

# PRAXIS JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES



Revista Semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano  
Número 12  
Agosto 2020

Revista Praxis Judicial de los Tribunales Españoles.

Edita: Instituto de derecho Iberoamericano.

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

Valencia, España. 46023.

ISSN 2386-9704

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

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

Director General:  
José Ramón de Verda y Beamonte  
[j.ramon.de-verda@uv.es](mailto:j.ramon.de-verda@uv.es)

© Derechos Reservados de los Autores

**DIRECTOR**

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

**SUBDIRECTOR**

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

**SECRETARÍA DE REDACCIÓN**

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO  
PROFESOR 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.B.B.: D. Álvaro Bueno Biot, doctorando en Derecho por la Universidad de Valencia.

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

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

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

F.H.G.: Dr. Fernando Hernández Guijarro, 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.

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

S.R.L.L.: 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. Responsabilidad Civil.....	6
2. Derecho de Familia.....	22
3. Obligaciones y Contratos.....	57
4. Derechos Reales.....	93
5. Derechos de la Persona.....	97
II. Derecho Mercantil.....	109
1. Derecho de Seguros.....	109
2. Derecho de Sociedades.....	113
3. Derecho Concursal.....	126
4. Contratación Mercantil.....	134
III. Derecho del Trabajo.....	136
IV. Derecho Penal.....	144
1. Parte General.....	144
2. Parte Especial.....	148
V. Derecho Administrativo.....	154
VI. Derecho Tributario.....	161
VII. Derecho Internacional Privado.....	168

## I. DERECHO CIVIL

### 1. RESPONSABILIDAD CIVIL

*Jurisprudencia: La fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, sólo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía. A tenor de lo expuesto la cuantía de la indemnización no es objeto de casación, como tal, solo puede serlo la base jurídica que da lugar al mismo.*

STS (Sala 1ª) de 16 de octubre de 2019, rec. nº 3458/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/bd863e9b18654593/20191028>

“(…) 1.-En el pleito de origen del presente recurso, el Real Automóvil Club de Valencia interpuso demanda de juicio ordinario contra el Real Automóvil Club de España.

En la demanda se solicitó por la parte actora que se declare que la parte demandada ha incumplido las obligaciones que para la misma derivaban del contrato de 2 de marzo de 1995 y sus anexos y que se condene a dicha parte demandada al cumplimiento del mencionado contrato y a la entrega anual a la actora de la suma de 334.980 euros, así como al pago de los gastos producidos.

2.- La parte demandada se opuso a la demanda, solicitando la absolución de las pretensiones en ella contenidas. Asimismo, formuló reconvencción solicitando la resolución del contrato de 2 de marzo de 1995 y sus anexos.

3.- La parte actora en su contestación a la reconvencción alegó la existencia de cosa juzgada, señaló que en el contrato de 2 de marzo de 1995 y sus anexos no se prevé la posibilidad de resolución por circunstancias sobrevenidas, introduciéndose cláusulas de estabilización para que ninguna de las partes pudieran utilizar la existencia de causas sobrevenidas y, con carácter subsidiario a la desestimación de la reconvencción, solicitó que se fijara la fecha de finalización del contrato la de 23 de diciembre 2023.

4.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda interpuesta por RACV, declarando que el RACE ha incumplido sus obligaciones, condenando a este último al cumplimiento del contrato, a que entregue anualmente al RACV la suma de 334.980 euros, más los gastos de agua, luz, teléfono, alquiler de local, garaje, gastos de comunidad y demás gastos habituales que tiene la oficina, a que se presten exclusivamente los servicios a los socios en la oficina del RACV, a que todos los complementos regalos, correspondencia a asociados, publicidad, guía,

revistas, captación de socios y cualquier otra comunicación lo sea bajo el anagrama RACE-RACV, a que en los boletines de inscripción de socios conste solamente el anagrama RACERACV y a que el carnet de identificación de los socios lleve solo el anagrama RACE-RACV. Asimismo estima parcialmente la reconvencción, declarando que el contrato de 2 de marzo de 1995 y sus anexos quedará resuelto por voluntad unilateral del RACE y extinguidos el 23 de diciembre de 2023, debiendo cumplir el RACE sus obligaciones hasta la referida fecha.

5.- Contra dicha resolución se interpusieron sendos recursos de apelación por ambas partes, los cuales fueron resueltos por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta, de fecha 18 de marzo de 2014. Dicha resolución desestimó ambos recursos confirmando lo dispuesto por la sentencia de primera instancia.

6.- Frente a esta sentencia, recurrió en casación la parte demandante, Real Automóvil Club de Valencia y en extraordinario por infracción procesal y casación, la parte demandada Real Automóvil Club de España.

Los recursos resultaron admitidos y la sala dictó sentencia 672/2016, de 16 de noviembre, cuya parte dispositiva es la que sigue:

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por RACV, contra la Sentencia dictada, con fecha 18 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Sexta), en el rollo de apelación n.º 625/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 2002/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Valencia.

2º.- Estimar parcialmente los recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por RACE contra la misma sentencia.

3º.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por RACE contra la sentencia del juzgado de primera instancia n.º 2 de Valencia el 24 de junio de 2013, sobre la solución escogida por ésta para indemnizar y, en consecuencia declarar resuelto el contrato de 2 de marzo de 1995 y sus anexos desde la fecha de interposición de la demanda reconvenccional, con devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia a los solos efectos de determinar y cuantificar los daños y perjuicios que el desistimiento ha ocasionado.

4º.- No se imponen al RACE las costas de los recursos, ni se le condena a las causadas en el recurso de apelación, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

5º.- Se impone al RACE las costas del recurso de casación, con pérdida del recurso constituido para recurrir.º

La sentencia, contiene la siguiente argumentación en el fundamento octavo, que resuelve el recurso de casación del RACE:

1.- Para la adecuada respuesta a su planteamiento se ha de tener en cuenta dos

decisiones resueltas por la sentencia recurrida. (i) Que no existe plazo de duración del contrato indefinido por el acuerdo transaccional de 23 de diciembre de 2003, sino que es de duración ilimitada, y por ende se admite el desistimiento sin justa causa, según ya se ha razonado extensamente en el recurso interpuesto por RACV. (ii) Que existen daños y perjuicios, pero que no puede acordar una reparación distinta a la de la sentencia de primera instancia (continuidad de la vigencia del contrato hasta el 23 de diciembre 2023) porque nadie le ha solicitado que se sustituya por una indemnización o por ‘reducir el indicado período de vigencia’.

2.- En relación con esto último que la parte recurrente RACE no lo solicite es natural por negar estar obligada a indemnizar, y que no lo solicite RACV como parte beneficiaria también, pues lo solicitó con carácter subsidiario a que se le fijase plazo al contrato hasta el 23 de diciembre de 2023. Quiérese decir que si ese plazo no se fija, conforme se ha razonado, se debe dar respuesta a la pretensión subsidiaria sobre daños y perjuicios postulada en la contestación a la reconvencción, sin que ello suponga "reformatio in peius" o ir contra la justicia rogada, ya que se trata sólo de modificar la opción indemnizatoria elegida por la sentencia de primera instancia, pero respetando sustancialmente la solicitud de la parte de ser indemnizada. Sería contrario a la tutela de lo interesado por ella de no ser así.

3.- Consecuencia de todo ello es que se confirme la sentencia recurrida en la resolución del contrato por desistimiento unilateral de la parte recurrente RACE, pero debiendo cuantificarse los daños y perjuicios. La única duda que se plantea es si la resolución ha de tener efecto desde el 1 de agosto de 2011 por estar anudada al preaviso de seis meses que se llevó a cabo por el burofax de 2 de febrero de 2011 o, si por el contrario, sus efectos serán desde el ejercicio de la acción judicial en la demanda reconvenccional. Si se tiene en cuenta que dentro del preaviso del burofax de 2 de febrero de 2011 no se incluye, de modo claro y diáfano, el desistimiento unilateral sin justa causa, así como que no medió resolución contractual extrajudicial por mutuo acuerdo entre las partes, se precisa el ejercicio de la acción judicial de desistimiento acomodada al instituto de la reconvencción, según prevé el artículo 406 LEC , y, en consecuencia, la resolución contractual, en la terminología de la parte, tendrá efecto desde la fecha de formalización de la demanda reconvenccional. Se considera, pues, resuelto el contrato en dicha fecha.’

7.- Devueltas las actuaciones a la audiencia, esta dictó nueva sentencia con fecha 30 de mayo de 2017, que constituye el objeto del presente recurso. En lo que aquí interesa, razona:

"[...] Es por con ello que consideramos ajustado, fijar, como perjuicio de RACV, los ingresos que dejará de percibir un como solicita la parte demandante en su segunda petición subsidiaria, en cuatro millones diecinueve mil setecientos sesenta euros.

Procede por consiguiente fijar en la cantidad en que se fija el perjuicio sufrido por RACV, debido al desistimiento unilateral y sin causa de la contraparte RACE, lo

que, con arreglo a los criterios que sienta la parte solicitante de la indemnización, de aplicar a cada año que restaba hasta la finalización prevista del contrato, el canon de 2011. Por ello, se fija la indemnización a cargo de RACE y en favor de RACV, en un total de cuatro millones diecinueve mil setecientos sesenta euros (4.019.760), cantidad que devengará el interés legal del dinero desde la fecha de 14 de mayo de 2012 (fecha en que se efectuó la petición de RACV folio 1425 tomo 2), incrementada en dos puntos desde la fecha de esta resolución, hasta su completo pago."

8.- Frente a esta sentencia, interpone recurso de casación y extraordinario por infracción procesal el RACE (...)" (F.D. 1º).

“(...) *Recurso de casación* (...).

3.- Motivo tercero

(i) La parte recurrente acota el motivo y lo contrae a un solo extremo, a saber, que de la cantidad que se concede como indemnización por lucro cesante, no se deducen los eventuales gastos asociados a los ingresos dejados de percibir. (ii) Como ha reiterado la sala (sentencias n.º 552/2014, de 17 de octubre; 29/2015, de 2 de febrero, y 123/2015, de 4 de marzo, entre otras) “[...] Es doctrina de esta Sala que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, sólo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía. A tenor de lo expuesto la cuantía de la indemnización no es objeto de casación, como tal, solo puede serlo la base jurídica que da lugar al mismo. Así lo declaran, entre otras, las sentencias de esta Sala núm. 290/2010, de 11 de mayo, y núm. 497/2012, de 2 de septiembre".

(iii) Si se aplica esta doctrina al caso de autos, se aprecia que la Audiencia, una vez desechada la modalidad indemnizatoria ya comentada sobre continuidad de la vigencia del contrato resuelto, entra, por decisión de esta sala, a determinar la indemnización de los daños y perjuicios, que era la segunda petición subsidiaria de la actora, al contestar a la reconvenición de la contraparte.

En principio, esta sala debía evitar la revisión del *quantum* indemnizatorio. No obstante, conviene detenerse en las bases que sirven de apoyo a la sentencia recurrida, y se aprecia que son las mismas que se tomaron en consideración por la sentencia de primera instancia, que ella hizo suyas y las sigue haciendo, a saber, la valoración de las pruebas periciales, que no han sido combatidas por el cauce procesal adecuado.

Sobre ello lleva a cabo su labor de ponderación y opta, entre los parámetros que se le plantean, sin que esa opción se pueda calificar de arbitraria o irrazonable. A través de este motivo del recurso de casación no puede pretenderse una revisión

de la prueba practicada, que constituye la base sobre la que el tribunal pondera la cuantificación de la indemnización. Es cierto que podría acudir a otra opción, pero debe respetarse la de la instancia al no apreciarse que sea ilógica o absurda. Por ello se desestima el motivo” (F.D.3º) [P.M.R.].

*Jurisprudencia: Fallecimiento de un menor en una piscina. Responsabilidad del socorrista: no procede si no queda acreditado un comportamiento culposo en su actuación. La actividad de un socorrista no se presta bajo un régimen de responsabilidad objetiva. La apreciación de la culpa es una cuestión jurídica, no fáctica. Criterios para apreciar responsabilidad por daños personales con ocasión del baño en piscinas.*

STS (Sala 1ª) de 17 de diciembre de 2019, rec. nº 1188/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a1a4d27e27f59e85/20200110>

“Resumen de los hechos relevantes A los efectos decisivos del presente recurso hemos de partir de los siguientes hechos: 1.- Entre las 19 y 20 horas del día (...), el menor, de seis años de edad, T. se encontraba en la compañía de su hermano, de siete años, su madre y otras personas allegadas, en la Urbanización (...), sita en la Avenida (...), de la ciudad de (...), haciendo uso de la piscina. 2.- Mientras la madre se encontraba temporalmente ausente del lugar, al haber subido a una de las viviendas de la urbanización, el niño quedó bajo el cuidado de la pareja de aquella. 3.- T. se hundió en el agua, siendo alertada la socorrista, por un vecino que se encontraba asomado a la ventana, ante lo cual, de forma inmediata, se lanzó al agua, rescatando al niño, con la ayuda del padre de la pareja de la progenitora del menor, comenzando las operaciones de reanimación, en cuyo curso la socorrista fue ayudada por un vecino médico de la urbanización. Posteriormente, se personaron en el lugar dos miembros de una unidad de SAMU, que trasladaron al niño al Hospital, donde ingresó con parada respiratoria, certificando la muerte a las 21.25 horas del mismo día de los hechos. 4.- La sumersión del niño en el agua se produjo sin aspavientos ni gritos de socorro. Es posible que hubiera sufrido un desvanecimiento, al entrar en contacto con el agua, y que, en plena inconsciencia, se hubiera hundido al fondo de la piscina, sin que los bañistas se dieran cuenta inicialmente de tal circunstancia. 5.- Los abuelos maternos del menor, que tenían al niño bajo régimen de acogimiento, presentaron demanda contra la socorrista y la empresa para la que prestaba sus servicios, contra la comunidad de propietarios de la urbanización, así como las respectivas compañías de seguro. 6.- Seguido el juicio, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia (...) de (...), que desestimó la demanda. Contra la referida resolución judicial se interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por sentencia dictada por la sección (...) de la Audiencia Provincial de dicha ciudad, que igualmente ratificó el criterio del Juzgado, al no apreciar ambas resoluciones causas para la imputación jurídica del daño a conducta culposa de las codemandadas. No obstante, la sentencia del tribunal provincial contó con un voto particular. 7.- Contra la sentencia de la

Audiencia se formuló por los demandantes el oportuno recurso de casación, cuestionando la absolución de la socorrista, de la empresa para la que trabajaba, así como de la compañía de seguros de ésta última, siendo firme, en consecuencia, la absolución de la comunidad de vecinos y su aseguradora” (F.D. 1º).

“Recurso de casación El recurso de casación se fundamentó en la existencia de interés casacional, de la manera siguiente: 1.- Infracción del art. 1902 del CC, sobre responsabilidad extracontractual directa de la socorrista, y art. 1903 del CC, concerniente a la responsabilidad por hecho ajeno de la empresa para la que trabajaba dicha demandada. 2.- Por infracción de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo sobre responsabilidad extracontractual, con cita de la oportuna doctrina de esta Sala sobre accidentes en piscinas. Al oponerse al recurso de casación, la parte demandada consideró concurrían motivos de inadmisión del recurso interpuesto, al entender que el trance adecuado, por el que debió ser formulada la impugnación de la sentencia de la Audiencia, era a través del recurso extraordinario por infracción procesal, así como por inexistencia de interés casacional, al no haber sido demostrado por la parte recurrente. No podemos admitir dichos obstáculos para la admisibilidad del recurso interpuesto. En primer término, señalar que, al no ser el recurso de casación una tercera instancia, su resolución exige un escrupuloso respeto a los hechos declarados probados por la Audiencia, máxime al no haber sido impugnados por la vía excepcional del art. 469.1.4 LEC, por vulneración del art. 24.1 CE y considerar lesionado el canon de la racionalidad en la valoración probatoria (SSTS 772/2008, de 21 de julio, 370/2016, de 3 de junio, 127/2017, de 24 de febrero y 471/2018, de 19 de julio). En segundo lugar, determinar la contradicción de la sentencia de la Audiencia con la doctrina de este tribunal es cuestión de derecho sustantivo, en cuya decisión cabe verificar y formar un juicio de imputación distinto del llevado a efecto por las sentencias de primera y segunda instancia. Es reiterado criterio de este tribunal el que viene manteniendo que la apreciación de la culpa es una cuestión jurídica no fáctica (SSTS 967/2002, de 21 de octubre; 772/2008, de 21 de julio; 247/2014, de 19 de mayo; 185/2016; de 18 de marzo, 370/2016, de 3 de junio, 718/2018, de 19 de diciembre) y también lo es el juicio de valor mediante el que se determina si el resultado producido es imputable al demandado (STS 718/2018, de 19 de diciembre)” (F.D. 2º).

“Sobre la responsabilidad civil de la demandada La estimación del recurso interpuesto exigiría apreciar un comportamiento culposo en la actuación de la socorrista, que trabajaba en la piscina el día en que se produjo la muerte del menor; toda vez que la obligación de reparar el daño, que impone el art. 1902 del CC, se fundamenta en la omisión de la diligencia debida. La actividad de la demandada, como socorrista, no se presta bajo un régimen de responsabilidad objetiva, de manera tal que deba hacerse cargo de todos los daños generados en el círculo espacio-temporal en el que desempeña sus servicios. La jurisprudencia no ha declarado, como tampoco podía hacerlo, que los socorristas deban responder de todos los eventos dañosos que se produzcan en el ejercicio de sus funciones. Es preciso, para ello, que quepa hacerles un reproche culpabilístico, cuya carga de la prueba corresponde a quien demanda. Es decir, que la estimación de la acción

deducida exige que el daño sea imputable jurídicamente a una acción u omisión de la demandada, interviniendo dolo, absolutamente descartado en este caso, o culpa, por infracción de un deber de diligencia que le era exigible. La STS 185/2016, de 18 de marzo, con cita de reiterada jurisprudencia, nos enseña al respecto que: “[...] El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa -demostración de que ‘faltaba algo por prevenir’-, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC. ‘La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado ‘reproche culpabilístico.’ La precitada STS 185/2016, igualmente concluye que el carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar la carga de probar la falta de culpa, mientras que, para el resto de actividades, rige el art. 217 LEC, y, por lo tanto, corresponde al dañado la carga de la prueba de la culpa. Por su parte, la STS 747/2008, de 30 de julio, señala que ‘en general, el baño en una piscina pública no constituye una situación de riesgo’. No nos hallamos por consiguiente ante una actividad generadora de anómalos o excepcionales peligros, sin perjuicio de que deban ser prevenidos los riesgos propios, que implica el disfrute de dicha actividad de ocio. Como señala, por su parte, la STS 210/2010, de 5 abril, cuya doctrina reproduce la STS 299/2018, de 24 de mayo: “La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC (SSTS 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006) y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 marzo de 2006)” (F.D. 3º).

“Desestimación del recurso de casación interpuesto Bajo las premisas expuestas analizaremos las circunstancias fácticas del caso objeto de este recurso, con respeto a la valoración probatoria llevada a efecto por la Audiencia, de la que resulta que la socorrista se encontraba en el lugar de trabajo, dando una vuelta por los alrededores de la pileta destinada a piscina. Se descartó el incumplimiento de la normativa administrativa sobre el número necesario de socorristas. El menor había quedado bajo el cuidado de una persona mayor, su madre se había ausentado temporalmente al hallarse en una vivienda de la urbanización. No existía prueba constatada de que el niño previamente se hallase solo, en situación de peligro, de manera que debiera llamar la atención de la demandada. Lejos de

ello, la sentencia de la Audiencia declara que ‘la introducción de T. en la piscina de adultos no debió alertar a la socorrista porque, según las pruebas practicadas, estaba con el padre de la pareja de Doña T. o próximo a él’. El menor se hunde en el agua, como señala la sentencia recurrida, sin aspavientos ni gritos de socorro. Ninguno de los bañistas que estaban próximos a él se dio cuenta de esta circunstancia. Un vecino, desde el balcón de una de las viviendas, ve al niño debajo del agua, alertando de tal circunstancia, momento en el cual la demandada se lanza inmediatamente al agua y ayudado por dicho guardador de hecho, lo rescatan, practicando inmediatamente la reanimación cardiopulmonar, alertando a una ambulancia que se traslada al lugar. Nada se dice sobre el tiempo en que el menor pudo estar debajo del agua. La STS 612/2007, de 6 de junio, señala que: ‘[...] para apreciar responsabilidad en los casos de daños personales con ocasión de bañarse en una piscina ‘es preciso o bien que los vigilantes no se hallen en el lugar del accidente (STS de 14 de junio de 1984) o que no exista personal adecuado de vigilancia (STS de 23 de noviembre de 1982) o que el propietario de la piscina no haya cumplido las exigencias administrativas que determinan la autorización de la apertura (STS de 10 de abril de 1988) o que se creen riesgos que agraven los inherentes al uso de una piscina (STS de 23 de febrero de 1995) o cualquier otro análogo que permita fundar el reproche culpabilístico’ (STS 2-9-97 en recurso nº 2043/93, cuya doctrina se reproduce por la STS 14-11-02 en recurso nº 1162/97)’. Ninguna de estas circunstancias concurre. La conducta de la demandada hallándose presente en el entorno de la piscina, sin la constatación previa de ninguna situación de peligro, que debiera ser prevenida, y reaccionando inmediatamente ante el suceso acaecido, sin creación de una situación adicional de peligro por su parte, por incumplimiento de los deberes de diligencia que le incumbían, no permite realizarle un juicio de imputación jurídica del resultado producido, por lo que el criterio de los tribunales de primera y segunda instancia deber ser ratificado, y, por ende, el recurso interpuesto desestimado” (F.D. 4º) [E.A.P.].

*Jurisprudencia: Responsabilidad civil del Notario. Ausencia de un régimen específico regulador de la responsabilidad de los Notarios: aplicación de las reglas generales de responsabilidad contractual y extracontractual. Responsabilidad por culpa. La diligencia exigible es la de un profesional que ostenta la fe pública notarial. Deber de identificación del Notario, que debe dar fe del conocimiento o de la identidad de los otorgantes mediante la emisión de un diligente juicio de identidad. Falta de diligencia: identificación de una persona a través de una fotocopia del DNI. ... .*

STS (Sala 1ª) de 18 de diciembre de 2019, rec. nº 3514/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0d9b3341c1ee95db/20200108>

“Relación de antecedentes 1.- D. M., padre de los actores, era dueño de una finca sita en (...), descrita como urbana, número NUM000 del bloque número NUM001 del conjunto en construcción denominado Residencial

DIRECCION000, NUM002 fase, hoy CALLE000 n° NUM003, que le pertenecía en pleno dominio, con carácter privativo, por título de liquidación de sociedad legal de gananciales, conforme a la escritura pública de (...), ante el Notario de (...) Sr. (...), n° (...) de su protocolo. 2.- Persona, cuya identidad no se pudo determinar, compareció, con un documento de identidad falso, a nombre del propietario de dicho inmueble D. M., que fue escaneado en la Notaría, con la documentación consiguiente para proceder a la venta de dicho inmueble. 3.- Tras demorarse la operación, por la necesidad de acreditar la cancelación de la carga que pesaba sobre la precitada finca, el (...) de 2012, el demandado D. C., en su condición de notario de (...), autorizó la correspondiente escritura pública de compraventa de dicho inmueble, n° NUM004 de su protocolo, identificando al vendedor, que resultó no ser el verdadero D. M., a través de una fotocopia de D.N.I. y una justificación de la denuncia presentada el mismo día (...) de 2012, ante la Policía, conforme a la cual el vendedor había extraviado el original del D.N.I, el día anterior, (...). En la escritura pública consta con respecto a comprador y vendedor que: 'Los identifiqué conforme al art. 23, apartado C. de la Ley del Notariado, por sus reseñados documentos de identidad'. 4.- En la denuncia policial se hace referencia como documentos expedidos: "DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD, nación España, numero NUM006, expedido a nombre de M., fecha de nacimiento NUM005/1952, fecha de expedición (...), fecha de caducidad (...)', datos que corresponden con el D.N.I. original del verdadero D. M. En la fotocopia aportada al otorgamiento de la escritura de compraventa figuraban dichos datos, pero EXPED. (...) VAL (...). 5.- Alertado por un conocido, titular de una vivienda vecina, de que su piso estaba ocupado, el verdadero dueño del inmueble se enteró de lo sucedido, presentado querrela criminal contra la que había sido su pareja D.<sup>a</sup> M., durante más de diez años, y contra otras dos personas, por falsedad, estafa y usurpación de estado civil, dando lugar a las diligencias previas (...), del Juzgado de Instrucción núm. (...) de (...). 6.- Por auto de (...), dictado por el precitado Juzgado se acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones con respecto a los otros dos querrellados, continuándose el procedimiento contra D.<sup>a</sup> M., manteniendo vigente la orden de averiguación de su paradero. 7.- Presentada demanda en reclamación de responsabilidad civil del notario autorizante, por incumplimiento de su obligación de identificación, se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. (...) de (...), que estimó parcialmente la demanda, en cuantía de 65.450 euros, de los que 10.000 euros lo fueron en concepto de daños morales. 8.- Interpuesto recurso de apelación, se dictó sentencia por parte de la sección (...) de la Audiencia Provincial de (...), que revocó la sentencia del Juzgado absolviendo al demandado. La Audiencia razonó, en síntesis, que es cierto que no es habitual que una persona comparezca a otorgar un contrato, ante notario, sin D.N.I. original, sino con una fotocopia del mismo, no obstante el original falso había sido exhibido en la notaría en dos ocasiones anteriores en que compareció el vendedor suplantador y había sido fotocopiado en la notaría, luego no basta afirmar que el notario autorizó la compraventa con una fotocopia. Incluso, se argumenta, de haber acudido ante el Notario, con el D.N.I. original falso, éste no hubiera podido advertir dicha anomalía. 9.- Contra dicha sentencia se interpuso

por los demandantes el presente recurso de casación” (F.D. 1º).

“Motivos del recurso de casación interpuesto El recurso de casación se fundamenta en la vulneración de lo dispuesto en los arts. 1902 del CC y 23 c) de la Ley del Notariado y jurisprudencia de esta Sala constituida por las SSTS 75/2000, de 5 de febrero y 1172/1998, de 2 de diciembre, sobre el deber de identificación de los notarios. La parte recurrida sostiene que la doctrina de dichas resoluciones no guarda relación con la sentencia recurrida dictada por la Audiencia, criterio que no compartimos, en tanto en cuanto se refieren al deber notarial de identificación y la imposibilidad de hacerlo con base a identificaciones llevadas a efecto en actos jurídicos anteriores en los términos que se dirán. Por otra parte, como señala la STS 2/2017, de 17 de enero: ‘[...] tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia’. En el mismo sentido, entre otras, las SSTS 351/2015, de 15 de junio; 550/2015, de 13 de octubre; 577/2015, de 5 de noviembre; 188/2016, de 18 de marzo; 331/2016, de 19 de mayo; 667/2016, de 14 de noviembre; 579/2016, de 30 de septiembre; 727/2016, de 19 de diciembre; 2/2017, de 10 de enero y 243/2019, de 24 de abril” (F.D. 2º).

