. No es admisible una cláusula como la controvertida, en la que se realiza una exención general de responsabilidad por las consecuencias perjudiciales que para el consumidor tenga el incumplimiento del transportista por la pérdida de los enlaces con otros vuelos, salvo en los casos en los que el propio transportista haya decidido asumir tal responsabilidad.

Sin perjuicio de que el transportista no haya de responder necesariamente y en todo caso cuando el viajero pierde el enlace, la cláusula cuestionada contiene una exención de responsabilidad, redactada en términos excesivamente genéricos y que dejan la cuestión a la exclusiva voluntad del transportista, y que, por tanto, perjudica, en contra de la buena fe, los derechos del consumidor en orden a exigir responsabilidad al transportista por los daños y perjuicios que le provoquen los incumplimientos contractuales de este.

3.- Por tanto, tampoco en esta cuestión la Audiencia Provincial ha infringido los preceptos legales invocados por Iberia en el encabezamiento del motivo” (F.D. 4º).

“(…) En el caso del contrato de transporte aéreo, las prestaciones esenciales del contrato, que como tales lo caracterizan, son el pago por el viajero del precio estipulado y la facilitación por parte de la compañía aérea del transporte contratado en una determinada fecha, unos determinados trayectos y con una determinada calidad, que el viajero tiene derecho a exigir y disfrutar.

Pero ese derecho del consumidor a utilizar el transporte aéreo contratado con la compañía aérea en esas condiciones no supone que exista una obligación del viajero de utilizar todos y cada uno de los tramos contratados, de tal forma que tal obligación constituya una ‘prestación esencial’ del contrato y convierta lo que es un derecho otorgado al viajero por el contrato en una obligación del viajero; ni que la utilización parcial de la prestación por parte del cliente modifique el objeto principal del contrato, por lo que la cláusula cuestionada no puede considerarse como reguladora de uno de los elementos esenciales del contrato a efectos del art.

4.2 de la Directiva 93/13, en la interpretación estricta que de este concepto ha hecho el TJUE.

Tampoco existe ningún obstáculo fáctico ni jurídico a que la prestación del transportista sea divisible cuando el consumidor adquiere un billete de ida y vuelta o de un vuelo con varios enlaces.

5.- Que la cláusula no regule el objeto principal del contrato hace posible el control de abusividad de la misma incluso cuando está redactada de manera clara y comprensible.

La compañía aérea explica que las cláusulas un elemento fundamental de la política de precios de la compañía, puesto que la venta por separado de cada uno de los tramos del transporte aéreo le reportaría beneficios superiores a la venta conjunta de tales tramos, en un solo billete, como es el caso de los billetes de ida y vuelta o de los que incluyen varios enlaces.

6.- La decisión de abaratar los precios para el caso de la venta conjunta de varios tramos es una opción legítima de la compañía aérea. Pero no supone que, una vez que la compañía ha comercializado un billete que incluye varios tramos a un precio inferior al que habría supuesto comercializarlos separadamente, la utilización por el cliente de alguno de esos tramos (por ejemplo, en un billete de ida y vuelta, la no utilización de la ida y sí solamente de la vuelta) cause un perjuicio a la compañía aérea, que ha cobrado el precio íntegro del billete que sacó a la venta, sin que la ausencia de un pasajero en el avión incremente sus costes, pues en todo caso sucedería lo contrario.

7.- Que el art. 1169 del Código Civil establezca que no pueda compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación no priva al acreedor a utilizar solo en parte las prestaciones a que tiene derecho, en tanto que no cause un perjuicio injustificado al deudor.

8.- Los únicos supuestos en que pudiera considerarse que la utilización de solamente uno de los tramos perjudica a la compañía (sí es que causa algún perjuicio, puesto que en caso de incomparencia del viajero podría vender el billete de ese tramo a un viajero en lista de espera, de existir esta) serían aquellos excepcionales en que el billete que comprende varios tramos se comercialice a un precio inferior incluso al precio de un tramo aislado, porque las ofertas de unos y otros vuelos vayan dirigidas a grupos de clientes diferentes, y el viajero ha comprado el billete con varios tramos con la idea deliberada de utilizar solo uno de esos tramos, por resultarle más económico que comprar el billete que contenga exclusivamente ese tramo.

9.- Pero, como explica la Audiencia, las razones por las que un viajero no hace uso de uno de los tramos del viaje pueden ser muy diversas. En muchos casos, pueden responder a imprevistos (pérdida del vuelo de ida, necesidad de adelantar o atrasar la ida por diversas razones, encontrarse el viajero en un punto intermedio del trayecto con varios enlaces el día programado para el viaje, etc.). Así pues, no

puede identificarse el viajero que utiliza solo en parte un billete de ida y vuelta o con varios enlaces con el viajero que quiere utilizar un billete más barato que el que corresponde a la tarifa del tramo que quiere utilizar.

10.- Una cláusula como la cuestionada supone un desequilibrio de derechos y obligaciones contraria a la buena fe, puesto que a un consumidor que ha cumplido con su obligación, que es únicamente el pago del precio, se le priva en todo caso del disfrute de la prestación contratada, que por razones que pueden ser de naturaleza muy diversa ha decidido o se ha visto impelido a disfrutar solo en parte.

La protección de la política de tarifas de la compañía aérea no justifica un perjuicio tan desproporcionado, previsto con carácter general para todo supuesto de utilización parcial de la prestación por parte del consumidor” (F.D. 6º) [P.G.P.].

Jurisprudencia: Pagars no a la orden. Falta de legitimación activa. Validez de la cesión de créditos.

STS (Sala 1ª) de 13 de febrero de 2019, rec. nº 1702/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8666992&links=&optimize=20190222&publicinterface=true>

“(…) 1. *Formulación del motivo primero.* El motivo denuncia la infracción del art. 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque y la jurisprudencia contenida en las sentencias de pleno de 23 de diciembre de 2010 y 18 de enero de 2011. Esta jurisprudencia declara lo siguiente:

‘en el juicio cambiario pueden oponerse al pago de las cantidades consignadas en los títulos cambiarios todas las excepciones personales susceptibles de ser opuestas al amparo del artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque, sin limitación alguna por razón del procedimiento, incluyendo las derivadas del defectuoso cumplimiento del contrato determinante de la declaración cambiaria incorporada al título cambiario’.

A juicio del recurrente, la sentencia recurrida se aparta de esta jurisprudencia cuando parte del carácter sumario del procedimiento cambiario, y mantiene la vigencia del *inutilis circuitus* de condenar al pago a quien no tiene que pagar y obligarle a ir a un segundo procedimiento que declare la inutilidad de todo lo actuado en el primero.

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

2. *Desestimación del motivo.* En diferentes ocasiones nos hemos pronunciado sobre el alcance de las excepciones personales oponibles por el deudor cambiario frente al

tenedor de un pagaré. No sólo en las dos sentencias de pleno citadas en el motivo (sentencias 892/2010, de 23 de diciembre, y 894/2010, de 18 de enero de 2011), sino también en otras posteriores (sentencias 21/2012, de 23 de enero; 342/2012, de 4 de junio; 724/2012, de 5 de diciembre y 455/2013 de 10 de julio) que han ido aquilatando la doctrina jurisprudencial.

(...)

El demandado de la acción cambiaria (firmante del pagaré) pretendía oponer, frente al tenedor del pagaré que reclama su pago (cesionario), que el crédito del contratista (cedente del crédito) en cuyo pago se emitió el pagaré, derivado de un contrato de obra, ya no existe como consecuencia de una alegada compensación de pagos de obligaciones laborales que correspondían a Construcciones Juárez y de excesos de facturación y gastos pertenecientes a la subcontrata y gastos por ejecuciones defectuosas.

La verificación de la procedencia de estas compensaciones, tal y como ha sido planteada por la demanda de oposición, excede de lo que puede ser objeto de conocimiento del juicio cambiario. Exige entrar a analizar distintas vicisitudes del contrato de ejecución de obra y liquidar esta relación contractual entre comitente (firmante del pagaré) y contratista (persona a favor de quien se emitió el pagaré), que introduce una complejidad y extensión excesivos para el ámbito de este juicio especial, de acuerdo con la jurisprudencia expuesta.

El juicio cambiario no debe convertirse en un juicio declarativo ordinario en el que se discuta sobre la liquidación de un contrato de obra con operaciones tan complejas como la procedencia de la compensación de los pagos realizados a terceros, excesos de facturación y otros gastos derivados de las obras ejecutadas.

3. *Formulación del motivo segundo.* El motivo se funda en la ‘infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, concretamente (...) los artículos 1112, 1156, 1526, 1527, 1528, 1195, 1196, 1197, 1198 y 1202 del CC y la doctrina del Tribunal Supremo que los desarrolla en las sentencias de 30.04.2007; 26.03.2007 y 07.06.1983’.

En el desarrollo del motivo, con una argumentación más propia de un escrito de alegaciones de primera instancia o de apelación, se reitera la justificación de por qué procede la compensación de aquellos pagos y gastos asumidos por el comitente firmante del pagaré. Y se concluye:

‘Por tanto de las excepciones derivadas del propio contrato sinalagmático, se produce el lógico descuento de cantidades (que) son imputables a la subcontratista cedente y que pueden ser alegadas ante la cesionaria porque se subroga en la posición jurídica de la anterior sin que esta labor pueda ser impedida por el instituto de la compensación legal de créditos, ex artículos 1195 a 1202 del CC por la doctrina del Tribunal Supremo citada y explicada en las sentencias de las AAPP que se han reflejado en este motivo del recurso’.

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

4. *Desestimación del motivo segundo.* El motivo debe desestimarse por dos razones. La primera porque está mal formulado, por falta de determinación de la infracción legal, en la medida en que se citan en el encabezamiento diez preceptos del Código civil, como si se tratara de un disparo con perdigones, por si alguno encaja en la argumentación contenida en el desarrollo del motivo.

La segunda, porque lo aducido justificaría el enjuiciamiento sobre la compensación aducida en un juicio declarativo ordinario, pero no en un juicio cambiario en atención a la jurisprudencia expuesta al desestimar el motivo primero de casación.

5. *Formulación del motivo tercero.* El motivo denuncia la infracción de los arts. 9 y 10 de la Ley Cambiaria, aplicables al caso por remisión del art. 96, y la jurisprudencia contenida en las sentencias de 6 de septiembre de 2013 y 9 de junio de 2010.

En el desarrollo del motivo se reitera que Inporman Building, S.A.U. carece de legitimación pasiva respecto de tres de los cuatro pagarés, porque sólo aparece como firmante en uno de ellos.

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

6. *Desestimación del motivo tercero.* El recurso cuestiona que la Audiencia pudiera reconocer legitimación pasiva a Inporman Building, S.A.U. respecto de los tres pagarés en los que su denominación social no aparece en la antefirma, sin que se infrinjan los arts. 9 y 10 LCCLCCh los preceptos que se afirman infringidos regulan el régimen de la firma de un efecto cambiario en representación de otro, en este caso de una persona jurídica. Quien firma debe estar legitimada por la entidad en representación de la cual actúa y en este caso no se discute que quien firmó tuviera facultades para obligar a la sociedad Inporman Building, S.A.U. Lo que se discute es que en el caso de tres de los cuatro pagarés, quien firmó no lo hizo en representación de Inporman Building, S.A.U., porque esta última no aparece en la antefirma.

Si analizamos estos tres pagarés, en ellos se aprecia que la firma viene precedida en la antefirma por la referencia a la sociedad Instalaciones Deportivas Manchegas, S.L. y que encima de ella se ha estampillado el logotipo ‘Inporman’, a modo de nombre comercial. Esta mención contenida en todos los pagarés es la que llevó a su tenedora a dirigirse contra Inporman Building, S.A.U. para comunicarle primero que se le habían cedido estos pagarés y después, llegado el vencimiento, para reclamarle extrajudicialmente su pago. El estampillado en los cuatro pagarés de la denominación ‘Inporman’, encima de la firma, y la actitud de Inporman Building, S.A.U. que, cuando se le comunicó la cesión y luego se le reclamó extrajudicialmente el pago, no objetó que no fuera ella por quien se obligó y por quien se firmó todos los pagarés, justifican la legitimación pasiva de Inporman Building, S.A.U.” (F.D. 3º) [P.G.P.].

III. DERECHO DEL TRABAJO

Jurisprudencia: Vulneración del derecho de huelga en el seno de un grupo de sociedades en el que se contrató con una empresa externa la impresión de unas publicaciones, siendo esta tarea normalmente realizada por la empresa frente a la que se convocó la huelga.

STS (Sala 4ª) de 3 de octubre de 2018, rec. nº 3365/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8563689&links=&optimize=20181109&publicinterface=true>

“Respecto del tratamiento de los denominados grupos de sociedades, la Sala ha reiterado en multitud de ocasiones que el dato del que hay que partir es que el hecho de que varias empresas tengan vínculos entre sí, no determina directamente ningún efecto laboral. Antes bien al contrario, en el caso de que varias empresas pertenezcan a un grupo, hay que considerar que cada una de ellas es independiente y, por tanto, cada una responde de las obligaciones que contraiga con sus propios trabajadores: "no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores" (SSTS de 21 de Diciembre de 2000, Rcd.-1870/99; de 26 de septiembre de 2001, Rcd. 558/01 y, entre las más recientes: SSTS de 27 de mayo de 2013, Rec. 78/2012 y de 12 de julio de 2017, Rec. 278/2016).

(...) Ahora bien, una cosa es la comunicación de responsabilidades que deriva de la presencia de elementos adicionales a las relaciones societarias y mercantiles de las empresas del grupo -que en el presente caso no existen, tal como se admite pacíficamente por las partes- y otra bien distinta que la organización grupal -ciertamente legítima- pueda presentar ventajas de todo tipo (de funcionamiento, de gestión, fiscales...etc.), alguna de las cuales se acrecienta cuando la configuración del grupo opera en el fenómeno de descentralización productiva, de suerte que los bienes o servicios que una determinada empresa sitúa en el mercado son producto de la coordinación de tareas entre las diversas empresas del grupo. En estos casos, existe una cierta fragmentación de la actividad empresarial, de cuya legitimidad no cabe dudar, cuya actuación coordinada puede repercutir sobre algunos derechos de los trabajadores de cualquiera de las empresas del grupo. No hay comunicación de responsabilidades y cada empresa responde frente a sus propios trabajadores, pero sí existe una obligación conjunta de respeto de los derechos de los trabajadores, singularmente de los colectivos, alguna de las cuales se desprende directamente de las propias previsiones legales (como ocurre con el fenómeno de los convenios de grupos de empresas en los que pesa sobre todas sus integrantes la obligación de respeto de los derechos de negociación colectiva o libertad sindical, en su caso, y las que pudieran derivar del ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores para presionar sobre la negociación del convenio, por ejemplo). También sucede, en otras

circunstancias, con el ejercicio del derecho a la huelga en empresas vinculadas por fenómenos de descentralización productiva, en el que pesa sobre el grupo que funciona como una organización productiva y/o comercial, cuanto menos, el deber de respeto y no injerencia en el derecho fundamental que ejerza cualquier colectivo de trabajadores de empresas pertenecientes al grupo; deber que enlaza sin dificultad de las indudables ventajas productivas y de todo orden que se desprenden de este tipo de vinculación grupal.

Así lo ha puesto de relieve la STS de 11 de febrero de 2015, Rec. 95/2014, en un supuesto -idéntico al presente- en el que se contempla la situación de varias empresas, integradas en un grupo empresarial, entre las que existe una relación mercantil por la que algunas de ellas se dedican a la edición de diarios y otra ejecuta una fase de la actividad del ciclo productivo de las primeras, la impresión, de forma que cuando éstas contratan con terceras empresas la misma actividad durante los días de huelga convocada en aquella empresa, se discute si vulneran o no el derecho de huelga. Nuestra sentencia llega a la conclusión de la existencia de tal vulneración, porque a través de este procedimiento se vacía el derecho de huelga de los trabajadores, dado que la huelga se vuelve ineficaz en su vertiente de manifestación del problema a la opinión pública en la medida en que los bienes y servicios que el grupo pone en el mercado -en este caso, las publicaciones periódicas- llegan a los consumidores sin ninguna dificultad y en las mismas condiciones que si no hubiera habido huelga, sin que los usuarios y la opinión pública lleguen a conocer la propia existencia del conflicto” (F.D. 4º).

“La aplicación de la anterior doctrina al supuesto que examinamos en este recurso, a la vista de los hechos declarados probados, conduce a considerar que sí se ha producido la vulneración del derecho de huelga apreciada por la sentencia recurrida. En efecto, en el seno de un grupo empresarial, ante la huelga planteada en una de las empresas de dicho grupo, precisamente la que se encarga de la impresión de las publicaciones, el resto de empresas acudieron a la contratación externa de las actividades que, desde la constitución del grupo como tal, se encargaban a la empresa que soportó la huelga. Ninguna duda cabe que la intención de los huelguistas con la utilización del derecho fundamental era presionar a su empresa, entendiendo como fundamental la evitación de que las publicaciones pudieran aparecer con normalidad, trasladando a los consumidores y a la opinión pública su visión del conflicto existente. En esas condiciones, la radical alteración de las dinámicas de funcionamiento coordinado de las empresas del grupo, producida directamente como consecuencia de la convocatoria de huelga, vació de contenido, en parte, el derecho fundamental a la huelga privándole de la repercusión externa de la misma a través de una puntual modificación de los procesos productivos imperantes en el grupo empresarial.