“Sobre la responsabilidad civil de los notarios No contamos en nuestro derecho con unas concretas disposiciones legales, que regulen la responsabilidad civil de los notarios como profesionales del derecho y titulares de funciones públicas. Sí existen manifestaciones normativas en diferentes textos legales que se refieren a determinados supuestos fuentes de dicha responsabilidad, como por ejemplo los arts. 705 y 715 del CC, 22 de la Ley Hipotecaria o 23 de la Ley Orgánica del Notariado (en adelante LN). Más concretamente, el art. 146 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (en adelante RN), dispone que: ‘El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados’. Esta ausencia de un régimen específico, que regule la responsabilidad de los notarios, determina que sean de aplicación las reglas generales de la responsabilidad contractual (art. 1101 CC) y extracontractual (arts. 1902 y 1903 del CC). Los requisitos para que nazca la obligación del notario de indemnizar los daños y perjuicios irrogados a los otorgantes o a terceros, por actos jurídicamente imputables a su actuación profesional, son los propios de una

responsabilidad civil: a) una acción u omisión por parte del notario; b) la concurrencia de dolo, culpa o ignorancia inexcusable, en el desempeño de las funciones propias de su cargo, y, entre ellas, las derivadas del ejercicio de la fe pública notarial, que ostenta con independencia y autonomía. El nivel de diligencia exigible no es el propio de un buen padre de familia, de un hombre normal y prudente, sino el correspondiente a una diligencia profesional, en el sentido de especial, cualificada e intensa. En cualquier caso, no nos encontramos ante una manifestación de responsabilidad objetiva, sino que su apreciación requiere la imputación del daño mediante un reproche jurídico culpabilístico. c) el daño, como presupuesto ineludible de toda responsabilidad civil; y d) el correspondiente nexo causal entre la acción u omisión del notario interviniente y el resultado dañoso producido. La responsabilidad civil del notario no se construye pues bajo fórmulas de responsabilidad objetiva, que discurren al margen de la concurrencia del elemento subjetivo de la culpa en la génesis del daño. En este sentido, la STS 803/2011, de 9 de marzo de 2012, señala que: ‘El artículo 146 RN establece una norma de imputación subjetiva de la responsabilidad que exige determinar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la actuación de los notarios se desarrolló dentro de los parámetros razonables de la diligencia exigible, teniendo en cuenta el especial grado de diligencia que se impone a los notarios en el ejercicio de sus funciones, dada su alta cualificación profesional, en una sociedad en la que es notorio el incremento de la complejidad y proliferación de las actuaciones jurídicas (STS 5 de febrero de 2000, RC n.º 1425/1995) y el grado de previsibilidad que la situación producida presentaba (SSTS 26 de octubre de 2005, RC n.º 889/1999)’. De la misma manera, recientemente se expresa la STS 718/2018, de 19 de diciembre, cuando señala que: ‘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’. Es evidente, por lo tanto, que la responsabilidad civil del notario no surge por el simple hecho de haberse producido un resultado dañoso derivado de la autorización de una escritura pública, sino que sólo nace cuando se le pueda imputar jurídicamente el daño causado a consecuencia de la inobservancia de la diligencia que rige su actuación profesional y que le era exigible según las circunstancias del caso. El art. 1902 del CC exige la concurrencia de culpa, cuya apreciación requiere una valoración negativa entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento jurídico, al apartarse aquél de los cánones o estándares de pericia y diligencia que era necesario observar, que no son además los genéricos del hombre razonable y prudente, sino los propios del profesional que ostenta la fe pública notarial” (F.D. 3º).

“Sobre el juicio notarial de identidad de los comparecientes Una de las principales responsabilidades que competen al notario son las derivadas del ejercicio de la fe pública, que tiene y ampara un doble contenido, como señala el art. 1 de la LN: a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos; y b) En la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes. El art. 319.1 de la LEC atribuye a la escritura pública la

condición de hacer prueba plena de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella. Por su parte, el art. 1218 del CC señala que los documentos públicos también harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros. La actividad del notario se justifica plenamente por la creación de un documento, de especial valor en el tráfico jurídico, como es el instrumento público, que redacta -salvo minuta aportada por los comparecientes-, autoriza, conserva y expide copias auténticas del mismo. El notario lleva pues a efecto una trascendente actividad documentadora, que posibilita la certeza y certidumbre que el hombre requiere en sus relaciones jurídicas, interviniendo como un tercero imparcial al que el Estado le atribuye la fe pública. A través del ejercicio de la fe pública, el notario aporta al sistema la necesaria seguridad jurídica, garantizando la autenticidad de los actos autorizados, desempeñando una importante función de naturaleza preventiva. Comprende, como es natural, la identificación de los comparecientes, toda vez que el instrumento público no puede cumplir sus fines salvo que acredite quienes son las personas que conciertan los actos jurídicos documentados. A partir de ese momento, ya no es preciso llevar a efecto sucesivas identificaciones de los intervinientes en el instrumento público al introducirse en el tráfico jurídico desplegando su eficacia identificadora. De ahí, la importancia de observar rigurosamente las prevenciones legalmente exigidas, a los efectos de evitar, en la medida de lo posible, puesto que la certeza absoluta no es viable, suplantaciones de personalidad, por los funestos resultados que genera en la seguridad jurídica, con obvias consecuencias perjudiciales para los propios otorgantes y terceros, fácilmente representables y máxime a profesionales cualificados como son los notarios. No es de extrañar entonces que, desde el derecho histórico, se exija a los fedatarios públicos proceder a la identificación de los comparecientes. Encontramos manifestaciones al respecto en el Fuero Real, cuando imponía a los escribanos la prohibición de hacer carta entre ningunos omes a menos de conocerlos a ellos o a los testigos. Las Partidas obligaban igualmente a los escribanos a trabajarse de conocer a los hombres a quienes hacían cartas. Y exigencias similares se contenían en la Pragmática de Alcalá de 1503. El art. art 23 LN exige que los notarios den fe, en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran, de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos, dentro de los cuales figura expresamente contemplado, en su apartado c): ‘la referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas’. A nivel reglamentario son varios los preceptos que exigen del notario llevar efecto el denominado juicio de identidad. De esta manera, como obligación norma el art. 145 del RN, que ‘la autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes’. Como forma de acreditación, el art. 161 del RN establece que ‘respecto de españoles la nacionalidad y su identidad se acreditarán por el pasaporte o el documento nacional de identidad’, y añade además ‘en todo caso, el documento utilizado deberá contener fotografía y firma del otorgante’. Como requisito del instrumento público, el art. 156.5º RN exige que la

comparecencia de toda escritura contendrá: ‘la indicación de los documentos de identificación de los comparecientes a salvo lo dispuesto en el artículo 163, igualmente se deberá hacer constar el número de identificación fiscal cuando así lo disponga la normativa tributaria’. Como manera de acreditar la identidad de los comparecientes, el art. 187 RN señala que la misma ‘podrá constar al Notario directamente o acreditarse por cualquiera de los medios supletorios previstos en el artículo 23 de la Ley’. La Dirección General de Registros ha puesto de relieve, de forma reiterada, que en nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (RDGRN de 2 de octubre de 2003, 26 de marzo de 2004, 5 de junio de 2007, 18 de octubre de 2010, 17 de agosto de 2011 y 21 de marzo de 2016), así como advierte, por todas la RDGRN de 15 de febrero de 2017, la importancia que tiene que el notario asuma la obligación de proceder diligentemente a la correcta identificación de los otorgantes, en los términos siguientes: ‘Por el valor que la ley atribuye al instrumento público, es presupuesto básico para la eficacia de este la fijación con absoluta certeza de la identidad de los sujetos que intervienen, de modo que la autoría de las declaraciones contenidas en el instrumento quede establecida de forma auténtica, mediante la individualización de los otorgantes. Por ello, el artículo 23 de la Ley del Notariado, como requisito esencial de validez del instrumento público, impone al notario autorizante la obligación de dar fe de que conoce a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos’. Por consiguiente, el notario debe dar fe de conocimiento o dar fe de la identidad de los otorgantes (artículos 17 bis y 23 LN). Tal requisito del instrumento notarial no consiste en una afirmación absoluta de un hecho, sino en la emisión de un diligente juicio de identidad, consistente en la individualización de los comparecientes en los instrumentos públicos autorizados. Puede llevarse a efecto por conocimiento personal, es lo que se denomina ‘declaración por ciencia propia’; es decir, cuando el notario hace uso de conocimientos extradocumentales por mor de los cuales tiene la convicción racional de que la persona, que interviene en el documento autorizado, es la que afirma ser. O, también, por el método habitual de la identificación supletoria, mediante documentos u otros medios legalmente establecidos. En definitiva, lo que se pretende es conseguir que las declaraciones que contiene el instrumento queden establecidas de una forma auténtica, garantizando que provienen de las personas que comparecen a presencia notarial. El juicio notarial de identidad a través de la comparatio de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente como señala el art. 23 LN, deviene pues fundamental, tanto respecto a los propios comparecientes, que han de ser debidamente individualizados por el notario, como con relación a terceros, que pueden verse perjudicados por la introducción de un instrumento público irregular en el tráfico jurídico, con suplantación de la personalidad y atribución ilegítima de los derechos que dimanen del acto jurídico autorizado. La comprobación de la identidad de los comparecientes a través de sus D.N.I. está expresamente contemplada como un medio supletorio de identificación en el precitado art. 23 c) LN y disposiciones

reglamentarias citadas, dado el valor normativo que dicho documento ostenta para acreditarla, como así resulta del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, que establece, en su art. 1.2, que: ‘Dicho Documento tiene suficiente valor, por sí solo, para acreditar la identidad y los datos personales de su titular que en él se consignen, así como la nacionalidad española del mismo’. Por su parte, el art. 8.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, norma que: ‘Es el único documento con suficiente valor por sí solo para la acreditación, a todos los efectos, de la identidad y los datos personales de su titular’. En el mismo sentido, se expresaba el art. 9.1 de la derogada Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, vigente al desarrollarse los presentes hechos” (F.D. 4º).

“Inobservancia de la diligencia exigida por el demandado Los notarios son pues perfectamente conscientes de la confianza que la sociedad deposita en sus manos, en la función de proceder a la identificación de quienes comparecen para otorgar actos jurídicos, como igualmente lo son de la posibilidad de la suplantación de la personalidad de los otorgantes de los instrumentos públicos que autorizan, así como de la trascendencia y daño que causa la introducción de un documento falso en el tráfico jurídico; de ahí, el celo y diligencia reforzada que han de observar en la realización del juicio de identidad, sin que ello suponga la consagración de una suerte de responsabilidad objetiva, haciéndoles responder, en todo caso y más allá de la posibilidad de imputarles jurídicamente el daño causado, cuando una situación anómala de tal carácter se produce. Dicho de otra forma, la responsabilidad del notario es subjetiva, pero bajo las reglas de la diligencia profesional exigida para prevenir tales daños. Pues bien, en el contexto concurrente, no podemos compartir el criterio de la sentencia recurrida. En primer término, debemos señalar que es el notario el titular de la fe pública y no el oficial de la notaría, por lo que deviene irrelevante que se hubiera presentado, con la documentación requerida para preparar la escritura de compraventa, el D.N.I. original falso y que fuera escaneado por los empleados del demandado. Cuando el notario debe llevar a efecto la identificación de los comparecientes es precisamente en el momento de procederse al otorgamiento de la compraventa; pues bien, al autorizar dicho acto jurídico, el vendedor carecía del original del D.N.I., aportando una simple fotocopia, así como una denuncia policial de extravío de tan fundamental documento. Es obvio, que la identificación de una persona no se lleva a efecto a través de una fotocopia, que es fácilmente manipulable, sino a través del original del D.N.I., con lo que el notario debió acudir a los otros medios supletorios que le brindaba el art. 23 de la LN o negarse a autorizar la escritura, en tanto en cuanto no se aportase un duplicado del D.N.I. obtenido conforme al art. 8 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre. Tampoco consta en la redacción de la escritura que la identificación se llevara a efecto por medio de fotocopia del D.N.I., con denuncia policial de extravío del original, ni por conocimiento previo de la identidad del vendedor por parte del notario como permite el art. 23 LN, sino que, como señala el fedatario autorizante en la escritura litigiosa con referencia a los comparecientes que: ‘Los identifiqué

conforme al art. 23, apartado C. de la Ley del Notariado, por sus reseñados documentos de identidad'. Tampoco es admisible intentar justificar la identidad a través de la aportación de un documento relativo al número de la seguridad social de D. M., pues la identificación requiere comprobación con fotografía y firma, que no aparece en dicho documento, que tampoco es el que tiene fuerza normativa para demostrar la identidad de las personas como sí lo ostenta el D.N.I. Es más, en las concretas circunstancias concurrentes, debió incrementar su celo, y si para ello hubiera comprobado los datos reales del D.N.I., que figuran en la denuncia de extravío formulada por el suplantador ante la comisaría de policía, con los de la fotocopia del D.N.I. falso aportado, se vería que no coincidían, en cuanto a su fecha de su expedición y vigencia, máxime cuando se presiona al notario con la circunstancia de que el vendedor está ingresado en un Hospital y que, al día siguiente, lo van a operar como resulta de la contestación de la demanda. En el caso enjuiciado en la STS 1172/1998, de 2 de diciembre, el notario autorizante consideró que, al haber identificado previamente a la compareciente por medio de un D.N.I., días antes de la autorización del documento con suplantación de la personalidad, ya podía hacer constar en éste que conocía a la otorgante, sin acudir por lo tanto a los medios supletorios del art. 23 LN, lo que se niega en dicha resolución cuando señala: 'Así las cosas, debe ponderarse cuál es el sentido que se ha de dar a la 'fe de conocimiento' de 'las partes' intervinientes en los documentos notariales, por cuanto que, en el caso, lo que el recurrente sostiene es que la identificación, días antes, de la compareciente falsaria, por medio del documento de identidad, suponía ya que aquella identificación previa se transformaba, para el acto del otorgamiento del documento en conocimiento directo, liberándole de consignar las constancias exigidas, cuando se emplea otro modo de aseguramiento de la identidad, concretamente la identificación mediante el carnet de identidad. Tal interpretación pugna, sin duda, con el recto sentido del precepto ya que se eludiría el cumplimiento de aquellas constancias, con tal modo de identificación informal previa. Conocer, no significa, en la acepción que se considera, que el Notario haya visto una vez a una persona y le haya solicitado su carnet de identidad, sino que, por habitualidad, en el trato (v.g. cliente de la Notaría) u otras razones, notoriedad de la persona, no puede ofrecer a éste dudas, según el común de la experiencia, la identidad de esta. Es decir, entraña un 'reconocimiento' de la persona lo cual exige un previo conocimiento. Por ello, conforme establece la sentencia de instancia 'parece razonable entender que, dadas las circunstancias, el apelado, puesto que no existía el conocimiento personal de la compareciente, hubiese consignado el conocimiento supletorio al que se refiere el artículo 23 c) de la referida Ley del Notariado, respondiendo, por consiguiente, como se establece en el segundo párrafo de dicho apartado, 'de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente'. No lo hizo así, y dio fe del conocimiento personal de la compareciente, lo que, con palmaria evidencia, facilitó objetivamente (aún, por supuesto, sin asomo alguno de intencionalidad o dolo civil por parte del apelado) las intenciones delictivas de aquella. En definitiva, el notario no procedió con la diligencia profesional exigible, en términos de normalidad, para garantizar la

identidad de la compareciente, previniendo las siempre posibles suplantaciones. La propia Dirección General de los Registros y del Notariado, se ve en la obligación de ‘recordar a este Notario la obligación de extremar su celo en la narración documental del medio de identificación utilizado a fin de que la manera en que se ha formado su juicio de identidad quede lo más fiel y correctamente expresado posible’. En el caso contemplado en la STS 75/2000, de 5 de febrero, igualmente el acto jurídico autorizado con suplantación de personalidad se llevó a efecto con base a otro acto jurídico previamente efectuado, con conocimiento arrastrado que era equivocado por falso, señalando al respecto que: ‘El Notario tiene la ineludible obligación de identificar a los otorgantes o de asegurarse de su conocimiento por los medios complementarios legales, y de este modo no se le exime de ponderar y valorar en cada actuación todos los elementos identificadores que puedan tenerse en cuenta, lo que no se compagina con el automatismo y rutina profesional y dar por buena una identificación posterior en base a otra anterior, como aquí ha sucedido, cuando aquella no responde a conocimiento directo y si emplea los medios supletorios lo es bajo su responsabilidad [...] Con este modo de actuar el fedatario no procedió con la diligencia exigible en términos de normalidad para garantizar la identidad del otorgante y evitar las posibles suplantaciones de personalidad que impone extremar el celo en llevar a cabo cuantas comprobaciones autorizadas sean necesarias y así ha tenido ocasión de declararlo recientemente esta Sala en un caso con coincidencias como el que nos ocupa - Sentencia de dos de Diciembre de 1.998-’. En las circunstancias expuestas, se debió demorar la autorización del instrumento público a la aportación de un duplicado, obtenido de la forma indicada en el art. 8 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, que exige tomar las impresiones dactilares del suplantador para obtenerlo, que sería de esta forma descubierto, quedando además identificado por sus huellas, de manera que lo más probable es que no asumiera dichos riesgos, por lo que, al menos, por el momento, quedaría frustrada su intención criminal. El duplicado del D.N.I. no sería expedido y la trama urdida fracasaría. Existe pues la relación de causalidad exigida” (F.D. 5º).

“Sentencia de casación. Pues bien, con base en el conjunto argumental antes expuesto, el recurso debe ser estimado, toda vez que el notario no actuó con la diligencia debida, al llevar a efecto el juicio de identidad, sin haber observado lo dispuesto en el art. 23 LN, por lo que le podemos imputar jurídicamente el resultado dañoso sufrido por la parte demandante, naciendo, en consecuencia, su obligación de resarcimiento del daño causado. Por todo ello, procede condenar al notario a indemnizar con el valor del inmueble fraudulentamente enajenado tasado pericialmente, tal y como se hizo por el Juzgado, sin que obre en autos otro antagónico que lo cuestione; pero sin adicionar los 10.000 euros por daños morales, cuestionados por la parte demandada, toda vez que la indemnización fijada por el Juzgado, por tal concepto, lo ha sido con el argumento de que los actores vieron frustrada la voluntad testamentaria de su padre, al instituirles herederos de sus bienes, por la venta fraudulenta. Es cierto que el daño moral es susceptible de ser indemnizado; pero en este concreto caso no resulta de los datos de carácter fáctico que refiere la sentencia del Juzgado, toda vez que de los mismos no cabe apreciar una especial situación de molestia, disgusto, aflicción o

perturbación sufrida por los actores más allá del perjuicio patrimonial causado por no llevarse a efecto la voluntad testamentaria de su padre de transmitirles dicho inmueble, que desde luego no exterioriza la sentencia del Juzgado” (F.D. 6º) [E.A.P.].

## 2. DERECHO DE FAMILIA

*Jurisprudencia: Comunidad postganancial: validez y eficacia frente a los herederos del arrendamiento con opción de compra sobre fincas gananciales realizado por uno solo de los cónyuges y mala fe de la viuda que durante años percibió las rentas.*

STS (Sala 1ª) de 17 de septiembre de 2019, rec. nº 3591/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a44f36137b52008e/20191002>

“El presente litigio versa sobre la eficacia de los contratos celebrados por uno solo de los esposos sobre bienes de la comunidad postganancial.

(...) Por lo que importa a efectos de este recurso, el juzgado desestima la demanda, estima la reconvenición formulada por los demandados y declara la nulidad del contrato por lo que se refiere a las fincas gananciales y la nulidad de la estipulación relativa a la opción de compra que afecta a todas las fincas.

La decisión del juzgado se basó, en síntesis, en el siguiente razonamiento. La opción de compra comporta un acto dispositivo sobre bienes pertenecientes a la sociedad postganancial que fue realizado sin consentimiento del otro titular y, por tanto, es nulo y no es susceptible de convalidación por los actos propios de los demandados.

La Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por el arrendatario demandante y estima la pretensión de elevación a público de la opción de compra.

La Audiencia, que califica de impecable el análisis técnico jurídico realizado por la sentencia de primera instancia, considera, sin embargo, que no puede ser confirmada. Razona que la sentencia del juzgado ha prescindido de la mala fe y abuso de derecho de la conducta de los demandados, que pretenden la nulidad del contrato celebrado por el esposo y padre después de haber venido cobrando las rentas del arrendamiento durante años tras su fallecimiento” (F.D. 1º)

“Interponen recursos de casación, de un lado, la que fuera esposa del arrendador, y, de otro, sus hijos.

(...) Los dos recursos se van a desestimar por lo que se dice a continuación.

A) En el momento de celebrar el contrato litigioso los esposos estaban separados judicialmente, por lo que la sociedad de gananciales se había extinguido. Las fincas gananciales integraban la comunidad postganancial, de modo que para realizar

actos de disposición era preciso el consentimiento de los dos esposos.

Sin embargo, la consecuencia de la falta de intervención de la esposa en el otorgamiento del contrato no es su nulidad.

Cierto que en sentencias más antiguas, entre las que se encuentran algunas que citan los recurrentes, se mantuvo la nulidad de los actos de disposición realizados por uno solo de los partícipes en la comunidad pero, como explicamos en las sentencias 672/2018, de 29 de noviembre, y 21/2018, de 17 de enero, en nuestro sistema jurídico el poder de disposición no es un requisito de la validez del contrato sino de la tradición como modo de adquirir y la validez obligacional del contrato de venta común sin el consentimiento de todos los comuneros fue doctrina sostenida en la sentencia 827/2012, de 15 de enero, con cita de la anterior 620/2011, de 28 de marzo.

En definitiva, la falta de poder de disposición del esposo sobre los bienes de la comunidad postganancial no determina la invalidez del contrato celebrado, que sí produce efectos obligacionales entre las partes y sus herederos.

En consecuencia los hijos, en cuanto que herederos del esposo otorgante del contrato, no pueden impugnarlo.

Por este motivo, su recurso debe ser desestimado, con independencia de que la sentencia recurrida declarara la validez del contrato y condenara a los recurrentes a otorgar escritura pública de venta de todos los bienes por otra razón que los recurrentes, por lo demás, no impugnan en su recurso.

(...) administración, de gestión ordinaria, para el que es posible la actuación individual de un cónyuge, pero que no lo es la opción de compra, que sería nula, por faltar el consentimiento requerido por el art. 1261 CC.

Hay que advertir en primer lugar que los actos de disposición sobre bienes de la comunidad postganancial realizados por uno de los partícipes no constituyen un caso de nulidad por la falta del consentimiento de las partes requerido por el art. 1261 CC.

(...) al resolver este recurso de casación, la sala debe partir de que, aunque mientras no se ejerce la opción pactada la relación entre las partes es arrendaticia, en el caso, por voluntad de las partes, el derecho de opción no puede ser considerado autónomamente del arrendamiento al que se vinculó y con el que conforma una relación jurídica unitaria.

Partiendo de esta interpretación realizada por la Audiencia, debemos concluir que la aceptación de la relación contractual por la recurrente, al menos desde el fallecimiento del marido, le impide ahora oponerse al ejercicio de la opción por el demandante, pues con posterioridad al fallecimiento del esposo otorgante consintió la relación contractual que, por lo dicho, forma parte de una única relación jurídica.” (F.D.2º) [M.D.V.]

*Jurisprudencia: Sociedad de gananciales: Liquidación: seguro de amortización de préstamo hipotecario (pedido para pagar una vivienda de carácter ganancial), concertado para el caso de invalidez permanente absoluta: el asegurado no es titular de un crédito contra la sociedad de gananciales por el importe de la suma pagada por la aseguradora a la entidad bancaria como consecuencia de la declaración de la invalidez.*

STS (Sala 1ª) de 20 de septiembre de 2019 rec. nº 272/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6b29ae8a9c52e3b4/20191010>

“(…) En el procedimiento de liquidación de gananciales subsiguiente al divorcio de los cónyuges se suscita discrepancia acerca de si el esposo asegurado por un seguro de amortización de préstamo hipotecario para el caso de invalidez permanente absoluta es titular de un crédito contra la sociedad de gananciales por el importe del préstamo amortizado como consecuencia de la declaración de su invalidez. El juzgado entendió que la indemnización era privativa y declaró que en el pasivo de la sociedad debía incluirse un crédito a favor del esposo por el importe de la indemnización. La Audiencia revocó este pronunciamiento y dejó sin efecto la inclusión en el pasivo del inventario del mencionado crédito. El razonamiento de la Audiencia se basó en que se trata de un seguro que cubre el riesgo de fallecimiento o invalidez absoluta del asegurado dirigido a la cobertura del préstamo hipotecario, por lo que beneficiaria es la entidad crediticia, no el asegurado, de modo que acaecido el riesgo la indemnización se satisface por la aseguradora directamente a la acreedora” (F.D.1º).

“Las partes no discuten el carácter ganancial del inmueble, adquirido por los dos cónyuges durante el matrimonio (art. 1355.II CC), ni que la deuda fue contraída por ambos. En consecuencia, la deuda es ganancial, pasivo de la sociedad (art. 1362.2 CC), por lo que, si uno de ellos paga con dinero privativo, nace un derecho de reembolso a su favor (art. 1364 CC). Lo que se discute, y es objeto del recurso de casación, es si debe reconocerse un crédito a favor del marido por el importe de la suma pagada a la entidad prestamista acreedora debido a la póliza colectiva del seguro de amortización de préstamos tras la declaración de invalidez permanente absoluta. En la sentencia del pleno de esta sala 668/2017, de 14 de diciembre, atendiendo a los criterios presentes en los apartados 5.º y 6.º del art. 1346 CC, declaramos el carácter privativo de la indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada por un cónyuge durante la vigencia del régimen de gananciales en virtud de una póliza colectiva de seguro concertada por la empresa para la que trabajaba. Fundamentalmente, tuvimos en cuenta para ello que la indemnización pagada por la aseguradora que cubre la contingencia de incapacidad permanente se dirige a reparar el daño que deriva de la merma de la capacidad laboral para quien la sufre. Pero esta doctrina no es aplicable al presente caso. No estamos ahora ante una indemnización percibida por el marido como consecuencia de su incapacidad y que él haya aplicado al pago de una deuda ganancial. Estamos ante un pago efectuado por la aseguradora a la entidad

prestamista, que es la beneficiaria del seguro, aunque ello sea por haberse producido el reconocimiento de la incapacidad del esposo asegurado. La peculiaridad del presente caso deriva de la naturaleza del seguro concertado, un seguro de amortización del préstamo. En virtud de este seguro, aunque técnicamente se asegura el riesgo que afecta a la integridad física o económica del asegurado, realmente se está asegurando la imposibilidad de obtener ingresos para amortizar el préstamo. De este modo, la entidad prestamista, al ser designada como beneficiaria, refuerza su garantía en el pago del crédito y los prestatarios se liberan de pagar en la cantidad asegurada si ocurre el evento asegurado. En consecuencia, no estamos ante una indemnización privativa cobrada por un cónyuge, sino ante el pago efectuado como consecuencia de un seguro concertado precisamente con la finalidad de amortizar una deuda de la sociedad de gananciales, es decir, con la finalidad de cubrir el riesgo de insolvencia de pago del préstamo hipotecario que, por lo dicho, era una deuda ganancial” (F.D.2º) [R.P.H.].

*Jurisprudencia: La extinción de la sociedad de gananciales se produce con la firmeza de la sentencia del divorcio, salvo que concurran circunstancias excepcionales que pongan de manifiesto la mala de uno de los cónyuges.*

STS (Sala 1ª), de 27 de septiembre de 2019, rec. nº 6071/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/d7be0bb18f7c941b/20191016>

“(…) El artículo 1392 CC establece que la sociedad de gananciales concluye de pleno derecho, entre otras causas, por la disolución del matrimonio, mientras que el 1393-3º dispone que también concluye la sociedad de gananciales por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, cuando exista separación de hecho por más de un año o por abandono del hogar. Pero considera la recurrente que la doctrina de la sala ha interpretado de modo muy flexible tales causas declarando que la extinción se produce por el cese de la convivencia.