No hay que olvidar que, según consta expresamente, en los hechos probados, la huelga, tenía por objeto, entre otros, que la dirección de la empresa se aviniera a reconocer unos acuerdos de convenio sobre reducción salarial y mantenimiento de la plantilla y que se presentasen los resultados económicos de la empresa como parte del conjunto de empresas del grupo y, además, que la huelga se produjo en

el ámbito de un despido colectivo planteado por la empleadora. Estas circunstancias constituyen indicios más que suficientes para la aplicación de la doctrina anteriormente transcrita, ya que no cabe duda de la conexión entre el derecho fundamental ejercitado y la propia existencia del grupo empresarial, sin que por las empresas demandadas se haya aportado una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas, que no cabe sino considerar vulneradoras del derecho fundamental en cuestión” (F.D. 5ª) [E.T.V].

Jurisprudencia: Es conforme a derecho la transferencia bancaria de la indemnización por extinción objetiva ordenada en el mismo día de la entrega de la carta de despido.

STS (Sala 4ª) de 28 de noviembre de 2018, rec. nº 2826/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8602112&links=&optimize=20181226&publicinterface=true>

“La cuestión relativa a la pertinencia de la transferencia bancaria como método de entrega de la indemnización en los despidos objetivos y el alcance de la simultaneidad cuando la orden bancaria se ha efectuado el mismo día de la entrega de la carta de despido ha sido ya examinada por la Sala en diversas sentencias. En la STS de 5 de diciembre de 2011 (Rcud. 1667/2011) rectificamos nuestra doctrina tradicional para aceptar la transferencia como medio hábil de pago por ofrecer plenas garantías para el trabajador. En concreto señalamos que ‘Idéntica solución merece el supuesto enjuiciado, y con ello se viene a rectificar la doctrina unificada de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en el sentido de extender su aplicación al supuesto de pago mediante transferencia bancaria, que ha de ser considerada como medio de pago válido por su equivalencia a dinero en metálico, pues sin desconocer (que en nuestra jurisprudencia) se señalaba que la transferencia bancaria de la indemnización a la cuenta corriente del trabajador carece de previsión normativa y no la acepta como método alternativo de poner aquella a disposición del trabajador, lo cierto es que no existía -ni existe- razón alguna para dar a este medio de pago un trato distinto al otorgado al cheque bancario a los efectos examinados, pues ninguna duda cabe de que estamos ante un medio de pago más fiable incluso que aquel. Partiendo de ello, solo queda por examinar si este pago se ha efectuado en tiempo válido que pueda considerarse efectuado de forma simultánea a la entrega de la comunicación escrita. La respuesta ha de ser afirmativa, por cuanto consta acreditado y es incontrovertido que el día 4-3-2010, es decir el día anterior a la extinción del contrato, se transfirió a la trabajadora la correspondiente indemnización, por lo que efectivamente, como señala la sentencia recurrida, es razonable que se recibiera muy pocos días después -si no se había ya recibido-, con lo cual ha de entenderse cumplido el requisito de forma cuestionado’.

Con total rotundidad, nuestra STS de 17 de octubre de 2017 (Rcud. 2217/2016), recogiendo toda la jurisprudencia anterior señaló que ‘Ahora bien este tradicional

rigor en la apreciación del requisito de que tratamos no puede llevar a excluir su cumplimiento en supuestos como el de autos, de transferencia bancaria, pues si bien en alguna ocasión se ha declarado que la misma carece de previsión normativa y no resulta aceptable como método alternativo de poner la indemnización a disposición del trabajador), ello ha tenido lugar a los efectos de que el contrato se entienda extinguido en la misma fecha del despido - art. 56.2 ET, en redacción dada por el art. 3.2 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre- y ha obedecido a la expresa contemplación legal de un específico procedimiento de puesta a disposición -la consignación del importe de la indemnización en sede judicial-, razonándose al efecto que "debe entenderse que el legislador ha querido garantizar de esta única forma el cumplimiento de la requerida actuación de la empresa, con certeza de su fecha y con la concesión al trabajador de las opciones de contestar a través del Juzgado o por otro medio su aceptación o rechazo, o no contestar ...". Pero este argumento no puede extenderse a la previsión del art. 53.1. b) ET, en que el legislador contrariamente no ha fijado método alguno para tener por cumplido el presupuesto de que tratamos, de manera que en diversas ocasiones ya hemos afirmado que la transferencia bancaria es un instrumento adecuado para hacer efectiva la puesta a disposición de la indemnización que exige el artículo 53.1. b) ET y que, cuando dicha transferencia se realiza el mismo día de la entrega de la carta extintiva, debe entenderse cumplido el requisito de la simultaneidad previsto en el citado precepto legal, aún en el supuesto en que la transferencia no se abonase en la cuenta del trabajador ese mismo día sino el siguiente (SSTS de 5 de diciembre de 2011, -rcud. 1667/11-; de 17 de diciembre de 2014, -rcud 2475/13 -; de 17 de marzo de 2015 -rcud 1145/14 -; y de 5 de octubre de 2016-rcud 1951/15 -); e incluso con mayor flexibilidad en la exigencia hemos afirmando que a los efectos de simultánea puesta a disposición en el caso de despidos objetivos, la transferencia bancaria hecha un día antes del cese y de la que no consta la fecha de su recepción, cumple el requisito de puesta a disposición de la indemnización en forma simultánea a la entrega de la comunicación escrita, porque "es razonable que se recibiera muy pocos días después -si no se había ya recibido-, con lo cual ha de entenderse cumplido el requisito de forma cuestionado' (STS de 5 de diciembre de 2011-rcud 1667/11-)" (F.D. 4º) [E.T.V].

Jurisprudencia: El TS considera que es accidente de trabajo una caída producida al salir del trabajo durante "la pausa café" de quince minutos.

STS (Sala 4ª) de 13 de diciembre de 2018, rec. nº 398/2017

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8621559&links=&optimize=20190118&publicinterface=true>

“Como ha recordado la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2014 (rcud. 3179/2012), con cita de la de 9 de mayo de 2006 (rcud. 2932/2004), ‘La definición de accidente de trabajo contenida en el art. 115.1 LGSS está ‘concebida

en términos amplios y como presupuesto de carácter general, en el número 1 del precepto, debe ser entendida de conformidad con el resto del artículo y con otras normas que han venido a desbordar aquella concepción del accidente de trabajo’, recordando asimismo, que, ‘La doctrina de esta Sala que ha interpretado y aplicado el art. 115 LGSS, en sus distintos apartados, ‘es muy abundante, y aunque en todas las ocasiones ha resaltado la necesidad de que entre el trabajo y la lesión que sufra el trabajador sea apreciable un nexo de causalidad, afirmando en este sentido que no siempre el trabajo es la causa única y directa del accidente; pueden concurrir otras causas distintas, pero el nexo causal entre el trabajo y el accidente no debe estar ausente en ningún caso, como advierte la sentencia de 7 de marzo de 1987’.

En el presente caso, es indudablemente aplicable la teoría de la ‘ocasionalidad relevante’, caracterizada - como se ha dicho-, por una circunstancia negativa y otra positiva. La primera es que los elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida del trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido el evento. La trabajadora se accidentó cuando salió de la empresa dirigiéndose a tomar un café dentro del tiempo legalmente previsto como de trabajo de quince minutos por tratarse de jornada superior a seis horas, habitualmente utilizado para una pausa para ‘tomar café’, como actividad habitual, social y normal en el mundo del trabajo (primer elemento), ahora bien, el trabajo es la condición sin la cual no se hubiera producido el evento (segundo elemento). El nexo de causalidad nunca se ha roto, porque la pausa era necesaria, y la utilización de los quince minutos de la misma por la trabajadora se produjeron con criterios de total normalidad. Ha de estimarse por ello, que la sentencia recurrida contiene la buena doctrina, imponiéndose la desestimación del recurso y la confirmación de la referida sentencia, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal” (F.D. 3ª) [E.T.V].

Jurisprudencia: Competencia de los órganos de la jurisdicción social para conocer sobre el alcance de una sucesión del artículo 44 ET planteada frente a la empresa adquirente de una unidad productiva de otra empresa en concurso de acreedores.

STS (Sala 4ª) de 23 de enero de 2019, rec. nº 1690/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8667257&links=&optimize=20190222&publicinterface=true>

“En el presente recurso se cuestiona la competencia de esta jurisdicción para resolver sobre la ejecución de la condena al pago de determinada cantidad, derivada de obligaciones laborales, a una empresa en situación de concurso de acreedores, cuando la misma ha sido liquidada y su patrimonio adjudicado, como unidad productiva en funcionamiento, a una tercera empresa que incluso se hizo cargo de ciertos empleados de la anterior, frente a la que se pretende la ejecución

de la anterior condena, como sucesora de la concursada con los efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores . En definitiva, el problema a resolver es determinar si ha existido sucesión de empresa y si la adjudicataria de los bienes de la concursada se ha subrogado en las obligaciones laborales que tenía la misma” (F.D. 1º).

“Como ya hemos resuelto en supuestos como el de autos (SSTS de 11 de enero y 18 de mayo de 2017 (Recs. 1689/2015 y 1645/2015) y 5 de julio de 2017 (R. 563/2016) entre otras) la competencia para resolver esa cuestión es de esta jurisdicción social, porque en la resolución de ese problema se encuentra implicada la empresa adquirente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada, razón por la que su relación con el concurso de acreedores se ha limitado a la compra de un activo de la masa. Así lo entendió esta Sala en su sentencia de 29 de octubre de 2014 (Rec. 1573/2013) en la que dijo: ‘En definitiva, sean cuales sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social’.

Esta solución ha sido seguida, igualmente, por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del art. 42 de la LOPJ en sus Autos de 9 de diciembre de 2015 (Conflicto 25/2015) y de 9 de marzo de 2016 (Conflicto 1/2016), dictados en supuestos como el que nos ocupa, resoluciones en las que se ha declarado que cuando se acciona contra sociedades diferentes de la concursada en liquidación, sin que se encuentren en situación de concurso, la competencia corresponde a la jurisdicción social. En estas resoluciones se afirma que la competencia atribuida al juez del concurso cede en favor de los órganos de la jurisdicción social cuando: ‘1. La acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal, en el que intervienen la entidad concursada [cualquiera de ellas puesto que son varias, no todas, en este caso], como deudoras, y los acreedores.

(...) Este análisis ya ha sido abordado previamente por la doctrina de esta sala, que, con ocasión de la interpretación del incidente concursal laboral contemplado en el artículo 64.10 de la LC, en los autos 24/2011, de 6 de julio (conflicto 23/2010) y 30/2011, de 6 de julio (conflicto 19/2011), se declaró que el juez del concurso es excepcionalmente competente para conocer de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo, pero solo cuando reúnen acumulativamente determinados requisitos, entre los que se encuentra que la acción se dirija "contra el concursado, ya que de dirigirse contra un grupo empresarial generador de responsabilidad solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal, como afirma el auto 17/2007, de 21 de junio (conflicto 11/2007), posteriormente reiterado entre otros en el 117/2007, de 30 de noviembre (conflicto 3/2007), la demanda sobrepasa, tanto en términos materiales como subjetivos, el [objeto] contemplado en el artículo 64.10 de la Ley Concursal’.

Lo dicho no lo desvirtúa el que la adquirente no adquiriese toda la actividad de la concursada, sino sólo una parte, una unidad productiva autónoma en la que no estuviese empleado el recurrente, según la adquirente, por cuanto, es la jurisdicción social la competente para determinar la existencia de la sucesión y su alcance”. (F.D. 3º) [E.T.V.].

Jurisprudencia: El TS le reconoce un plus de peligrosidad por exposición a diversos riesgos a una profesional de educación que presta sus servicios en centros de menores de la Junta de Andalucía.

STS (Sala 4ª) de 24 de enero de 2019, rec. nº 321/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8667278&links=&op>

“Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de la doctrina determinar si una trabajadora, con categoría de personal de la educación, que presta servicios en un centro de acogida de menores perteneciente a la Junta de Andalucía, tiene o no derecho al reconocimiento y percibo del plus de peligrosidad previsto en el artículo 58.14 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía siendo que la trabajadora en cuestión está en contacto permanente con menores de edad en situación de desamparo tanto nacionales como inmigrantes que presentan, normalmente trastornos de comportamiento, adicciones y diversas enfermedades, algunas de ellas infecto contagiosas”. (F.D. 1º).

“La Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance y contornos del plus de peligrosidad y toxicidad previsto en el convenio aludido en varias ocasiones (SSTS de 26 de octubre de 2016 (Rcud. 1857/2015); de 17 de septiembre de 2009 (Rcud. 1736/2008); de 26 de enero de 2009 (Rcud. 3872/07); de 8 de abril de 2009 (Rcud. 1696/2008); de 21 de diciembre de 2016 (Rcud. 451/2015) y de 27 de abril de 2017 (Rcud. 1864/2015), entre otras.

En dichas sentencias se ha consolidado ya la siguiente doctrina que parte del contenido de la STS de 1 de octubre de 2000 (Rcud. 3865/1999):

Los arts. 50 (V Convenio) y 58 (VI Convenio) parten inicialmente de que la excepcionalidad de las tareas realizadas o de las circunstancias concurrentes es la condición determinante del percibo del citado plus. De modo que cuando la penosidad sea consustancial o inherente al puesto de trabajo no surgirá el derecho a complemento, siempre y cuando, como es lógico, se acredite: a) que el puesto de trabajo está, por la propia naturaleza de la actividad desarrollada, expuesto a determinados riesgos; y b) que la retribución del puesto en cuestión es, por razón de esos riesgos, de importe superior a la de otros puestos de igual categoría que no los padecen.

Por el contrario, sí procederá el plus cuando: a) los riesgos no sean inherentes a la actividad desarrollada en el puesto; b) aun estando el puesto de trabajo, por la

propia naturaleza de la actividad, expuesto a determinados riesgos, éstos sean superiores a los que soportan otros puestos de la misma categoría y actividad; o, dicho en términos del Acuerdo de la Comisión del Convenio, que ‘el nivel de riesgos y dificultades del puesto sea mayor a los existentes en otros puestos desempeñados por el colectivo de trabajadores que ostentan la misma categoría profesional’; c) la retribución del puesto en cuestión no sea de superior importe a la de otros puestos semejantes que no los padecen y están servidos por trabajadores de la misma categoría profesional.

Cabe pues afirmar que cuando los artículos 50 y 58 señalan que el plus debe responder a circunstancias verdaderamente excepcionales, no están vedando su abono en los casos en que siendo la penosidad o peligrosidad habitual o incluso inherente al puesto de trabajo que se desempeña, la retribución de quien lo sirve no ha sido fijada en atención a tales circunstancias, rompiendo así con el necesario equilibrio entre trabajo y salario (...) (F.D. 3º).

“Proyectando sobre el caso la interpretación de los arts. 50 y 58 que acabamos de exponer, fácilmente se alcanza la conclusión de que ha sido la sentencia referencial y no la recurrida la que ha aplicado correctamente los precepto denunciados, puesto que, consta probado que el puesto que desempeña la actora está en permanente relación con usuario menores de edad en desamparo, tanto nacionales como inmigrantes, con trastornos de comportamiento, adicciones a estupefacientes con exposición a agentes biológicos debido a la convivencia con menores con lepra, hepatitis B y C, tuberculosis y enfermedades de la piel. Estando por ello sujeta a los siguientes riesgos: riesgo de accidentes por exposiciones a agentes biológicos, agresiones verbales y físicas, exposiciones al calor y al frío, riesgo por carga física y mental (Hecho probado segundo de la sentencia de instancia, confirmado por la recurrida).

Además, los trabajadores ‘profesionales de la educación’, como la demandante están en contacto con los menores del centro, lo que permite concluir que existe no sólo riesgo real de contagio, sino especialmente riesgo real en el trato personal, que constituye una carga física y sobre todo mental excesiva, pues obliga la educadora que presta servicios en el Centro a mantenerse en permanente tensión para evitar ser objeto de intimidaciones y agresiones.

Y, en todo caso, respondiendo a la alegación de la Administración impugnante no consta acreditado que la retribución que percibe la actora sea superior a la de otros trabajadores educadores profesionales de la Junta de Andalucía que prestan sus servicios en otros lugares donde no existen tales riesgos o dedican su actividad al desempeño de otras tareas de tipo distinto, prueba que, en cualquier caso, correspondía íntegramente a la administración condenada” (F.D. 4º) [E.T.V.].

Jurisprudencia: El TS resuelve que cabe incluir el plus de expatriación dentro del salario regulador para calcular un despido improcedente.

STS (Sala 4ª) de 29 de enero de 2019, rec. nº 1091/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8667276&links=&optimize=20190222&publicinterface=true>

“El actor, ingeniero, ha venido prestando servicios para Abeinsa EPC y antigüedad de 2-2-2010. A partir del 1-11-2012 el actor prestó sus servicios en Mojave California, donde fue trasladado para la realización de determinado proyecto de empresa. El 10-6-2014 volvió a Sevilla, reincorporándose a su centro de trabajo. Entre las condiciones de expatriación, se establecía un plus de desplazamiento en el extranjero ascendente a 3488,29 €. Este plus incluía los conceptos de alquiler de vivienda, gastos asociados al mismo, mobiliario y dietas. El 3-10-2014 la empresa comunicó al actor su despido por causas objetivas, poniendo a su disposición la suma de 8201,35 euros en concepto de indemnización legal” (F.D 1º).

“Como señalamos en la STS/IV de 17 de junio de 2015 (rcud. 1561/2014), en supuesto similar al ahora enjuiciado, el salario regulador de la indemnización por despido es el que percibía el trabajador durante el tiempo en que permaneció repatriado:

‘1. La jurisprudencia que ha interpretado desde antiguo el art. 56.1 ET en lo relativo al salario regulador de las indemnizaciones por despido, consta resumida, pese que en ella no se aprecia la existencia de contradicción, en la STS 12-5-2005 (R. 2776/05) en los siguientes términos: ‘de acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, contenida en la... sentencia de 17 de julio de 1990 y reiterada en otras muchas anteriores o posteriores sobre la misma o parecidas cuestiones (entre ellas, STS 30-5-2003, rec. 2754/2002 y 27-9- 2004, rec. 4911/2003)’.

2. Circunstancia especial se apreció, por ejemplo, en la citada STS 27-9-2004, como nos recordó la posterior STS de 26-1-2006, R. 3813/2004 (FJ 5º), cuando la realización de un número anómalamente elevado de horas extraordinarias con carácter no ocasional, convertidas así en habituales, determinaron su inclusión en el cómputo del salario regulador de la indemnización de despido.

3. En un supuesto en el que la empresa, unilateralmente, había reducido al 50% la jornada y el salario del trabajador un mes antes de su despido, entendimos, como tal circunstancia especial y con abundante cita jurisprudencial al respecto, que el cómputo de la indemnización habría de calcularse conforme a la retribución anterior a la reducción: STS 30-6-2011, R. 3756/10.

4. Más recientemente aún, hemos incluido, como salario en especie, el importe de la prima de un seguro de vida y accidente abonada por la empresa, a esos mismos efectos de determinar el salario regulador del despido (STS 2-10-2013, R. 1297/12).

5. En esa misma línea interpretativa, procede confirmar la sentencia impugnada porque es ella la que contiene la doctrina ajustada a derecho, que coincide con la

precitada ya unificada de esta Sala, al establecer como salario regulador, no el que tenía el trabajador en España antes de ser destinado a prestar servicios en Venezuela o el que al parecer se le asignó teóricamente cuando, a mediados de septiembre de 2012, esto es, unos días antes de que se alcanzara el día 19 de dicho mes y año el acuerdo colectivo de extinción de 115 contratos de trabajo en el ERE NUM000, entre ellos el suyo, fue repatriado a nuestro país bajo la fórmula de un permiso retribuido ‘hasta que sea requerido por la empresa, para darle nueva ocupación o en su caso amortizar su puesto de trabajo si fuera imposible optar por la primera opción’ (h. p. 5º), sino, precisamente, el que percibía inmediatamente antes de dicha repatriación y que había sido pactado en el ‘Anexo de condiciones’ del que da cuenta el ordinal 3º de los hechos probados.

(...) Doctrina que aplicada al supuesto examinado, en que concurren las circunstancias antes expresadas (a.- El actor, ingeniero, ha venido prestando servicios para Abeinsa EPC y antigüedad de 2-2-2010. b.- A partir del 1-11-2012 el actor prestó sus servicios en Mojave California, donde fue trasladado para la realización de determinado proyecto de empresa. c.-El 10-6-2014 volvió a Sevilla, reincorporándose a su centro de trabajo. d.-Entre las condiciones de expatriación, que en el relato fáctico de instancia se dan por reproducidas, se establecía un plus de desplazamiento en el extranjero ascendente a 3488,29 €. Este plus incluía los conceptos de alquiler de vivienda, gastos asociados al mismo, mobiliario y dietas. El 3-10-2014 la empresa comunicó al actor su despido por causas objetivas, poniendo a su disposición la suma de 8201,35 euros en concepto de indemnización legal), sin que se haya aportado dato alguno que desvirtúe la presunción ‘iuris tantum’ de que todo lo que recibe el trabajador del empresario le es debido en concepto de salario, por lo que ha de determinarse que el plus de expatriación percibido por el demandante tiene naturaleza salarial.

Ahora bien, teniendo en cuenta que, según se constata en el relato de hechos probados antes referido, el acuerdo de expatriación finalizó con la vuelta del trabajador a Sevilla el 10/06/2014, reincorporándose el trabajador a su centro de trabajo (h.p. segundo), y no fue despedido por causas objetivas hasta el 3/10/2014 (hp. Cuarto), no puede computarse el plus cuestionado de repatriación en su totalidad como se solicita, por cuanto en la fecha del despido ya no se percibía, pero sí en la parte proporcional a los meses correspondientes al año anterior al mismo en que sí se percibió (es decir, promediando el percibo anual del plus para calcular el módulo indemnizatorio)” (F.D 3º) [E.T.V.].

Jurisprudencia: El TS recuerda que el cómputo de los cuatro meses discontinuos a que se refiere el art. 52. d) ET ha de llevarse a cabo de fecha a fecha y no por meses naturales, pero será necesario que se incluyan esos cuatro meses en el tiempo sujeto a cómputo.

STS (Sala 4ª) de 4 de febrero de 2019, rec. nº 1113/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8667287&links=&optimize=20190222&publicinterface=true>

“En el supuesto que se nos plantea ahora consta en los hechos probados de la sentencia de instancia, transcritos en otra parte de esta resolución, que el trabajador demandante tuvo las siguientes ausencias justificadas al trabajo por incapacidad temporal durante el año 2015 (enero-diciembre): del 3 al 11 de febrero de 2015; del 21 al 22 de mayo de 2015; del 21 al 26 de octubre de 2015; y del 28 de octubre al 6 de noviembre de 2015, lo que suponía más del 25% de las jornadas hábiles en el periodo computado por la demandada. Ello motivó que la empresa tomase la decisión de proceder al despido por causas objetivas con efectos de 29 de enero de 2016, poniendo a disposición del empleado la indemnización legalmente prevista”. (F.D. 1º).

“Por otra parte, esos cuatro meses discontinuos han de computarse no por meses naturales, sino que, como se dijo en nuestra STS de 9/12/2010 (rcud. 842/2010) que es la base jurídica de la sentencia de contraste, la ausencia de cualquier previsión normativa al respecto determina que haya de acudir para resolver el problema al criterio que pueda derivarse de la finalidad del artículo 52 d) ET. ‘(...) En efecto, el despido por faltas de asistencia al trabajo, aunque estén justificadas, tiene por objeto luchar contra el absentismo, cuya influencia negativa en la marcha normal de la relación laboral es evidente, máxime si el general de la empresa rebasa el 5 %, situación cuya corrección exige de medidas al efecto, aunque sean traumáticas. Ello determina que la solución que hayamos de adoptar sea la más acorde con esa finalidad. Pues bien, aceptando el criterio de los meses naturales... determinados días de falta de asistencia al trabajo pueden quedar fuera del cómputo ... cuando la falta de asistencia al trabajo se produce en los días finales de un mes y primeros del siguiente, en cuyo caso estos últimos no se computarían. Tal conclusión sería abiertamente contraria a la finalidad de la norma. Debiendo en consecuencia aceptarse el criterio de la recurrida -cómputo por meses de fecha a fecha que encuentra apoyo en el precepto del art. 5 del Código Civil y es acorde con la finalidad de la norma’.

Desde la perspectiva que ofrecen las sentencias de la Sala reseñadas aparece claro entonces que la finalidad de la norma ha de ser alcanzada sobre unos lapsos temporales concretos, que en el caso de las ausencias justificadas que se proyecten sobre cuatro meses y supongan el 25% o más de las jornadas hábiles, no sólo habrán de computarse de fecha a fecha, sino que será necesario que se incluyan esos cuatro meses en el tiempo sujeto a cómputo, pues en otro caso no se cumpliría la finalidad de la norma de que las bajas intermitentes para que realmente tengan esa condición han de analizarse en un marco de tiempo específico previsto por el legislador, no en otro inferior que podría desvirtuar ese cómputo en cuatro meses discontinuos, como ocurrió aquí en la sentencia recurrida, en la que de hecho se aprecia como causa válida para el despido objetivo llevado a cabo por la empresa el hecho de que las bajas se produjeran

durante tres meses intermitentes, no cuatro, computados de fecha a fecha (F.D. 3º) [E.T.V.].

Jurisprudencia: El TSJ de Madrid considera que cuidar de un cónyuge enfermo no es sólo un deber, sino un derecho. Se reconoce el derecho del marido a disfrutar de un permiso retribuido para cuidar de su esposa intervenida quirúrgicamente, ante la ausencia de otros familiares que pudieran llevar a cabo este cometido.

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 21 de septiembre de 2018, rec. nº 252/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8591728&links=%22252%2F2018%22&optimize=20181203&publicinterface=true>

“En la realidad social de nuestros días es un valor en alza el de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, debiendo los cónyuges respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia, puesto que así lo impone el artículo 67 del Código Civil. Es más, el artículo 68 de este texto legal nos recuerda que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, debiendo compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo” (F.D. 6º).

“Es verdad que el artículo 31 del Convenio de referencia regula un permiso de carácter excepcional, pero también lo es que la situación del actor es verdaderamente excepcional, es decir, que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez, (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española) cumpliendo los presupuestos para acogerse al mismo, dado que convive con su esposa que ha sufrido un accidente muy grave que tras su alta hospitalaria precisaba ayuda continua para las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria, tales como levantarse, acostarse y movilizarse. Era el actor, y sin que se haya demostrado por la recurrente existiera otra persona o institución disponible que pudiera prestar la atención debida a su esposa, el obligado a atenderla, moral y legalmente, y cuidarla en los actos más esenciales de la vida por un elemental deber de solidaridad humana, aún más evidente tratándose de parientes próximos, sin que sean atendibles los argumentos esgrimidos por la Comunidad de Madrid para denegarlo, ya que no bastaba con una simple reducción de jornada o ayuda parcial para atender a su esposa, puesto que esta debía ser cuidada, ayudada y auxiliada de manera permanente o continuada, debiendo los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE)” (F.D. 7º).

“Cuidar de la esposa enferma no es sólo un deber, sino un derecho. El actor ha cumplido con un imperativo categórico que le honra como persona y esposo, tan es así que luego de agotar los pertinentes permisos del artículo 29 del Convenio se ha visto obligado, precisamente ante la denegación injustificada por la Comunidad de Madrid del permiso del artículo 31, a solicitar una excedencia con reserva de

puesto de trabajo, lo que refuerza aún más desde un punto de vista lógico el dato de que no existía persona o institución próxima que pudiera encargarse del cuidado de su mujer, y si bien el permiso en cuestión para su concesión no exige del informe previo del Comité de Empresa, sino en todo caso para estudiar la posibilidad de prórroga de la situación, atendiendo a las circunstancias personales, familiares y económicas del trabajador y las previsibles soluciones al caso, la Sala comparte el planteamiento de la sentencia de instancia de que la situación familiar concurrente merece ser amparada durante todo el periodo en que duró la excedencia, si no se quiere convertir en meramente ilusorio, de simple y vana retórica, el derecho del artículo 31 del Convenio, derecho que comprende el periodo del 10-11-16 a 28-2-17, al no darse la oportunidad por la inicial denegación del derecho de acceder a la prórroga, lo que conduce a desestimar el recurso y confirmar íntegramente la sentencia de instancia” (F.D. 7º) [E.T.V].

IV. DERECHO PENAL

Jurisprudencia: supuestos de complicidad en el delito de tráfico de drogas.

STS (Sala 2ª) de 4 de julio de 2018, rec. nº 10576/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8501186&links=%2210576%2F2017%22&optimize=20180919&publicinterface=true>

“(…) Esta Sala, de forma reiterada (así, sentencias de 18 de febrero de 2010 , 7 de mayo de 2010 y 24 de septiembre de 2013), ha subrayado la dificultad de apreciar tal forma de participación en el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal , habida cuenta de la amplitud con la que se describe el tipo en el que prácticamente se viene a utilizar un concepto extensivo de autor, de forma que la complicidad queda reducida a supuestos de contribución de segundo orden no comprendida en ninguna de las modalidades de conducta descritas en el artículo 368, y generalmente incluidas dentro de los supuestos encuadrados en la llamada doctrina del ‘favorecimiento del favorecedor’ (STS núm. de 17 de abril de 2002), con la que se hace referencia a conductas que sin promover, favorecer o facilitar directamente el consumo ilegal, auxilian a quien ejecuta los verdaderos actos típicos conforme al citado artículo 368 del Código Penal .

Entre los excepcionales casos en que hemos admitido esa forma de participación se enumeran en la STS nº 783/2015 de 9 de diciembre : actos de acompañamiento (STS 30-5- 1991), esposa que acompaña a su marido en viaje en que se transporta droga (STS 7-3-1991), acompañar a los acusados principales en algunas entrevistas previas a la concertación de la operación (STS 5-7-1993), conducir el coche donde se traslada la droga, con limitado conocimiento de la cantidad transportada (STS 14-6- 1995), e indicación de cuál era el domicilio de los vendedores (STS 9-7-1997). Así como los citados por la Sentencia de esta Sala 312/2007 de 20 de abril (y la STS 767/2009 de 16 de julio), que enumera *ad exemplum* diversos casos

calificados de complicidad: a) El mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores; b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía; c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (STS. 15.10.98), y en el mismo sentido la (STS. 28.1.2000); d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS. 10.7.2001); e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS. 25.2.2003); f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS. 23.1.2003); g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS. 7.3.2003); y h) la colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma (STS. 30.3.2004), eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005, de 21.2)” (F.D. 6º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: robo con intimidación en local abierto al público, posición del TS sobre la aplicación del tipo cualificado.

STS (Sala 2ª) de 18 de julio de 2018, rec. nº 10012/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8464499&links=%2210012%2F2018%22&optimize=20180802&publicinterface=true>

“Sobre la interpretación del nuevo tipo agravado del robo con intimidación por su desarrollo en establecimiento abierto al público ya se pronunció esta Sala en Sentencia 101/2018, de 28 de febrero, y lo hace reiterando la doctrina de esta Sala en el Pleno no jurisdiccional de 25 de mayo de 1997 requiriendo que se trata de establecimientos abiertos al público, destinados a albergar al público y que se encuentran de manera efectiva abiertos al uso que le es propio. La justificación de la agravación radica en la extensión del riesgo respecto de personas, eventuales clientes, que pueden permanecer o incorporarse al mismo (STS 814/1999, de 18 de mayo) o en la facilidad de acceso que brinda el carácter del local (STS 1168/98, de 10 de octubre).

Esa interpretación persistente en el tiempo era conocida y el legislador de 2015 no ha previsto, como si lo ha hecho respecto a los tipos agravados del delito de robo con fuerza y respecto del delito de allanamiento de morada, su modificación, con lo que ha resaltado la concepción del establecimiento abierto al público como local efectivamente abierto al público para agravar el delito de robo con intimidación situando la justificación de la agravación en el incremento del peligro respecto a víctimas potenciales cuando el hecho sustractivo ocurre en un establecimiento con libre acceso de personas, precisamente en las horas de apertura y respecto de personas desvinculadas del bien jurídico patrimonio, que es el objeto de protección del tipo penal.

La agravación se justifica por esa potencialidad de peligro respecto a los sujetos pasivos del hecho delictivo.” (F.D. 2º) [A.C.T.].

Jurisprudencia: Abusos sexuales con dolo eventual en supuestos de indiferencia hacia la edad de la víctima.

STS (Sala 2ª) de 25 de julio de 2018, rec. nº 2223/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8490211&links=%222223%2F2017%22&optimize=20180910&publicinterface=true>

“(…) el acusado no intentó aclarar la edad de la víctima, lo que puede ser debido a un error o a la representación de una edad de la que se despreocupa - indiferencia respecto al elemento típico referido a la edad, que se incardina en el dolo eventual, que haría típica la conducta.

Pues bien la sentencia no declara probado que el recurrente no conociera, pudiendo haberlo hecho -el error es vencible para el órgano a quo-, que la menor, al tiempo de los hechos, tuviera once años de edad sino, según hemos expuesto, que el acusado, ‘no pensó que está pudiera tener menos de trece años, a pesar de lo cual tampoco intentó aclarar la verdadera edad de la menor’.

Esta descripción fáctica no es subsumible, según lo dicho, en un error de tipo, porque no describe desconocimiento del hecho sino indiferencia hacia el mismo, que es un concepto distinto y con consecuencias jurídicas también distintas. El acusado, según se declara probado, ‘no intentó aclarar la verdadera edad de la menor’.

Esta indiferencia hacia la edad del menor permite declarar concurrente el dolo del acusado, al menos como eventual, toda vez que éste, como decíamos en la STS 527/2015, de 22 de septiembre, ‘asume que el menor no alcance la edad de disposición de la libertad sexual, entonces 13 años y hoy a 16, y mantiene esa situación arriesgada para el bien jurídico sin hacer nada para adecuar su conducta a la no realización del tipo penal prohibitivo de este tipo de conductas respecto de menores sin capacidad de disposición, asumiendo la realización del delito’.

En este sentido conviene destacar que la propia valoración que de las declaraciones prestadas por el recurrente realiza el órgano a quo le conduce a concluir que ‘el procesado no pensó que N pudiera tener trece años, sino más años, a pesar de lo cual, tampoco intentó aclarar la verdadera edad de la menor’; detallándose a continuación qué factores podían haber conducido al acusado a modificar lo que la propia sentencia denomina la ‘representación de la edad aparente.’ (F.D. 1º) [A.C.T.].

V. DERECHO ADMINISTRATIVO

Jurisprudencia: El Tribunal Constitucional inadmite el recurso de amparo sobre la posible discrecionalidad en el nombramiento del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

ATC (Pleno) de 13 de noviembre de 2018, rec. nº 119/2018.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25800>

“(…) Vista la clase de nombramiento que nos ocupa (discrecional) y la naturaleza del cargo de que se trata (Presidente de TSJ, de naturaleza jurisdiccional-gubernativa, lo que aumenta, según veíamos, el componente discrecional del nombramiento, según nuestra jurisprudencia), el problema de autos no es de comparación de méritos, sino de motivación, es decir, de que el Consejo General del Poder Judicial explique las causas por las que efectúa el nombramiento, y que estas sean ciertas y razonables” (F.D. 2º).