(…) Esta sala ha abordado recientemente la cuestión en su sentencia núm. 297/2019, de 28 de mayo, en un supuesto en que se interesaba que se declarara la extinción de la sociedad de gananciales en el momento de adopción de las medidas provisionales en el proceso matrimonial. Se cita en dicha sentencia el artículo 1391.1 CC, según el cual la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio y el 95 en cuanto dispone que la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial; el artículo 103, regla 4.ª, que al referirse a las medidas provisionales que afectan a los bienes gananciales las extiende también a los bienes que se adquieran en lo sucesivo, sentando así la subsistencia del régimen y el carácter ganancial de los bienes -comprendidos en la relación del artículo 1347- aunque se adquieran con posterioridad a la adopción de las medidas. Refiere que el legislador no ha considerado oportuno ni siquiera que la

admisión de la demanda de separación o divorcio tenga como efecto inmediato la extinción del régimen económico matrimonial y sí, por el contrario, que suponga la revocación de los consentimientos y poderes otorgados. Se reconoce que la jurisprudencia de la sala ha admitido, no obstante, que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo, no se considerarán gananciales los bienes individualmente adquiridos por cualquiera de los cónyuges, especialmente cuando lo sean por el propio trabajo o industria. Sin embargo, ahora precisa el Tribunal Supremo que ‘Esta doctrina, como puso de relieve la sentencia 226/2015, de 6 de mayo, no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso. Es lógico que así sea porque, frente a los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsiste a pesar de la separación de hecho (arts. 1393.3º, 1368 y 1388 CC) solo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (art. 7 CC)’ (F.D. 5º).

“(…) En el caso ahora enjuiciado es cierto que el abandono del hogar por la esposa se produjo el 23 de marzo de 2016, sin que la misma solicitara judicialmente la extinción de la sociedad de gananciales, formulando la demanda de divorcio el 18 de octubre siguiente, sin que se haya justificado que el esposo haya actuado faltando a las exigencias de la buena fe, como requiere la doctrina de la sala recientemente manifestada en la sentencia núm. 297/2019”. (F.D.6º) [S.R.LL.].

*Jurisprudencia: Cuando aquél a quien se atribuyó el uso deja de representar un interés necesitado de protección, se extinguirán el derecho de uso en exclusiva, sin que ello comporte la atribución automática de dicho uso al otro cónyuge.*

STS (Sala 1ª) de 16 de octubre de 2019, rec. nº 272/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/T5/openDocument/2b2de6c806a9bac9/20191028>

“(…) El artículo 90 CC, en su apartado 3 dispone que ‘Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código”.

De la lectura de la sentencia dictada en primera instancia -la de apelación no razona sobre ello- se desprende que la decisión judicial pasa por considerar que, dados los términos del acuerdo alcanzado por los cónyuges, aprobado judicialmente, sobre el uso de la vivienda familiar, ‘la única alteración sustancial de las circunstancias que pudiera llegar a producirse para modificar la atribución del

uso es que la liquidación de gananciales estuviera ya consumada’, por lo que nada importa la nueva situación de la demandada al haber contraído matrimonio y residir en otro domicilio.

Tal argumentación no puede ser compartida ya que de la propia norma que ha sido transcrita se desprende que el cambio de circunstancias puede suponer que el juez -a instancia de parte- modifique la medida adoptada incluso cuando ha existido acuerdo de los interesados sobre ella, pues tal acuerdo se adopta en atención a las circunstancias concurrentes en el momento en que se produce, pudiendo quedar afectado por cualquier modificación posterior que pueda ser sustancial, como ocurre en el caso presente en que la esposa ha contraído nuevo matrimonio”(F.D. 2º).

“(…) Cuando aquél a quien se atribuyó el uso deja de representar un interés necesitado de protección, es lógico que se extinga el derecho de uso en exclusiva, sin que ello comporte la atribución automática de dicho uso al otro cónyuge cuando, a su vez, tampoco acredite un interés protegible para disfrutar de una posesión exclusiva. La vivienda ganancial puede -hasta la liquidación de la sociedad de gananciales- ser utilizada de otro modo, como es cederla a alguno de los hijos, arrendarla etc.

En este caso la demandada carece de un interés digno de especial protección a la hora de mantener a su favor la atribución de uso de la vivienda familiar, ya que ha contraído nuevo matrimonio y reside habitualmente en la vivienda de su nuevo esposo y tampoco se acredita por el demandante que concurra en él dicho interés protegible, por lo que procede la estimación de la demanda en dichos términos” (F.D. 3º). [S.R.LL.]

*Jurisprudencia: La animadversión de los abuelos hacia los progenitores, así como el transcurso de un lapso importante de tiempo en que los abuelos dejaron de relacionarse con las menores determinar la suspensión o limitación del régimen de visitas en atención al concreto interés superior de la menor.*

STS (Sala 1ª), de 5 de noviembre de 2019, rec. nº 5477/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/e3f3adceaf0dcaba/20191120>

“(…) El recurso de casación contiene un único motivo que se funda en la infracción del art. 160.2 CC, y en la oposición a la doctrina de esta sala contenida en las Sentencias de 20 de febrero de 2015, 18 de marzo de 2015, 16 de septiembre de 2015 y 27 de septiembre de 2018, al haberse aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor y no apreciar que concurra justa causa para denegar las relaciones del nieto con la abuela, a la vista de los hechos probados” (F.D.1º).

“En la sentencia núm. 90/2015, de 20 de febrero, decíamos que la Sala tiene

sentado un cuerpo de doctrina respecto del régimen de visitas y comunicación entre abuelos y nietos, que recuerda la sentencia de 27 de julio de 2009 citada por la parte. Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deben tener siempre como guía fundamental el ‘interés superior del menor’ (STS 28 de junio de 2004), si bien, y en aras de ese interés, se prevé la posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, como señala la sentencia de 20 de septiembre de 2002, cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia un progenitor.

(...) Ahora bien, el artículo 160. 2 del Código Civil sí permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no es definida y, en consecuencia, debe examinarse en cada caso, sirviendo de guía, como se ha dicho, para tal valoración el interés superior del menor.

(...) se ha de estar a las circunstancias del caso y valorar singularmente en cada uno de ellos si lo que el Tribunal considera probado constituye una causa relevante y de entidad como para ser calificada de justa a efectos de impedir, aunque sea transitoria y coyunturalmente un régimen de visitas y comunicación de los abuelos con los nietos, si se tiene en consideración el papel que desempeñan los abuelos de cohesión y transmisión de valores en la familia según recoge la Exposición de Motivos de la Ley 42 de 2003 de 21 de noviembre por la que se modificó el artículo 160 del Código Civil, entre otros.

2.- Se viene a reiterar la anterior doctrina en la sentencia núm. 18/2018, de 15 de enero, y en la núm. 532/2018, de 27 de septiembre.

En esta última la sala abordó un supuesto similar al presente (...) ‘a partir de los hechos descritos, la sentencia recurrida ha considerado que existe justa causa para negar esta relación familiar, y esta justa causa no se establece de una forma simplemente especulativa sino fundada en beneficio e interés de las menores, a las que se coloca en una situación de riesgo de mantenerse las comunicaciones con los abuelos paternos; riesgo que considera suficiente para no señalar régimen de visitas alguno (...)

Y es que, si bien es cierto (...) que el interés de los menores se ha de salvaguardar en todo caso, también lo es que no pueden relativizarse las relaciones existentes entre los dos grupos de adultos y que la justa causa para negar las comunicaciones, visitas y estancias de las nietas con sus abuelos viene condicionada no solo por unas reiteradas denuncias, condenas, alejamientos, etc., sino por la absoluta desvinculación familiar durante un periodo considerable de tiempo (la mayor desde los cuatro años; la pequeña no les conoce) y, especialmente, por el riesgo que para las niñas va a suponer estas vistas, por muy restrictivas que sean, y por la evidente influencia sobre las nietas de animadversión hacia la persona de sus padres, que la sentencia deduce de comportamiento tan anómalo y reprochable de los abuelos con su hijo y nuera, que no han asumido verdaderamente su papel de abuelos desde que dejaron de relacionarse con sus nietas, con el irreversible efecto que el transcurso del tiempo ha ocasionado en el desarrollo de la vida familiar

desde que cesaron estas comunicaciones, salvo que se reconduzca la situación’.

Bien es cierto que la edad de la menor no es la misma, pero también que se encuentra en un periodo de inicio y desarrollo de afectividades, y no consta que pueda o no perjudicarle la situación psíquica de la abuela; por lo que, tratándose de una menor, toda cautela es poca. De ahí, que la propuesta de la juzgadora de primera instancia proteja mejor el interés de la menor, y deba estimarse el recurso, como interesa el Ministerio Fiscal” (F.D. 3º) [S.R.LL.].

*Jurisprudencia: La extinción de la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad no se concreta en una edad determinada, sino que requiere la acreditación de la pasividad de éstos en su formación académica y/o en la búsqueda de trabajo.*

STS (Sala 1ª), de 6 de noviembre de 2019, rec. nº 1424/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/c5a0297fa5546c52/20191120>

“Lo que se plantea es la extinción de la pensión de alimentos a favor del hijo mayor de edad por desidia de este para procurárselos. No existe ningún precepto que establezca una edad objetivable, sino que se había de estar a las circunstancias del caso, pues todos no son idénticos, sino que tienen sus singularidades.

(...) se ha de constatar pasividad, que no puede repercutir negativamente en el padre (...) si el hijo mayor de edad no realiza esfuerzos en la búsqueda de una salida profesional.

(...) En el supuesto litigioso no ha quedado acreditada tal pasividad, pues Alicia finalizó sus estudios universitarios en el año 2017 y se encuentra preparando oposiciones al Cuerpo de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de bienes muebles, y Ariadna cursa estudios universitarios de odontología. Se encuentran, (...), en pleno periodo de formación académica y profesional, acorde con sus edades. En tales situaciones, en la que no se acredita pasividad en la obtención de empleo o en la terminación de la formación académica, no cabe condicionar a los hijos con plazos fatales para conseguirlo, pues la tardanza de los hijos en abandonar el hogar, son múltiples y no siempre imputables a su pasividad.

(...) En atención a tales consideraciones la sentencia recurrida es contraria a la doctrina de la sala y merece ser casada, y, al asumirse la instancia” (F.D.2º) [S.R.LL.].

*Jurisprudencia: Pensión compensatoria: concesión con carácter indefinido: mujer que termina la carrera de Derecho 14 años después de casada y que, si bien está colegiada como abogada, nunca ha ejercido la profesión: dedicación durante 25 años a la familia con tres hijos, uno de ellos con discapacidad desde su nacimiento. En un proceso matrimonial no puede atribuirse el uso un*

*garaje, que no es anejo a la vivienda familiar, sino que se encuentra en otro edificio.*

STS (Sala 1ª) de 7 de noviembre de 2019, rec. nº 1543/2019

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/25f18160f83314a5/20191120>

“El recurso se interpone por la vía del interés casacional y se funda en dos motivos.

1.- El primer motivo denuncia infracción del art. 97 CC. En su desarrollo alega que, al fijar un límite temporal de dos años a la pensión compensatoria reconocida a D.ª Salvadora, la sentencia recurrida contradice la doctrina de esta sala que exige la realización de un juicio prospectivo del que resulte la certidumbre de la supresión del desequilibrio en el plazo fijado. El motivo debe ser estimado.

No se discute que es posible un límite temporal, sino si en el caso concreto la sentencia recurrida se ajusta a los criterios que pueden servir de pauta a tal fin.

La sentencia 153/2018, de 15 de marzo, resume la doctrina de la sala sobre la fijación de un límite temporal en la pensión compensatoria.

(...) La aplicación de esta doctrina al caso determina la casación de la sentencia, por cuanto no ha valorado adecuadamente la situación de hecho a la hora de decidir sobre el carácter temporal de la pensión. No basta con que la esposa terminara sus estudios universitarios de derecho en 2006, años después de casada (el matrimonio se contrajo en 1992), ni que esté colegiada, pues lo cierto es que durante los veinticinco años de matrimonio no ha ejercido profesión y solo consta un breve período de empleo en la empresa de su familia hace ya algunos años (en 2001 y 2002, el cese se produce coincidiendo con el fallecimiento de su padre). El hecho de que la esposa haya acompañado a su marido en sus destinos, y la dedicación a una familia con tres hijos, uno de ellos con discapacidad desde su nacimiento, aunque haya contado con ayuda externa, es buena explicación de su falta de acceso al mercado laboral, que no queda garantizada en el futuro con facilidad, pese a sus estudios, en atención a su edad (nació en 1965) y a su falta de experiencia laboral, por mucho que su hermano sea titular de una empresa en la que en el pasado estuvo temporalmente contratada.

(...) En atención a lo razonado ha lugar a estimar el recurso y debe casarse la sentencia recurrida, en el sentido de que la compensación fijada a favor de la recurrente sea con carácter indefinido y sin limitación temporal.

(...) 2.- El segundo motivo denuncia infracción del art. 91 CC. En su desarrollo alega que la sentencia recurrida atribuye a D. José Ignacio el uso de una plaza de garaje ‘equitativamente’ y reconociendo que ‘no se trata propiamente de una cuestión derivada del ámbito que nos ocupa’, lo que es contrario a la jurisprudencia de la sala que cita.

No se discute aquí sobre la atribución del uso de una plaza de garaje que es anejo

de la vivienda familiar (que ha sido atribuida temporalmente a D.<sup>a</sup> Salvadora ), sino la atribución a D. Jose Ignacio , hasta que se liquiden los gananciales, del uso de una plaza de garaje que se encuentra en otro edificio.

El motivo debe ser estimado de acuerdo con la doctrina de esta sala. Las sentencias 284/2012, de 9 de mayo, y 129/2016, de 3 de marzo, sentaron como doctrina la de que, en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar. ” (F.D.5º) [M.D.V.]

*Jurisprudencia: Los graves conflictos entre abuelo y progenitores determinan la no fijación de un régimen de visitas de aquél con sus nietas por ser su interés superior preservarlas del conflicto adulto.*

STS (Sala 1ª), de 25 de noviembre de 2019, rec. nº 1487/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/4b73749f04e192e8/20191210>

“ (...) El recurso de casación se interpone, (...) por oposición a la jurisprudencia de esta sala y denuncia, (...), la infracción del artículo 160.2 CC, artículo 2 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de los artículos 3 y 27.2 de la Convención de los Derechos de Niño de 20 de noviembre de 1989, así como la vulneración del principio de protección del interés del menor (...) , al considerar que la sentencia recurrida no ha valorado correctamente el interés de los menores en el caso de autos porque les impone cumplir un régimen de visitas sin justificar en qué medida les va a reportar beneficio, en el seno de un ambiente de discordia familiar generada por el propio demandante, cuando -además- éste no tiene relación con los menores desde hace varios años, por lo que ni siquiera conoce a su nieta Adelaida .

En el motivo segundo se denuncia igualmente la infracción del artículo 160.2 CC al considerar que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta que el peticionario de las visitas ha sido quien -de forma consciente y voluntaria- ha propiciado la ruptura de las relaciones familiares, ha optado por su aislamiento y ha dejado de mantener contacto con los menores (...)” (F.D.2º).

“(…) constituye elemento esencial para resolver la divergencia la prueba pericial aportada por la actora en la que la psicóloga Sra. Zulima dice (...): ‘Se efectúan las siguientes recomendaciones dirigidas a preservar el bienestar de los menores y en beneficio de los mismos: Se aconseja no establecer ningún sistema de visitas entre los menores y su abuelo materno, en tanto se mantenga el conflicto entre las partes, progenitores y abuelo materno.

Esta sala, en reciente sentencia núm. 581/2019, de 23 de octubre, en supuesto similar al presente, casó la dictada en segunda instancia -en cuanto reconocía a favor de la abuela un derecho de visitas- atendiendo a que el interés del menor

tiene carácter prevalente (...); a lo que cabe añadir que no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así -por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores- para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor”.(F.D. 4º) [S.R.I.L].

*Jurisprudencia: relaciones abuelos-nietos: justa causa que impide el establecimiento del régimen de relaciones personales: no es necesario que origine un perjuicio cierto al menor, siendo suficiente con que haya un riesgo de que ello ocurra, en particular, cuando se trata del peligro de que los nietos se vean envueltos en un conflicto familiar grave entre los abuelos y sus propios padres. Es improcedente establecer un régimen de comunicación entre la abuela materna y su nieta de 2 años, a la que nunca había visto, dándose la circunstancia de haber roto las relaciones con su hijo desde hacía 10 años, sin tener ninguna intención de recuperarlas, y de padecer una grave enfermedad psíquica que le había llevado a varios intentos de suicidio.*

STS (Sala 1ª) de 25 de noviembre de 2019, rec. nº 1487/2019

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4b73749f04e192e8/20191210>

“(…) no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así -por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores- para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor.” (F.D.4º) [M.D.V]

*Jurisprudencia: Cambio de régimen de custodia: de monoparental a compartida: no es necesario una modificación sustancial de circunstancias: traslado de residencia por parte de la madre custodia a más de cuatro kilómetros de distancia de donde anteriormente residía con las niñas, que tienen ya tres años más que en la fecha de la sentencia de divorcio, siendo, además, la abuela materna la figura de referencia de dichas menores.*

STS (Sala 1ª) de 25 de noviembre de 2019, rec. nº 739/2019

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4900ee5d19cfe596/20191210>

“En fecha 10 de marzo de 2017, don Epifanio interpuso demanda de modificación de medidas frente a su anterior esposa, doña Bernarda, en relación con sus hijas menores Alejandra y Casilda, de 8 y 5 años de edad, solicitando la instauración del régimen de custodia compartida respecto de las mismas por semanas alternas, sustituyendo así al de custodia exclusiva de la madre inicialmente establecido en la sentencia de divorcio de fecha 3 de julio de 2014. Afirmaba que habían cambiado las circunstancias tenidas en cuenta en la anterior

sentencia de divorcio, ya que la madre había trasladado su residencia a más de cuatro kilómetros de distancia, lo que obstaculiza el cumplimiento del régimen de visitas intersemanal y suponía un evidente perjuicio para las menores y pérdida de tiempo en los desplazamientos. La madre se opuso a dicha modificación.

Seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid dictó sentencia por la que acordó la instauración del régimen de custodia compartida.

(...) Recurrída la sentencia por la demandada doña Bernarda, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª) estimó el recurso y volvió a establecer el sistema de guarda y custodia exclusiva a favor de la madre, con fundamento en que no había quedado acreditado que concurren hechos nuevos o circunstancias fácticas que impliquen un cambio sustancial con respecto a las anteriores que se tuvieron en cuenta a la hora de establecer la custodia para la madre.” (F.D. 1º).

“(…) Considera la parte recurrente que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor cuando modifica el sistema de custodia compartida acordado en primera instancia y mantiene el régimen impuesto en la sentencia de divorcio que atribuía la guarda y custodia a la madre.

El motivo ha de ser estimado en tanto que efectivamente la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta el interés de las menores en el concreto momento en que se solicita la modificación de medidas, habiéndose limitado a constatar que no se aprecia cambio de circunstancias que pueda fundamentar dicha modificación desde la custodia exclusiva a la compartida por ambos progenitores.

Pues bien, el cambio de circunstancias queda manifiesto en tanto que la madre ha trasladado su residencia a más de cuatro kilómetros de distancia de donde anteriormente residía con las niñas, éstas tienen ya tres años más que en la fecha de la sentencia de divorcio e incluso, como pone de manifiesto la sentencia de primera instancia - remitiéndose al informe pericial- la figura de referencia de las menores es la abuela paterna.

Son circunstancias -no tenidas en cuenta por la sentencia recurrida- que invitan a considerar la conveniencia de un cambio de régimen hacia la custodia compartida, no apreciándose inconveniente alguno para su adopción teniendo en cuenta primordialmente el beneficio para las menores.

A este respecto, no sólo las sentencias citadas por la parte recurrente, sino también otras muchas dictadas con posterioridad, y que constituyen un cuerpo unitario de doctrina, abogan a favor de establecer el régimen de custodia compartida cuando no existan circunstancias que se opongan a ello.” (F.D. 2º). [M.D.V]

*Jurisprudencia: alimentos debidos a hija mayor de edad con una discapacidad reconocida del*

*87%: procedencia de aumentar su cuantía, a fin de que la hija puede vivir independientemente en una VPO ajustada a sus necesidades: ausencia de abandonado voluntario de la vivienda familiar: incompatibilidad de caracteres entre la madre y la hija, que propició que esta viviera con su tía paterna.*

STS (Sala 1ª) de 5 de diciembre de 2019, rec. nº 4725/2018

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/96913f4ca7b9945d/20191231>

“(…) El procedimiento se inicia a instancias de Dña. Ruth, nacida en 1979, mayor de edad y con una minusvalía reconocida de un 87%, quien reclama alimentos a sus padres divorciados, D. Santos y Dña. Pura. Refiere que está instalada provisionalmente con una tía suya, ante la imposibilidad de vivir con alguno de sus progenitores, que solo percibe como ingresos el importe de la pensión de 548,90 euros concedida a su padre y que éste le transfiere mensualmente y que su deseo es vivir de manera independiente en una vivienda de protección oficial ajustada a sus necesidades, pero que no cuenta con suficientes medios para ello por lo que reclama alimentos a sus progenitores por importe de 800 euros al mes, en un 67,96% para el padre y un 32,04 para la madre, teniendo en cuenta los ingresos que perciben ambos progenitores. En primera instancia, se desestima la demanda al considerar que sus necesidades vitales están cubiertas o pueden estarlo con una gestión adecuada de su patrimonio y que la situación económica de sus padres no le permite atender a las necesidades de la demandante sin desatender las suyas propias. La sentencia recurrida en casación estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dña. Ruth, y revoca la dictada en primera instancia, condenando a los demandados a pagar a su hija la suma de 271,84 euros por el padre y 128,16 euros por la madre, como pensión de alimentos desde la fecha de la sentencia en que se concreta la cuantía económica.

(…) Sostiene que la demandante carece de bienes patrimoniales que le permitan obtener ingresos regulares para atender a sus necesidades vitales, pues solo podría alquilar las plazas de garaje y solo cuenta con el importe de la pensión que le cede su padre, de 548 euros/mes y con las percibidas por herencia de sus abuelos paternos destinadas en parte a adquirir la vivienda de su propiedad (...) “(F.D. 1º).

“Al amparo del artículo 477.1.2.3.º de la LEC, infracción de los artículos 146, 148, 149 y 152.2.º de la LEC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en sus sentencias de 23 de febrero de 2000, recurso 433/1995, sentencia 666/2017, de 13 de diciembre, recurso 1456/2017, y sentencia 391/2015, de 15 de julio, recurso 730/2014. Se desestima el motivo. Se alega infracción de la doctrina jurisprudencial, en concreto:

1.- Sentencia de 23 de febrero de 2000. Esta sentencia analiza un supuesto de abandono voluntario de la vivienda familiar por parte de una hija mayor de edad.

Esta sala debe rechazar la similitud de los casos, dado que en el referido en la sentencia mencionada se hace referencia a una hija que no está discapacitada, al

tiempo que en el ahora analizado concurre una incompatibilidad de caracteres que propició que la hoy demandante viva con su tía paterna. (...)” (F.D. 2º). [M.D.V.].

*Jurisprudencia: Procede el reembolso del dinero de carácter privativo ingresado en una cuenta conjunta y, por lo tanto, confundido con el dinero de carácter ganancial, gastado para satisfacer necesidades familiares (gastos de adquisición, tenencia y disfrute de bienes comunes, ocio familiar y otros gastos y atenciones a la familia y sus miembros), sin necesidad de hacer reserva del derecho al reintegro por parte de quien realizó el ingreso. La amplia autonomía negocial de los cónyuges (arts. 1323 y 1355 CC) no implica que pueda presumirse el ánimo liberal del cónyuge que emplea dinero privativo para hacer frente a necesidades y cargas de la familia. Por el contrario, se presume, salvo prueba en contrario a cargo del otro cónyuge, que dicho dinero fue destinado a atender las cargas de la sociedad de gananciales y procede, pues, el reintegro, conforme al art. 1364 CC.*

STS (Sala 1ª) de 11 de diciembre de 2019, rec. nº 3555/2017

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/160caf642cf6c454/20191220>

“(…) Las partes no han discutido que la esposa percibió las tres sumas de dinero litigiosas por tres conceptos: por la herencia de su padre, como indemnización por un accidente de circulación y como pago de un seguro de accidentes. No hay duda, en definitiva, de que por aplicación de lo dispuesto en los números segundo y sexto del art. 1346 CC, las sumas referidas eran privativas de la esposa.

(…) Lo que han discutido las partes en la instancia, donde quedó fijado el debate, es si, en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, la esposa tiene un derecho de crédito que le permita recuperar el dinero privativo que se confundió con el dinero poseído conjuntamente y que, según refiere, se ha gastado en necesidades de la familia.

La Audiencia, aceptando el argumento mantenido por el esposo en la apelación, ha declarado que, para la existencia de un derecho de crédito contra la sociedad, la esposa debió reservarse el derecho de reembolso y, en caso contrario, debe presumirse su voluntad de atribuir al dinero el carácter de ganancial, por aplicación de los arts. 1255, 1323, 1355 CC. Frente a este razonamiento se alza la esposa, que defiende que, por aplicación de los arts. 1319 y 1364 CC, procede que se reconozca su derecho a ser reintegrada a costa del patrimonio común.

El recurso debe ser estimado por lo siguiente:

i) Una cosa es que se admita una amplia autonomía negocial entre los cónyuges (arts. 1323 y 1355 CC) y otra que pueda presumirse el ánimo liberal del cónyuge que emplea dinero privativo para hacer frente a necesidades y cargas de la familia.

(…) ii) De acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, salvo que se demuestre que

su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente pues, a falta de prueba, que incumbe al otro cónyuge, se presume que se gastó en interés de la sociedad.

(...) iii) La sentencia recurrida, cuando afirma que no procede reconocer un crédito a favor del cónyuge que ingresa dinero privativo en una cuenta conjunta y que se confunde con el dinero ganancial porque no se reservó el derecho de repetición, es contraria a la doctrina de la sala, y debe ser casada. (...) Las alegaciones de la demandante ahora recurrente de que tales cantidades fueron gastadas en interés de la sociedad, o para hacer frente a pagos que son de cargo de la sociedad, no fueron desvirtuadas en la instancia por el esposo, y la propia heterogeneidad de gastos a que se refiere la esposa es muestra de que el dinero se empleó, junto con el dinero común, en incumbencias comunes (gastos de adquisición, tenencia y disfrute de bienes comunes, ocio familiar y otros gastos y atenciones a la familia y sus miembros).” (F.D.2º) [M.D.V]

*Jurisprudencia: vivienda no familiar: no cabe atribuirle en un procedimiento matrimonial: revocación de sentencia que, en un supuesto de custodia compartida, había atribuido a la madre el uso de la vivienda familiar (pertenciente a los padres de esta) y al padre el uso de una vivienda común, por entender que esta solución era la más beneficiosa para las hijas menores, pues ambas casas estaban a escasos 300 metros de distancia, con lo que se facilitaba el traslado de las niñas de una a otra, así como la comunicación entre las familias, paterna y materna, de ambas.*

STS (Sala 1ª) de 11 de diciembre de 2019, rec. nº 1059/2019

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2c7110f67e55cca0/20191231>

“El presente recurso trae causa de demanda de divorcio promovida por la esposa frente a su marido, en la que se solicitaba, entre otras pretensiones, el divorcio, la guarda y custodia compartida de las hijas menores por quincenas, con un régimen de visitas adaptado al de custodia compartida.