“(…) las resoluciones del Consejo General del Poder Judicial y las Sentencias del Tribunal Supremo, no pueden imponer con automatismo a la candidata mujer, cuando existe diferencia de méritos:

Como establecimos al final del anterior fundamento jurídico octavo, las medidas de acción positiva que pudieran fijarse en el acceso y la promoción del empleo en la función pública no pueden dictarse ni ser aplicadas al margen de los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) que se integran en el contenido del derecho fundamental de acceso a un cargo público en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). Y conforme al ordenamiento de la Unión europea que nos vincula y es fuente a su vez de interpretación de nuestros derechos fundamentales (art. 10.2 CE), tampoco es posible establecer un sistema de selección en el empleo que otorgue una preferencia automática a la mujer, sin articular reglas en ese procedimiento que garanticen el examen de todas las circunstancias personales de los candidatos, susceptibles de ser tenidas en cuenta en la ponderación de los méritos exigidos (cláusula de apertura).

Esta tesis de la recurrente —en este punto de su queja de vulneración del artículo 14 CE— es que a igualdad de méritos y sin ninguna otra consideración, la plaza debió serle otorgada por vía de acción positiva o discriminación inversa. Así planteado, sin embargo, resulta contrario a la Constitución y al ordenamiento de la Unión Europea, como se ha explicado antes.

Las normas de acción positiva que alega la demanda —y alguna otra más—, no permiten llegar a la conclusión que se desea, sean las normas contenidas: (i) dentro de la Ley Orgánica 3/2007, en los artículos 11.1 (“Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y

proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso’); 16 (‘Los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan’); y 51 a) (‘Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán: a) remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional’); (ii) sea el art. 310 LOPJ, reformado por la disposición adicional 3.5 de la ya citada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (‘todas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las Carreras Judicial y Fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia de género, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional’), o en fin, sea (iii) la normativa interna del Consejo General del Poder Judicial dictada en esta materia, integrada por: 1) el acuerdo de 22 de junio de 2005 —anterior a la Ley Orgánica 3/2007—, punto 36, apartado tercero (‘impulsar y desarrollar políticas que favorezcan la promoción de las mujeres con méritos y capacidad en los procesos de nombramiento de cargos gubernativos de la Carrera Judicial (Presidencias de Tribunales Superiores de Justicia y sus Salas y Audiencias Provinciales) y Magistrados del Tribunal Supremo. Para ello, cuando concurren varios candidatos con similares méritos se procurará facilitar el nombramiento de mujeres para estos puestos’; 2) el ya citado Reglamento 1/2010 del Consejo General del Poder Judicial, que incluye entre los ‘principios rectores’ de los procedimientos de plazas discrecionales que regula, la indicación de que ‘se impulsarán y desarrollarán medidas que favorezcan la promoción de la mujer con méritos y capacidad’; y su exposición de motivos dice que en relación con los principios constitucionales de mérito y capacidad, ‘se atenderá al principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad a que se refiere la Ley Orgánica 3/2007’ (es decir, el art. 16 de esta última); y 3) el plan de igualdad de la carrera judicial, aprobado por acuerdo del Pleno del Consejo el 14 de febrero de 2013, señala entre los ‘ejes de actuación’ asignados a la comisión de igualdad, el: ‘Impulsar y desarrollar políticas que favorezcan la promoción de las mujeres con méritos y capacidad en los procesos de nombramiento de cargos gubernativos de la Carrera Judicial y Magistradas del Tribunal Supremo’.

Una correcta aplicación de los instrumentos normativos aludidos por la demanda de amparo, necesariamente tiene que respetar los principios de mérito y capacidad, no solo por marcarlo así nuestro ordenamiento constitucional (arts. 23.2 y 103.3 CE), sino por exigirlo el derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Lo que no puede pretenderse, es que la recurrente deba ser puesta en posesión de la plaza para compensar la falta de mujeres en las Presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia, olvidando cualquier otra consideración, cuando el órgano de selección (pleno del Consejo General del Poder Judicial) ha razonado en este caso de manera pormenorizada (acuerdo de

26 de mayo de 2016, que ejecuta la Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de mayo de 2016), el por qué el otro candidato posee en conjunto más méritos para ocupar la plaza convocada.

Como resultado de lo expuesto, esta primera línea de impugnación de la demanda de amparo por vulneración del derecho a no ser discriminado del artículo 14 CE, basada en la exigencia de una acción positiva, merece un juicio de inadmisión. En primer lugar por una razón formal, pues el precepto constitucional que resultaría en su caso afectado por las resoluciones impugnadas no sería el artículo 14 sino el artículo 9.2, como ya se verificó anteriormente, y este no contiene un derecho fundamental protegible en el proceso constitucional de amparo, conforme exigen los artículos 53.2 CE y artículo 41.1 LOTC (solo lo son los derechos de los artículos 14 a 29 CE y el 30.2 CE), lo que determina por si sola la inadmisión del recurso ex artículo 50.1 a) LOTC.

Pero además, en segundo lugar, en lo material, la acción positiva que se solicita en la demanda se sustenta en un automatismo que prescinde indebidamente de los principios constitucionales, y del derecho de la Unión Europea, de mérito y capacidad” (F.D.8º).

“Ya hemos tratado en los anteriores fundamentos jurídicos, al resolver la queja de supuesta vulneración del derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos (art. 24.1 CE), del carácter discrecional de este procedimiento selectivo, y que la valoración de los méritos se hace, y se ha hecho también en este caso, de manera conjunta y no mediante un cómputo numérico de méritos, que como tal no existe en este tipo de procedimientos, lo que no obsta a que en él se valoren única y exclusivamente atributos profesionales constatables de los candidatos” (F.D. 10).

“Pero el Auto obvia el verdadero problema, que radica en si el Consejo, al elegir ese modo de redefinir el alcance de la Sentencia del Tribunal Supremo y ejecutar como lo hizo, incurrió o no en arbitrariedad, insistiendo en su decisión inicial bajo una cobertura argumentativa más amplia, pero sin modificar en absoluto las razones que le llevaron a adoptar la primera decisión (...) Por tanto, descartar en trámite de examen de admisibilidad la lesión de los derechos fundamentales que se invocan, cuando se han dado en el procedimiento judicial previo las excepcionales circunstancias descritas, no parece la mejor forma de abordar un recurso que pretende cumplir la finalidad de fijar una doctrina que trascienda los intereses subjetivos concernidos” (Voto particular 3: Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón)” [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Constitucional se pronuncia a propósito de la responsabilidad patrimonial objetiva en materia de caza.

STC (Pleno) de 20 de noviembre de 2018, rec. nº 112/2018.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25769>

“En este punto, hemos de partir de que el tenor del artículo 106.2 supone la recepción constitucional del sistema de responsabilidad de la Administración previamente vigente en España, cuyo carácter objetivo venía siendo ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia. En efecto, el artículo 106.2 CE recoge en su texto que: ‘Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos’. El texto, producto de una enmienda introducida en el debate constitucional al originario texto del anteproyecto de Constitución, que no había incluido ninguna referencia a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, vino, pues, a reproducir parcialmente la redacción del artículo 32.1 de la Ley de 20 de julio de 1957, de régimen jurídico de la Administración del Estado, que había señalado que ‘[l]os particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa’, precepto que tenía, a su vez, su antecedente en el artículo 121.1 de la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, que dispone que ‘[d]ará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos’.

Así pues, el régimen constitucional de responsabilidad de las Administraciones públicas se rige por criterios objetivos, que implican la necesidad, no sólo de examinar la relación de causalidad, sino también la de formular un juicio de imputación del daño que permita conectar suficientemente el perjuicio producido con la actividad desarrollada por el agente del mismo, en este caso por una Administración pública. Esa es, claramente, la línea de interpretación marcada en nuestra propia doctrina. Así, en la STC 141/2014, de 11 de septiembre [FJ 8 B) b)] al examinar un precepto de la legislación urbanística conforme al cual ‘el incumplimiento del deber de resolver dentro del plazo máximo establecido dará lugar al abono de una indemnización a los interesados por el importe de los gastos producidos por la presentación de sus solicitudes’, consideramos que la ‘interpretación literal’ de dicho precepto, que ‘impone el deber de indemnizar por el importe de los gastos en que se hubiere incurrido para presentar la solicitud por el mero incumplimiento de resolver en plazo cuando el silencio sea negativo’ supondría que ‘la Administración tendría que abonar al particular el importe de esos gastos incluso aunque la demora no fuere atribuible al funcionamiento de los servicios públicos (podría ser atribuible a la propia conducta del particular) e independientemente de que se hubiera o no producido una lesión efectiva (podría ocurrir que tuviera lugar una resolución tardía favorable y que no surgiera lesión alguna)’.

Afirmamos, ante esta posibilidad, que tal ‘interpretación resulta contraria al artículo 106.2 CE que prevé la responsabilidad patrimonial de la Administración

sólo cuando el daño es imputable al funcionamiento de los servicios públicos y cuando el particular sufre una lesión efectiva’. Consideramos por ello que el precepto examinado había ‘de interpretarse a la luz del artículo 106.2 CE’ asumiendo ‘que, por tanto, no excluye la necesaria concurrencia de los requisitos exigidos por este precepto’, de suerte que ‘la obligación... de indemnizar al particular por el incumplimiento del deber de resolver en plazo y la producción de un silencio negativo, sólo surge cuando la demora es atribuible al funcionamiento del servicio público y, además, ha dado lugar a una lesión efectiva’.

De este modo, la remisión del artículo 106.2 CE al desarrollo legislativo no puede, en modo alguno, explicarse como una mera autorización al legislador para que determine el régimen jurídico de la responsabilidad de la Administración; se trata, más bien, de una regla de cierre que permite al legislador concretar la forma en que una responsabilidad puede ser exigida, lo que permite, a título de ejemplo, y según hemos declarado en nuestra STC 15/2016, de 1 de febrero, optar ‘por un régimen centralizado en el que las reclamaciones de indemnización contra la Administración, por los daños y perjuicios causados por su personal, han de dirigirse directamente, y en todo caso, contra aquélla, suprimiéndose la posibilidad de promover la acción contra el empleado público causante del daño (excepto en los casos de una eventual responsabilidad por vía penal)’” (FJ 3)” (F.D. 5º)

“Ahora bien, descartada la operatividad del supuesto de hecho concretamente previsto, esto es, una vez acreditado que no existió la concreta acción de caza mayor expresamente aludida, el órgano judicial aún puede plantearse, dentro del tenor literal posible del precepto, si, fuera de ese caso particularmente previsto, existe algún título de imputación válidamente aceptado que permita atribuir el daño a una lesión efectivamente producida por el funcionamiento del servicio público. En este sentido, el artículo 13 de la Ley 9/1998, de Caza de La Rioja, señala que ‘[l]a responsabilidad por los daños producidos por las especies cinegéticas en todo tipo de terrenos se determinará conforme a lo establecido en la legislación estatal, civil o administrativa, que resulte de aplicación’. Descartada, pues, la operatividad concreta del supuesto de hecho previsto en la disposición adicional novena, el órgano judicial aún podría plantearse la aplicabilidad de los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, vigente al tiempo de los hechos (actuales arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público), para determinar si pudiera existir otra razón legal determinante de la responsabilidad patrimonial de la administración.

A este respecto, no encontrándonos ante la existencia de una acción de caza y, en consecuencia, del presupuesto de hecho contenido en el párrafo segundo de la disposición adicional cuestionada, es necesario abrir la posibilidad de aplicar las reglas de la responsabilidad civil y, en la medida en que el texto de aquella norma introducida por la Ley 6/2014 se limita, en esencia, a suprimir la expresa referencia a ‘la falta de diligencia en la conservación del terreno acotado’, que incluía la anterior redacción del precepto cuestionado, hemos de considerar que el tenor del párrafo segundo de la referida disposición adicional no impone limitar la responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético exclusivamente al

supuesto de ‘acción de caza’ que en él objetivamente se describe. Antes bien, el precepto no excluye que aquél —como cualquier otra persona— pueda ser considerado responsable del accidente, en aplicación de las normas generales que regulan la responsabilidad.

Bajo esta interpretación, la voluntad del legislador de 2014 habría sido únicamente la de excluir planteamientos hermenéuticos voluntaristas, tendentes a objetivar la culpa del titular de los terrenos, que eludieran la recta aplicación de los criterios generales de responsabilidad establecidos en el ordenamiento jurídico.

Coincidimos en este extremo con el criterio de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (ej. STS 50/2016, de 11 de febrero, FJ 2), que señala que la norma cuestionada excluye las presunciones de culpa o de imputación objetiva a la misma del evento dañoso, en contra del titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, del titular de los terrenos, amén de no tener tampoco que calificar ‘como culpa la omisión de medidas para impedir la irrupción de las piezas de caza en las vías públicas que, atendidas las circunstancias del caso concreto, eran imposibles de adoptar, o cuyo coste de implantación, incluido el de sus potenciales efectos perjudiciales sobre la fauna cinegética (pensamos en el cercado o vallado perimetral del coto en su linde o lindes con vías públicas), supere su previsible beneficio en la evitación del tipo de accidentes de que se trata’.

Bajo esta comprensión del precepto cuestionado, una vez excluida la concurrencia del supuesto de responsabilidad expresamente previsto en el párrafo segundo de la disposición (acción de caza mayor), el órgano judicial actuante debe aún examinar el supuesto de hecho que se le plantea, de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad patrimonial que sean aplicables. Y, en un caso como el presente, en el que existe una actividad administrativa o de servicio público, tales reglas generales son las contenidas en los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, en vigor al tiempo de los hechos (arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015).

Por todo ello, hemos de llegar a la conclusión de que, en un supuesto como el ahora planteado, en el que existe una actividad de titularidad administrativa o servicio público, la disposición adicional novena (actual disposición adicional séptima) de la Ley de tráfico sólo resulta compatible con el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en el artículo 106.2 CE, si se interpreta en el sentido de que, no existiendo acción de caza mayor, aún pueda determinarse la posible responsabilidad patrimonial de la Administración acudiendo a cualquier título de imputación legalmente idóneo para fundar la misma, sin declarar automáticamente la responsabilidad del conductor”. (F.D. 6º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Constitucional defiende el recurso de casación en el ámbito autonómico de Castilla-La Mancha.

STC (Pleno) de 29 de noviembre de 2018, rec. nº 128/2018.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25805>

“(…), en virtud del denso entramado normativo de disposiciones de rango orgánico y ordinario que sobre las Secciones ya existía en el momento de aprobar la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el legislador orgánico ratificó su continuidad: consideró que, en el ámbito del recurso de casación autonómico, solo era necesario modificar la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y, en consecuencia, decidió que podía prescindir del carácter orgánico que reviste el conjunto de aquella Ley para aprobar las concretas disposiciones que introducían la nueva regulación de la casación autonómica en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, como hizo también con las normas que modificaban otras leyes procesales. Por todo ello, debemos declarar que las Secciones a las que se refiere el artículo 86.3 LJCA son una variedad de las Secciones ‘funcionales’ que contempla la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que no constituyen órganos judiciales distintos a los efectos de nuestra doctrina constitucional sobre el alcance de la reserva de ley orgánica que deriva del artículo 122.1 CE y que, en consecuencia, no necesariamente deben ser reguladas por disposiciones de rango orgánico” (F.D. 4º).

“La segunda duda de constitucionalidad consiste en la infracción del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). El órgano judicial relaciona esta infracción con dos concretas deficiencias, la falta de mención de las resoluciones objeto del recurso de casación autonómica y la disparidad de criterios de aplicación de las disposiciones cuestionadas existentes entre los Tribunales Superiores de Justicia. Pero en ningún momento explica cómo o por qué tales deficiencias, juntas o por separado, le impiden u obstaculizan, en su caso, el proveer a la admisión del recurso promovido por la parte recurrente en el procedimiento a quo.

Es cierto que, con carácter general, para poder plantear cuestión de inconstitucionalidad basta que la disposición legal que se considera contraria a la Constitución sea aplicable al caso y que de su validez dependa el fallo (arts. 163 CE y 35 LOTC), y que no se exige que la infracción en la que incurra impida también al órgano judicial su aplicación al caso concreto. Pero en el presente supuesto, se le reprocha a la disposición legal cuestionada un vicio de inconstitucionalidad muy específico, consistente en que su deficiente calidad normativa produciría un grado de incertidumbre tal que causaría inseguridad jurídica y no podría ser razonable y previsiblemente aplicada. Sin embargo, incluso de ser ciertas, ninguna de las dos concretas deficiencias alegadas por el órgano judicial promotor de la cuestión (la falta de mención de las resoluciones objeto del recurso de casación autonómica y la disparidad de criterios de aplicación de las disposiciones cuestionadas existentes entre los Tribunales Superiores de Justicia) afectarían al órgano judicial promotor de la cuestión, colocándole en la situación de no saber si debe o no proveer a la admisión del recurso promovido por la parte recurrente en el procedimiento a quo. Ello constituye un indicio para valorar la gravedad y entidad de la inseguridad jurídica que se reprocha a la disposición cuestionada.

Como señaló el Fiscal en el procedimiento a quo, la simple constatación de problemas interpretativos en relación con una norma legal no supone necesariamente una infracción del principio de seguridad jurídica. En efecto, de acuerdo con la STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8, ‘no cabe admitir que se infringe el principio de seguridad jurídica cuando un texto normativo no se plantea y resuelve por sí mismo de modo explícito todos los problemas que puede suscitar su aplicación. Sin perjuicio de la conveniencia de apurar, en la medida de lo posible, la regulación y solución de tales problemas con arreglo a estrictos criterios de técnica legislativa, su silencio en la ley no supone en todo caso un atentado contra la seguridad jurídica que el artículo 9.3 de la Constitución garantiza. Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten. Sólo si, en el contexto ordinamental en que se inserta y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica’.