(...) En primera instancia se estimó en parte la demanda y se acordó mantener las medidas que regían desde el auto de 9 de marzo de 2018. Se mantuvo la guarda y custodia compartida de las niñas y se acordó que la madre continuara en el uso del domicilio familiar, propiedad de sus padres, entendiéndose que lo más lógico era que el marido continuara usando la vivienda, propiedad de ambos, que se contempló como posible en el auto de medidas y que se había hecho efectivo, habida cuenta de lo complicado que se hacía desarrollar la guarda y custodia compartida en el que había sido el domicilio familiar, estableciéndose un régimen de visitas para con las menores.

(...) Contra la citada resolución se interpuso recurso de apelación.

(...) Por la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia se desestima el

recurso de apelación y (...) se confirma la sentencia.

Considera la sala de apelación que no cabe alterar el criterio del juez de instancia sobre el uso de la vivienda no familiar, propiedad de ambos, ya que fue atribuido al marido para que en ella recibiese y conviviese con sus hijas las horas que le han sido asignadas (durante las mañanas cuida a su hija pequeña y de la mayor desde que sale del colegio hasta las 18.00 horas que la recoge la madre), siendo el interés de las menores el que preside dicha atribución, pues ambos domicilios materno y paterno están a escasos 300 metros y la medida favorece la comunicación con las familias parentales y los traslados de las niñas de uno a otro, sin que se aprecie la necesidad de limitar su uso en el tiempo pues la madre disfruta de una vivienda propiedad de sus padres y no hay visos de que deje de hacerlo, sin perjuicio de lo que en el futuro se pueda resolver al respecto en sede de modificación de medidas” (F.D.1º)

“Esta Sala en sentencias 340/2012, de 31 de mayo, 129/2016, de 3 de marzo, y 598/2019, de 29 de octubre, ha declarado que en los procedimientos matrimoniales no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

En el presente litigio es un hecho probado que la vivienda adjudicada en uso al progenitor no era la vivienda familiar, por lo que su atribución supone un exceso proscrito legalmente en el art. 96 del C. Civil.

(...) Para facilitar un cambio de residencia ordenado y equilibrado, esta sala fija, en interés de los menores, un plazo de un año computable desde esta sentencia durante el que el progenitor deberá abandonar la vivienda que actualmente ocupa (art. 96 del C. Civil).” (F.D.2º) [M.D.V]

*Jurisprudencia: Compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC. Requisitos: el trabajo para la casa no es excluyente, pudiendo haberse contado con ayuda externa: no es necesaria la ejecución material del trabajo doméstico por la acreedora, que llevó a cabo las funciones de dirección, supervisión, control y coordinación necesarias para la buena marcha del hogar familiar, durante la vigencia del matrimonio, así como la atención personalizada a las hijas comunes, a pesar de haber contado con 11 empleados para ello. Cuantificación: 840.000 euros (frente a los 6.000.000 de euros fijados por la sentencia recurrida), teniendo en cuenta la alta cuantía de la pensión compensatoria concedida por 5 años (75.000 euros mensuales), la donación de 3.000.000 de euros durante el matrimonio, con los que la mujer se compró una vivienda que reformó a costa del marido, y el alto nivel de vida del que gozó durante el matrimonio.*

STS (Sala 1ª) de 11 de diciembre de 2019 rec. nº 5664/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0377fca5986ef713/20200107>

“Los litigantes contrajeron matrimonio el 10 de junio de 2006. Fruto de tal relación nacieron tres hijas, (...) de 2007, (...) de 2009 y (...) de 2010.

Tras crisis matrimonial, el 27 de abril de 2016 se presenta por la esposa demanda de divorcio, ante la imposibilidad de los cónyuges de solucionar convencionalmente sus diferencias sobre los aspectos personales y patrimoniales derivados de la disolución del vínculo matrimonial instado, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Madrid, que dictó sentencia el 13 de febrero de 2017. Interpuesto recurso de apelación fue conocido por la sección 24 de la Audiencia Provincial de dicha población, la cual dictó a su vez resolución de 24 de mayo de 2018, parcialmente revocatoria de la pronunciada por el precitado Juzgado.

Tras la sentencia dictada por el tribunal provincial (...) se fijó una pensión compensatoria de 75.000 euros mensuales, con actualización anual conforme al IPC, durante un periodo temporal de cinco años.

También, una compensación económica por liquidación del régimen de separación de bienes, al amparo del art. 1438 del CC, de 6 millones de euros.

El Juzgado de Primera Instancia le negó a la demandante la indemnización del art. 1438 del CC. Para ello tuvo en cuenta que, en ningún caso, constaba que la esposa se hubiera dedicado, de modo directo, único y exclusivo, a los trabajos de la casa, dado que contaba, para la ejecución de dichas tareas, con 11 empleados, ocupados en actividades tales como jardinería, mantenimiento, limpieza, cocina, chóferes, enseñanza de idiomas, profesores particulares; así como que ambos cónyuges han colaborado, en la medida de sus posibilidades, en el cuidado y atención de las hijas, unido además a que no existe prueba alguna relativa a que el incremento patrimonial del demandante derivado de la gestión de la entidad Ferrovial, desde el año 2006 hasta el año 2016, fuera debido a la colaboración o contribución de la demandante, ponderando igualmente una anticipada compensación de tres millones de euros, que fue percibida por la esposa, vigente la unión matrimonial.

Por su parte, (...) la Audiencia Provincial de Madrid revocó dicho pronunciamiento, razonando que la esposa ha contribuido a las cargas del matrimonio de forma cotidiana y exclusiva, realizando funciones de ordenación, dirección, organización y control de la vida familiar, que le hacen acreedora a la compensación económica del art. 1438 del CC. El montante indemnizatorio se fijó, por este concepto, en la cantidad de 6.000.000 de euros, en atención "[...] a la suma de ingresos dejados de percibir, perspectivas profesionales después de una exitosa vida profesional, como así es reconocido de adverso, con interrupción definitiva de su actividad por matrimonio y la capitalización por los diez años de vigencia del matrimonio y por ende del régimen de separación de bienes".

La precitada sentencia cuenta con un voto particular, en el que se considera no se dan los presupuestos para la aplicación del art. 1438 del CC. Se razona que, durante la vigencia del matrimonio, la esposa, en el 2007, elaboró un guion de cine para lo que se constituyó una sociedad y en la etapa final del matrimonio trabajó como mediadora de seguros, por lo que su trabajo para la familia no fue exclusivo. En cualquier caso, su participación radicaría únicamente en funciones de organización de las tareas domésticas ejecutadas por terceros y que, en atención a

ello, ponderando los 10 años de vigencia del matrimonio, la cantidad a abonar sería, en el mejor de los casos, la de 180.000 euros.

Contra la precitada resolución se interpuso recurso de casación por ambas partes. No fue admitido el formulado por la esposa concerniente a las pensiones de alimentos y compensatoria, quedando pues circunscrita la casación a la infracción del art. 1438 CC.” (F.D.1º).

“En el régimen de separación de bienes los cónyuges han de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de la manera que hubieran pactado, y, en defecto de convenio, proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, como resulta del art. 1438 del CC.

El trabajo para la casa (...) será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación, que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación de bienes. Es habitual que la obligación de participar en la satisfacción de las precitadas cargas se lleve a efecto por ambos cónyuges con los ingresos procedentes de sus respectivos trabajos, pero ello no cercena la posibilidad de la prestación exclusiva en especie por parte de uno de ellos, mediante la realización de las tareas domésticas y de cuidado de los hijos comunes.

Esta contribución mediante el trabajo para casa se hace de forma gratuita, sin percepción de ningún salario a cargo del patrimonio del otro consorte, pero ello no significa que no sea susceptible de generar una compensación, al tiempo de la extinción del régimen económico matrimonial, que no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio de que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma.

Este artículo 1438 CC tiene su fuente inspiradora en la Resolución (78) 37, del Consejo de Ministros de la Unión Europea, (...) en la cual, en su apartado III, concerniente a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, nº 8 i) establece que: ‘Las cargas familiares sean soportadas por ambos cónyuges en común, con arreglo a las posibilidades de cada uno de ellos, entendiéndose que los trabajos efectuados en el hogar por uno de los cónyuges se deberán considerar como contribución a las cargas familiares’.

En este sentido, la jurisprudencia ha proclamado que el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.

(...) Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, introdujo en el art. 68 CC, el deber de compartir las responsabilidades domésticas, así como el cuidado y atención de ascendientes y descendientes; por lo que si son satisfechas exclusivamente por uno de ellos, no sorprende se establezca el derecho a la compensación.

Esta dedicación personal en la ejecución de las labores domésticas, atención a los

miembros de la familia, cuidados del hogar, dirección de la casa, podrán ser valoradas a los efectos de fijar la compensación del art. 1438 CC. Se ha empleado de forma gráfica, para conceptuar tal derecho, la expresión de salario diferido, si bien en estricta técnica jurídica no es tal, pues no estamos ante la retribución de una relación de trabajo dependiente y subordinada. En definitiva, cada cónyuge ha de contribuir, como pueda y hasta donde pueda hacerlo, en el proyecto común de convivencia marital, y, por lo tanto, el trabajo para el hogar se configura como una forma de contribución a las cargas del matrimonio, así como un título para obtener en su caso una compensación pecuniaria por normativa aplicación del mentado art. 1438 CC, al liquidar el régimen económico matrimonial de separación de bienes, que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

En interpretación del art. 1438 CC esta sala, (...) fijó la siguiente doctrina, (...) según la cual: ‘El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge’.

Las posibles dudas interpretativas que dichas resoluciones podían haber suscitado en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, determinó [que el Tribunal Supremo fijara] la doctrina jurisprudencial de que la aplicación del art. 1438 del CC: ‘[...] exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, (‘solo con el trabajo realizado para la casa’), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento’.

No obstante, con posterioridad, la importante STS 252/2017, de 26 de abril, del Pleno, complementó la jurisprudencia de este Tribunal, dando una interpretación a la expresión normativa ‘trabajo para la casa’, que no cercena la aplicación del art. 1438 del CC, cuando se trata de actividades profesionales o negocios familiares, precisando que: ‘Por tanto esta sala debe declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión ‘trabajo para la casa’ contenida en el art. 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar.

‘Con este pronunciamiento, se adapta la jurisprudencia de esta sala (...) al

presente supuesto en el que la esposa no solo trabajaba en el hogar sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido, criterio (...) que atiende para denegar el derecho a la compensación económica citada a que la realización de un trabajo fuera del hogar se haya realizado ‘por cuenta ajena.’” (F.D.3º).

[El Tribunal Supremo decide] “(...) con respecto a la pensión compensatoria: ‘[...] el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia’.

(...) La sentencia del Juzgado tiene tal circunstancia en cuenta para fijar la pensión compensatoria, (...) y que le lleva a elevar dicha pensión a la suma de 50.000 euros al mes durante cinco años. La Audiencia incrementa su importe a 75.000 euros mensuales, bajo la misma vigencia temporal.

La sentencia recurrida, para la determinación de la compensación del art. 1438 del CC, se fundamenta exclusivamente en la supuesta suma de ingresos dejados de percibir y perspectivas profesionales abandonadas por la esposa después de una exitosa vida profesional, cifrando tal compensación en la suma de 6 millones de euros, sin explicación de dónde se obtiene tan concreta cantidad.

Los únicos datos obrantes, al respecto, en la sentencia de la Audiencia (...), derivan de que, en siete meses, antes de abandonar su actividad laboral, (...) la demandante percibió, por el trabajo que venía desempeñando, 267.000 libras, equivalentes a unos 310.000 euros, antes de impuestos, lo que, en cómputo mensual, supondrían 44.285,71 euros brutos, sobre los cuales habría que descontar una fuerte imposición, y destinar una importante cantidad a atender a las necesidades vitales y gastos de la actora, sin que la sentencia de la Audiencia exprese cuál sería su capacidad de ahorro en diez años. Desde luego, es impensable que se elevase a la suma de seis millones de euros, como la fijada en la sentencia de la Audiencia, pues equivaldría a 50.000 euros netos al mes, superiores a los ingresos brutos mensuales que obtuvo la esposa en sus últimos siete meses de trabajo.

Por otra parte, la demandante voluntariamente dejó su actividad laboral para casarse, lo que le permitió disfrutar de un extraordinario nivel de vida del que no gozaba, ni tenía posibilidades de hacerlo a través de los ingresos provenientes de su trabajo, quedando todas sus necesidades cubiertas a través de las aportaciones de su marido. Se fijó a su favor una pensión compensatoria de 75.000 euros líquidos al mes, durante cinco años, lo que supone como mínimo una cantidad total de 4.500.000 de euros, sin perjuicio de las actualizaciones del IPC.

Por otra parte, el marido donó a su mujer durante el matrimonio unos tres millones de euros, con 2.275.000 euros adquirió una vivienda suntuaria de la que es ahora propietaria, que fue objeto de una importante remodelación igualmente

abonada por el marido. [La jurisprudencia del Tribunal Supremo] (...) considera que ‘[...] una ‘anticipada compensación pecuniaria’ a favor de la esposa, puede tenerse en cuenta aunque no se haga efectiva en el momento de la ruptura y consiguiente extinción del régimen económico de separación’.

Todo ello no significa que la demandante no tenga derecho a una compensación del art. 1438 del CC, que no cuestiona el demandado. En efecto, la diferencia entre la capacidad económica entre ambos litigantes es tan abismal, que la aportación proporcional de la esposa a las cargas del matrimonio sería muy escasa, con lo que su dedicación exclusiva al hogar requiere una compensación pecuniaria, pero no de la forma que pretende la recurrente o la que fue fijada por la sentencia de la Audiencia, lo que trae consigo que el recurso de casación interpuesto por la parte demandada deba ser acogido.

En consecuencia [El Tribunal Supremo] asumiendo la instancia considera que, en atención a una valoración equitativa de los trabajos de coordinación cualificados para la casa prestados por la demandante, durante los diez años del matrimonio, a razón de unos 7000 euros netos al mes, arroja la suma final de 840.000 euros, que consideramos procedente como indemnización liquidatoria del régimen de separación de bienes, que regía el matrimonio de los litigantes, ponderando además los otros elementos de juicio antes considerados, como donaciones recibidas de unos tres millones de euros, nivel de vida que disfrutó, pensión compensatoria de 75000 euros al mes durante cinco años, para cuya fijación se valoraron también sus expectativas profesionales.

La estimación del recurso interpuesto por el demandado trae consigo la desestimación del formulado por la demandante, dejándolo sin contenido. Por otra parte, éste hace supuesto de la cuestión al partir de unas ganancias patrimoniales del marido durante la vigencia del matrimonio que no se declaran probadas por la Audiencia”. (F.D.4º). [A.B.B].

*Jurisprudencia: Pensión compensatoria: extinción por convivencia marital con un tercero: devolución (por cobro indebido) de las cantidades pagadas desde la fecha de la sentencia de primera instancia hasta la de la sentencia que resuelve el recurso de casación, la cual, revocando la sentencia de segunda instancia, repuso la de primera instancia.*

STS (Sala 1ª) de 17 de diciembre de 2019, rec. nº 182/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9ed496d29a5205d3/20191220>

“(…) Se ejercita por el demandante, acción reclamando las cantidades abonadas a la demandada en concepto de pensión compensatoria desde la fecha de la sentencia de primera instancia hasta la fecha de la sentencia que resuelve el recurso de casación que casa la sentencia de la Audiencia Provincial y repone la sentencia de primera instancia. Lo hace el demandante en base a los arts. 1895 y siguientes (cobro de lo indebido)” (F.D.1º).

“(…) Se estima el motivo. Entiende el recurrente que esta Sala debe declarar que, confirmada una sentencia del juzgado, que en primera instancia declaró la extinción de la pensión compensatoria, será eficaz la extinción desde la fecha en que fue dictada la sentencia repuesta. (...) la petición del recurrente es ciertamente prudente, en cuanto reclama la devolución de las cantidades percibidas indebidamente por la esposa en concepto de pensión compensatoria y ello desde la fecha de la sentencia del juzgado” (F.D.3º) [R.P.H.].

*Jurisprudencia: atribución del uso de la vivienda familiar en casos de custodia compartida: sistema de casa nido: improcedencia: no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores: atribución del uso a la madre durante un plazo de transición de 2 años.*

STS (Sala 1ª) de 16 de enero de 2020, rec. nº 826/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6d9a0aabe08a4e42/20200127>

“El recurrente planteó que se confirmase la sentencia del juzgado que conllevaba compartir la vivienda familiar como ‘vivienda nido’, a lo que en apelación se opuso la recurrida y a lo que también se opone el Ministerio Fiscal.

Esta sala en sentencia 215/2019, de 5 de abril, declaró:

‘En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (art. 96 del C. Civil)’.

Igualmente en sentencia 343/2018, de 7 de junio.

A la vista de esta doctrina, la discordancia entre las partes y el informe del Ministerio Fiscal, debemos declarar que la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores.

Sin perjuicio de ello, procede fijar un plazo de transición de dos años, durante el cual los menores y su madre permanecerán en la vivienda familiar, tras el cual, deberán abandonarla, momento en el que la vivienda familiar se integrará en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales (art. 96 del CC), medida que se toma en interés de los menores, a la vista de los escasos ingresos de la madre, situación necesitada de protección en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia.

En base a lo expuesto se fija, durante los mencionados dos años, una pensión de

alimentos de 150 euros para cada hija, abonables por el padre, teniendo en cuenta sus superiores ingresos (art. 146 del C. Civil), que durante dos años la vivienda solo la disfrutarán madre e hijas y que los períodos de estancia con el padre son superiores en tiempo.

Transcurridos los dos años, el juzgado determinará, en función de las circunstancias, cuál será la nueva pensión de alimentos” (F.D.5º) [M.D.V.]

*Jurisprudencia: Custodia compartida: imposibilidad de atribuirla cuando los domicilios de los progenitores distan 400 km. El cambio de residencia unilateralmente acordado, es reprobable, pero ello no puede acarrear una sanción que perjudique el interés de la menor: atribución de la custodia exclusiva a la cuidadora principal.*

STS (Sala 1ª) de 28 de enero de 2020, rec. nº 5135/2018

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8135681a8f2ca375/20200207>

“El presente recurso trae causa de demanda de divorcio presentada por Dña. Natividad , interesando la adopción de un régimen de guarda y custodia exclusiva para sí respecto de la hija común (...) informando que a principios de abril de 2015, Dña. Paulina , de forma unilateral se llevó a la menor de la localidad donde residía, sacándola de la escuela infantil y dándola de baja unilateralmente, trasladándose junto con la menor a (...) Alicante, incluso inscribiendo a la misma en el padrón de dicha localidad y matriculándola en un colegio de la misma localidad, y en definitiva obstaculizando e impidiendo la relación de la menor con ella, por lo que interpuso denuncia por secuestro, abriéndose diligencias penales, y se acordó el archivo, dejando abierto la vía civil para resolver sobre la custodia de la menor.

Solicitadas medidas provisionales previas, en que ambas piden la custodia exclusiva para sí de la menor (...) se acuerda provisionalmente la custodia compartida por dos semanas -la menor contaba con dos años y medio-.

(...) La demandada, Dña. Paulina, se opone a la custodia solicitada de contrario, y solicita igualmente la custodia exclusiva para sí.

Emitido informe psicosocial, (...) informa que ambas madres están capacitadas para ejercer la custodia de la menor, que ésta se ha adaptado bien a la custodia compartida quincenal, pero considera que la distancia geográfica no es una opción, por lo que debe atribuirse la custodia al cuidador principal que considera lo ha sido Paulina.

(...) La sentencia de primera instancia establece un régimen de guarda y custodia compartida, con alternancia anual (...) al considerar que si bien el informe psicosocial, emitido a tal efecto, informa al contrario, es lo más ajustado y beneficioso para la menor, y atendiendo a las circunstancias concurrentes -edad de

la menor, habilidades y aptitudes de los progenitores-. Explica que ambas reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de responsabilidades parentales y apoyos familiares.

Formulado recurso de apelación por ambas progenitoras, la Audiencia Provincial de Madrid, desestima el recurso, manteniendo la custodia compartida.” (F.D. 1º).

“(…) Ambas recurrentes coinciden en que no procede el sistema de custodia compartida dada la distancia existente (...) (400 kms). Sin embargo en el recurso de cada una de ellas se solicita la custodia exclusiva para cada una de las recurrentes.

(…) En los recursos se citan las sentencias 4/2018, de 10 de enero, 115/2016, de 1 de marzo, 748/2016, de 21 de diciembre y 566/2017, de 19 de octubre.

De la citada referencia jurisprudencial se deduce la imposibilidad de afrontar un sistema de custodia compartida con menores en edad escolar, con una distancia considerable entre los domicilios de los custodios, lo que acarrea un desarraigo de la menor, su sometimiento a cambios intermitentes de colegios y de sistema sanitario, incluso en este caso, con diferencias lingüísticas en su proceso de aprendizaje. Dicho ello, queda por solventar en base al interés de la menor, cuál de las dos madres, debe ostentar la custodia (art. 92 del C. Civil). (...) Esta sala de casación ha de declarar que el cambio de residencia unilateralmente acordado, es reprobable, pero ello no puede acarrear una sanción que perjudique el interés de la menor (sentencia 230/2018, de 18 de abril). A la vista de estos datos, esta Sala, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, ha de sustentar su decisión en el fundado informe psicosocial, al no constar con otro argumento más poderoso (art. 92 del C. Civil), por lo que se ha de estimar el recurso de Dña. Paulina, íntegramente, de forma que se declara que la custodia de la menor se ostentará por Dña. Paulina.” (F.D. 4º). [M.D.V]

*Jurisprudencia: Traspaso de una cantidad donada por los padres a la mujer, desde una cuenta a nombre suyo, a otra a nombre del otro cónyuge y en la que figuraba como autorizada la donataria, en la que se cargaban gastos de mantenimiento de la familia. Procede el reembolso del dinero ingresado por la donataria, sin necesidad de hacer reserva del derecho al reintegro, presumiéndose, salvo prueba en contrario (a cargo del otro cónyuge), que dicho dinero fue destinado a atender las cargas de la sociedad de gananciales: la amplia autonomía negocial de los cónyuges no implica que pueda presumirse el ánimo liberal de quien emplea dinero privativo para hacer frente a las cargas de la familia, sino que la previsión del art. 1364 CC, por el contrario, dispone el reintegro de las sumas gastadas en interés de la sociedad.*

STS (Sala 1ª) de 4 de febrero de 2020, rec. nº 2646/2017

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/25dcec7a8431085e/20200207>

“Por la representación de Dña. Luisa se formuló demanda de liquidación de

sociedad de gananciales frente a D. Maximino , presentando propuesta de inventario, frente a la cual se mostró disconformidad en una serie de partidas, y en concreto sobre una serie de cantidades procedentes de donaciones de padres de Dña. Luisa, y que esta recibió y que inicialmente ingresadas en una cuenta de Dña. Luisa luego se ingresaron en una cuenta de la que era titular D. Maximino para hacer frente a gastos ordinarios familiares.

La sentencia de primera instancia consideró que esas cantidades fueron ingresadas voluntariamente por Dña. Luisa en la cuenta de carácter ganancial y eso las convierte en gananciales.

Recurrió en apelación Dña. Luisa, y la sentencia de segunda instancia, de fecha 9 de mayo de 2017, estimó parcialmente el recurso e incluyó en el pasivo de la sociedad, como crédito de la esposa, 156.653,03 euros. La sentencia dice que no se transforma en ganancial un importe cuando el cónyuge se limita a ingresar un importe en una cuenta ganancial de procedencia claramente privativa, como es el caso, pues no consta, una expresa declaración de voluntad manifestada en documento privado o público, a fin de otorgar carácter ganancial a tal importe, más allá de la voluntad de querer contribuir a afrontar todas las cargas familiares que durante el matrimonio pudieran existir, lo que no es óbice para concluir que el dinero en cuestión nunca perdió el carácter privativo, de modo que si se consume para afrontar cargas familiares, es evidente que el cónyuge que ofrece y materializa tal aportación, mantiene intacto el derecho de reembolso.

Por D. Maximino se formula recurso de casación (...)” (F.D. 1º)

“Se desestima el motivo. Sentado que la esposa ingresó en cuentas destinadas a gastos familiares, dinero privativo recibido por donación de sus padres, es doctrina jurisprudencial que la Sra. Luisa tiene un crédito contra la sociedad de gananciales, por lo que se ha de desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida.

En este sentido la sentencia 657/2019, de 11 de diciembre, que declaró que la amplia autonomía negocial de los cónyuges no implica que pueda presumirse el ánimo liberal de quien emplea dinero privativo para hacer frente a las cargas de la familia. El régimen legal, por el contrario, refuerza que deben restituirse las sumas gastadas en interés de la sociedad. Salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente pues, a falta de prueba, que incumbe al otro cónyuge, se presume que se gastó en interés de la sociedad. Se reconoce el derecho de crédito de la esposa frente a la sociedad de gananciales por las sumas privativas.” (F.D.4º) [M.D.V]

*Jurisprudencia: Sociedad de gananciales: liquidación: Adquisición con dinero privativo de bien al que se atribuye, de común acuerdo, carácter ganancial: existencia de derecho de reembolso sin necesidad de realizar reserva del derecho de reembolso en el momento de la adquisición.*

STS (Sala 1ª) de 6 de febrero de 2020, rec. nº 2938/2017

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7ba18d8fbfdea4a8/20200217>

“El presente recurso plantea como cuestión jurídica el reconocimiento del derecho de reembolso del dinero privativo invertido en la adquisición de un bien ganancial aunque no se hiciera reserva del reembolso en el momento de la adquisición.

En el procedimiento de liquidación de gananciales subsiguiente al divorcio de los cónyuges, se suscita discrepancia acerca de la inclusión en el pasivo de un crédito a favor de D.ª Eva María correspondiente al precio de adquisición de la vivienda familiar.

En la demanda de formación del inventario, el esposo atribuyó carácter ganancial a un bien inmueble. En su contestación, la esposa no se opuso al carácter ganancial del bien, pero solicitó que se incluyera en el pasivo de la sociedad un crédito a su favor por la suma (actualizada) empleada en su adquisición, por haber pagado ella el precio de adquisición con dinero privativo.

En la instancia ha quedado acreditado, y no se discute ahora en casación, que el precio de la compraventa del inmueble se pagó con el dinero que la esposa había recibido de la herencia de su padre.

El juzgado declaró que el piso tenía carácter ganancial y que la esposa tenía a su favor un crédito por el precio, actualizado, de adquisición de la vivienda

La Audiencia estimó en este punto el recurso de apelación del marido y excluyó el mencionado crédito del pasivo de la sociedad. En síntesis, basó su decisión en que, en el momento de adquisición del inmueble, la esposa no hizo reserva alguna sobre su derecho de reembolso, por lo que debe entenderse que aportó libremente el inmueble a la sociedad.” (F.D. 1º)

“(…) El recurso de casación se dirige a que se declare el derecho de reembolso de la esposa del importe actualizado del dinero privativo con el que se pagó el precio de la vivienda familiar.

(…) El recurso va a ser estimado porque la sentencia recurrida es contraria a la doctrina de la sala.