No parece ser este el caso que ocupa nuestra atención. La disposición cuestionada, introducida en 2015, puede haber creado cierta vacilación en algunos aspectos de la dinámica del recurso de casación autonómico pero no concurre el alto grado de indeterminación que la STC 46/1990 describe. Como, con acierto, argumenta la Abogacía del Estado, ‘los párrafos segundo y tercero del artículo 86.3 LJCA son susceptibles de interpretación armónica con la regulación contenida en los artículos 87, 87 bis, 88, 89 y sigs., referentes a la viabilidad y procedimiento del recurso de casación ante el Tribunal Supremo; preceptos que podrán aplicarse mutatis mutandis al recurso de casación por vulneración de normativa autonómica. El legislador solo ha querido arbitrar un recurso de casación, sin alterar su naturaleza, cuando la norma infringida sea autonómica” (F.D. 5º).

“Además, de acuerdo con la doctrina constitucional, la desigualdad o la discriminación que se prohíbe mediante el artículo 14 CE es la que se origina en la función jurisdiccional de un mismo órgano judicial, al interpretar o aplicar de forma diversa una misma norma ante supuestos de hecho similares, no la que se produce por el hecho de que distintos órganos judiciales realicen una interpretación o aplicación distintas de la misma norma jurídica, pues la independencia judicial ampara la capacidad de cada Juez y Tribunal de seleccionar, interpretar y aplicar las normas que consideran relevantes para resolver el asunto de que conocen, siendo la razonabilidad el único parámetro de constitucionalidad que podría proyectarse sobre tales operaciones” (F.D. 6º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: La elasticidad de los requerimientos, por parte de la Administración, de subsanación.

STS (Sala 3ª) de 19 de julio de 2018, rec. nº 3662/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8538440&links=%223662%2F2017%22&optimize=20181018&publicinterface=true>

“El artículo 76, dispone ‘A los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente; sin embargo, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo.’” (F.D.1º)

“Aun cuando es cierto que la subsanación tiene lugar una vez transcurrido el plazo legal de diez días otorgado en el requerimiento, también lo es que una vez aportados los elementos necesarios para dar lugar a la iniciación del procedimiento administrativo *ex* artículo 70 LRJPAC, la resolución que declara el desistimiento por inactividad no resulta coherente con la conducta desplegada previamente por el interesado, que ya ha completado su solicitud en los términos exigidos en la Ley. Tampoco es proporcionada la consecuencia de la terminación y archivo del procedimiento cuando, *de facto*, y a iniciativa del solicitante, se ha producido la subsanación de los errores advertidos y puestos de manifiesto en el requerimiento, cuando no existan otros intereses concurrentes y debidamente justificados por la Administración.

En fin, la lógica antiformalista que subyace en el procedimiento administrativo - entre otros el propio artículo 71 que contempla la subsanación, el artículo 76, para la tramitación, como hemos razonado-, la *ratio* inspiradora de estas previsiones y los principios jurisprudenciales expuestos son aplicables al inicio del procedimiento administrativo. Los criterios que rigen en el procedimiento administrativo, favorable a la tramitación, son también trasladables -en defecto de previsión en contra- a los supuestos de iniciación como el examinado, en los que el interesado por su propia iniciativa presenta de forma completa los elementos necesarios para dar comienzo al procedimiento con anterioridad a la resolución de desistimiento. Declaración de desistimiento y archivo que se sustenta, en exclusiva, en la inactividad del interesado para corregir el defecto advertido, cuando tal premisa ya se ha superado.

Una vez cumplimentadas las omisiones, no existe ningún obstáculo para atemperar las rigurosas consecuencias del incumplimiento del plazo de diez días, cuando no concurre otro interés protegible y precisamente se ha procedido a observar lo requerido antes de que la Administración haya cumplido la exigencia de dictar resolución ordenando archivar la petición por haber perdido el trámite que se dejó de utilizar. De modo que, atendiendo al criterio de proporcionalidad

entre la finalidad del requisito, la entidad real de la deficiencia advertida y las consecuencias que de su apreciación pueden seguirse, llevan a concluir que, con la excepción indicada, la ulterior actuación del interesado que atiende al requerimiento de subsanación ha de tener virtualidad iniciadora del procedimiento”. [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la relevancia de la antigüedad para el personal interino.

STS (Sala 3ª) de 7 de noviembre de 2018, rec. nº 1781/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8575835&links=%221781%2F2017%22&optimize=20181119&publicinterface=true>

“Una y otros, en lo que hace a los funcionarios de carrera, se regulan con claridad en el art. 21 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (en la versión aplicable cuando se dictaron las resoluciones administrativas impugnadas, es decir, en la vigente desde el 13 mayo 2007 hasta el 31 octubre 2015), y en el 70 del Reglamento al que acabamos de hacer referencia; a los que ha de añadirse lo dispuesto en el 44 de este último.

En efecto, aquel art. 21 (y en igual sentido el 70, que por razones de rango normativo no transcribimos) disponía lo siguiente en lo que es de interés para este recurso:

Art. 21.1.d): ‘El grado personal se adquiere por el desempeño de uno o más puestos de nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción...’

Art. 21.2.a): ‘Los funcionarios tendrán derecho, cualquiera que sea el puesto de trabajo que desempeñen, al percibo al menos del complemento de destino de los puestos del nivel correspondiente a su grado personal’

Art. 44.1.b) de aquel Reglamento, referido a los méritos a valorar en los concursos: ‘El grado personal consolidado se valorará, en todo caso, en sentido positivo en función de su posición en el intervalo del Cuerpo o Escala correspondiente y, cuando así se determine en la convocatoria, en relación con el nivel de los puestos de trabajo ofrecidos’

Por tanto, la pregunta a la que hemos de responder es si ese régimen jurídico es aplicable también a un funcionario interino que desempeñó durante doce años un puesto de trabajo de nivel 26” (F.D.5º)

“(…) la idea reiterada en su jurisprudencia según la cual todo aspecto vinculado al ‘empleo’ como equivalente a la relación laboral entre un trabajador y su

empresario debe quedar integrado en el concepto de ‘condiciones de trabajo.’” (F.D.6º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: Revisión de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de la actividad realizada por abogados y procuradores en el periodo 2016 y 2017.

STS (Sala 3ª) de 15 de noviembre de 2018, rec. núm. 623/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8582269&links=%22623%2F2017%22&optimize=20181123&publicinterface=true>

“La salvedad que, en todo caso, hay que dejar sentada, es que quedan incólumes las competencias propias de los órganos judiciales como responsables de los archivos. Esto es, que el visto bueno parcial, tanto si se entiende como un criterio interpretativo en la interpretación de la ley o como una instrucción anterior a la actuación de dichos órganos, no es vinculante ni en lo que respecta a la consideración de que la información solicitada posee trascendencia tributaria ni, por tanto, en cuanto a si se deba o no proporcionar la misma a la Agencia Tributaria o en qué medida deba hacerse.

En definitiva, se trataría de una actuación o instrucción encaminada a orientar a los titulares de los ficheros judiciales respecto a lo que el Consejo General del Poder Judicial considera una adecuada aplicación de la Ley, sin perjuicio de la decisión que adopten dichos titulares en ejercicio de sus propias competencias”. (F.D. 2º)

“En 2016, las actividades profesionales continuarán siendo objeto de especial seguimiento partiendo de la información que derive tanto de las fuentes de información tradicionales de la Agencia Tributaria, como de aquélla que pueda obtenerse de terceros.

Se potenciará la selección de contribuyentes a partir de signos externos de riqueza en los casos en los que dichos signos no resulten acordes con su historial de declaraciones de renta o patrimonio preexistentes mediante el uso combinado de las múltiples informaciones que existen en la actualidad a disposición de la Administración Tributaria.

En línea con lo anterior, se intensificarán los siguientes controles:

a) Obtención de información sobre prestación de servicios personales de alto valor que constan en registros, administrativos o privados, o mediante la realización de requerimientos de información a clientes finales.

b) Control de gastos declarados que garanticen que solo son objeto de deducción los relacionados con la actividad económica y detección de ingresos no declarados

mediante la utilización de nuevas fuentes de información y análisis de signos externos de riqueza.

c) Utilización improcedente de personas jurídicas que canalicen rentas de personas físicas con el único objeto de reducir la tributación de la persona física por la diferencia de tipos o que incorporen gastos personales no relacionados con la actividad. Prestación de servicios de alto valor.

El Plan de 2017 declara lo siguiente:

5. Otros ámbitos de actuación. Junto con los ámbitos de control prioritario señalados previamente, existen determinados sujetos, sectores o regímenes tributarios sobre los que la Agencia Tributaria ha desarrollado sus actuaciones de control en años precedentes que deben mantenerse.

5.1 Actuaciones relacionadas con prestaciones de servicios profesionales. La información tradicionalmente obtenida por la Agencia Tributaria a partir de las declaraciones de los propios contribuyentes junto a aquella que pueda obtenerse de terceras personas con las que los profesionales se relacionan en el marco de sus actividades económicas, es el marco habitual de diseño de las tareas de comprobación.

La detección de signos externos de riqueza que no resultan acordes con el historial de declaraciones de renta o patrimonio preexistentes mediante el uso combinado de las múltiples informaciones existentes se presenta en la actualidad como un adecuado marco de referencia para el trabajo a desarrollar por la Administración tributaria. Si fuere preciso se comunicaría a los contribuyentes las discrepancias entre los gastos que les son imputables y el nivel de ingresos declarados con el fin de advertir de la necesidad de que, por parte de éstos, se efectúen las declaraciones correspondientes.

Resulta esencial para poder detectar si el nivel de ingresos declarados es coherente, analizar toda la información disponible en registros, administrativos o privados, combinándola con la obtención mediante requerimientos de información a los clientes con los que se relacionan.

Igualmente se intensificará la colaboración que las Unidades de Vigilancia Aduanera prestan en la identificación de los signos externos, ya sea mediante sus propias actuaciones de investigación o ya sea para contrastar la información obtenida por otras áreas de la Agencia Tributaria.

La interposición de personas jurídicas cuya única significación económica sea la de servir como instrumento para canalizar rentas de personas físicas cuya tributación se ve reducida de modo irregular por la actual diferencia de tipos impositivos, seguirá siendo objeto de seguimiento general, sin perjuicio de análisis concretos que permitan detectar inconsistencias, como por ejemplo por la indebida incorporación a los resultados de la actividad de gastos personales no relacionados con ésta.” (F.D.3º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo pone límites al silencio administrativo positivo.

STS (Sala 3ª) de 6 de noviembre de 2018, rec. nº 1763/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8580859&links=%221763%2F2017%22&optimize=20181122&publicinterface=true>

“El procedimiento administrativo a seguir para que un militar de tropa y marinería obtenga la condición de permanente e ingrese, así, en la carrera militar, es un procedimiento selectivo dirigido a cubrir las plazas que se determinen en la provisión anual y compuesto de dos fases: de evaluación y de selección a través de un concurso-oposición. De ahí derivan ya tres inmediatas consecuencias: a) que tal procedimiento deba conceptuarse como uno de los que han de iniciarse de oficio; b) que las solicitudes anteriores a ese inicio que lleguen a deducir los interesados sólo puedan tener por objeto o ir encaminadas a instar a la Administración para que lo inicie; y c) que una solicitud anterior en la que se pida directamente la atribución de aquella condición no pueda surtir efecto jurídico alguno, por su oposición frontal al procedimiento requerido por las normas legales y reglamentarias relativas al modo de obtener lo que se solicita.

Por ende, aquella solicitud de 6 de octubre de 2014 no quedó regida por lo dispuesto en el art. 43 de la Ley 30/1992, referido al silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, y sí por lo previsto en el art. 44 de la misma Ley, en el que se regula la falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio y en el que se dispone, en su núm. 1, que ‘en el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.

(...) El artículo 43 LPAC, en cambio, no se refiere a solicitudes sino a procedimientos. Es verdad que su párrafo 2 dice que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes, pero se trata de solicitudes insertadas en determinados procedimientos. Procedimientos que resultan de la aplicación de las correspondientes normas legales a las solicitudes presentadas por los interesados. Y esto que cabía mantenerlo en la redacción de la LPAC anterior a la modificación aprobada por la Ley 4/1999 de 13-I, es aún más patente después de esta Ley. Antes de la Ley 4/1999, porque el artículo 43 contenía tres supuestos de silencio positivo que remitían a procedimientos más o menos formalizados; los dos primeros sin duda alguna (concesión de licencias o autorización de instalación, traslado o ampliación de empresas y centros de trabajo y solicitudes que habilitaran al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes), pero también el tercero, ‘solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa’, porque esa normativa

de aplicación no podía ser otra sino la normativa reguladora del específico procedimiento en cuestión.

Claramente se ve que en la mente del legislador estaba el aplicar el régimen de silencio positivo no a cualquier pretensión, por descabellada que fuera, sino a una petición que tuviera entidad suficiente para ser considerada integrante de un determinado procedimiento administrativo. Y así resulta de la Disposición Adicional 3a LPAC que manda adecuar los procedimientos existentes a la nueva regulación de la LPAC, y tras esa previsión se publican varios R.R.DD de adecuación, hasta llegar a la resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 20-III-96 que publica la relación de procedimientos de la Administración General del Estado. [...] La Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 parte de esa relación de procedimientos, porque se refiere a los aproximadamente 2000 procedimientos existentes en la actualidad. El escenario que contempla el legislador para regular el sentido del silencio no es un escenario de peticiones indiscriminadas a la Administración sino de peticiones que pueden reconducirse a alguno de los procedimientos detectados e individualizados. La Exposición de Motivos habla de la necesidad de simplificación de ese conjunto de procedimientos, lo que se plasma en la Disposición Adicional 1a 1 de la Ley.” (F.D. 7º) [B.A.S.]

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la posible existencia de un límite de edad en la profesión de abogado

ATS (Sala 3ª) de 3 de diciembre de 2018, rec. nº 5348/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8594600&links=%225348%2F2018%22&optimize=20181210&publicinterface=true>

“En consecuencia y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88. 1 LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la misma, procede admitir a trámite este recurso de casación y precisar que la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: a) Si la baja automática del Turno de Oficio (a salvo del turno especial de casación y apelación) contemplada en el artículo 4. 1. d) de las Normas de Turno de Oficio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid aprobadas en Junta de Gobierno de 10 de octubre de 2016 constituye un trato diferencial razonable y homologable con los principios europeos de no discriminación por razón de edad en el empleo y con las análogas exigencias constitucionales derivadas del derecho a la igualdad y b) Si los Colegios de Abogados están habilitados normativamente para establecer exclusiones por razón de la edad en el ámbito de regulación que les corresponde del Turno de Oficio” (F.D. 2º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: Admisión de la personación de una entidad en un juicio alegando su deseo de estar informada del proceso.

STS (Sala 3ª) de 21 de enero de 2019, rec. nº 639/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8631315&links=%22639%2F2017%22&optimize=20190125&publicinterface=true>

“La también codemandada Asociación Nacional Empresarial de Reparadores y Evaluadores de Tanques Atmosféricos de Almacenamiento de Productos Petrolíferos Líquidos (ARETA) presentó escrito con fecha 11 de mayo de 2018 en el que manifiesta que se ha personado en el proceso únicamente a efectos de estar informada de su resultado, que no tiene interés en que las disposiciones impugnadas tengan una u otra redacción, y que, cualquiera que sea el sentido de la sentencia que se dicte no le deben ser impuestas las costas a esta parte codemandada” (F.D.5º).

“Ahora bien, dado que la representación de la Asociación Nacional Empresarial de Reparadores y Evaluadores de Tanques Atmosféricos de Almacenamiento de Productos Petrolíferos Líquidos (ARETA) presentó escrito en el que manifiesta que se personó en este proceso únicamente a efectos de estar informada de su resultado y que no tiene interés en que las disposiciones impugnadas tengan una u otra redacción (véase antecedente quinto de esta sentencia) la condena en costas no debe operar en favor de dicha parte codemandada. Por lo demás, dada la índole del asunto y la actividad procesal desplegada por la Administración del Estado demandada y por las entidades codemandadas Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) y Agrupación Española de Vendedores al por Menor de Carburantes y Combustibles (AEVECAR), procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de cuatro mil euros (3.000 €) respecto de cada una de ellas, esto es, nueve mil euros (9.000 €) en total y por todos los conceptos. Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 67 a 73 de la Ley de esta Jurisdicción” (F.D.6º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo considera que los informes sobre la vida laboral si son actos recurribles.

STS (Sala 3ª) de 23 de enero de 2019, rec. nº 359/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8641358&links=%22359%2F2016%22&optimize=20190201&publicinterface=true>

“En el primero denuncia como infringido el artículo 14 de la Ley General de la Seguridad Social, hoy artículo 17 del texto aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre que dice:

"1. Los organismos de la Administración de la Seguridad Social competentes en la materia mantendrán al día los datos relativos a las personas afiliadas, así como los de las personas y entidades a las que corresponde el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta sección. 2. Los empresarios y los trabajadores tendrán derecho a ser informados por los organismos de la Administración de la Seguridad Social acerca de los datos a ellos referentes que obren en los mismos. De igual derecho gozarán las personas que acrediten un interés personal y directo, de acuerdo con lo establecido en esta ley.

A estos efectos, la Administración de la Seguridad Social informará a cada trabajador sobre su futuro derecho a la jubilación ordinaria prevista en el artículo 205.1, a partir de la edad y con la periodicidad y contenido que reglamentariamente se determinen.

No obstante, esta comunicación sobre el derecho a la jubilación ordinaria que pudiera corresponder a cada trabajador se remitirá a efectos meramente informativos, sin que origine derechos ni expectativas de derechos a favor del trabajador o de terceros" (F.D.2º).

“La parte hoy recurrida estaba plenamente legitimada para impugnar en esta vía contencioso- administrativa el acto impugnado, que no tenía un carácter meramente informativo ni declaraba un indiferente jurídico. La actora tenía, y tiene ahora como parte recurrida, un interés legítimo real, actual e indiscutible y directo en la modificación de un acto que le perjudica. La fecha de alta de su afiliación comporta el reconocimiento de un periodo de cotización a la Seguridad social, lo que lleva aparejadas consecuencias evidentes a efectos del reconocimiento de servicios y de prestaciones, con independencia de que pueda tener además, como se aduce, un efecto indirecto o de futuro. Pero ese interés futuro también es legitimador en el caso como, por su evidencia, no es necesario razonar. Como bien dice la Sala de Asturias la negativa al reconocimiento de cotización tiene una incidencia indiscutible en los derechos de la recurrente, cuya defensa no hay razón para posponer al momento del reconocimiento de la prestación que corresponda, máxime cuando la desestimación de la pretensión de la recurrente podría, cuando se produzca dicha contingencia, aducirse como acto firme y consentido” (F.D.3º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: Prolongación de efectos de sentencias sobre procedimientos selectivos.

STS (Sala 3ª) de 24 de enero de 2019, rec. nº 2519/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8641359&links=%222519%2F2016%22&optimize=20190201&publicinterface=true>

“Dª Florencia no recurrió la Resolución de la Comisión Permanente de Selección, fechada el 10 de Enero de 2014, por la que se hicieron públicas las relaciones de

opositores aspirantes que habían superado el Ejercicio Único de las pruebas selectivas para el acceso, por promoción interna, para personal funcionario y personal laboral fijo, al Cuerpo General Administrativo de la Administración del Estado, convocado por la Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas HAP/1580/2013, de 2 de Agosto (B.O.E. de 28 de Agosto próximo siguiente), listados en los que no aparecía relacionada por no haberlo superado. Esta circunstancia constituye un obstáculo que impide acoger la petición de extensión de efectos promovida, porque la reforma del artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa operada por la Ley Orgánica 19/2003, introdujo el apartado c) del artículo 110.5, como ya ha sido anticipado, que incorpora el requisito negativo de que no exista para quien solicita la extensión un acto consentido, con lo que se diferencian la situaciones de quienes recurren y de quienes no lo hacen una resolución como de la que aquí se trataba. Al paso hay que observar que la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de Diciembre, al introducir la excepción de acto firme y consentido como causa de desestimación del incidente, ha reducido notablemente la potencialidad que ofrecía esta figura en su previsión originaria. De esta forma, al no constar que D^a. Florencia formulara oposición frente al Acuerdo del Tribunal Calificador reseñado, ni que impugnara el resultado del proceso selectivo de referencia, nos hallamos en presencia de una resolución que para la solicitante es, y fue, consentida y firme, que ha causado estado en vía administrativa, y ello impide extenderle los efectos de la Sentencia que pretende. Por lo demás, la apreciación de acto consentido no queda excluida cuando sea posible por razones temporales instar la acción de nulidad del artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, ya que el acto consentido tiene lugar cuando no se recurre la decisión administrativa a través del recurso contencioso-administrativo, al tiempo que la revisión de oficio está prevista para combatir los actos (nulos) que hayan devenido firmes. Y no solo eso. Sucede también que el artículo 110 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no permite entender que se encuentren en idéntica situación jurídica quienes han recurrido en tiempo un acto administrativo expreso que les exigía determinada conducta y aquellos otros que, por adoptar una actitud pasiva, no lo han impugnado. Esta solución se corresponde con la adoptada por el Tribunal Supremo en el caso examinado en la STS de 3 de Marzo de 2011 (recurso de casación 368/2008). Se trataba entonces de las consecuencias de la anulación de pruebas correctoras de un ejercicio para el ingreso en el Cuerpo de Auxiliares de la Administración de Justicia, en el que uno de los aspirantes que no lo había superado no recurrió la relación definitiva de aspirantes que habían superado las pruebas. Según el Tribunal Supremo, asumiendo el criterio de la Sala sentenciadora en la Instancia, y recordando su doctrina al respecto, rechazó la procedencia de la extensión por considerar que no se daban idénticas situaciones entre quien recurrió y quien había consentido una resolución administrativa que afectaba negativamente a sus intereses y que no recurrió la resolución del Ministerio de Justicia que aprobó y publicó la relación definitiva de aspirantes que superaron las pruebas selectivas, y que era susceptible de recurso contencioso-administrativo.

Por otra parte, nuestro caso es distinto al tratado en la STS de 7 de julio de 2014 (recurso de casación 2531/2013), sobre el nombramiento como funcionarios de carrera de quien con arreglo a la forma de calificación declarada por Sentencia habrían superado el proceso selectivo. En aquel caso los allí recurrentes no habían hecho uso de la extensión de efectos contemplada en el artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en la Sentencia no se examina el alcance del apartado c) del artículo 110.5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Igualmente, no son equiparables con aquél supuesto los aludidos por la hoy accionante en su escrito de alegaciones presentado tras dársele traslado del Informe de Viabilidad emitido por la Presidenta de la Comisión Permanente de Selección, Instituto Nacional de Administración Pública (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), con fecha 20 de Noviembre de 2015, al que hicimos referencia en el Antecedente de Hecho Cuarto precedente. Así pues, cuanto se lleva razonando conduce a la desestimación de la solicitud de extensión de efectos formulada a instancias de Da. Florencia” (F.D.1º).

“5. El incidente [de extensión de efectos] se desestimará, en todo caso, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: ‘(...) c) Si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme’. En múltiples resoluciones de esta Sala, Sección Sexta (tres autos de 14 de diciembre de 2018, 60013, 60012 y 60010 de 2018, 3 de 12 de junio de 2018, 6003, 60002 y 60004 de 2018) se ha declarado, FJ Cuarto, que ‘La excepción de acto consentido opone las exigencias de seguridad jurídica a las de igualdad en la aplicación de la Ley. Si se aceptase en forma genérica la tesis restrictiva que propone el informe del CGPJ, y que comparte el Abogado del Estado, esta última exigencia adquiriría una dimensión tal que también haría escasamente operativa la aplicación de la extensión ‘ultra partes’ de los efectos de una sentencia que reconozca una situación jurídica individualizada. La respuesta debe ser sin duda matizada caso por caso, pero en materia de personal/... no la hemos adoptado en las resoluciones más recientes en la materia como, entre otras, en las Sentencias de 17 de marzo de 2016 (Casación 904/2015) y en los precedentes a que se remite (Sentencias de 16 de febrero de 2016 (Casación 4127/014) y de 3 de mayo y 5 de abril del mismo año (Casaciones 1118/2015 y 908/2015). Para ello basta atender al tenor literal de la norma que, como reza el precepto, refiere su exigencia a los casos en los que ‘para el interesado se hubiera dictado resolución que’. Por ello entendemos que cuando, como aquí acontece, no existe una resolución dictada, precisamente para la interesada, por tratarse de actos administrativos con destinatario plural (...) no es necesaria una interpretación amplia ...’ Criterio notoriamente reiterado como acredita el FJ 5º de la STS de esta Sala y Sección de 11 de mayo de 2015, casación 1996/2013 al afirmar que la jurisprudencia ha interpretado el art. 110. 5. C) LJCA ‘en el sentido de que solamente opera cuando el interesado hubiere impugnado en su momento la actuación administrativa, fuere desestimada su reclamación y no acudiere a la vía jurisdiccional. Es decir, cuando ha habido una resolución administrativa expresa que, por no haber sido combatida en su momento, haya causado estado. Así se dice en nuestras sentencias de 21 de noviembre de 2012 (casación 5992/2010), 28 de enero y 4 de febrero de 2010 (casación 3407 y 5014/2006), 5 y

25 de noviembre de 2009 (casación 5010 y 5959/2007), entre otras.’” (F.D.4º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo determina la existencia de un plan urbanístico que se ha efectuado con el fin de eludir una sentencia firme.

STS (Sala 3ª) de 4 de febrero de 2019, rec. nº 3965/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8651438&links=%223965%2F2017%22&optimize=20190208&publicinterface=true>

“La incidencia de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la LJCA puesto en relación con lo recogido en el artículo 103.4 de la LJCA, en un supuesto en el que, como en el caso de autos, la declaración de nulidad del plan especial se efectuó en el seno de un incidente de ejecución de sentencia, durante la resolución de un recurso de apelación, teniendo en consideración la posible incidencia en el juego de ambos preceptos del cambio normativo autonómico producido a lo largo de la tramitación del citado incidente’, señalando como preceptos que en principio serán objeto de interpretación, los artículos 103.4 y 105.2 de la LJCA, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso” (A.H. 3º).

“Es en este marco esencial en el que se establece la previsión del art. 103.5 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el sentido de apoderar al órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia para declarar la nulidad de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley. Tal facultad se reconoce tras establecer la propia Ley en el apartado precedente la nulidad de pleno derecho de los referidos actos o disposiciones, de manera que, de una parte, se produce la previsión legal estableciendo la nulidad de pleno derecho en razón de una causa que atañe a la ejecución del fallo y de otra se faculta al órgano jurisdiccional para efectuar la correspondiente declaración de nulidad en el mismo procedimiento de ejecución, salvo que carezca de competencia al efecto según la propia Ley procesal.

Pues bien, la falta de competencia para declarar la nulidad de pleno derecho de tales actos o disposiciones no desapodera al órgano jurisdiccional para ejercer el correspondiente control en la ejecución de la sentencia, que tiene atribuido por la ley, y en tal sentido valorar si, los actos o disposiciones que se invocan como justificación para alegar el incumplimiento de la sentencia en sus propios términos, incurren en la causa de nulidad establecida, que en caso afirmativo determina la total ineficacia de los mismos a los efectos pretendidos de inexecución y, en consecuencia, el correspondiente pronunciamiento judicial

desestimando la alegación de imposibilidad de ejecución formulada al amparo del art. 105.2 de la LJCA.

Otro alcance tiene la declaración de nulidad de tales actos o disposiciones al margen de la concreta ejecución de que se trate y es en razón de ello que se mantiene el régimen de competencia establecido al efecto por la Ley y se establece la salvedad prevista en el último inciso del art. 103.5, de manera que la declaración se produce si el mismo órgano jurisdiccional competente para la ejecución lo es para conocer de la legalidad del acto o disposición de que se trate y, en otro caso, habrá acudir a los procedimientos establecidos para su declaración por el órgano jurisdiccional competente al efecto, que tratándose de una disposición general puede plantearse por vía de resolución de un recurso devolutivo, como cuestión de ilegalidad (art. 27.1LJCA) o mediante su impugnación directa ante el Tribunal competente” (F.D.3º).

“Respondiendo a la cuestión planteada en el auto de admisión de este recurso, ha de entenderse que corresponde al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la sentencia valorar si, los actos o disposiciones que se invocan como justificación para alegar la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, incurrir en la causa de nulidad establecida en el art. 103.4 de la LJCA, que en caso afirmativo determina la total ineficacia de los mismos a los efectos pretendidos de inejecución y el correspondiente pronunciamiento judicial desestimando la alegación de imposibilidad de ejecución formulada al amparo del art. 105.2 de la LJCA, sin perjuicio de que la declaración de nulidad de tales actos o disposiciones se lleve a cabo por el órgano jurisdiccional competente según la propia Ley procesal. Por otra parte, la incidencia que pueda tener una modificación normativa en el procedimiento de ejecución de la sentencia queda condicionada por el resultado de la valoración que se haga, en cada caso, sobre la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el art. 103.4 de la LJCA.

La interpretación de las normas que se acaba de establecer conduce, por las razones que antes se han expuesto, a la desestimación del recurso, por cuanto los pronunciamientos de la Sala de instancia se acomodan a la misma, con la consiguiente desestimación de las pretensiones ejercitadas por ambas recurrentes” (F.D.4º) [B.A.S.].

VI. DERECHO TRIBUTARIO

Jurisprudencia: Procedimientos de gestión tributaria. Tasación pericial contradictoria. Efectos del incumplimiento del plazo máximo de duración. Sentido del silencio cuando el interesado inició el procedimiento y presentó la tasación de su perito: negativo.

STS (Sala 3ª) de 17 de enero de 2019, rec. nº 212/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8651412&links=Impuesto%20O%20tributos&optimize=20190208&publicinterface=true>

“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) El procedimiento de TPC que previsto en el artículo 134.3 LGT , tiene su origen con la solicitud por el obligado tributario a que se refiere el artículo 135.1, párrafo 3º, LGT , puede terminar de diversos modos que se infieren de los apartados 2, 3 y 4 del citado precepto, y culmina con una nueva liquidación conforme a la JURISPRUDENCIA 18 valoración que se ha determinado en el procedimiento de tasación que cierra el procedimiento e impide una nueva comprobación de valor por la Administración tributaria sobre los mismos bienes o derechos.

2º) El corolario de lo anterior, dado que de conformidad con el artículo 103.1 LGT, en un procedimiento de aplicación de los tributos, como es el caso, la Administración tiene la obligación de resolver todas las cuestiones que se planteen, y que la TPC no es un procedimiento de impugnación de actos en el sentido del artículo 104.3, párrafo 2º, LGT, es que le resulta aplicable el plazo máximo de resolución de 6 meses del artículo 104.1 LGT.

3º) El incumplimiento del plazo del artículo 104.1 LGT no determina, sin embargo, el silencio positivo a que se refiere el artículo 104.3 LGT , ni, en cualquier caso, que se acepte la valoración propuesta por el perito del obligado tributario, porque el cometido de la solicitud de TPC no es el de que prevalezca o se confirme la valoración del perito del obligado tributario, por más que pueda ser el resultado de la misma, sino, como se deduce del artículo 135.1 LGT y viene diciendo esta Sala, el de "corregir", "discutir" o "combatir" la tasación del perito de la Administración.” (F.D. 5º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre el Valor Añadido. Deducciones. Vehículos de turismo. Conformidad del artículo 95.Tres, reglas 2ª y 4ª, LIVA con los artículos 168 a) y 173.1 de la Directiva 2006/112/CE, del Consejo, a la vista de la jurisprudencia del TJUE.

STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2019, rec. nº 1866/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8651409&links=Impuesto%20O%20tributos&optimize=20190208&publicinterface=true>

“La lógica consecuencia de lo hasta aquí expuesto no puede ser otra que la estimación del recurso de casación deducido por el Abogado del Estado, pues la sentencia recurrida ha interpretado de manera errónea el ordenamiento jurídico, al considerar que el artículo 17 de la Sexta Directiva, o los que resultan aplicables al

caso [los artículos 168 b) y 173.1 de la "Directiva IVA"], no autorizan a limitar la deducción de las cuotas de IVA relativa a los vehículos automóviles al grado efectivo de utilización de esos vehículos en la actividad empresarial o profesional del contribuyente.

Y si ello es así, resulta forzoso resolver el litigio y determinar si, efectivamente, es ajustada a Derecho la decisión administrativa que redujo al 50% la deducción por gastos relativos a vehículos con fundamento en lo que con anterioridad ha sido expuesto.

La respuesta a esa cuestión ha de ser necesariamente coherente con la interpretación que propugnamos del artículo 95.Tres, reglas 2ª y 3ª, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido , a cuyo tenor debe estarse "al grado efectivo de utilización de los bienes en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional". Pero antes hemos de tener en cuenta que la parte recurrida en este recurso de casación no ha formulado oposición al mismo; y que, en su demanda formalizada en el proceso de instancia, no cuestionó las afirmaciones de la Administración tributaria sobre que no se había acreditado una afectación al cien por cien de la actividad profesional de los vehículos cuyos gastos deducidos fueron limitados por la liquidación litigiosa. Así mismo ha de destacarse que dicha demanda razonó que bastaba con que constara la efectiva afectación del vehículo a la actividad profesional, cualesquiera que fuese su porcentaje, para que resultara procedente la deducción en su totalidad de los gastos del mismo; y esto determinó que no se solicitara el recibimiento a prueba ni, consiguientemente, se propusiera ninguna prueba dirigida a justificar que el porcentaje de afectación de esos vehículos había sido superior al cincuenta por cien.

Esa tesis de la demanda no puede ser admitida, como se desprende de lo que ya hemos razonado con anterioridad.

Efectivamente, el precepto de tan continua cita no solo no impide o limita en absoluto las posibilidades de acreditación de la afectación real del vehículo a la actividad de la empresa, sino que permite tal constatación -en relación con el contribuyente- "por cualquier medio de prueba admitido en derecho", sin restricción alguna salvo una lógica: no será medio de prueba suficiente -dice el precepto- "la declaración-liquidación presentada por el sujeto pasivo ni la contabilización o inclusión de los correspondientes bienes de inversión en los registros oficiales de la actividad empresarial o profesional". Decimos que es lógica esta excepción pues aceptar estos extremos como prueba indubitada sería tanto como establecer una presunción iuris et de iure que contrasta con la determinada en el propio precepto (del 50 por 100 de afectación del bien de inversión correspondiente).

En cualquier caso, no entendemos que la prueba de la verdadera utilización del vehículo en el giro empresarial sea "un obstáculo prácticamente insalvable", sobre la base de que lo exigido sería la prueba de un hecho negativo (la no utilización del vehículo para fines privados).