(…) Esta sala, con posterioridad a la interposición del recurso de casación ha sentado doctrina sobre la cuestión jurídica que se plantea. La sentencia del pleno 295/2019, de 27 mayo, seguida por la sentencia 415/2019, de 11 de julio, sentó como doctrina que el derecho de reembolso procede, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición. Esta doctrina tiene en cuenta que en nuestro ordenamiento la donación no se presume, por lo que el reembolso que prevé el art. 1358 CC para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales procede siempre que no se excluya

expresamente. La atribución del carácter ganancial al bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y genera un crédito por ‘el valor satisfecho’ que es exigible en el momento de la liquidación si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3.ª CC).

En el caso debemos partir, por haber quedado fijado en la instancia y no ser una cuestión debatida por las partes, tanto del carácter ganancial del piso como del carácter privativo de la esposa del dinero empleado en su adquisición. En consecuencia, tal y como declaró la sentencia de primera instancia, procede declarar que debe incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a favor de D.ª Eva María por el importe actualizado del precio pagado en la adquisición de la vivienda” (F.D. 2º) [M.D.V]

*Jurisprudencia: Sociedad de gananciales: liquidación: Atribución en escritura pública de carácter ganancial a una vivienda comprada a plazos por la mujer en documento privado antes de casarse: derecho de reembolso del dinero privativo aportado para su adquisición, al no haberse renunciado a él.*

STS (Sala 1ª) de 12 de febrero de 2020 rec. nº 2593/2017

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/99ba9d9f7ab54b88/20200221>

“(…) Con todo, la razón por la que la Audiencia declara que el inmueble es ganancial no está en función de la naturaleza de los fondos, sino de la voluntad de ambos cónyuges de atribuir al bien tal carácter, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1355 CC. Como dijimos en la sentencia 295/2019, de 27 de mayo, el art. 1355 CC permite que los cónyuges atribuyan de común acuerdo carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad de gananciales, con independencia de los fondos utilizados para su adquisición. También, por tanto, pueden atribuir carácter ganancial en su totalidad a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo, (...) familiares antes de comenzar la sociedad). En virtud del art. 1355 CC la naturaleza ganancial del bien deriva del común acuerdo de los cónyuges, es decir, del consentimiento de ambos. La norma, además, permite presumir la voluntad favorable de los cónyuges al carácter ganancial de los bienes cuando adquieren conjuntamente y sin atribución de cuotas. La peculiaridad del presente caso es que los cónyuges otorgaron conjuntamente escritura pública de compraventa después de casados y bajo la vigencia del régimen de gananciales sin hacer referencia alguna al documento privado de compra otorgado por la esposa con anterioridad a la celebración del primer matrimonio. (...) En atención a lo anterior, a pesar de que literalmente el art. 1355 CC se refiere a la adquisición a título oneroso ‘durante el matrimonio’, debe tenerse en cuenta que, dada la amplitud con la que el art. 1323 CC admite la libertad de pactos entre cónyuges, ampara los desplazamientos patrimoniales entre el patrimonio privativo y ganancial y, en consecuencia, ampara que de mutuo acuerdo los cónyuges atribuyan la condición de ganancial tanto a un

bien privativo como a un bien en parte ganancial y en parte privativo. (...) La inclusión en el activo del piso litigioso debe ir acompañada, sin embargo, del reconocimiento de un crédito a favor de la esposa por el importe actualizado del dinero privativo empleado en su adquisición, puesto que no consta que renunciara al mismo. Ello por cuanto el reembolso, que el Código civil asocia de manera natural al empleo de fondos privativos para la adquisición de bienes gananciales (o de fondos gananciales para la adquisición de bienes privativos), procede siempre que no se excluya expresamente con el fin de equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales. Así resulta de la doctrina de esta sala recogida en la sentencia del pleno 295/2019, de 27 mayo, y seguida con posterioridad por otras, como la sentencia 415/2019, de 11 de julio” (F.D.2º) [R.P.H.].

*Jurisprudencia: Las circunstancias concurrentes del art. 97 del CC operan como criterios determinantes de la existencia del desequilibrio y como módulos de cuantificación de su montante económico.*

STS (Sala 1ª) de 12 de febrero de 2020, rec. nº 1512/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/00007891b12f8978/20200224>

“(…) La pensión compensatoria se configura como un derecho personalísimo de crédito, normalmente de tracto sucesivo, fijado en forma de pensión indefinida o limitada temporalmente, susceptible, no obstante, de ser abonada mediante una prestación única, incardinable dentro de la esfera dispositiva de los cónyuges, condicionada, por lo que respecta a su fijación y cuantificación, a los parámetros establecidos en el art. 97 del CC, y fundada en el desequilibrio económico existente entre los consortes en un concreto momento, como es el anterior de la convivencia marital.

(…) la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como ‘cualquier otra circunstancia relevante’, de acuerdo con lo dispuesto en la recogida en último lugar en el art. 97 CC. Ello es así, dado que las circunstancias concurrentes del art. 97 del CC operan como criterios determinantes de la existencia del desequilibrio y como módulos de cuantificación de su montante económico ( SSTS de 19 de enero de 2010, de Pleno [RC n.º 52/2006], luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007], 14 de febrero de 2011 [RC n.º 523/2008], 104/2014, de 20 de febrero y 495/2019, de 25 de septiembre, entre otras muchas)

(…) Según resulta de los hechos declarados probados las circunstancias del art. 97 del CC se materializan de la forma siguiente:

A) Los acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges. En este caso, ningún

convenio consta al respecto.

B) La edad y el estado de salud. En este sentido, a la fecha de la sentencia del Juzgado, la actora contaba con 43 años y el demandado con la misma edad. No consta ninguna incidencia negativa con respecto al estado de salud de los litigantes.

C) La cualificación profesional y las probabilidades de acceso al trabajo. La demandante es bióloga de profesión y goza de estabilidad laboral, trabajó antes de contraer matrimonio, durante la convivencia matrimonial y sigue haciéndolo en la actualidad. Igualmente, el demandado siempre trabajó antes, durante y después de la vida en común.

D) La colaboración con las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; en este caso no concurre, al ser ambos trabajadores por cuenta ajena.

E) La duración de la convivencia conyugal. Los cónyuges contrajeron matrimonio, el 3 de mayo de 2003. En el hecho cuarto de la demanda, se hace referencia expresa a que ya venían haciendo vida separada desde hacía meses; por lo que la convivencia duró unos 13 años aproximadamente. F) La dedicación pasada y futura a la familia. En este aspecto, durante la convivencia matrimonial, la demandada centró especialmente su atención en el cuidado de los hijos comunes y a tal efecto solicitó una disminución de la jornada laboral de dos horas. La dedicación futura a la familia existe, dada su condición de cónyuge custodio, si bien en atención a la edad actual de los hijos de 16 y 13 años de edad, su implicación ya no es tan intensa por requerir menos atención personal.

G) El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. La actora cuenta con un salario mensual de unos 1310 euros, a lo que habría que añadir el importe de las pagas extras, mientras que los ingresos del demandado, en cómputo mensual, equivalen a unos 6626,59 euros al mes. Con la obligación de abonar a los hijos una pensión de alimentos de 1100 euros mensuales con actualización IPC, así como la necesidad de cubrir sus necesidades de habitación. El régimen económico del matrimonio fue el de la sociedad legal de gananciales, durante el cual la actora disfrutó del carácter común de los superiores ingresos del marido (art. 1347.1 CC), lo que permitió la constitución de un patrimonio común entre el que se encuentra la vivienda familiar.

En atención a las circunstancias expuestas, consideramos que existe un desequilibrio económico, determinante de la fijación de una pensión compensatoria a favor de la esposa.

Como señala la STS 495/2019, de 25 de septiembre, existe desequilibrio económico pues la esposa: ‘perdió unas legítimas expectativas profesionales y económicas por su mayor dedicación a la familia, que no habrían acaecido de no mediar vínculo matrimonial, razón de peso para fijar la pensión compensatoria (art. 97.4 del C. Civil), máxime cuando la interrupción de la vida laboral durante el

matrimonio, se produjo en los primeros años, que es el período determinante del desarrollo profesional de cualquier persona’. Con ello, no se pretende equiparar patrimonios sino compensar el desequilibrio (SSTS 450/2019, de 18 de julio y 123/2019, de 26 de febrero)” (F.D. 4º) [S.R.LL.]

*Jurisprudencia: La importancia de la autonomía e independencia individual de las personas con discapacidad aconseja optar por la curatela, institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión.*

STS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 2020, rec. nº 3904/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/0f397f0e9d01a6f5/20200228>

“La adecuación de nuestro sistema de tutela y curatela como respuestas legislativas ante la limitación parcial del alcance de la capacidad, se ha examinado desde la perspectiva que recoge la reciente sentencia 298/2017, de 16 de mayo (...) a la que se opone la sentencia recurrida en cuanto que de la adaptación de los sistemas tutelares del Código Civil en una interpretación acorde a la Convención de Nueva York de 2006, corresponde la tutela a una limitación total del alcance de la capacidad y la curatela a supuestos como el presente en el que la sentencia refiere limitación parcial del alcance de la capacidad (además de fijar la idoneidad de la curatela también como sistema de apoyo también en los actos de la esfera personal).

Así la STS 298/2017, de 16 de mayo, (...), establece:

(...) ‘La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad ( arts. 287, 288 y 289 CC).

(...) Lo cierto es que la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse.” (F.D. 4º).

“Esta sala, a la vista de los minuciosos hechos probados declarados en la sentencia recurrida, y dado el informe del Ministerio Fiscal, en el que solicita la estimación del recurso, debe declarar que la institución que mejor garantiza la autonomía y

protección de Dña. Ramona es la curatela (arts. 287 y 289 del C. Civil), dado que posee un margen de autonomía que le permite un espacio de desarrollo personal que no es digno de un control exhaustivo, sin perjuicio de la necesaria asistencia del curador a aquellos actos ya declarados en la sentencia de la Audiencia Provincial, con los que la recurrente y el Ministerio Fiscal están conformes. En el mismo sentido los arts. 1 y 12 del Convenio de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad. Reconoce el preámbulo del Convenio ‘la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones’.

(...) En conclusión, procede estimar el recurso y someter a la demandante al sistema de curatela, confirmando en los demás aspectos la sentencia recurrida, al ser una medida proporcional con su situación médica y personal, constituyendo una salvaguarda adecuada y efectiva, que respeta su autonomía e independencia individual, sin menoscabo de la protección de sus intereses” (F.D. 5º) [S.R.LL.]

*Jurisprudencia: Situación de desamparo: mantenimiento de la resolución administrativa que acuerda su acogimiento familiar, de acuerdo con el principio de protección del interés del menor.*

SAP (Sección 10ª) Valencia de 16 de septiembre de 2019, rec. nº 163/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/93e6e122978dc304/20191025>

“Para decidir si procede o no mantener la resolución administrativa, de acuerdo con el principio de protección del interés del menor, conforme establece el artículo 172 ter-2 del Código Civil, se tiene en cuenta que el informe realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 126 y siguientes), recomienda la continuidad de la medida propuesta por la entidad pública, con el objeto de garantizar la estabilidad bio-psico-social del menor. Se constata que en la actualidad el menor reside junto a su familia acogedora y se encuentran en proceso de adaptación a nivel personal, social, familiar y escolar, habiendo experimentado una mejoría en todos los aspectos. La consolidación de hábitos y rutinas por el hijo es clave para establecer un vínculo de apego seguro, y gozar de un ambiente estructurado y cálido, con los mínimos cambios posibles, máxime habida cuenta de la inestabilidad emocional que presenta el menor debida a su vivencia pasada y al momento evolutivo en que se encuentra. Se comprueba también que los progenitores presentan una situación de especial vulnerabilidad, caracterizada por la personalidad dependiente de la recurrente, y la inestabilidad emocional del progenitor. A juicio de la redactora del dictamen, tales características hacen que no se pueda garantizar al hijo la necesaria estabilidad en el seno de su familia. Se constata que el informe pericial ha sido realizado después de que la apelante y el progenitor se trasladaran a vivir a DIRECCION000 desde DIRECCION001, donde convivían con el abuelo materno, lo que constituía una situación problemática. A la vista de estas conclusiones del dictamen, la sala

entiende que aún no se dan las condiciones para dejar sin efecto la medida de protección acordada por la entidad pública. No obstante, hay indicios de una mejoría en el estado de ánimo de la progenitora, como constata el dictamen del Equipo Psicosocial, quizá como consecuencia del tratamiento, así como una evolución favorable del progenitor, que padecía una adicción a sustancias tóxicas (folio 181), y ha presentado un contrato de trabajo (folio 88), lo que debe impulsar a la entidad pública, tras los informes y comprobaciones pertinentes, a fijar un régimen de contactos entre el menor y su familia biológica que sea adecuado a las circunstancias” (F.D. 2º) [J.B.D.].

*Jurisprudencia: Resolución administrativa que no establece régimen de visitas a favor de la progenitora, a pesar de haber recobrado plena capacidad: no concurren las condiciones necesarias para relacionarse con la menor dada en acogimiento familiar.*

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ad4cf5170e449a38/20200107>

SAP Valencia (Sección 10ª) de 20 de noviembre de 2019, rec. nº 748/2018.

“En el presente caso, de la lectura del expediente administrativo, se desprende, a juicio de esta Sala, la pertinencia y proporcionalidad de no establecer, por el momento, tal y como razonó el Magistrado de instancia, un régimen de visitas a favor de la madre biológica, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en función de la evolución tanto de la menor como de la madre biológica, ahora apelante.

Es menester indicar que, para no acordar el establecimiento de ningún tipo de visita, se tuvo en cuenta tanto la evolución personal de la madre biológica, de la que queda constancia en sucesivos informes, como el hecho de que la misma no se opuso ni a la declaración de desamparo de la menor ni al establecimiento de un acogimiento familiar.

Es cierto que, con posterioridad, la apelante, con un grado de discapacidad global del 66% y un grado total de 71% por enfermedad dermatológica, escoliosis, retraso mental ligero y trastorno límite de la personalidad, ha recobrado la plena capacidad de obrar, pero tal y como se desprende del informe del Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 143-150), de fecha 31/01/2019, en el que se confirma el informe previo 11/04/2018 (folios 73-78), puede dudarse razonablemente de la concurrencia en la apelante de las cualidades y aptitudes parentales necesarias, en estos momentos, para relacionarse con la menor de un modo beneficioso para la misma.

En efecto, en dicho informe se reflejó por los profesionales correspondientes que la progenitora presentaba unos hábitos de higiene algo descuidados, que había sido complicado localizar a la misma para la realización de la entrevista, hasta el punto de que su tía, con la que supuestamente estaba viviendo, llevaba varios días sin verla. Durante la entrevista, se mostró desbordada emocionalmente, hubo preguntas que no quiso contestar y admitió que le costaba controlar sus impulsos,

perdiendo los nervios en alguna ocasión. Carece de apoyos familiares sólidos, y se aprecia que carece de capacidad para resolver e identificar los problemas, así como para solventarlos de manera eficaz.

Y no debemos olvidar que dicha menor presenta un retraso psicomotor que requiere, por parte de los encargados de su cuidado, unas atenciones y actuaciones específicas, tal y como queda constancia en el informe de la Asociación Nueva Infancia de fecha 17/07/2018 (folios 128-131). En dicho informe se refleja la correcta evolución de la pequeña, pero también la necesidad de realizar con la misma un trabajo específico, particularmente con la mano izquierda, al tener tendencia al puño cerrado, así como el hecho de que la misma manifiesta una cierta resistencia hacia los extraños.

El establecimiento de un régimen de visitas con la madre biológica, partiendo de que en esta resolución se trata de determinar si las circunstancias existentes en el momento en que se rechazó dicha medida justificaban la misma, podía estimarse como contraproducente para la menor. Y puesto que, a juicio de esta Sala, así era, procede la confirmación de la sentencia recurrida, y con ella de la correspondiente resolución administrativa” (F.D.4º) [J.B.D.].

*Jurisprudencia: Suspensión temporal del régimen de visitas de la madre biológica respecto del menor dado en acogimiento familiar (art. 161 CC): mantenimiento de la resolución administrativa de suspensión, en atención al interés de la menor.*

SAP (Sección 10ª) Valencia de 18 de diciembre de 2019, rec. nº 94/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5b60e9dde4db0481/20200303>

“A la vista del informe emitido por el Equipo Psicosocial solo puede concluirse que la decisión adoptada en la sentencia apelada debe ser mantenida por resultar conveniente para el interés de la menor. Se considera que la progenitora tenía elaborado un discurso y mantenía una actitud que resultaba desproporcionadas e inadecuadas de cara al mantenimiento del contacto con la menor, con un comportamiento y actitud a la defensiva que pudo provocar en la menor el lógico rechazo y vivencia de malestar ante la situación y el contacto con la progenitora. Se señala en el informe que la demandante no es consciente de las dificultades que pueden surgir en las relaciones con la hija, que nunca existió un vínculo materno-filial y la menor no siente un vínculo ni tiene sentido de pertenencia respecto a la progenitora sino más bien hacia la familia acogedora, que está ejerciendo su rol protector y de cuidado afectivo y de todo orden que la menor necesita desde que esta tenía muy corta edad, habiendo sido la menor testigo de experiencias no agradables en las visitas, tanto en el entorno paterno como después en el PEF, habiendo sido la menor también testigo de la desregulación emocional de la progenitora y actitud desproporcionada y no acorde con la pretensión de acercamiento a la hija, siendo concluyente el informe en el sentido de desaconsejar

las visitas, considerándolas no recomendables en el momento actual, al estar la menor perfectamente adaptada y sin ninguna dificultad reseñable en el entorno familiar actual” (F.D. 3º) [J.B.D.].

*Jurisprudencia: Discrepancia en el ejercicio de la patria potestad con relación a la vacunación de dos hijos menores: se concede, en interés de los menores, autorización judicial para proceder a su vacunación, conforme a lo solicitado por el padre, rechazando la tesis de la madre, que era partidaria de aplicar una vacunación selectiva y tardía.*

AAP de Barcelona (Sección 18ª) de 15 de enero de 2019, rec. nº 960/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e1116187eef35324/20190206>

“La cuestión se ha planteado en el marco de una discrepancia en el ejercicio de la potestad parental entre los progenitores que contempla el artículo 236-13 del Código Civil de Catalunya y nos lleva a ponderar la prevalencia del derecho a la libertad de decisión sobre el derecho a la salud en este caso de los hijos.

La tesis de la madre no puede compartirse en su totalidad y en interés de los menores va a ser rechazada.

Es cierto que en España las vacunas no son obligatorias pero, como norma general, cuando se introduce una vacuna en el calendario oficial infantil es porque la comunidad médica ha valorado la existencia de un problema de salud pública que exige adoptar medidas de protección.

Entendemos que la vacunación es un derecho sanitario básico y, aunque como todo acto médico tiene un riesgo, cumple una importante y doble función. De prevención general en la medida en que es el método más eficaz para controlar el brote de enfermedades o epidemias entre la población e incluso su erradicación, y también de prevención especial en cuanto que son mayores sus beneficios - protección de padecer graves y peligrosas enfermedades- que los riesgos, dada la baja probabilidad de efectos adversos y el hecho de que, de contraer la enfermedad, la consecuencia es muy grave e incluso puede ser letal.

Ello es más evidente si cabe en la vacunación infantil - enmarcada en el cuidado médico necesario de los más pequeños- porque lo peligroso no es la infección en sí, sino el estado de vulnerabilidad de los niños cuando las sufren. Cuanto más pequeño es el paciente, más grave es cualquier proceso infeccioso y si la población infantil no recibe esa cobertura médica general de forma suficiente las enfermedades objeto de vacuna pueden reaparecer.

Así concluyen los dos pediatras que asisten a los niños desde su nacimiento y también el informe forense.

Entendemos también como lo hace la resolución apelada que no es necesario el

recuento previo dado que expertos profesionales de la Salud Pública han concluido que los beneficios para la población infantil conforme al calendario específico establecido por la administración son superiores a los efectos adversos de muy baja prevalencia y suficientemente controlados.

Por todo ello y ante la tesitura planteada resolvemos, en interés de los menores y priorizando su bienestar, confirmar el auto apelado, sin imposición de costas, dada la naturaleza de la resolución que se adopta” (F.D. 2º) [J.B.D.].

*Jurisprudencia: Extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital: consideraciones en torno a la carga y facilidad de la prueba. Acreditada por el deudor la situación de convivencia, corresponde al sujeto beneficiario de la pensión demostrar que dicha convivencia no tiene carácter marital.*

SAP Murcia de 18 de febrero de 2020, rec. nº 442/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fe710c2c173897c1/20200421>

“Sentado esto, entendemos que quien sostiene la existencia de convivencia marital con tercero tiene la carga de la prueba sobre la existencia de la convivencia. Ahora bien, acreditada la misma, será quien niega el carácter de marital a la misma el que tiene la carga de la prueba sobre dicho extremo. Así lo entiende la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de León de 4 de febrero de 2013 cuando argumenta que ‘corresponde al deudor demostrar que se ha producido la convivencia marital mediante la utilización de toda suerte de pruebas, bien directas bien a través de las presunciones, tomando como base el dato incontestable de una relación más o menos continuada del acreedor de la pensión con ese tercero de la que se pueda deducir en un sentido puramente lógico que se ha producido el supuesto de hecho que genera la consecuencia extintiva. Probado este extremo, es decir, el de la convivencia, es perfectamente lícito y conforme a la naturaleza de las cosas deducir la existencia de una relación marital entre una y otra parte, si el acreedor no ha podido justificar ni explicar convenientemente el porqué de esa convivencia continuada y estable, de fácil prueba para él y de casi imposible acreditación para el contrario’; y la de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 20 de julio de 2015 cuando, con cita y ampliación de otra anterior, razona que ‘si bien la prueba de la convivencia o relación incumbe al demandante, la demostración de que aquella no reúne las características de estabilidad y permanencia que la convierten en relación de contenido asimilable a la matrimonial (more uxorio)... ’o añadimos, que obedezca a otra causa que no sea la afectiva de pareja’, corresponde a quien goza de tal situación, por la teoría de la facilidad probatoria’. Asumimos como propios estos razonamientos que, en el caso enjuiciado, nos llevan a la conclusión contraria a la que alcanza la juzgadora de primera instancia. Esta argumenta en el fundamento tercero que ‘se quiso hacer creer la posibilidad de que doña Patricia tuviese nueva pareja, lo que haría desaparecer la posibilidad de pensión compensatoria; no obstante, tal

circunstancia no ha quedado acreditada. Sí se ha acreditado que la misma reside en otro domicilio junto a otra persona y su hijo y, el testigo manifestó en el acto del juicio que vio actitudes propias de una pareja, sin ser capaz de concretar las mismas o dar ejemplo alguno, pues no observó ningún beso entre ambos o que fueran cogidos de la mano, como tampoco se observa en las fotografías aportadas, por lo que no quedó acreditada ninguna relación sentimental, que la propia doña Patricia negó en el acto del juicio. Además, en todo caso se necesitaría acreditar la existencia de una relación de pareja estable, que tampoco se ha acreditado'. En efecto, el testimonio del detective, en relación al informe aportado y fotografías que lo ilustran, acreditan plenamente que la esposa y un hijo suyo de otra relación anterior conviven con una tercera persona, Don Santiago, desde al menos octubre de 2018, en el domicilio de este. La apelada no sólo no ha acreditado que esa convivencia carece del marital carácter que el apelante le atribuye, sino que ha venido asegurando algo que no se corresponde a la realidad, que se limitaba a realizar allí, esporádicamente, labores de limpieza retribuidas para un amigo, tesis que refuta acertadamente la resolución impugnada poniendo de relieve lo absurdo de la misma teniendo en cuenta las horas y circunstancias de las entradas y salidas. Pues bien, acreditada la convivencia, no probado que tenga una causa distinta a la sentimental, y por el contrario habiéndose intentado ocultar ante el juzgado, se puede fundadamente concluir que se trata de una convivencia encajable en la doctrina jurisprudencial antes citado, extintiva por tanto del derecho a una pensión compensatoria, por lo que procede estimar el recurso en este punto” (F.D.3º) [J.B.D.].

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

*Jurisprudencia: El artículo 659 del Código Civil dispone que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte. Es cierto que en este caso nos encontramos ante un derecho personalísimo, en el sentido de que la legitimación para su ejercicio corresponde exclusivamente al arrendatario que sea cultivador personal y en el que concurran las demás condiciones exigidas por la ley; pero, una vez dictada sentencia firme que lo reconoce, tratándose además de un derecho de contenido patrimonial, el mismo se integra en el caudal hereditario del beneficiario y pasa a sus herederos.*

STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 2019, rec. nº 55/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/a173aebf645ea325/20191108>

“Los demandantes, don Raúl y otros, formularon demanda contra doña Ofelia , en ejercicio de acción de extinción del derecho de acceso a la propiedad sobre determinada finca, que había sido reconocido al padre de la demandada, don Secundino , por aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos de 10 de febrero de 1992, en sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª) de fecha 15 de febrero de 2000, que ganó firmeza al ser confirmada por la de esta sala de fecha 26 de junio de 2007.

La petición de extinción la fundamentan los demandantes en el fallecimiento de don Secundino en fecha 7 de junio de 2010, cuando se hallaba en fase de ejecución la sentencia que le reconocía tal derecho, sin que aún se hubiera satisfecho el precio correspondiente a la adquisición de la propiedad, puesto que no había sido fijado definitivamente por el Juzgado, de modo que -en tal situación y por tratarse de un derecho de carácter personalísimo- no podía sucederle en el proceso su hija -actual demandada- doña Ofelia .

La demandada se opuso y el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Arcos de la Frontera dictó sentencia por la que desestimó la demanda y condenó en costas a los demandantes, reconociendo a la demandada la sucesión en el derecho reconocido a su padre. Los demandantes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8.ª) estimó el recurso y revocó la sentencia impugnada declarando que el derecho de acceso a la propiedad se extinguió con el fallecimiento del arrendatario en fecha 7 de junio de 2010. Contra dicha sentencia recurre la demandada por infracción procesal y en casación. (...)” (F.D.1º).

“Se formula un solo motivo por infracción del artículo 2.2 de la Ley 1/1992, de Arrendamientos Rústicos Históricos, en relación con los artículos 609 y 1095 del Código Civil, poniendo de manifiesto que el interés casacional consiste en la decisión sobre si el derecho de acceso a la propiedad acordado por una resolución firme, cuya ejecución estaba ya iniciada, se transmite a los herederos del titular, cuestión sobre la que no existe doctrina jurisprudencial pues las sentencias dictadas por esta sala se refieren a supuestos en que el fallecimiento del arrendatario se produce cuando aún no existe sentencia firme que declare su derecho de acceso a la propiedad.

Sostiene la recurrente que la sentencia impugnada no tiene en cuenta dos datos fundamentales como son: 1.º El derecho de acceso a la propiedad conforme al artículo 2.2. de LARH fue reconocido a favor del Sr. Secundino en sentencia firme; 2.º El Sr. Secundino instó la ejecución de la sentencia (autos 730/07 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Arcos de la Frontera) en vida, y es en un momento posterior, en fecha 7 de junio de 2010, cuando fallece estando incluso ya fijado el precio de la venta según dictamen pericial de fecha 5 de mayo de 2010, aunque la resolución del Juzgado sobre ello sea posterior; y 3.º El Sr. Secundino , como todo arrendatario histórico, en la fecha en que presenta su demanda ya tiene una edad avanzada, por lo que podemos entender que de contrario, con su oposición contumaz al otorgamiento de la escritura, se perseguía que el fenómeno biológico del fallecimiento del mismo le solucionara lo que por la ley no le corresponde.