Desde luego la exigencia de una prueba de esa naturaleza (que podría llegar a ser diabólica) no se sigue del precepto contenido en el artículo 95 de la Ley del IVA. Pero tampoco alcanzamos a comprender en qué medida resulta "un obstáculo prácticamente insalvable" probar la afectación a la actividad empresarial, pues no parece que el contribuyente -que es quien se dedica a esa actividad y usa el vehículo para desarrollarla tenga especiales dificultades para constatar ese destino.

Tal y como hemos interpretado el precepto, en efecto, la deducción superior o inferior al 50% depende de la prueba -que, insistimos, no consideramos de difícil o imposible práctica- del "grado efectivo de utilización de los bienes en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional".

La consecuencia obligada de todo lo que acaba de exponerse es desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, al ser ajustada a derecho la resolución allí impugnada en la que se redujo al 50% -por falta de acreditación de la utilización en un porcentaje superior- la deducción aplicable en el ejercicios 2011 a las cuotas de IVA soportadas relacionadas con los vehículos adquiridos por la parte demandante.” (F.D. 6º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Recurso de casación. Tasas locales. Suministro y utilización de agua potable. Cuantificación del tributo. Ponderación de la capacidad económica. Principio de equivalencia. Informe técnico-económico

STS (Sala 3ª) de 31 de enero de 2019, rec. nº 1898/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8651407&links=Impuesto%20O%20tributos&optimize=20190208&publicinterface=true>

“1.- Las tasas, según la definición que de ellas efectúan los artículos 2.2.a) de la LGT 2003 , 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos [LTPP] y 20.1 del TR/LHL 2204, son, en primer lugar, una clase de tributo; y, en segundo lugar, tienen como elemento diferenciador, en relación con otros tributos, el hecho imponible, que está constituido por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o por la prestación de servicios o la realización de actividades de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario.

Estas dos notas que acaban de expresarse ya permiten estas dos primeras declaraciones sobre las tasas: (1) la operatividad en ellas del principio de capacidad económica, al estar proclamado por el artículo 31.1 CE para la totalidad del sistema tributario; y (2) exigen necesariamente para su devengo ese elemento fáctico que las singulariza frente a otras figuras tributarias, constituido bien por un uso privativo o especial de bienes demaniales, bien por una actividad administrativa, referidos uno u otro hecho al obligado tributario.

Y esa segunda declaración debe completarse señalando que para el devengo de la tasa no basta con ponderar una situación de capacidad económica en el obligado, pues si, por parte de este, no concurre el hecho de un uso demanial, o el de su afectación por una actividad administrativa, tampoco hay tasa; siendo esto último lo que ha llevado a que haya sido atribuido un carácter bilateral a la relación tributaria que genera la tasa y también se haya destacado que el presupuesto de hecho de esta figura, a diferencia del correspondiente al impuesto, no presenta una estructura contributiva.

2.- Abundado en la operatividad en las tasas del principio de capacidad económica, debe decirse que su formulación legal se encuentra principalmente en estos dos preceptos: El artículo 8 de la LTPP: " Principio de capacidad económica. En la fijación de las tasas se tendrá en cuenta, cuando lo permitan las características del tributo, la capacidad económica de las personas que deben satisfacerlas".

Y el artículo 24.4 del TR/LHL "4. Para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas". Sobre lo establecido en estos preceptos, conviene subrayar que refiere la ponderación de la capacidad económica a la cuantificación de la tasa, sin establecer un elenco taxativo o excluyente de los concretos factores de capacidad económica que podrán ser considerados en esa ponderación. Y que la virtualidad que ha de darse a otros postulados constitucionales (sobre todo, los de interdicción de la arbitrariedad y de igualdad de los artículos 9.3 y 14 CE), requerirá que la concreta manifestación económica que sea tomada en consideración tenga una base objetiva y respete unas pautas de razonabilidad.

3.- Por lo que se refiere al principio de equivalencia, está formulado en estos preceptos legales: Artículo 7 de la LTPP "Artículo 7. Principio de equivalencia. Las tasas tenderán a cubrir el coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible". Artículo 24.2 TR/LHL "2. En general, y con arreglo a lo previsto en el párrafo siguiente, el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida.

Para la determinación de dicho importe se tomarán en consideración los costes directos e indirectos, inclusive los de carácter financiero, amortización del inmovilizado y, en su caso, los necesarios para garantizar el mantenimiento y un desarrollo razonable del servicio o actividad por cuya prestación o realización se exige la tasa, todo ello con independencia del presupuesto u organismo que lo satisfaga. El mantenimiento y desarrollo razonable del servicio o actividad de que se trate se calculará con arreglo al presupuesto y proyecto aprobados por el órgano competente".

Sobre este principio de equivalencia, debe también decirse que se traduce principalmente en la ecuación entre los costes del servicio y el importe de las tasas

establecidas para retribuirlos, operando aquellos costes como un límite máximo de este segundo importe; y debiendo resultar la equivalencia de un cómputo global de los costes e ingresos ponderables, esto es, no en relación con el coste del servicio concreto prestado a cada sujeto pasivo sino con el correspondiente al conjunto del servicio o la actividad de que se trate.

Ha de añadirse, así mismo, que este principio de equivalencia se diversifica en estos otros dos: (i) el principio de cobertura de costes, que se materializa en esa ecuación costes/recaudación por tasa de que se viene hablando; y (ii) el principio de aprovechamiento obtenido o utilidad percibida, que se traduce en una cierta proporcionalidad entre la tasa recaudada y el valor que para el ciudadano tiene la prestación del servicio que recibe.

Siendo de subrayar, en lo que hace a este segundo principio, que no basta para la validez del reparto individualizado de ese coste global con respetar el límite máximo de ese coste global, pues dicho reparto individualizado ha de hacerse con criterios de proporcionalidad y ponderación de los grados de utilización.

Así se expresa la sentencia núm. 716/2017, de 26 de abril (recurso 167/2016) de esta Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

4.- Con base en lo anterior, procede señalar estas conclusiones: una vez respetado el límite máximo que significa el coste total del conjunto de servicios, el reparto individual de la tasa puede ser desigual mediante su modulación con criterios de capacidad económica; estos criterios habrán de estar objetivados y ser razonables; y el reparto individual habrá de efectuarse con pautas de proporcionalidad que tengan en cuenta el grado de utilización del servicio.” (F.D. 5º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, modalidad transmisiones patrimoniales onerosas, en los casos de dación en pago al acreedor de un crédito con garantía hipotecaria del inmueble hipotecado. Determinación de la base imponible: interpretación conjunta de los artículos 10.1 y 46.3 del texto refundido de la ley del impuesto. Comprobación de valores e integración de la base imponible; principio de coherencia del sistema tributario y principio de capacidad económica. La base imponible debe determinarse en atención al importe de la deuda hipotecaria pendiente de amortizar que se extingue como consecuencia de la operación de dación en pago cuando dicha deuda sea superior al valor real del bien o los bienes inmuebles que se transmiten. No está constituida, por tanto, por el valor de los bienes que se entregan al acreedor.

STS (Sala 3ª) de 4 de febrero de 2019, rec. nº 3256/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8669688&links=Impuesto%20O%20tributos&optimize=20190225&publicinterface=true>

“Teniendo en consideración que la cuestión suscitada en el auto de admisión, consistente en "determinar si, en relación con las adjudicaciones en pago de

deudas o daciones en pago sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad transmisiones patrimoniales onerosas, la base imponible ha de fijarse en función del valor real del bien inmueble que se transmite o si, por el contrario, la misma ha de coincidir con el importe de la deuda pendiente de amortizar que se extingue con la operación", con arreglo a lo que establece el artículo 93.1 LJCA , procede, en función de todo lo razonado precedentemente, declarar que, de acuerdo con una interpretación conjunta de los artículos 10 y 46.3 TRITPAJD, en una dación en pago de uno o varios inmuebles hipotecados al acreedor hipotecado, la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad transmisiones patrimoniales onerosas, habrá de fijarse en función del importe de la deuda hipotecaria pendiente de amortizar que se extingue con la operación, cuando dicha deuda sea superior al valor real del bien o los bienes inmuebles que se transmiten.." (F.D. 2º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. PLUSVALIA. Medios de prueba de la inexistencia de un aumento real del valor del terreno. Admisibilidad de cualquier principio de prueba, que al menos indiciariamente permita apreciarla. Art. 106.1 LGT.

STS (Sala 3ª) de 5 de marzo de 2019, rec. nº 2672/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8699449&statsQueryId=106017468&calledfrom=searchresults&links=impuestos%20Y%20TRIBUTOS&optimize=20190321&publicinterface=true>

“1.- Corresponde al obligado tributario probar la inexistencia de incremento de valor del terreno onerosamente transmitido. Y este extremo, no solo se infiere con carácter general del artículo 105.1 LGT , conforme al cual "quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo", sino que también, y en el ámbito concreto que nos ocupa, ha sido puesto de relieve por el Pleno del Tribunal Constitucional en el FJ 5 b) de la STC 59/2017, y admitido, incluso, por la Sección Primera de esta Sala en el Auto de admisión de 30 de octubre de 2017 (RCA 2672/2017). En el FJ 5 b) de la STC 59/2017 concluye, concretamente, el máximo intérprete de la Constitución, que "debe declararse inconstitucional y nulo el artículo 110.4 LHL, al impedir 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)."" , precisión esta última de la que se infiere inequívocamente que es al sujeto pasivo a quien, en un primer momento, le corresponde probar la inexistencia de plusvalía. Y esta premisa ha sido admitida también en la cuestión casacional que, con posterioridad al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, fijó la Sección Primera de esta Sala en el Auto de admisión de 30 de octubre de 2017 , citado, en el que, presuponiendo que pesaba "sobre el legalmente considerado como sujeto pasivo la carga de acreditar la inexistencia de un aumento real del valor del terreno en la fecha de devengo del

IIVTNU", consideró que tenía interés casacional objetivo la determinación de los medios concretos de prueba que debían emplearse para acreditar la concurrencia de esta última circunstancia.

2.- Para acreditar que no ha existido la plusvalía gravada por el IIVTNU podrá el sujeto pasivo (a) ofrecer cualquier principio de prueba, que al menos indiciariamente permita apreciarla, como es la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión que se refleja en las correspondientes escrituras públicas [cuyo valor probatorio sería equivalente al que atribuimos a la autoliquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales en los fundamentos de derecho 3.4 de nuestras sentencias de 23 de mayo de 2018 (RRCA núms. 1880/2017 y 4202/2017), de 5 de junio de 2018 (RRCA núms. 1881/2017 y 2867/2017) y de 13 de junio de 2018 (RCA núm. 2232/2017]; (b) optar por una prueba pericial que confirme tales indicios; o, en fin, (c) emplear cualquier otro medio probatorio ex artículo 106.1 LGT que ponga de manifiesto el decremento de valor del terreno transmitido y la consiguiente improcedencia de girar liquidación por el IIVTNU. Precisamente -nos interesa subrayarlo-, fue la diferencia entre el precio de adquisición y el de transmisión de los terrenos transmitidos la prueba tenida en cuenta por el Tribunal Constitucional en la STC 59/2017 para asumir -sin oponer reparo alguno- que, en los supuestos de hecho examinados por el órgano judicial que planteó la cuestión de inconstitucionalidad, existía una minusvalía.

3.- Aportada -según hemos dicho, por cualquier medio- por el obligado tributario la prueba de que el terreno no ha aumentado de valor, deberá ser la Administración la que pruebe en contra de dichas pretensiones para poder aplicar los preceptos del TRLHL que el fallo de la STC 59/2017 ha dejado en vigor en caso de plusvalía. Contra el resultado de la valoración de la prueba efectuada por la Administración en el seno del procedimiento tributario correspondiente, el obligado tributario dispondrá de los medios de defensa que se le reconocen en vía administrativa y, posteriormente, en sede judicial. En la vía contencioso-administrativa la prueba de la inexistencia de plusvalía real será apreciada por los Tribunales de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 LJCA y, en último término, y tal y como dispone el artículo 60.4 LJCA, de conformidad con las normas del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(...)

La STC 59/2017 -ya lo sabemos- ha dejado en vigor los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL en las situaciones de existencia de incremento de valor del terreno onerosamente transmitido por el contribuyente, debiéndose entender, a la luz del fallo del pronunciamiento constitucional, que dicho incremento de valor debe corresponderse con una plusvalía real y efectiva, supuesto éste cuyo gravamen es el único que resulta compatible con el principio de capacidad económica (STC 59/2017, FJ 3). Y para acreditar la existencia o no de esa plusvalía real -ya lo hemos dicho también- tanto el contribuyente como la Administración habrán de acudir a los medios de prueba y, más genéricamente, a las reglas generales que en

relación con la prueba se contienen en la Sección 2ª del Capítulo II del Título III de la LGT (artículos 105 y siguientes)".

A la reproducción del fragmento de nuestra sentencia 1163/2018, de 9 de julio , debemos añadir que recientemente, en nuestra sentencia de 5 de febrero de 2019, que resuelve el recurso de casación núm. 4238/2017 , hemos respondido de forma más precisa a la cuestión acerca de si resulta procedente atribuir a la Administración la carga de la prueba de la existencia del hecho imponible o, por el contrario, le corresponde al sujeto pasivo, cuando alegue una minusvalía, aportar la prueba suficiente que permita concluir que el precio de la transmisión fue inferior al de la adquisición del bien" (F.D. 2º).

“Resolución de las cuestiones que el recurso suscita.

1. Consecuencia obligada de lo que acabamos de exponer es, en primer lugar, la estimación del recurso de casación y la revocación de la sentencia de instancia, porque, aunque declara que en los supuestos en los que no exista incremento del valor del inmueble puesto de manifiesto con la transmisión no es posible gravar con el IIVTNU, y "no pone en duda que la recurrente haya tenido pérdidas patrimoniales derivadas de la compraventa del terreno" (FJ 3º), desestimó el recurso jurisdiccional con fundamento en que, para que el obligado tributario acredite la inexistencia de plusvalía no es suficiente, como ha sucedido en este caso, aportar como indicio las escrituras de compra y venta, sino que es preciso una tasación pericial contradictoria.

Debe, pues, revocarse la sentencia en el particular expuesto en la medida en que, como hemos reflejado que declara nuestra sentencia de 9 de julio de 2018 , para acreditar que no ha existido la plusvalía gravada por el IIVTNU podrá el sujeto pasivo (a) ofrecer cualquier principio de prueba que al menos indiciariamente permita apreciarla, como es la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión que se refleja en las correspondientes escrituras públicas; (b) optar por una prueba pericial que confirme tales indicios; o, por último, (c) emplear cualquier otro medio probatorio ex artículo 106.1 LGT que ponga de manifiesto el decremento de valor del terreno transmitido y la consiguiente improcedencia de girar liquidación por el IIVTNU.

2. Derivado de la anterior, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat contra la sentencia de 22 de julio de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Barcelona , y confirmar dicha resolución judicial en cuanto que estima el recurso instado por HOSTING RESERVA, S.L. con base en que "en fecha 2/10/2006 la recurrente compró la finca de referencia en autos por la suma de 8.617.538,40 euros y en fecha 19/12/2013 procedió a su venta por importe de 3.500.000 euros", por lo que "el negocio de la venta le ha producido a la recurrente un quebranto por importe de 5.117.538,40 euros"; y "dado que no se ha constatado un aumento de valor de la finca sino todo lo contrario al aparecer perfectamente identificados los valores de transmisión del mismo (compra y venta respectivamente), resultando acreditada la disminución en términos reales del valor sufrido por aquel", puede

concluirse "que no concurre en el caso de autos el elemento esencial del hecho imponible, por lo que no puede surgir la obligación tributaria" (F.D. 2º).

En suma, el Juzgado fundamenta su decisión en un hecho evidente -además de no contradicho- que denota que con ocasión de la transmisión del inmueble la entidad HOSTING RESERVA, S.L. ha experimentó una clara, manifiesta y evidente minusvalía patrimonial que, dado todo lo que se ha razonado con anterioridad, en ningún caso podía dar lugar a la exacción del impuesto controvertido." (F.D. 3º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Aplicación del artículo 37.2 LIRPF/1998. Las ganancias patrimoniales no justificadas se integrarán en la base liquidable general del período impositivo respecto del que se descubran. Para que las ganancias patrimoniales no justificadas no se integren en la base liquidable general del período impositivo en que se descubran, basta, conforme al artículo 37.2, párrafo segundo, LIRPF/1998, con probar que se es titular o propietario de los bienes o derechos desde una fecha anterior a la del período de prescripción, sin que sea preciso además identificar la fuente u origen de la que proceden tales bienes o derechos.

STS (Sala 3ª) de 18 de marzo de 2019, rec. nº 6296/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8719185&statsQueryId=106015910&calledfrom=searchresults&links=impuestos%20Y%20TRIBUTOS&optimize=20190403&publicinterface=true>

“Criterios interpretativos sobre el artículo 37.2 LIRPF/1998.

1) De la literalidad del artículo 37.2, párrafo segundo, LIRPF/1998, se desprende que para imputar las aportaciones efectuadas a una cuenta corriente a un concreto período impositivo lo determinante es el momento en el que la Administración descubre las ganancias patrimoniales no justificadas, debiéndose imputar en la base liquidable general del período impositivo en el que afloran.

2) Para que las ganancias patrimoniales no justificadas no se integren en la base liquidable general del período impositivo en que se descubran, basta, conforme al artículo 37.2, párrafo segundo, LIRPF/1998, con probar que se es titular o propietario de los bienes o derechos -en este caso, del dinero aportado en las cuentas- desde una fecha anterior a la del período de prescripción, sin que sea preciso además identificar la fuente u origen de la que proceden tales bienes o derechos” (F.D. 3º).