El motivo ha de ser estimado por las siguientes razones:

El artículo 2.2 de la Ley 1/1992, de Arrendamientos Rústicos Históricos, dispone que aquel arrendatario en que concurren los requisitos exigidos podía ejercitar, hasta el 31 de diciembre de 1997, el derecho de acceso a la propiedad. Así lo hizo el padre de la demandada en fecha 30 de diciembre de 1997 mediante la interposición de la correspondiente demanda, sujeta al compromiso de cultivar

personalmente las fincas adquiridas durante seis años como mínimo según impone la misma norma en su apartado 4. El hecho de que los hoy demandantes no se conformaran con dicha pretensión y se diera lugar a un proceso, que finalizó con sentencia de esta sala de fecha 26 de junio de 2007, no puede suponer perjuicio para la parte que ejerce su derecho, siendo así que desde la fecha de interposición de la demanda hasta el fallecimiento del arrendatario, en fecha 7 de junio de 2010, transcurrieron más de doce años sin que se haya discutido que en dicho período la finca fue cultivada por dicho arrendatario.

Sentado lo anterior, hay que recordar que el artículo 659 del Código Civil dispone que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte. Es cierto que en este caso nos encontramos ante un derecho personalísimo, en el sentido de que la legitimación para su ejercicio corresponde exclusivamente al arrendatario que sea cultivador personal y en el que concurran las demás condiciones exigidas por la ley; pero, una vez dictada sentencia firme que lo reconoce, tratándose además de un derecho de contenido patrimonial, el mismo se integra en el caudal hereditario del beneficiario y pasa a sus herederos. En consecuencia se casa la sentencia recurrida y se confirma la de primera instancia” (F.D.3º) [P.M.R.].

*Jurisprudencia: Aunque la enfermedad causante de la IPA fuese diagnosticada después de la suscripción de la póliza y de la cumplimentación del cuestionario, lo cierto es que, como aprecia el tribunal sentenciador, hubo ocultación, y por tanto dolo, al declarar el riesgo, pues concurrían suficientes elementos significativos que el asegurado conocía o no podía desconocer y que debía representarse como objetivamente influyentes para su valoración, siendo el más relevante de todos ellos el gran consumo de alcohol, conscientemente negado, y su admitida relación con la sintomatología de tipo mental -episodios de pánico, miedo a los espacios abiertos- que finalmente se identificó con la enfermedad -trastorno depresivo por agorafobia- determinante de su invalidez.*

STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 2019, rec. nº 2061/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/0de6a870bd27bd09/20191108>

“El presente litigio versa sobre la reclamación del asegurado contra la aseguradora y contra la entidad prestamista designada como primera beneficiaria pidiendo el cumplimiento del contrato de seguro suscrito en su día (de vida con cobertura de invalidez, vinculado a un préstamo hipotecario), que se encontraba en vigor al producirse el siniestro consistente en la declaración de incapacidad permanente absoluta (IPA) del asegurado. La demanda fue desestimada en ambas instancias, en cuanto al banco prestamista beneficiario por falta de legitimación pasiva y en cuanto a la aseguradora por infracción del deber de declaración del riesgo por parte del asegurado. (...). Se han declarado probados o no se discuten los siguientes hechos:

a) El 29 de marzo de 2005 D. Celso suscribió con Caja General de Ahorros de Granada (actualmente Banco Mare Nostrum, S.A., en adelante BMN) un préstamo con garantía hipotecaria.

b) Con esa misma fecha, vinculado al citado préstamo y con la mediación del propio banco, que actuó como subagente, el prestatario suscribió con la aseguradora Unicorp Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. (a la que sucedió Caja Granada Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., tras cesión parcial de cartera), una póliza denominada ‘General Vida Amortización Hipotecarios’ (póliza n.º NUM002 , doc. 2 de la contestación de la aseguradora) que, además del riesgo de fallecimiento, cubría el de ‘invalidez absoluta y permanente por cualquier causa’ y en la que se designó a la entidad prestamista como primera beneficiaria por el importe del saldo pendiente de amortizar más un máximo de 60 días de intereses.

c) En la póliza se incluyó un ‘Cuestionario de Salud y Actividad’ (folio 74 de las actuaciones de primera instancia) en el que aparece que, en respuesta a las preguntas que contenía, el asegurado/tomador negó haber padecido o padecer alguna enfermedad que le hubiera obligado a interrumpir su actividad laboral durante más de quince días en el transcurso de los últimos cinco años, haber estado de baja por enfermedad o accidente (pregunta 2) y haber consumido o consumir habitualmente bebidas alcohólicas, ansiolíticos, estupefacientes o algún tipo de medicación con o sin prescripción médica (pregunta 10), y que respondió afirmativamente a la pregunta de si creía que su estado de salud era bueno y sin enfermedad (pregunta 11).

d) Al tiempo de suscribir la póliza y contestar al cuestionario, el tomador/asegurado ya llevaba varios años padeciendo de alcoholismo.

De la documentación médica incorporada a las actuaciones resulta que en mayo de 2008 sufrió un episodio de pancreatitis y que esta enfermedad fue la razón de que abandonara su adicción alcohólica, iniciada mucho tiempo antes. Así, en el informe clínico unido al folio 234 de las actuaciones de primera instancia consta que cuando el 10 de noviembre del mismo año acudió por vez primera a la Unidad de Salud Mental de Loja y se le diagnosticó ‘agorafobia con trastorno de pánico, F40 (CIE-10) de años de evolución’, también se reseñó como antecedente un ‘consumo perjudicial de alcohol’, que se decía abstinentes desde 2008 (‘abstinentes en la actualidad por motivos orgánicos desde hace dos años’); en el informe de urgencias emitido por el Servicio de Psiquiatría del Hospital de Manacor, donde recibió asistencia en agosto de 2009 por ‘ansiedad-depresión’ (folio 236 de las actuaciones de primera instancia), se reseñó, en el apartado referido a sus antecedentes somáticos, que el paciente era exalcohólico y, como antecedentes psiquiátricos, que en su juventud sufría cuadros de crisis de pánico que aplacaba con alcohol, y que su consumo cesó a raíz de la pancreatitis; en el informe emitido por la inspectora médica del INSS de Granada (folios 239 y siguientes de las actuaciones de primera instancia) se reflejó que, según el ya citado informe de noviembre de 2008, el ‘consumo perjudicial de alcohol’ solo cesó ‘por motivos orgánicos’; finalmente, en el acto del juicio su médico de

cabecera atribuyó el episodio de pancreatitis al consumo abusivo y perjudicial de alcohol desde mucho tiempo antes, toda vez que el síndrome de abstinencia obedece a un consumo prolongado previo de alcohol.

e) Por sentencia de 12 de diciembre de 2012 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, desestimatoria del recurso de suplicación (n.º 2190/2012) interpuesto por el INSS, se acordó confirmar la sentencia dictada el 20 de junio de ese mismo año por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Granada (autos n.º 399/2011) que había declarado al asegurado en situación de IPA derivada de enfermedad común con efectos desde el 17 de febrero de 2011 (folios 12 a 15 de las actuaciones de primera instancia). En esta sentencia del Juzgado de lo Social se declaraba probado que el Sr. Celso había iniciado expediente de incapacidad por enfermedad en el que con fecha 17 de febrero de 2011 se emitió el dictamen propuesta del EVI y con fecha 18 de febrero de 2011 se dictó resolución de la Dirección Provincial del INSS denegando la declaración de incapacidad permanente por no ser suficientes las lesiones objetivadas, así como que, según ese dictamen, el Sr. Celso presentaba como cuadro clínico residual ‘trastorno depresivo con síntomas ansiosos y agorafobia’, y como limitaciones anatómicas y funcionales en tratamiento por el equipo de salud mental desde 2008 ‘agorafobia de años de evolución, la clínica agorafóbica le impide alejarse a más de un cierto radio de casa, necesita salir acompañado, miedo a coger transportes públicos, escasa respuesta al tratamiento. Ha estado trabajando en la temporada de verano en Mallorca, entre abril y octubre cada año, actualmente se encuentra en situación de IT por agorafobia’. para que aportara determinada documentación médica necesaria para la correcta tramitación y valoración del mismo, sin que estos requerimientos fueran atendidos. Respecto de esta cuestión, según el art. 11 de las condiciones generales de la póliza el pago de la prestación prevista para el caso de siniestro consistente en la invalidez del asegurado requería que, por el tomador, asegurado o beneficiario, una vez comunicado el siniestro, se aportara determinada documentación, y en particular:

‘c) Historia clínica del centro sanitario o médico que haya asistido al Asegurado en la que se recoja claramente la evolución de la enfermedad o accidente de que deriva la declaración de invalidez absoluta y permanente del Asegurado, así como su fecha de diagnóstico y antecedentes personales del Asegurado’.

2.- El asegurado comunicó el siniestro a la aseguradora mediante carta enviada a BMN con fecha 7 de mayo de 2013 (folio 11 de las actuaciones de primera instancia). Con la carta acompañó varios documentos, aunque ninguno referido a sus antecedentes de salud. Por este motivo la aseguradora, conocedora del siniestro, requirió por dos veces al asegurado (burofaxes de fechas 5 de mayo de 2014 y 10 de junio del mismo año). (...)

La demandante interpuso contra dicha sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional, en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala.

Terminaba solicitando que se dictara sentencia "estimando las pretensiones de cumplimiento contractual y reclamación de cantidades contenidas en el suplico de la demanda interpuesta por el actor recurrente contra la Entidad Aseguradora CAJA VIDA GRANADA, S.A. haciéndose el pronunciamiento sobre costas de conformidad con el art. 398 de la LEC".

10.- En su oposición a los recursos el banco recurrido ha solicitado su desestimación por entender que nada se pide contra él y que la controversia afecta únicamente a las otras dos partes litigantes, aunque manifestando que en todo caso hace suyas las razones de oposición que pudiera alegar la aseguradora recurrida. Por su parte, esta entidad ha pedido la desestimación de los recursos tanto por causas de inadmisibilidad como por razones de fondo, lo que obliga a esta sala a examinar con carácter preliminar las posibles causas de inadmisión del recurso de casación por interés casacional porque, conforme a la regla 5.ª del apdo. 1. DF. 16.ª LEC, la inadmisión del recurso de casación determinaría la del recurso extraordinario por infracción procesal (por ejemplo, sentencias 222/2017, de 5 de abril, 528/2018, de 26 de septiembre, 562/2018, de 10 de octubre, y 37/2019, de 21 de enero)” (F.D. 1º).

“Recurso de casación:

SEXTO.- Como se ha indicado ya, sus dos motivos se fundan en el argumento común de la inexistencia de conducta dolosa o gravemente negligente del asegurado, alegando: (i) que el cuestionario no puede considerarse formalmente válido al no haber sido cumplimentado por el asegurado, quien se habría limitado a firmarlo; y (ii) que esa falta de validez formal excluiría el dolo o la culpa grave y, consiguientemente, determinaría la incontestabilidad del seguro de vida conforme al art. 89 LCS. Su estrecha relación entre sí aconseja su examen y resolución conjunta. El banco considera que nada se pide contra él y la aseguradora recurrida se ha opuesto al recurso solicitando su desestimación, además de por las causas de inadmisión antes referidas, también por razones de fondo, alegando a este respecto, en síntesis: (i) en cuanto al motivo primero, que el cuestionario es formalmente válido porque, según los hechos probados, el asegurado no se limitó a firmarlo, sino que fue cumplimentado con sus respuestas, de tal manera que sostener lo contrario supone no respetar esos hechos probados; (ii) que en dicho cuestionario se reflejaron las respuestas del asegurado referentes a que en el momento de suscribirse la póliza no tenía adicción ni enfermedad alguna cuando, por el contrario, según los informes médicos, está probado que era plenamente consciente de que venía consumiendo alcohol abusivamente y de forma habitual desde mucho antes de firmar la póliza para aplacar las crisis de pánico que sufría igualmente con anterioridad (en el informe de 19 de septiembre de 2011 consta que el paciente refirió padecer desde los 24 años crisis de pánico que aplacaba con alcohol); y (iii) en cuanto al motivo segundo, que la cláusula del art. 89 LCS no opera en casos como este en que se declara probada la infracción dolosa o gravemente negligente del deber de declarar el riesgo. Por último, añade que la parte recurrente comete un "error en el suplico del recurso" al pretender que se estimen todas las pretensiones formuladas en su demanda cuando resulta que la

desestimación de algunas de ellas ha quedado firme (es el caso de las pretensiones de devolución de las primas y cuotas del préstamo, y de los intereses del art. 20 LCS)” (F.D. 6º).

“De la doctrina de esta sala sobre el art. 10 LCS (sentencias 106/2019, de 19 de febrero, 81/2019, de 7 de febrero, 53/2019, de 24 de enero, 37/2019, de 21 de enero, 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, entre otras) 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 de respuesta por la sola 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, admitiéndose 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 las citadas 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 semejanza con el presente caso, dadas las circunstancias concurrentes, resultan de aplicación las sentencias 37/2019, de 21 de enero, 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, cuando 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. 7º).

“La sentencia recurrida, en su fundamentación jurídica sobre el fondo a partir de los hechos probados, no infringe la referida doctrina jurisprudencial y, por tanto, el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

1.ª) La razón decisoria de la sentencia recurrida consiste en que el asegurado, al contestar al cuestionario antes de firmarlo, ocultó datos sobre su salud, por él conocidos al tiempo de suscribir la póliza, cuya influencia en la valoración del riesgo razonablemente podía conocer y que estaban directamente relacionados con la enfermedad que determinó el reconocimiento de su IPA. En concreto, deteniéndose en las respuestas dadas por el asegurado a las preguntas 2, 10 y 11, según las cuales decía estar bien de salud y no haber consumido alcohol, y poniendo en relación esas respuestas con los antecedentes de salud que resultaban de la documentación médica y de la declaración testifical de quien fue su médico de cabecera, la sentencia recurrida concluye que el asegurado infringió su deber de declarar el riesgo porque la IPA trajo causa de una enfermedad de tipo mental (“trastorno depresivo con síntomas ansiosos y agorafobia”) de varios años de evolución (y por tanto, iniciada en su juventud, bastante antes de suscribirse la póliza) que había cursado con episodios o crisis de pánico que el propio asegurado reconoció aplacar con un consumo elevado y habitual de alcohol, el cual únicamente cesó con ocasión de sufrir un problema orgánico (pancreatitis) en 2008.

2.ª) Pese a lo sostenido por el recurrente en el motivo primero, el tribunal sentenciador considera acreditado, tras valorar la prueba en su conjunto, que el cuestionario fue cumplimentado con las respuestas que suministró el propio asegurado (de ahí que se reflejaran datos personales que de otra forma no podrían ser conocidos), y esta conclusión fáctica tiene que ser respetada en casación tras haberse desestimado el recurso por infracción procesal (sentencia 562/2018, con cita de la 542/2017, de 4 de octubre).

3.ª) Analizadas las preguntas del cuestionario y las respuestas del asegurado conforme a la jurisprudencia antes reseñada, resulta que no todas las preguntas fueron genéricas, pues además de preguntársele si se consideraba en buen estado de salud y si estaba o había estado enfermo, se le preguntó específicamente si era consumidor habitual de alcohol y lo negó, contradiciendo así 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 toda claridad que venía sufriendo episodios de pánico desde su juventud que aplacaba consumiendo alcohol de forma habitual y en dosis elevadas, suficientes como para causarle una adicción que solo cesó tras sufrir un problema orgánico.

4.ª) En consecuencia, aunque la enfermedad causante de la IPA fuese diagnosticada después de la suscripción de la póliza y de la cumplimentación del cuestionario, lo cierto es que, como aprecia el tribunal sentenciador, hubo

ocultación, y por tanto dolo, al declarar el riesgo, pues concurrían suficientes elementos significativos que el asegurado conocía o no podía desconocer y que debía representarse como objetivamente influyentes para su valoración, siendo el más relevante de todos ellos el gran consumo de alcohol, conscientemente negado, y su admitida relación con la sintomatología de tipo mental -episodios de pánico, miedo a los espacios abiertos- que finalmente se identificó con la enfermedad -trastorno depresivo por agorafobia- determinante de su invalidez.

5.ª) Al ser ajustada a derecho la apreciación de dolo por el tribunal sentenciador, no ha lugar a plantearse la aplicación del art. 89 LCS en favor del asegurado recurrente, ya que el inciso final de su párrafo primero introduce la salvedad de que ‘el tomador del seguro haya actuado con dolo’ (F.D.8º) [P.M.R.].

*Jurisprudencia: No cabe apreciar la causa de revocación prevista en el art. 648.2.º CC. Los delitos por los que el donatario presentó denuncia contra los donantes requieren la presentación de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal; el ministerio fiscal solo puede denunciar cuando la persona agraviada ‘sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida’, para proteger su interés ( art. 296.1 CP); únicamente deja de ser precisa la denuncia del agraviado ‘ cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas’ (art. 296.1 CP), lo que no se ha planteado en el caso. No nos encontramos, por tanto, ante un delito perseguible de oficio.*

STS (Sala 1ª) de 5 de noviembre de 2019, rec. nº 347/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/54f8a6df1cde7fda/20191111>

“Los demandantes ejercitan acción de revocación por ingratitud de varias donaciones hechas a su padre. La demanda ha sido desestimada en las dos instancias y recurren en casación los demandantes.

Son antecedentes necesarios para resolver este recurso los siguientes:

1.- Los actores, D. Teofilo, D. Valentín , D. Víctor , D. Ángeles y D.ª Antonia , formularon demanda con fundamento en el art: 648.2º del CC, ejercitando acción de revocación por ingratitud de las donaciones contra su padre D. Luis Pablo , como donatario y contra Daval Control, S.L., sociedad a la que fueron aportadas algunas de las acciones donadas.

Solicitaban que se declarase la procedencia de la revocación de las donaciones otorgadas: 1.- Mediante escritura pública de fecha 4 de noviembre de 2002 en virtud de la cual los demandantes donan a su padre, D. Luis Pablo, determinadas acciones de la mercantil Eulen, S.A. y en concreto: D. Valentín 1.829 acciones, D. Víctor 1.925 acciones, D.ª Ángeles 523 acciones y D.ª Antonia 58 acciones. 2.- Mediante escritura pública de 4 de noviembre de 2002 por la que los actores donan a su padre acciones de la mercantil El Enebro en la siguiente proporción: D. Teofilo 2.021 acciones, D. Valentín 341 acciones, D.ª Ángeles 1 acción y D.ª

Antonia 1 acción. 3.- Donaciones en metálico efectuadas mediante sendas escrituras públicas de fechas: 25 de abril de 2005 en la cantidad de 49.000 € cada uno de los actores; de 4 de junio de 2007 por importe de 109.515 € cada uno de los demandantes; y de 14 de abril de 2008 de la cantidad de 136.944 € cada uno de los actores.

4.- Donación del derecho de usufructo sobre un paquete de 52.143 acciones de El Enebro, S.A. por cada uno de los demandantes a favor del demandado, otorgada mediante escritura pública de fecha 26 de junio de 1987 (respecto de esta última, para el caso de que se declarara judicialmente la existencia del derecho de usufructo). Derivado de dicha petición, solicitaban también la condena de los demandados a la devolución de los bienes donados con cuantos derechos les correspondieran, económicos, políticos o de cualquier clase que fueran, respectivamente, con sus frutos, rentas e intereses desde la fecha de interposición de la demanda, así como al pago de las costas.

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

3.- La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y confirma la sentencia del juzgado. (...)

4.- Los demandantes interponen recurso de casación” (F.D.1º).

“1.- *Planteamiento del primer motivo.* En el primer motivo del recurso de casación los recurrentes denuncian infracción del art. 618 CC y de la doctrina jurisprudencial elaborada en su aplicación. En su desarrollo, argumentan que la sentencia recurrida confunde la causa y la motivación del negocio jurídico de donación. Alegan que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la ‘causa donandi’ es simplemente la específica intención de gratificar mediante la realización de un acto de liberalidad por el que una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta, y que esa causa es independiente de la motivación por la que se haga. Añaden que, en el caso, las donaciones litigiosas responden a las notas de liberalidad y gratuidad ya que los demandantes se desprendieron de bienes y derechos, empobreciendo su patrimonio, a favor del Sr. Luis Pablo , quien se enriqueció con ellos sin entregar ninguna contraprestación. También que, aunque en algunas de las donaciones se hubiesen podido considerar otros factores, como el compromiso de igualar la participación de los hermanos, o la fiscalidad, esos factores no afectarían al carácter puro y simple de las donaciones realizadas al padre. Concluyen que, aunque ese resultado de igualación patrimonial se podía haber logrado por otros mecanismos jurídicos, de forma unánime se decidió por todos donar al padre, en un acto de pura liberalidad.

Por las razones que decimos a continuación, el motivo va a ser desestimado.

2.- *Desestimación del primer motivo.* El primer motivo debe ser desestimado porque no impugna la ‘ratio decidendi’ de la sentencia recurrida. Como recuerda la sentencia 453/2018, de 18 de julio, con cita de la sentencia 344/2018, de 7 junio: “Tiene declarado la sala, al decidir sobre la admisión de los recursos de casación,

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

En el caso, la sentencia recurrida cuestiona que alguno de los actos constituya verdadera donación y, de otros actos, dice que son donaciones remuneratorias pero, la ‘ratio decidendi’ de la sentencia no es que no haya habido donación ni que a las donaciones remuneratorias no les sean de aplicación las causas de revocación por ingratitud. La razón por la que se desestima la demanda es que no concurre causa de revocación.

Así resulta con claridad de la lectura de la sentencia recurrida que, después de dar respuesta a las alegaciones de ambas partes sobre la verdadera naturaleza de los concretos actos impugnados, expresamente comienza su fundamento jurídico segundo, tal y como ha quedado recogido en el primer fundamento de esta sentencia: ‘En cualquier caso, se califiquen las donaciones como puras o simples, como propugnan los apelantes, o bien como remuneratorias, como es el caso, carece de trascendencia a los efectos de resolver la concurrencia de la causa de ingratitud prevista en el artículo 648.2.º del Código Civil fundamento de la acción revocatoria ejercitada en la demanda, cuestión ésta que constituye el núcleo del debate’.

3.- *Planteamiento del segundo motivo.* En el segundo motivo del recurso de casación los recurrentes denuncian infracción del art. 648.2º CC y de la doctrina jurisprudencial elaborada en su aplicación. Alegan que, según las sentencias de 18 de abril de 2012 (sin duda, se trata de un error, y se refieren a una sentencia de 18 de diciembre de 2012) y 20 de julio de 2015, se impone una interpretación flexible del alcance y contenido de las causas de revocación por ingratitud, por lo que no debe excluirse la imputación de los delitos semipúblicos ni, por la invocación del art. 103 Lecr., deben expulsarse de la revocación por ingratitud todos los supuestos de donaciones entre cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos, que es a lo que, argumentan, conduce la interpretación de la Audiencia.

El motivo va a ser desestimado por lo que decimos a continuación. (...):

En el presente litigio, se invoca como causa de revocación de las donaciones la recogida en el art. 648.2.º CC, que permite al donante revocar una donación por causa de ingratitud en el caso de que ‘el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad’.

Es decir, el legislador permite al donante revocar una donación cuando el donatario le imputa un delito perseguible de oficio porque, como argumentó García Goyena en la explicación de la regla, cuando nos encontramos ante ‘delitos, cuya persecución debe instaurarse por el ministerio público, y puede serlo por acción popular, no está bien al donatario perseguir, sino más bien compadecer a su bienhechor’; y, aun en ese caso, la imputación de un delito al donatario no es causa de revocación por ingratitud si el delito se ha cometido contra el propio donatario porque, como decía el mismo García Goyena ‘el derecho de vindicarse a sí mismo, o a las personas, cuya defensa le está encomendada por la ley, es anterior y preferente a todo otro derecho’.

En el caso que da lugar a este recurso, y a la vista de los hechos probados en la instancia, no cabe apreciar la causa de revocación prevista en el art. 648.2.º CC. Los delitos por los que el donatario presentó denuncia contra los donantes requieren la presentación de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal; el ministerio fiscal solo puede denunciar cuando la persona agraviada ‘sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida’, para proteger su interés ( art. 296.1 CP); únicamente deja de ser precisa la denuncia del agraviado ‘cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas’ (art. 296.1 CP), lo que no se ha planteado en el caso.

No nos encontramos, por tanto, ante un delito perseguible de oficio. Con independencia, como apunta la sentencia recurrida, de que los delitos societarios denunciados contra los donantes podrían afectar al patrimonio del donatario denunciante. Con independencia, también, de que en la vía penal se confirmara el sobreseimiento libre frente a los hijos denunciados en atención a la imposibilidad de ejercer acción penal por los delitos patrimoniales contra los parientes a que se refiere el art. 103.2 LECriminal.

Por todas las razones expuestas, la interpretación y aplicación del art. 648.2.º CC llevada a cabo por la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina de esta sala y debe ser confirmada” (F.D.2º) [P.M.R.].

*Jurisprudencia: Seguro de vida e incapacidad vinculado a un préstamo hipotecario: deber de declaración del riesgo: dolo del asegurado al ocultar elementos significativos influyentes para su valoración (gran consumo de alcohol conscientemente negado que produjo agorafobia): el asegurado no puede justificar el incumplimiento de su deber de respuesta por la sola 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.*

STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 2019, rec. nº 2061/2016

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0de6a870bd27bd09/20191108>

“(…) 1.<sup>a</sup>) La razón decisoria de la sentencia recurrida consiste en que el asegurado, al contestar al cuestionario antes de firmarlo, ocultó datos sobre su salud, por él conocidos al tiempo de suscribir la póliza, cuya influencia en la valoración del riesgo razonablemente podía conocer y que estaban directamente relacionados con la enfermedad que determinó el reconocimiento de su IPA. En concreto, deteniéndose en las respuestas dadas por el asegurado a las preguntas 2, 10 y 11, según las cuales decía estar bien de salud y no haber consumido alcohol, y poniendo en relación esas respuestas con los antecedentes de salud que resultaban de la documentación médica y de la declaración testifical de quien fue su médico de cabecera, la sentencia recurrida concluye que el asegurado infringió su deber de declarar el riesgo porque la IPA trajo causa de una enfermedad de tipo mental (“trastorno depresivo con síntomas ansiosos y agorafobia”) de varios años de evolución (y por tanto, iniciada en su juventud, bastante antes de suscribirse la póliza) que había cursado con episodios o crisis de pánico que el propio asegurado reconoció aplacar con un consumo elevado y habitual de alcohol, el cual únicamente cesó con ocasión de sufrir un problema orgánico (pancreatitis) en 2008.

2.<sup>a</sup>) Pese a lo sostenido por el recurrente en el motivo primero, el tribunal sentenciador considera acreditado, tras valorar la prueba en su conjunto, que el cuestionario fue cumplimentado con las respuestas que suministró el propio asegurado (de ahí que se reflejaran datos personales que de otra forma no podrían ser conocidos), y esta conclusión fáctica tiene que ser respetada en casación tras haberse desestimado el recurso por infracción procesal (sentencia 562/2018, con cita de la 542/2017, de 4 de octubre).

3.<sup>a</sup>) Analizadas las preguntas del cuestionario y las respuestas del asegurado conforme a la jurisprudencia antes reseñada, resulta que no todas las preguntas fueron genéricas, pues además de preguntársele si se consideraba en buen estado de salud y si estaba o había estado enfermo, se le preguntó específicamente si era consumidor habitual de alcohol y lo negó, contradiciendo así 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 toda claridad que venía sufriendo episodios de pánico desde su juventud que aplacaba consumiendo alcohol de forma habitual y en dosis elevadas, suficientes como para causarle una adicción que solo cesó tras sufrir un problema orgánico.

4.<sup>a</sup>) En consecuencia, aunque la enfermedad causante de la IPA fuese diagnosticada después de la suscripción de la póliza y de la cumplimentación del cuestionario, lo cierto es que, como aprecia el tribunal sentenciador, hubo ocultación, y por tanto dolo, al declarar el riesgo, pues concurrían suficientes elementos significativo que el asegurado conocía o no podía desconocer y que debía representarse como objetivamente influyente para su valoración, siendo el más relevante de todos ellos el gran consumo de alcohol, conscientemente negado, y su admitida relación con la sintomatología de tipo mental -episodios de pánico, miedo a los espacios abiertos- que finalmente se identificó con la enfermedad -trastorno depresivo por agorafobia- determinante de su invalidez.

5.ª) Al ser ajustada a derecho la apreciación de dolo por el tribunal sentenciador, no ha lugar a plantearse la aplicación del art. 89 LCS en favor del asegurado recurrente, ya que el inciso final de su párrafo primero introduce la salvedad de que ‘el tomador del seguro haya actuado con dolo?’ (F.D.8º) [M.D.V]

*Jurisprudencia: Donación: transmite la propiedad del bien donado, sin necesidad de que se entregue la posesión material del bien donado. La donación de un bien inmueble en documento privada es inválida (art. 633 CC) y que, por lo tanto, no puede ser justo título para la usucapión ordinaria (art. 1953 CC), sin perjuicio de que el poseedor del bien pueda adquirir la propiedad por usucapión extraordinaria.*

STS (Sala 1ª) de 5 de noviembre de 2019, rec. nº 555/2017

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/582b809ce59cce82/20191118>

“El demandante, ejercitó acción reivindicatoria y solicitó en el petitum de la demanda que se declare que es el propietario de la vivienda y que se condene a la demandada a pasar por esta declaración y a abandonar y dejar libre la vivienda.

El demandante fundó su pretensión en la escritura de donación otorgada por su padre el 2 de marzo de 1971, reconocía que nunca había utilizado dicha vivienda porque constituía el domicilio de sus padres.

La demandada se opuso a la acción reivindicatoria y por vía de excepción alegó la prescripción adquisitiva de la vivienda, que ella siempre había ocupado la vivienda primero en compañía de sus padres cuando regresaba de trabajar por temporadas y que era tolerado por su hermano, y después, a partir de su jubilación, residía de forma permanente pues se dedicó a cuidar a su madre.

La demandada alegó también que su hermano le reconocía como dueña de la casa pues firmó el contrato privado de donación de fecha 7 de diciembre de 1987, donde expresó su voluntad de donar la casa cueva pero que a pesar de haber transcurrido más de 25 años desde su celebración y de los muchos requerimientos nunca otorgó escritura pública (...)” (F.D.1º)

“(…) Se estima el motivo.

En la sentencia recurrida se desestima la acción reivindicatoria, al declarar que el actor no poseía la finca reivindicada, la cual la ocupaba de buena fe la demandada.

Es un hecho probado que el demandante (hermano de la demandada) adquirió la finca litigiosa en virtud de escritura de donación otorgada por el padre de ambos, en 1971.

Por otro lado el demandante otorgó a favor de su hermana (demandada) documento privado de donación de 7 de diciembre de 1987, que nunca se elevó a escritura pública.

Esta sala en sentencia 786/1986, de 22 de diciembre, declaró que en la donación se produce el traspaso de propiedad sin necesidad de tradición, al tratarse de un negocio jurídico dispositivo que no precisa de mas colaboración del donante que la misma cesión o transferencia del dominio (art. 609 C. Civil).

En el mismo sentido la sentencia 966/1993, de 25 de octubre.

Sentado lo declarado, debemos aceptar que procede la estimación de la acción reivindicatoria (art. 348 del C. Civil), al contar el demandante con el dominio de la finca, que le fue transmitido en virtud de la escritura pública de donación, constitutiva de la entrega.” (F.D.3º)

“(…) de un análisis detallado en la instancia.

Sobre el particular esta Sala declaró en sentencia 40/2007, de 25 de enero:

‘Por último, hay que referirse a una cuestión que se plantea al final del motivo primero y lo relaciona con la posesión en concepto de dueño. Una donación de inmueble sin escritura pública es inexistente jurídicamente por falta de un elemento esencial (artículo 633 del Código civil), por lo que no es justo título, pero sí puede ser base de usucapión extraordinaria, que se produce por mayor tiempo, sin necesidad de título (artículo 1959) y aquella donación no es un título, no es nada jurídicamente, pero su ausencia no impide la posesión que da lugar a la usucapión extraordinaria, ni tampoco obsta a que el poseedor sin título (porque la donación no lo es) lo sea a título de dueño’.

En el presente caso, la demandada carece de título, dado que el documento privado de donación no es título hábil, y dado que desde 1987 (documento privado de donación) hasta diciembre de 2014 (demanda) no transcurrieron los 30 años preceptuados en el art. 1959 del C. Civil, tampoco puede sustentarse la oposición en la existencia de usucapión extraordinaria.” (F.D.4º) [M.D.V]

*Jurisprudencia: Poder para enajenar bienes inmuebles concedido por una madre a su hijo: no es necesario que se especifiquen los concretos bienes sobre los puede disponer. Abuso del poder de representación: conocimiento por parte del tercero de que el precio del contrato de opción de compra sobre la vivienda habitual de la vivienda (que funcionaba como garantía de la devolución de un préstamo personal concedido al representado) era la mitad del valor del inmueble en mercado.*

STS (Sala 1ª) de 27 de noviembre de 2019, rec. nº 876/2017

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f226db15f52f3ba5/20191202>

“En el presente recurso se analiza, de una parte, la suficiencia de un poder con especificación de la facultad de ‘vender o enajenar bienes inmuebles’ aunque no se designen los bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas.

Por otra parte, se valora si, en atención a las circunstancias concurrentes, se ha producido un abuso del poder de representación y si los terceros tenían o podían tener conocimiento del carácter abusivo o desviado del acto de ejercicio del poder, con la consecuencia de la ineficacia del negocio estipulado por el representante con tales terceros.” (F.D.1º)

“(…) 2.- Consideraciones preliminares. Antes de entrar a analizar los motivos del recurso, y a la vista de las cuestiones jurídicas planteadas, la sala considera conveniente realizar unas consideraciones preliminares acerca, en primer lugar, del poder expreso para enajenar y, en segundo lugar, acerca del ejercicio abusivo del poder.

### 2.1. Suficiencia del poder.

(…) Los dos primeros párrafos del art. 1713 CC disponen:

‘El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración.’

‘Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso’.

La aplicación de esta previsión legal al apoderamiento supone que, si se concede genéricamente un poder de representación y no se especifican suficientemente las facultades conferidas, el apoderado solo podrá realizar ‘actos de administración’, pues es preciso que conste inequívocamente la atribución de facultades para ‘transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio’. Pero si en el poder se especifica la facultad de realizar actos de ‘riguroso dominio’ no es necesario que se especifiquen los bienes.

En particular, si se documenta el poder de representación y se hace constar, entre otras, la facultad de ejecutar actos de enajenación no es preciso que, además, se especifiquen los bienes concretos a los que tal facultad se refiere. No hay ningún precepto que imponga tal exigencia que, por lo demás, no sería adecuada a la función que puede desempeñar la representación. Es suficiente que las facultades conferidas se refieran genéricamente a los bienes del poderdante.

Es oportuno recordar a estos efectos que el sentido en el que el art. 1712 CC se refiere al ‘mandato general o especial’ (en el que ‘el primero comprende todos los negocios del mandante’ y ‘el segundo uno o más negocios determinados’), no es equivalente a la distinción entre ‘general’ y ‘expreso’ que utiliza el art. 1713 CC. En el art. 1712 CC se está aludiendo al ámbito de los asuntos o intereses del principal, mientras que en el art. 1713 CC se alude a la naturaleza de los actos, de administración o ‘de riguroso dominio’.

En consecuencia, no procede mantener el criterio de la sentencia 687/2013, de 6 de noviembre, según la cual, ‘el mandato representativo cuyo poder viene a referirse a un acto o actos de disposición, sólo alcanza a un acto concreto cuando éste ha sido especificado en el sujeto y el objeto, en forma bien determinada’. Por

el contrario, la interpretación más adecuada del art. 1713 CC es que en un poder general en el que se especifica actos de riguroso dominio no es preciso que se designen los bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas.

2.2. Ejercicio abusivo del poder. La validez y suficiencia de un poder no impide que los tribunales puedan apreciar la falta de eficacia o de validez del negocio celebrado en representación cuando, en atención a las circunstancias (la relación subyacente existente entre las partes y sus vicisitudes, la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad para la que lo dispensó y en relación a las circunstancias concurrentes, el conocimiento que de todo ello tuvo o debió tener el tercero, etc.), se haya hecho un uso abusivo del poder.

En el caso, hay indicios que llevan a la convicción de que así fue.

3.- Decisión de la sala. Desestimación del recurso.

En el presente caso, a la vista de la valoración de la prueba, la sentencia recurrida llega a la conclusión, en primer lugar, de que los contratos de préstamo y opción de compra sobre la vivienda y plaza de garaje de la demandante, concertados por el hijo de esta última con las demandadas, formaban parte de una misma operación financiera en la que los mencionados bienes se ofrecían como garantía del préstamo, si bien por un importe inferior al 50% de su valor de mercado.

(...) Hemos dicho al resolver el tercer motivo del recurso por infracción procesal que, con independencia del precio de mercado exacto de la vivienda, lo que subyace es el hecho notorio de que su valor es muy superior al que se fijó en el contrato de opción.

Partiendo de lo anterior puede igualmente afirmarse que, a pesar de que no explicita el razonamiento, tampoco es irracional la conclusión de la Audiencia en el sentido de que la demandante no pudo querer ofrecer su vivienda como garantía del pago de un préstamo por un importe inferior a la mitad de ese valor que se atribuye a la vivienda, por mucho que pueda admitirse que pudiera querer apoyar a su hijo a solventar su precaria situación económica.

El razonamiento de la sentencia recurrida refleja la asunción de las alegaciones vertidas por la demandante en su demanda y posteriormente en su recurso de apelación acerca de los datos que evidencian el carácter usurario de la operación. Aunque finalmente no sea la ley de usura la aplicada, son esas circunstancias las que permiten alcanzar la convicción de que la poderdante no dio su consentimiento para que el hijo dispusiera de su vivienda habitual por un precio irrisorio y en garantía de un préstamo personal cuya finalidad no ha sido puesta de manifiesto.

Estas mismas razones revelan igualmente que no concurre buena fe en las demandadas, pues las circunstancias de la operación financiera permitían conocer en el momento de la celebración de los contratos el carácter abusivo del ejercicio del poder por parte de D. Gines.

Una advertencia final. No es un obstáculo a lo que se acaba de decir que las demandadas sean también mujeres de edad avanzada que solo quieren sacar rentabilidad a su dinero y que fueran representadas por sus hijos, en los que confiaron. Aun cuando ellas fueran las destinatarias de los negocios, la mala fe de quienes las representaron es relevante y se les comunica.

Por todo lo dicho, debemos concluir que, aunque contiene afirmaciones incorrectas, pues no es preciso que el poder general en el que consta inequívocamente la facultad de enajenar especifique los bienes que el apoderado está facultado para enajenar, por todas las razones expuestas, procede mantener el fallo de la sentencia recurrida.

En el caso, nos encontramos ante un poder general con especificación de la facultad de ‘tomar dinero a préstamo’ y de la facultad de ‘vender o enajenar bienes inmuebles’. El problema, por tanto, no es de suficiencia del poder. Cuestión distinta es que, en atención a las circunstancias concurrentes, al concertar la operación financiera en los términos descritos mediante el otorgamiento de las dos escrituras de préstamo y opción de compra, el apoderado realizó un ejercicio incorrecto de las facultades conferidas, por lo que, por falta de efecto útil, procede desestimar el recurso de casación.” (F.D.3º) [M.D.V]

*Jurisprudencia: error sobre la autenticidad de un cuadro firmado y atribuido a Isidro Nonell: existencia de dictámenes que claramente lo consideran una copia: Anulación de la compra por error esencial y excusable: Inicio del cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación: desde el día de la consumación del contrato, al ser este de tracto único y de consumación instantánea; y no, desde la fecha en que el comprador descubrió su error*

STS (Sala 1ª) de 17 de diciembre de 2019, rec. nº 1871/2017

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d9ab8bf36e39041c/20200109>

“El presente litigio versa sobre el ejercicio de una acción de nulidad por error vicio del consentimiento en la celebración de un contrato de compra de un cuadro adquirido en una subasta por un coleccionista de arte.

La subasta tuvo lugar en el año 1999 y la acción se ejercita en el año 2015.

El juzgado entendió que había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción y desestimó la demanda. La Audiencia consideró, por el contrario, que la acción se ejerció dentro de plazo porque los cuatro años de la acción de anulación previstos en el art. 1301 CC deben computarse a partir del momento en que el comprador conoce la falta de autenticidad del cuadro, lo que en el caso sucedió en 2014, cuando decidió venderlo y la galería de arte a la que se dirigió le exigió un certificado de autenticidad y se comprobó que la obra contenía unos pigmentos que se descubrieron y comercializaron para las artes gráficas después del fallecimiento del autor al que se le había atribuido la autoría (...)” (F.D.1º)

“El recurso se interpone por la vía del interés casacional y se funda en un único motivo.

1.- Planteamiento del recurso. El recurso se funda en un único motivo en el que se denuncia infracción del art. 1301 CC y oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial concerniente al ‘dies a quo’ del cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad contractual por vicio invalidante del consentimiento en contratos y materias ajenas a la inversión en instrumentos financieros complejos.

En su desarrollo cita sentencias de esta sala que, según afirma el recurrente, en coherencia con lo dispuesto en el art. 1301 CC, computan el plazo de la acción de anulación por error vicio desde la consumación del contrato (sentencias de 21 de mayo de 1997, de 11 de junio de 2003, de 6 de septiembre de 2006 y la sentencia del pleno de 24 de mayo de 2016). Razona que la sentencia del pleno de 12 de enero de 2015 que introdujo como excepción a la regla general que el cómputo se iniciaba desde que el cliente es consciente del error conocido solo es aplicable, como explica la propia sentencia, a la contratación financiera sobre inversiones en productos igualmente complejos y solo en esos casos. Añade que así lo confirma la sentencia del pleno de 24 de mayo de 2016.

2.- Estimación del recurso. El motivo, y con él el recurso, va a ser estimado por lo que se dice a continuación.

(...) En el caso que da lugar al recurso de casación el contrato celebrado por las partes es de tracto único y de consumación instantánea. El 14 de diciembre de 1999 el actor pujó por un cuadro y el 21 de diciembre de ese año pagó el precio y se le entregó el cuadro. Fue en ese momento cuando se consumó el contrato y, por tanto, empezó a correr el plazo para el ejercicio de la acción de anulación por parte del comprador.

Al no entenderlo así la sentencia recurrida debe ser casada y, al asumir la instancia, desestimamos el recurso de apelación del actor y su demanda.” (F.D. 3º). [M.D.V.]

*Jurisprudencia: Interpretación del contrato: los contratos son lo que son, según su naturaleza jurídica, y no lo que las partes dicen que son: irrelevancia del “nomen iuris”, dado en el documento en el que se instrumentalizan, cuando sea contrario a dicha naturaleza. Contrato de apertura de crédito o de préstamo: más allá de que el contrato se denominara de una manera o de otra, lo determinante es que la cantidad que constituía su objeto fue dispuesta (entregada) de una sola vez, en el mismo momento de la firma de la escritura, y los clientes fueron devolviéndola mediante cuotas mensuales periódicas de importe igual, que respondían a la previsión del cuadro de amortizaciones incorporado y pactado en el propio contrato.*

STS (Sala 1ª) de 18 de diciembre de 2019, rec. nº 1458/2016

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6552225d7e5992fa/20>

200108

“(…) crédito con garantía hipotecaria, hasta el límite de 483.000 €, a interés variable, con vencimiento final el 31 de diciembre de 2030.

El límite del crédito, 483.000 €, fue dispuesto de una sola vez por los acreditados el mismo día de la firma de la escritura pública.” (F.D.1º)

“(…) No obstante, como hemos declarado en múltiples resoluciones, los contratos son lo que son, según su naturaleza jurídica, y no lo que las partes dicen que son (irrelevancia del nomen iuris, por todas, sentencias 765/2010, de 30 de noviembre; y 335/2013, de 7 de mayo).

Desde ese punto de vista, la calificación jurídica que hace la Audiencia Provincial es irreprochable, pues más allá de que el contrato se denominara de una manera o de otra, lo determinante es que la cantidad que constituía su objeto fue dispuesta (entregada) de una sola vez, en el mismo momento de la firma de la escritura, y los clientes fueron devolviéndola mediante cuotas mensuales periódicas de importe igual, que respondían a la previsión del cuadro de amortizaciones incorporado y pactado en el propio contrato.

Con lo que, con independencia del nombre que se diera al negocio jurídico, se trató de un préstamo y no de una apertura de crédito.” (F.D.2º) [M.D.V]

*Jurisprudencia: contrato de seguro de vida: deber de declaración del riesgo: ocultación dolosa por el asegurado de estar infectado por VIH, infección que daría lugar a un linfoma tipo B, que le provocaría la muerte: fue preguntado específicamente acerca de si padecía o había padecido enfermedad infecciosa y, pese a haber sido diagnosticado al menos dos años antes de dos enfermedades de ese tipo (sífilis e infección por VIH), guardó silencio.*

STS (Sala 1ª) de 8 de enero de 2020, rec. nº 3646/2016

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d4b9b0ab528ff868/20200117>

“El presente litigio versa sobre la reclamación del los padres del asegurado fallecido contra la aseguradora de este último pidiendo el cumplimiento de dos contratos de seguro de vida vinculados a sendos préstamos hipotecarios que estaban en vigor al producirse el siniestro. La demanda fue desestimada en segunda instancia por infracción del deber de declaración del riesgo por parte del asegurado, y a esta cuestión jurídica se reduce el recurso de casación.” (F.D.1º)

“El recurso de casación se compone de un solo motivo fundado en infracción de los arts. 3 y 10 LCS y de la jurisprudencia de esta sala que se cita y extracta (sentencias 157/2016, de 16 de marzo, y 676/2014, de 4 de diciembre), que los recurrentes interpretan en el sentido de que debe ser la aseguradora la que soporte las consecuencias de la falta de presentación de un cuestionario en el que se

concreten preguntas relevantes sobre un determinado riesgo, por más que dicho cuestionario sea firmado. Es decir, lo que se argumenta es que la firma del cuestionario o de la declaración de salud no es bastante para apreciar ocultación dolosa si, como se afirma que ha sido el caso, el asegurador presenta un cuestionario incompleto, con preguntas genéricas o ambiguas, que no permitan al asegurado relacionar sus antecedentes de salud con la enfermedad causante del siniestro.” (F.D.5º)

“En un caso que presenta con este una semejanza sustancial, la sentencia 572/2019, de 4 de noviembre, sintetizando la jurisprudencia sobre la materia, declara:

(...) 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.” (F.D.6º)

“De aplicar la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta al único motivo del recurso se desprende que ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1.ª) Partiendo de los hechos probados, que no cabe revisar en casación, la razón decisoria de la sentencia recurrida consiste en que el asegurado, al realizar la declaración de salud contenida en la primera póliza y contestar al cuestionario incluido en la segunda, y antes de firmar ambos documentos, ocultó datos sobre su salud por él conocidos al tiempo de suscribir ambas pólizas, cuya influencia en la valoración del riesgo razonablemente podía conocer y que estaban directamente relacionados con la enfermedad que determinó su fallecimiento.

En concreto, tras recordar que el cuestionario no ha de revestir una forma especial de la que deba depender su eficacia, y declarar probado que fue el asegurado quien proporcionó las contestaciones a las preguntas sobre su salud formuladas por el personal de la entidad que medió en la contratación de los seguros, analiza lo verdaderamente relevante, que 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.

A este respecto concluye, en lo que interesa, que fue preguntado específicamente acerca de si padecía o había padecido enfermedad infecciosa y que, pese a haber sido diagnosticado al menos dos años antes de dos enfermedades de ese tipo (sífilis e infección por VIH) y constar que también había recibido tratamiento (en un caso, incluso profiláctico), sin embargo contestó negando tales padecimientos, lo que para el tribunal sentenciador entraña una ocultación dolosa del riesgo que debía valorar la aseguradora y que finalmente tuvo incidencia causal en el fallecimiento del asegurado, pues se debió a un linfoma tipo B provocado por una inmunodeficiencia derivada de la infección por VIH (...).” (F.D.7º) [M.D.V]

*Jurisprudencia: Responsabilidad del Abogado por no interposición de recursos y de acciones judiciales de carácter patrimonial: inexistencia: Aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad: falta de interposición del recurso de súplica ante la sentencia de la jurisdicción laboral que declaró que no procedía la revisión al alza de pensión invalidez permanente absoluta y de ejercicio de acción contra ISNN para exigir responsabilidad patrimonial de Estado: no existe elemento alguno del que pudiera deducirse el éxito de un eventual recurso o al menos alguna posibilidad de alcanzarlo, aunque fuera parcialmente; la falta de ejercicio de acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado no generó ningún perjuicio material, porque el error del INSS fue judicialmente corregido fue a favor del recurrente.*

STS (Sala 1ª) de 22 de enero de 2020, rec. nº 3073/2017

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c4e0466761d7e1c4/20200203>

“1. - Presupuestos de la responsabilidad civil de letrado.

La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato.

(...) 4.- Análisis de las circunstancias concurrentes, aplicación al caso de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

En el caso que nos ocupa, en el escrito rector de este proceso se reprocha al demandado dos hechos sobre los que se fundamenta el incumplimiento de sus obligaciones contractuales como letrado, cuales son no haber interpuesto, en tiempo y forma, recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Sevilla, que resolvió que no procedía la revisión al alza de la pensión de invalidez permanente absoluta, que disfrutaba el demandante y que fue declarada de oficio por el INSS, así como por no haber ejercitado acción de responsabilidad patrimonial contra la administración por el error en el que incurrió.

Nos hallamos pues ante un supuesto de frustración del ejercicio de acciones judiciales por la falta de interposición de un recurso en el caso de la sentencia del Juzgado de lo social; o de una reclamación, en el supuesto de la responsabilidad patrimonial de la administración.

El daño reclamado tampoco ha de ofrecer duda que tiene clara naturaleza patrimonial (...)

(...) Esta naturaleza patrimonial del hipotético daño sufrido por el actor determina que la posibilidad de ser indemnizado no deba buscarse en una cantidad que, de forma discrecional, fijen los juzgadores como daño moral, sino que ha de ser tratada en el marco propio del daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades.

(...) La pérdida de oportunidad ha sido aceptada y reconocida por la jurisprudencia de esta Sala 1.<sup>a</sup> Opera como paliativo del radical principio del todo o la nada a la hora de determinar la relación causal entre un hecho y un resultado acaecido, a modo de una imputación probabilística. El comportamiento que priva de una chance es un suceso que ha podido ser condición necesaria del daño, pero también no serlo.

La aplicación de tal doctrina, en el caso de demandas de responsabilidad civil de abogados y procuradores, por los daños patrimoniales sufridos por sus patrocinados, exige a los tribunales celebrar el denominado ‘juicio dentro del juicio’ (trial within the trial); es decir, apreciar el grado de probabilidad o expectativas de éxito, que cabría racionalmente haber obtenido en el caso de haberse presentado la demanda o el recurso; en definitiva de no haberse frustrado las acciones judiciales susceptibles de ser ejercitadas.

De manera tal, que si las posibilidades de éxito de la acción no entablada fueran máximas o muy probables, la indemnización sería equivalente a la cuantía del daño experimentado; mientras que, por el contrario, si son muy escasas o muy poco consistentes, la demanda deberá ser rechazada. En los supuestos intermedios entre ambos niveles probabilísticos procederá el resarcimiento del daño en proporción a las posibilidades de que la acción no entablada por causa imputable al letrado prosperase, fijando de tal forma la cuantía del resarcimiento a que tiene derecho el perjudicado, mediante un juicio ponderativo y motivado que debe contener la resolución judicial que decida el litigio.

La carga de la prueba corresponde al demandante a quien compete demostrar la seriedad de la oportunidad frustrada y su grado de probabilidad. El daño por pérdida de oportunidad es hipotético por lo que no procede el resarcimiento económico cuando no concurre una razonable certeza sobre la posibilidad de que la acción frustrada hubiera sido judicialmente acogida. Exige, por lo tanto, demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas.

(...) 5.- Desestimación del recurso de casación.

En virtud del conjunto argumental antes expuesto, el recurso no debe ser estimado en función de las consideraciones siguientes:

1. Nos encontramos ante una demanda por frustración del ejercicio de acciones judiciales de naturaleza patrimonial.
2. Según la doctrina de este tribunal, las mismas deben ser dilucidadas conforme a la doctrina de la pérdida de oportunidades, es decir por daño patrimonial incierto o hipotético.
3. Ello obliga a determinar las posibilidades de que la acción no ejercitada, por causa imputable al letrado, hubiera tenido posibilidades de prosperar y en qué proporción.

4. No se ha impugnado el razonamiento de la Audiencia de que no existe elemento alguno del que pudiera deducirse el éxito de un eventual recurso o al menos alguna posibilidad de alcanzarlo, aunque fuera parcialmente. En cuanto al alegato de una acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado, realmente ya abandona en casación, no se entiende, porque el error del INSS judicialmente corregido fue a favor del recurrente, no generándole perjuicio material alguno.” (F.D. 3º). [M.D.V.]

*Jurisprudencia: Cláusula penal: no procede su moderación, cuando la misma ha sido pactada, precisamente, en caso de tener lugar el incumplimiento producido. Cláusula penal pactada para el caso de que se resolviera por incumplimiento un contrato de ejecución de obra y de suministro de materiales.*

STS (Sala 1ª) de 28 de enero de 2020, rec. nº 1758/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7d18ce02f082cfd3/20200207>

“La entidad Forjados Badajoz S.A. (en adelante, Forbasa) presentó demanda de juicio ordinario, derivado de monitorio previo, en la que reclamaba de la demandada Cnes. Araplasa S.A. (en adelante, Araplasa) el importe de dos facturas impagadas por importe total de 70.242,67 euros, como consecuencia de del contrato de ejecución de obra y suministro de materiales celebrado entre las partes.

La demandada se opuso alegando que no debía cantidad alguna porque el contrato había quedado resuelto por causa exclusivamente imputable a la demandante Forbasa y existía una previsión contractual en cuya virtud, en tal caso de resolución por incumplimiento de Forbasa, no podría reclamar cantidad alguna.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al entender que la demandante había incurrido en varios incumplimientos.

(...) La demandante interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª) dictó sentencia (...) por la cual estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, con estimación parcial de la demanda, condenó a la demandada a abonar a la demandante la cantidad de 40.242'67 euros.

La Audiencia hace uso de la facultad judicial moderadora de la pena porque entiende que la obligación pactada en el contrato de ejecución de obra (...) ha sido parcialmente cumplida por la entidad contratista demandante (...)” (F.D.1º)

“El único motivo del recurso de casación se formula por infracción del artículo 1154 CC en relación con la jurisprudencia de esta sala acerca de la moderación de la cláusula penal.