“Resolución de las cuestiones que el recurso suscita.

1. Consecuencia obligada de lo que acabamos de exponer es, en primer lugar, la estimación del recurso de casación y la revocación de la sentencia de instancia en cuanto desestimó el recurso jurisdiccional al entender: (i) que a los efectos de

impedir la integración de las ganancias patrimoniales no justificadas en la base liquidable general del periodo impositivo en el que se descubran, no basta con probar la titularidad de los bienes o derechos correspondientes desde una fecha anterior a la del periodo de prescripción, sino que además es preciso acreditar la fuente u origen de la que aquellos proceden; y (ii) que la presentación de una declaración incompleta o inexacta puede servir de fundamento del tipo infractor del artículo 79.a) LGT/1963 y, a su vez, de la agravante de ocultación de datos regulada en el artículo 82.1.d) de la misma Ley .

2. Derivado de la anterior, y en la medida en que, como hemos expresado, la Sala de instancia no se pronuncia acerca de si entiende por acreditado con la documentación aportada por el recurrente que los fondos provienen de ejercicios prescritos, procede ordenar retrotraer las actuaciones al momento anterior a la sentencia impugnada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a fin de que éste, teniendo en cuenta exclusivamente, tal y como expresa el párrafo segundo del artículo 37.2 LIRPF/1998 , la titularidad de los bienes o derechos (las cantidades cargadas en la cuenta de titularidad del recurrente), se pronuncie sobre el particular.” (F.D. 4º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: IRPF: Interpretación del art. 6 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, modificado por la Disposición final quinta de la Ley 26/2015, de 28 de julio.

STS (Sala 3ª) de 25 de marzo de 2019, rec. nº 286/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8714351&statsQueryId=106024036&calledfrom=searchresults&links=&optimize=20190401&publicinterface=true>

“Llegamos a tal pronunciamiento por el conjunto de razones que exponemos en las letras que siguen:

A) El título de aquella Ley 26/2015, de 28 de julio -"Modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia"-, ha de ser tomado en consideración, y han de serlo, aún más, el tenor del párrafo primero de su Preámbulo y el del inciso final del párrafo de éste -incluido en su apartado VI- que se dedica a explicar la razón o causa de la Disposición final quinta, por la que modifica la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas . Ese párrafo primero dice así: " La Constitución Española establece en su artículo 39 la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos ". A su vez, aquel inciso final, que lo es de un párrafo transcrito en su totalidad en la letra C) del primero de estos fundamentos de derecho, es de este tenor: "[...] esta reforma pretende acomodarse a la situación efectiva de las familias numerosas y evitar una situación de discriminación entre los hermanos ".

B) Ciertamente es que el tenor literal -transcrito también en ese primer fundamento de derecho, aunque ahora en su letra B)- del art. 6 de la ley 40/2003, tras su modificación por la ley 26/2015, y en especial el de su párrafo primero, abona una interpretación como la que hace de un modo bien razonado la dirección letrada de la Junta de Andalucía, pero no ha de olvidarse, de entrada, que tanto el título del artículo como su párrafo primero siguen teniendo la misma redacción que tenían antes de la Ley 26/2015. Es pues el párrafo segundo de ese art. 6 el que introduce esta ley, siendo en él, sin olvidar el primero, en el que hemos de centrar el foco de nuestra atención. Además de esa primera llamada de atención, ha de tenerse en cuenta, como es sabido, que la interpretación de las normas jurídicas ha de atender, no sólo al sentido propio de sus palabras, sino también a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y fundamentalmente a su espíritu y finalidad (art. 3.1 del Código Civil).

C) Desde estas perspectivas, surge una primera reflexión anudada a las ideas de que la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE), y la asistencia de todo orden que los padres deben prestar a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (art. 39.3 CE), contempladas desde la composición de la unidad familiar hoy generalizada, que no deja de ser producto o consecuencia de la mayor intensidad de las diversas causas que no favorecen la natalidad ni, por ende, un desarrollo demográfico más acorde con el interés general, demandan una interpretación del ordenamiento jurídico en el que se intensifique aquello que quiere el art. 53.3 CE, esto es, que la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos informen el reconocimiento, el respeto y la protección de los "principios rectores de la política social y económica" (Capítulo tercero del Título primero de la Constitución, en el que se incluye aquel art. 39).

D) Pero también desde aquellas perspectivas, aunque atendiendo ahora y de modo muy especial a la finalidad expresa que resalta el Preámbulo de la Ley 26/2015 como pretensión de la reforma, cual es la de evitar una situación de discriminación entre los hermanos, surge una nueva reflexión que favorece en mayor medida la interpretación alcanzada por las sentencias del Juzgado y de la Sala.

Es así, en definitiva, porque la discriminación entre los hermanos, minorada desde luego si el título sigue en vigor mientras al menos uno de ellos reúna las condiciones requeridas en el art. 3 de la Ley 40/2003, se evita en mayor medida, incluso con plenitud, si todos los hermanos que contribuyeron a la obtención para la familia de la "categoría especial" siguen disfrutando en ella de los mismos beneficios que disfrutó el primero de ellos.

La expresión "el título seguirá en vigor" con que se inicia el párrafo añadido al art. 6 por la reforma de 2015, permite, al igual que entendieron aquellas sentencias, considerar que el título a que se refiere, esto es, el que sigue en vigor, es precisamente el ostentado antes de acaecer la circunstancia que dio lugar al litigio" (F.D. 5º).

“La interpretación que fija esta sentencia.

El párrafo segundo del art. 6 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, añadido por la Disposición final quinta de la Ley 26/2015, de 28 de julio, que "Modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", debe interpretarse en el sentido de que el Título de Familia Numerosa en la circunstancia a que se refiere ese párrafo sigue en vigor no sólo en su existencia sino, además, en la categoría que antes ostentara" (F.D. 6º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Extinción de condominio. Bien indivisible. Tributación por AJD. Base imponible.

STS (Sala 3ª) de 26 de marzo de 2019, rec. nº 5070/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8722369&statsQueryId=106015910&calledfrom=searchresults&links=impuestos%20Y%20TRIBUTOS&optimize=20190405&publicinterface=true>

“Contenido interpretativo de esta sentencia.

La cuestión con interés casación consiste en "determinar si la extinción de un condominio formalizada en escritura pública notarial, cuando se adjudica el bien inmueble sobre el que recae a uno de los condóminos, quien satisface en metálico a los demás el exceso de adjudicación, constituye una operación sujeta a transmisiones patrimoniales onerosas pero exenta o una operación no sujeta a esa modalidad y, por ende, si está no sujeta o está sujeta, respectivamente, a la modalidad gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados".

La respuesta que damos, en consonancia con lo expuesto, es que la extinción de un condominio, en el que se adjudica a uno de los condóminos un bien indivisible, que ya era titular dominical de una parte de este, a cambio de su equivalente en dinero, no está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas sino a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados" (F.D. 3º).

“Resolución de las pretensiones.

Aplicando el criterio expuesto y, poniéndolo en relación con las pretensiones de las partes, el recurso de casación ha de ser estimado puesto que la extinción del condominio mediante la adjudicación a dos de los condueños de la parte del bien inmueble que, en el 50 por 100 correspondía a otra condueña, a cambio de su equivalente en dinero, está sujeta a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados del ITPAJD en tanto en cuanto no está sujeta a la modalidad de transmisiones onerosas, puesto que tal operación no es una transmisión patrimonial en sentido propio sino pura y simplemente, una

especificación de un derecho preexistente, si bien debemos al mismo tiempo declarar que la pretensión de la Junta de Andalucía no puede estimarse en su totalidad puesto que la liquidación recurrida se giró sobre la totalidad del valor comprobado del bien, cuando, como se ha puesto de relieve, la liquidación debe girarse sobre el 50 por 100 de ese valor, dado que la base imponible es única y exclusivamente el valor de la parte que se adquiere *ex novo*” (F.D. 4º) [F.H.G.].

VII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

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: Para la renovación de una autorización de residencia por reagrupación familiar se han de tener en cuenta los recursos económicos del conjunto de la familia.

STS (Sala 3ª) de 18 de junio de 2018, rec. nº 308/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ba89f148945b0a18/20180710>

[Denegación de la renovación de la autorización de residencia de larga duración solicitada por el hijo del reagrupante. Falta de medios económicos. El cómputo de los ingresos incluye los del reagrupante y los del hijo mayor de edad que convive con la unidad familiar, siendo en su conjunto muy inferiores a los exigibles. Interpretación del art. 61.3 del Reglamento de Extranjería: la acreditación de la existencia de recursos económicos a que hace referencia el precepto, lo son del conjunto de la familia, y no sólo del reagrupante]. [A.O.G.].

Jurisprudencia: Arraigo familiar y computo del tiempo permanecido en España de extranjero que llegó siendo menor en unión de sus padres y hermanos con los que reside.

STS (Sala 3ª) de 3 de julio de 2018, rec. nº 1493/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/597746f7637709ef/20180725>

[Arraigo familiar o social que ostenta el extranjero que llegó a España, siendo menor, en unión de sus padres y hermanos, con los que reside. Cómputo -a efectos de apreciar existencia de arraigo- el tiempo permanecido en España incumpliendo decisiones firmes que obligan al extranjero concernido al abandono del territorio español. Si bien, ha de tomarse en consideración la vida familiar del extranjero como parámetro de referencia, sin embargo ello no es suficiente para evitar la expulsión acordada como consecuencia del incumplimiento de la obligación de abandonar el territorio nacional, surgida por haber sido denegada con anterioridad en sucesivas ocasiones la autorización de residencia. Es razonable la desigualdad de trato que pudiera resultar respecto de los menores de edad, que son objeto de un trato singular en el ordenamiento jurídico, de tal forma que en esos casos es plausible rebajar el cumplimiento de las exigencias en atención justamente a su situación; ello determina que se encuentre justificado que no pueda resultar enteramente equiparable dicha situación con los mayores de edad, a pesar de haber llegado a España siendo menores]. [A.O.G.].

Jurisprudencia: Deben acreditarse medios económicos suficientes para renovar la residencia temporal al extranjero tutelado que alcanza la mayoría de edad.

STS (Sala 3ª) de 9 de julio de 2018, rec. nº 2393/2017.

http://diariolaley.laley.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAEABXLSQ6CMBQF0L_pfb8mheVN4uKMxI086cU0Nq0paMLfo-MZTgxBrzcAXry0LdyXdY0l6xifzBv_jsvel3nY39TF0krHRykvvdx_DXLyjcfUQDp0EDcnWu1t49kSc7CqQ_3wAIY59YVnAAAAWKE

[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: la expulsión vía art. 57.2 LOEX se atenderá a la pena prevista en abstracto en el CP para el delito correspondiente.

STS (Sala 4ª) de 11 de junio de 2018, rec. nº 1202/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/c055752c365b5292/20180710>

[Interpretación art. 57.2 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que sanciona con la expulsión a los extranjeros que hubieran sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. El TS establece como doctrina que el precepto se refiere a la pena prevista en abstracto en el Código Penal para el delito correspondiente, si bien, sólo en aquellos supuestos en los que la totalidad de la pena establecida en el Código Penal sea “una pena privativa de libertad superior a un año”, excluyendo aquellos delitos en los que, con independencia del máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto, es de un año o menos]. [A.O.G].

Jurisprudencia: la sola existencia de algún antecedente penal determina la denegación de la solicitud de autorización de larga duración.

STS (Sala 4ª) de 5 de julio de 2018, rec. nº 3700/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/9c079ed104863dee/20180725>

[Autorización de residencia de larga duración. Denegación. La sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de larga duración, al constituir los mismos una amenaza real al orden público o la seguridad pública. No existe contradicción con el espíritu y finalidad de la Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración]. [A.O.G.].

Jurisprudencia: restitución de una menor a su país de origen, aunque no fue oída en el procedimiento por el órgano jurisdiccional de origen.

STS (Sala 1ª) de 19 de julio de 2018, rec. nº 4187/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/f596696bb8798290/20180727>

[Sustracción internacional de menores. Restitución. Hija menor de edad del demandante trasladada a España por la madre sin su conocimiento tras una crisis de pareja. Lugar de residencia de la menor en Hungría. Auto del Tribunal de Budapest que obliga a la demandada a devolver a la menor a dicho país y a escolarizarla. Falta de audiencia a la menor en el procedimiento por el órgano jurisdiccional húngaro, lo que no vulneró ningún principio esencial del Derecho

procesal español, como Estado miembro requerido. Resolución válida, ejecutiva y debidamente notificada a la demandada; resolución dictada por un Tribunal competente y que reúne los requisitos previstos en el Reglamento (CE) nº 2201/2003, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, para que proceda su ejecución]. [A.O.G.].

Jurisprudencia: exigencia de la acreditación de solvencia a la empresa que contrata al extranjero solicitante de residencia temporal por arraigo.

STS (Sala 3ª) de 8 de noviembre de 2018, rec. nº 1942/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/SentenciasDictadas/documento/TS/8580867/20181122>

[Interés casacional. Extranjeros. Residencia en España. Para la solicitud de permiso temporal de residencia por razones de arraigo es suficiente la aportación por el interesado de “un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año”. Ello no impide que la Administración, en la tramitación del procedimiento, pueda examinar la falta de viabilidad de la actividad empresarial en que se inserta el mencionado contrato, abriendo un periodo probatorio en que se puedan aportar pruebas para poder acreditarla. Interpretación de los arts. 64.3.e) y 124.2.b) del Reglamento de la Ley de Extranjería]. [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 3ª) 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 computo 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: Revocación de la concesión de la nacionalidad española por no poder jurar la Constitución al desconocer el idioma español.

SAN (Sala de lo Contencioso, Sección 6ª) de 23 de julio de 2018, rec. n° 487/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/d5a5c1c858a021a0/20180905>

[Nacionalidad española. Concesión a solicitante nacional de Marruecos. Infracción del art. 22.4 del CC, que exige como requisito para acceder a la nacionalidad española, el de suficiente grado de integración en la sociedad española del solicitante. Ha quedado acreditado el desconocimiento del idioma español por parte del interesado en el momento de efectuar el juramento de la Constitución. Según el TS, no existe integración por desconocimiento de aspectos esenciales de la sociedad española cuando se ha podido constatar un desconocimiento de la lengua española negándose que su limitado nivel académico fuera excusa suficiente para justificar tal ignorancia. El conocimiento adecuado del idioma español es un dato de singular relevancia a la hora de valorar el suficiente grado de integración en la sociedad, de tal forma que no parece que pueda lograrse satisfactoriamente tal integración por quien no conoce el medio de expresión utilizado por los miembros de la sociedad respecto de la cual se manifiesta la voluntad de ser nacional]. [A.O.G.].

Jurisprudencia: Derecho de dos ciudadanos venezolanos a permanecer en España por razones humanitarias

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8450797&links=Venezuela&optimize=20180717&publicinterface=true>

SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª) de 27 de septiembre de 2018, rec. n° 351/2017.

[Derecho de asilo. Condición de refugiado. Denegación del derecho de asilo o de la condición de refugiado. Si bien no se reconoce la condición de refugiados por no acreditarse la existencia de riesgo grave para su vida o integridad física en caso de devolución a su país de origen, concurren circunstancias excepcionales para justificar la autorización de permanencia en España por razones humanitarias]. [A.O.G.].

Jurisprudencia: denegación nacionalidad española por residencia a extranjero que desconocía cuestiones básicas de nuestra sociedad, como qué se celebra en Navidad.

SAN (Sección 6ª) de 11 de octubre de 2018, rec. nº 613/2017.

<http://diariolaley.laley.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzMjY3MDJRK0stKs7Mz7MNy0xPzStJBfEz0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1VKt8vOzbf1cgdoMzS3NzA1M440MDC0MjQwt1JzUhOLXBjLU0Tc1LzUhKLbEOKSIMBu5SsVWcAAAA=WKE>

[Nacionalidad. Adquisición por residencia. Denegación a nacional de Marruecos. No justifica suficiente grado de integración en la sociedad española. Las contestaciones a las preguntas formuladas en el examen de integración ponen de manifiesto su escaso interés por integrarse en la cultura de nuestro país. Declara que no ha leído ningún libro en español, pues sólo lee libros en árabe, y desconoce cuestiones que han de resultar básicas para quien pretende adquirir la nacionalidad española y ejercer los plenos derechos civiles que ello comporta, como el saber en qué Comunidad Autónoma vive]. [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 (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.].

Jurisprudencia: el juez español carece de competencia internacional para ejecutar su propia sentencia sobre petición de alimentos en un país extranjero.

SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 28 de febrero de 2018, rec. nº 1182/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8340213&links=Ecuador&optimize=20180406&publicinterface=true>

[Ejecución de sentencia. Sentencia de divorcio dictada en España. Inadmisión a trámite de la demanda que solicita el pago de alimentos al residente en Ecuador por incompetencia de los Tribunales españoles para ejecutar bienes en el extranjero. Ausencia de tratado ni de norma comunitaria para la ejecución de sentencias españolas cuando no hay bienes en España. Ecuador no ha firmado el Convenio de la Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenticias. Tal petición correspondería resolverla al juez ecuatoriano, y una eventual petición de ejecución de nuestra sentencia en aquel país requeriría formular una petición de exequatur. No tiene sentido una cooperación judicial para averiguar bienes susceptibles de embargo, porque, aunque se localizaran bienes en aquel país, el juez español carece de competencia internacional para ejecutar su propia sentencia en un país extranjero. Tal petición no estaría amparada competencialmente y sería de efectividad nula. Posibilidad de acudir al Convenio de Nueva York y ejecución por vía administrativa pero no por vía judicial] [A.O.G.].