(...) En efecto dicha solución no es adecuada en casos como el presente en que la penalidad pactada lo es para el caso de que se produzca una resolución contractual por incumplimiento de la contratista y ésta es la situación que se ha dado entre las partes, ya que cesaron las obligaciones propias del contrato por dicho incumplimiento de Forbasa y específicamente para tal supuesto se estableció que la parte incumplidora quedaba privada de cualquier derecho a reclamar cantidad alguna.

(...) Como se ha dicho, la literalidad de la cláusula en cuestión no admite otra interpretación que aquella que excluye cualquier forma de moderación una vez producida.

En consecuencia procede la estimación del recurso de casación y la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia.” (F.D. 3º). [M.D.V.]

*Jurisprudencia: Opción de compra: obligaciones del concedente: obligación pactada de levantar la hipoteca que grava el bien: devolución por duplicado del precio de la opción, al no haberse podido levantar la hipoteca y no poder tener lugar la transmisión de la propiedad libre de cargas: ejercicio tácito del derecho de opción al reclamar la devolución del precio.*

STS (Sala 1ª) de 3 de febrero de 2020 rec. nº 2680/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7c2d3e2dc2597a74/20200217>

“(...) d) Según afirma la parte vendedora de la referente finca se halla gravada con un préstamo hipotecario. (...) Ambas partes estipulan que en el momento de elevarse el referido contrato de compraventa a escritura pública el vendedor deberá haber cancelado el préstamo hipotecario descrito, con lo cual los compradores adquirirán el inmueble libre de cargas o gravámenes. (...) f) Si no se eleva a escritura pública por causa de la parte vendedora esta devolverá la misma cantidad por duplicado. [...]’ 2.- Los Sres. Prudencio Hortensia Inocencia interpusieron demanda contra la Sra. Gabriela, interesando sentencia por la que se condene a la demandada a pagar la cantidad de doce mil euros, más el interés legal desde la fecha de la demanda, con expresa imposición de las costas. 3.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda por considerar, en síntesis, que la actora no había acreditado los hechos en que se fundaba su demanda, y concluía que ni el Sr. Prudencio, en nombre de sus hijas, ni el intermediario a quien había encomendado la gestión de la compra, en nombre de su cliente, ‘han comunicado su voluntad de una manera fehaciente o tácita a la demandada de querer ejercitar dicha opción de compra que tampoco consta prorrogada, por lo que, llegado el día 30/11/2014 sin que dicha opción de compra fuera ejercitada, ésta ha caducado y, por tanto, las optantes pierden su derecho a la devolución de la prima, siendo indiferente si en ese momento estaba o no cancelada la carga existente sobre la vivienda, puesto lo verdaderamente importante es que la parte actora no ejercitó dicha opción de compra y, por tanto,

la dejó caducar'. 4.- Recurrída la sentencia de primera instancia por los Sres. Prudencio Hortensia Inocencia , la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación al considerar que la demandada había incurrido en incumplimiento contractual pues, aun admitiendo que 'no está probado que la vendedora fuese expresamente convocada a la notaría el 30 de noviembre de 2014, y que por tanto no se ha demostrado que la demandada incumpliese su obligación de comparecer para otorgar la escritura de compraventa, sí ha quedado plenamente acreditado, por haberlo reconocido la demandada al ser interrogada, en coincidencia con todos los testigos [...], que en la fecha fijada la hipoteca no se había cancelado'. De tales hechos concluía la Audiencia que 'la demandada se hallaba incurso en ese momento en incumplimiento, por lo que la firma de la escritura, aunque hubiese sido requerida la compradora (sic) a tal efecto, no hubiese sido posible" (F.D.1º).

“(…) En el desarrollo del motivo se aduce que el tenor literal del contrato de opción es claro, pues no se estableció en el mismo en ningún momento que la demandada debía cancelar la carga de la hipoteca, en cualquier caso, sino que dicha obligación se limitaba al caso de que el optante ejercitase el derecho de opción, entendiéndose que no hay motivo alguno para apartarse de la interpretación del contrato que resulta de su propia literalidad, y que en el caso de la Litis no se ha acreditado que la parte optante ejercitara el derecho de opción.(…) Hay que diferenciar claramente entre: a) el nacimiento del derecho de opción de compra en virtud de la celebración del precontrato de opción, que como contrato consensual (además preliminar) que se perfecciona cuando concurre el consentimiento (manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación) sobre el objeto y la causa que constituyen el contrato (cfr. arts. 1261 y 1262 CC; b) el ejercicio de la facultad de optar por parte del optante a través de la oportuna comunicación recepticia dirigida al concedente u optatario dentro del plazo previsto en el precontrato; y c) la consumación de la opción mediante la celebración del contrato de compraventa, la cual se perfecciona por el convenio o acuerdo sobre la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni una ni otra se hayan entregado (cfr. art. 1450 CC). En la primera etapa (la que surge con la celebración del precontrato) el concedente u optatario queda obligado a no disponer del bien ofrecido (si la opción está inscrita los actos de disposición serán inoponibles al optante ex art. 32 LH) y mantener la oferta, absteniéndose de realizar cualquier actuación que pudiera frustrar la finalidad del contrato ( art. 1258 CC), así como al cumplimiento de cualquier otra obligación que eventualmente, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, hayan acordado las partes para dicha etapa del iter negocial. En la segunda etapa el concedente se constituye en el deber de colaborar activamente a la formalización de la compraventa con objeto de poder transmitir el bien ofrecido en las condiciones pactadas (incluyendo la previa cancelación de las cargas, pago de contribuciones y gastos de comunidad, etc., según lo pactado). En el presente caso, corresponde a esta segunda fase del desenvolvimiento contractual la obligación del concedente de proceder a la cancelación de la hipoteca que gravaba el inmueble objeto de la opción, pues se pactó la entrega de la finca libre de cargas. Por tanto, la obligación de cancelar el citado gravamen (cuyo incumplimiento declara la Audiencia Provincial) debía ser cumplido, conforme a la regulación contractual rectora de la relación, después de

ejercitado el derecho de opción, pero antes de la celebración y formalización documental pública del contrato de compraventa. En este sentido no es correcta la alegación del recurrente cuando vincula la citada obligación de cancelación a la perfección del contrato de compraventa, como si fuera una obligación más derivada de este contrato para el concedente-vendedor, pues dicha obligación nace con el ejercicio de la opción por el optante y no por la posterior consumación del precontrato en virtud de la celebración de la compraventa en los términos pactados. (...) Si se tiene en cuenta que la obligación de la cancelación de la hipoteca recaía sobre el concedente, con independencia de que las gestiones para llevarla a cabo se realizasen directamente por la obligada o por un profesional intermediario; que sin prejuzgar si este último actuó en virtud de encargo de la obligada, por encargo del optante o de ambos, lo cierto es que de los hechos probados resulta con nitidez que las gestiones ordenadas a obtener la cancelación (bancaria y/o registral) de la hipoteca que estaban siendo realizadas eran conocidas por la concedente; que igualmente conocía el fracaso de tales gestiones; y que, en su consecuencia, la reclamación de la devolución de la prima pagada por la opción. Todo ello no podía ni ser desconocido por la promitente ni ser interpretado de forma desconectada de su contexto (obligación de cancelación asumida contractualmente, como elemento condicionante del buen fin de la compraventa), y en consecuencia tales hechos denotaban una nítida voluntad de ejercicio de la opción cuyo conocimiento por la concedente o promitente si no se produjo en virtud de una comunicación recepticia directa por parte del representante de las optantes (de nacionalidad italiana y residente en Italia), sí llegó de manera cierta y efectiva a la promitente en términos suficientes para constituir la en las obligaciones que para tal caso se previeron en el contrato. Sin que este último hubiera previsto para la comunicación de dicha declaración de voluntad formalidad o solemnidad alguna, la cual en consecuencia ha de ser eficaz, en tanto que generadora de los efectos antes señalados, una vez que ha quedado acreditada en sede judicial. (...) ante tal incumplimiento el optante pueda elegir entre exigir la resolución del contrato o su cumplimiento, en ambos casos con la indemnización de los daños y perjuicios (cfr. art. 1124 CC), y en esta última con arreglo a lo acordado en el propio contrato (devolución doblada de las arras). Que el incumplimiento de la obligación del concedente de entregar la finca libre de cargas tiene suficiente relevancia para provocar los citados efectos (F.D.2º) [R.P.H.].

*Jurisprudencia: Jurisprudencia: Prohibición de pacto comisorio: Venta en garantía: inexistencia, por no haberse acreditado la existencia de un pacto verbal de retro, ni de una deuda disimulada respecto de la que la compraventa actuase en función de garantía (compra con función solutoria, no de garantía).*

STS (Sala 1ª) de 4 de febrero de 2020 rec. nº 2830/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d0b4034ef8e65493/20200217>

“(…) en el presente caso no es solo que no haya llegado a probarse en grado de certeza suficiente la existencia del invocado pacto verbal de retroventa, sino que tampoco se puede vislumbrar en la secuencia negocial descrita en los hechos la figura de la deuda garantizada, que para ser tal, en cuanto objeto de garantía por medio de una compraventa simulada, ha de ser una deuda no líquida, vencida y exigible en la fecha en que se constituye la garantía (mediante el negocio indirecto de la venta simulada), pues en caso de tratarse de una deuda líquida, vencida y exigible (como sucedía en el caso de la dación en pago objeto de la Resolución de DGRN de 20 de julio 2012) la transmisión del inmueble mediante la venta (o a través de una dación en pago) no puede tener una función de garantía sino una finalidad solutoria” (F.D.2º) [R.P.H.].

*Jurisprudencia: Simulación absoluta y relativa: diferencias: Nulidad por ilicitud de la causa de negocios de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales y de disolución y liquidación de la misma, llevados a cabo para perjudicar los derechos hereditarios de un hijo.*

STS (Sala 1ª) de 6 de febrero de 2020 rec. nº 904/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a796780dc4e02272/20200217>

“Don Everardo demandó a su madre, doña Lorena, en ejercicio de acción de nulidad -por inexistencia de causa- respecto de dos negocios jurídicos materializados en sendas escrituras públicas otorgadas por ella en fecha 10 de julio de 2008, actuando por sí y también en nombre de su esposo, don Florián, en virtud de poder que le tenía conferido; consistente el primero de dichos negocios en la aportación por el esposo a la sociedad de gananciales de un inmueble de carácter privativo, y el segundo sobre otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, sustituyendo el régimen de gananciales -que había regido el matrimonio durante cuarenta y cinco años- por el de separación de bienes, con liquidación a continuación de dicha sociedad de modo que se adjudicaron a la demandada varios inmuebles por un valor muy inferior al real, mientras que al esposo se hacían una serie de adjudicaciones de bienes muebles que no respondían a la realidad y que, en cualquier caso, estaban notoriamente sobrevalorados. Se alegó en la demanda que el esposo -padre del demandante- se encontraba en la fecha del otorgamiento en estado terminal y de hecho falleció el 15 de julio siguiente, sin haber otorgado testamento, dejando viuda -la demandada- y dos hijos -doña Amalia y el demandante-. La demandada se opuso a la demanda y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Cartagena dictó sentencia por la que desestimó la demanda con imposición de costas al demandante. Este recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró la nulidad de la escritura de aportación de bien privativo a sociedad ganancial, así como de la escritura de liquidación de sociedad conyugal, ambas de fecha 10 de julio de 2008, y mandó cancelar las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad, continuando los bienes con el

carácter que tenían con anterioridad a dicha fecha. Frente a dicha sentencia ha recurrido la demandada por infracción procesal y en casación” (F.D.1º).

“El primero de los motivos del recurso denuncia la infracción de los artículos 1325, 1326 y 1327 respecto a la disolución de la sociedad de gananciales, en relación con los artículos 1315 y 1317, todos del Código Civil. No se puede atribuir a la sentencia impugnada la vulneración de ninguno de los preceptos citados, referidos a la posibilidad de modificar constante matrimonio el régimen económico por el que se rige. En ningún momento la sentencia recurrida niega tal posibilidad, pues por el contrario lo que hace es estimar que en el caso enjuiciado se han realizado determinados negocios jurídicos por la demandada -que actuaba por sí y en representación de su esposo- que no responden a una finalidad lícita, puesto que la causa es distinta de la que legalmente corresponde a tales negocios, ya que se aporta un bien propio del representado a la sociedad conyugal para, a continuación, disolver dicha sociedad - tras establecer un régimen de separación de bienes- en forma claramente perjudicial para el esposo y, por tanto, para sus herederos; siendo además significativo que en la escritura de aportación de bien inmueble propio del esposo a la sociedad de gananciales se dice que ‘la sociedad conyugal integrada por los otorgantes queda deudora del oportuno reembolso al cónyuge aportante, mediante el reintegro del importe del bien aportado, actualizado en el momento de la liquidación de aquella...’, sin que en la escritura de liquidación de la sociedad conyugal otorgada a continuación se incluya en el pasivo de la sociedad dicho concepto” (F.D. 4º).

“(…) La parte recurrente pretende reconducir la cuestión litigiosa a la posible anulabilidad de los negocios jurídicos de que se trata, cuando -por el contrario- nos encontramos ante una nulidad derivada de la ausencia de causa válida, sin que se cumplan plenamente los requisitos necesarios para la existencia del contrato (artículo 1261 Código Civil), lo que conduce a la nulidad radical y absoluta. La anulabilidad queda referida a los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 del Código Civil, como expresamente establece el artículo 1300 del mismo código. En estos casos es cuando el ejercicio de la acción de nulidad (por anulabilidad) está sujeta a un plazo de ejercicio, lo que no sucede en los supuestos de nulidad radical o absoluta. Como esta sala ha señalado con reiteración (por todas, la sentencia núm. 654/2015, de 19 noviembre) ‘La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce ‘ipso iure’ y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. (...) Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que, tratándose de nulidad absoluta, la acción es (...) No cabe llevar los supuestos de simulación relativa al ámbito de la anulabilidad, pues en este supuesto de simulación es radicalmente nulo el negocio aparente -por inexistente- si bien puede ser válido el subyacente solo si reúne los requisitos necesarios para ello. En definitiva, no puede ser compartida la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que ‘la simulación absoluta es la

inexistencia del negocio jurídico, y la simulación relativa es la existencia de una causa ilícita, que se disfraza, con otro negocio jurídico’, ya que -si la causa es ilícita- el contrato será radicalmente nulo sin posibilidad de subsanación tanto en el caso del negocio aparente como del subyacente” (F.D.5º) [R.P.H.].

*Jurisprudencia: Anulación por error esencial y excusable: contrato de compraventa de chalé en construcción que no tenía vistas al mar, tal y como se anunciaba en la publicidad.*

STS (Sala 1ª) de 6 de febrero de 2020 rec. nº 3285/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7d0bd89a139ec1e1/20200217>

“El primero de los motivos del recurso denuncia la vulneración de lo dispuesto por el artículo 1266 del Código Civil, en cuanto dispone que para que el error invalide el consentimiento ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. Viene a negar la parte recurrente el carácter esencial del error que se alega. Sobre el error que los demandantes manifiestan haber sufrido, la sentencia recurrida afirma (fundamento primero A) que si bien ¿se mantiene un resto de vistas sobre el mar desde algún punto de la vivienda y finca de los actores, es lo cierto que éstas en nada pueden ser equiparables ni a las vistas publicitadas (docs. 14 a 19 de la demanda) ni a las existentes en el momento de la adquisición de la vivienda (casa muestra) por parte de los actores. De tal manera que las vistas desde la finca que se mantienen en la actualidad no permiten de modo alguno mantener la afirmación de que ‘las vistas al mar son increíbles desde cualquier punto de la vivienda’ ni respondería a la idea de ‘vivir en un mirador privado’. La esencialidad se refiere a la gravedad o trascendencia que todo error, por su carácter excepcional, ha de tener para que pueda ser tomado en consideración. Se pretende evitar que alguien quiera liberarse de la obligación contraída alegando la existencia de errores sin verdadera trascendencia en la prestación del consentimiento. Ha de evitarse cualquier planteamiento meramente subjetivista que tienda a hacer recaer la esencialidad del error en la percepción íntima y personal del que lo sufre. Es preciso tomar en consideración la importancia que hay que atribuir al error en función de ciertos elementos objetivamente mensurables. Esta interpretación objetivadora, que vincula la esencialidad al hecho de que las circunstancias que han impulsado a una de las partes (o a ambas) a contratar estén presentes en el contrato, no exige necesariamente que se expresen materialmente en el mismo cuando de las circunstancias de toda índole que concurran en el negocio deba entenderse que fueron tenidas en cuenta como determinantes en la formación de la voluntad que da lugar al consentimiento. (...) Pues bien, las circunstancias concurrentes en este caso ponen de manifiesto -como acertadamente refleja la sentencia recurrida- que los compradores no habrían celebrado el contrato de haber conocido la notoria privación de vistas al mar que se podía producir con posterioridad o, al menos, no lo habrían celebrado en los términos en que lo hicieron, por lo que ha de

estimarse concurrente el requisito de la esencialidad del error y el motivo ha de ser desestimado. En todo caso, el carácter esencial del error resulta evidente si se tiene en cuenta el lugar en que se encuentra la vivienda -frente al mar- y la expectativa fundada de que las vistas iniciales se mantendrían en el tiempo, pudiéndose disfrutar ‘desde cualquier punto de la vivienda’. Se trata de un elemento fundamental a tener en cuenta a la hora de adquirir la vivienda, cuya consideración en el momento de la compra resultó errónea para los adquirentes lo que, sin duda, fue determinante para la celebración del contrato” (F.D.2º).

“El motivo segundo del recurso se refiere igualmente a la infracción del artículo 1266 del Código Civil, ahora desde la perspectiva de la excusabilidad del error alegado. La sentencia recurrida fundamenta razonablemente no sólo la existencia del error sino también la provocación del mismo por la propia vendedora al publicitar la vivienda que fue vendida a los demandantes. (...) El artículo 3 del RD 515/1989, de 21 de abril, bajo el epígrafe ‘Objetividad de la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas’, dispone: 1. La oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma. 2. Los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado. (...) La excusabilidad del error no depende únicamente del hecho de que el que lo sufrió actuara diligentemente, puesto que también hay que tener en cuenta la actuación de la otra parte al objeto de determinar si su comportamiento negligente o contrario a la buena fe negocial llegó a provocar tal error. (...) El error será jurídicamente relevante cuando haya sido provocado por la otra parte en base a la transmisión de una información incorrecta que dio lugar a un estado de confianza que posteriormente resulta defraudado” (F.D. 3º) [R.P.H.].

*Jurisprudencia: Cláusula de vencimiento anticipado: Invalidez, por abusiva, de una cláusula de vencimiento anticipado, por impago de un solo plazo, incluida en un préstamo de carácter personal: subsistencia del resto del contrato.*

STS (Sala 1ª) de 12 de febrero de 2020 rec. nº 1769/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/48aceeee91062309/20200217>

“(…) 1.- El 7 de mayo de 2009, D. Benedicto suscribió como prestatario un contrato de préstamo personal, a interés fijo del 11,25%, con NCG Banco S.A. (hoy Abanca Corporación Bancaria S.A.), (...) Dña. Carlota intervino como fiadora solidaria. 2.- Entre otras, figuraban en el contrato las siguientes cláusulas: (...) 3. Cláusula 10ª, que permite que el acreedor pueda dar por vencido el

préstamo «por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente contrato, en especial, la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses y/o de amortización y demás gastos que originen el préstamo». (...) 3.-Cuando el préstamo presentaba un descubierto de más de trece cuotas, la entidad prestamista lo dio por vencido y presentó una solicitud de juicio monitorio contra el prestatario y la fiadora, en reclamación de la totalidad debida por capital e intereses. 4.-Al haberse opuesto los deudores al requerimiento de pago, la entidad bancaria presentó una demanda de juicio ordinario en ejercicio de las acciones de cumplimiento contractual y reclamación de cantidad, en la que solicitó el pago del total del préstamo en cuanto a capital e intereses. Los demandados se opusieron alegando la nulidad de las mencionadas cláusulas contractuales, (...). 5.-La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. 6.-La Audiencia Provincial estimó en parte los recursos de apelación interpuestos por los demandados (...) Recurso de casación del Sr. Benedicto” (F.D.1º).

“(…) Planteamiento: (...) 2.-En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la cláusula de vencimiento anticipado es nula, porque permite el vencimiento anticipado con independencia de la gravedad del incumplimiento y no permite la rehabilitación del contrato. (...) Decisión de la Sala: 1.- Aunque los pronunciamientos previos de esta Sala sobre el vencimiento anticipado, sintetizados y sistematizados en la sentencia de pleno 463/2019, de 11 de septiembre, se han referido a préstamos con garantía hipotecaria, algunas de las consideraciones contenidas en nuestra jurisprudencia son también aplicables a préstamos personales como el presente. 2.-Con carácter general, esta sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que estuviera claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pudiera quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el art. 1256 CC. (...) Es decir, la posible abusividad provendría de los términos en que la condición general predispuesta permita el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es, per se, ilícita. (...) 3.-En todo caso, haciendo nuestra la jurisprudencia del TJUE. (...) 4.-A diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal, la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato (sentencia 463/2019, de 11 de septiembre). En consecuencia, no podemos extraer las consecuencias establecidas por la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en casos en que el contrato no pueda subsistir y su nulidad resulte perjudicial para el consumidor (por todas, STJUE de 26 de marzo de 2019). 5.- Pero es que, además, también a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, respecto de los que existen normas legales que permiten el vencimiento anticipado -no solo como pacto, sino como previsión legal- (arts. 693.2 LEC y 24 LCCI), no hay una regulación equivalente para los préstamos personales o sin garantía. 6.-Finalmente, la abusividad de la cláusula no puede ser salvada porque no se aplicó en su literalidad y la entidad prestamista soportó un periodo amplio de morosidad antes de ejercitarla, porque ello contraviene la

jurisprudencia del TJUE. Así la STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus, asunto C-421/14, declaró, precisamente en relación con una cláusula de vencimiento anticipado, que: ‘Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. (...) 7.-Razones por las cuales, el recurso de casación del prestatario debe ser estimado (...), una vez asumida la instancia’ (F.D.2º).

“(...) la controversia litigiosa no se ciñe al ejercicio de una acción para la declaración de abusividad

de unas cláusulas contractuales, puesto que no tiene su origen en una acción individual de nulidad ejercitada por unos consumidores o ni siquiera en una reconvención, sino que dicha alegación ha sido utilizada como medio de defensa (excepción) frente a una reclamación dineraria formulada por la entidad prestamista por el impago del préstamo. Y no puede ignorarse que, en la demanda, además de invocarse la cláusula de vencimiento anticipado para solicitar la condena al pago del total de lo debido, también se invocó el art. 1124 CC y se ejercitaron unas acciones de cumplimiento contractual y reclamación de cantidad. Por lo que, como la parte acreedora ha optado por el cumplimiento forzoso del contrato y no por su resolución, deberá condenarse solidariamente a los demandados al pago de las cantidades adeudadas a la fecha de interposición de la demanda” (F.D.6º) [R.P.H.].

*Jurisprudencia: Carácter abusivo de los intereses moratorios superiores a dos puntos porcentuales del interés remuneratorio pactado en los préstamos personales: reiteración de doctrina jurisprudencial: supresión de los intereses moratorios: imposibilidad de moderarlos judicialmente.*

STS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 2020 rec. nº 1400/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b4f81a3d4dc7f507/20200228>

“(...) El motivo denuncia la infracción del art. 82 LGDCU en relación con el art. 3.1 de la Directiva 93/13, en relación con el interés de demora pactado, que era de 17.50%. Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación. (...) La jurisprudencia sobre el carácter abusivo de las cláusulas de intereses de demora en el caso de los préstamos personales destinados al consumo fue establecida por la sentencia 265/2015, de 22 de abril, en la que concluimos ‘abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal’. (...) interés remuneratorio, por lo que debemos considerarlo abusivo. 3. Los efectos de la apreciación de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, son los mismos que establecimos en la reseñada sentencia 265/2015, de 22 de abril: ‘Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho

interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar ‘reducción conservadora de la validez’), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada’ (...) La consecuencia lógica de lo anterior es que la liquidación de intereses debe hacerse conforme al interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo” (F.D.5º) [R.P.H.].

*Jurisprudencia: Carácter abusivo de los intereses moratorios superiores a dos puntos porcentuales del interés remuneratorio pactado en los préstamos personales: reiteración de doctrina jurisprudencial: supresión de los intereses moratorios: imposibilidad de moderarlos judicialmente.*

STS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 2020 rec. nº 2963/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0f7fba180720d81d/20200228>

“(…) de oficio, en cuanto resolvemos la cuestión en la instancia, apreciamos que el interés de demora que se pretende aplicar (19%), recogido en otra condición general del contrato de financiación, tiene carácter abusivo de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala. La jurisprudencia sobre el carácter abusivo de las cláusulas de intereses de demora en el caso de los préstamos personales fue establecida por la sentencia 265/2015, de 22 de abril, en la que llevamos a cabo un enjuiciamiento respecto de una cláusula de intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, y concluimos ‘abusivo un interés de demora que suponga un incremento. (...) En nuestro caso, es claro que el interés de demora incluido en el contrato supera los dos puntos respecto del interés remuneratorio, por lo que debemos considerarlo abusivo. 3. Los efectos de la apreciación de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, son los mismos que establecimos en la reseñada sentencia 265/2015, de 22 de abril: ‘Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar ‘reducción conservadora de la validez’), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada’. (...) La consecuencia lógica de lo anterior, es que la liquidación de intereses debe realizarse conforme al interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo” (F.D.3º) [R.P.H.].

*Jurisprudencia: Prestación de servicios por abogado: posibilidad de acudir a las normas orientativas del Colegio para determinar los honorarios.*

STS (Sala 1ª) de 24 de febrero de 2020, rec. nº 3164/2017

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e5e11b9c931a0c02/20200228>

“(…) cuando no exista contrato escrito ni hoja de encargo donde se indique la retribución del abogado o los criterios para su cálculo, de los arts. 60 y 65 TRLGCU se desprende que: i) el abogado debe informar a su cliente antes del inicio de la relación contractual sobre el importe de los honorarios que va a percibir por su actuación profesional; ii) la omisión de la información precontractual sobre el precio se integrará, conforme al principio de la buena fe objetiva, en beneficio del consumidor.

Dadas las peculiaridades de las relaciones entre abogado y cliente y las dificultades para establecer apriorísticamente el precio de unos servicios cuyo contenido concreto y duración temporal pueden desconocerse en el momento de celebración del contrato, puede resultar ilustrativo lo dispuesto en los Principios of European Law on Service Contracts, cuyo art. 1:102 prevé que, cuando en el contrato no se concrete el precio o el método de su determinación, se aplicará el precio de mercado en el momento de conclusión del contrato, lo que implica un valoración del trabajo efectivamente realizado.

(…) las normas colegiales constituyen previsiones supletorias, destinadas preferentemente a la cuantificación de la condena en costas, la cuenta jurada y la asistencia jurídica gratuita, pero que pueden tener un carácter orientativo, a falta de pacto, para cuantificar el precio del arrendamiento de servicios, cuando se utilizan de manera conjunta con otros datos o referencias, como pueden ser la complejidad del asunto, los motivos del recurso -si lo ha habido- u otras circunstancias que hayan concurrido en el caso.” (F.D.3º)

“En este caso no consta que el abogado informara a la clienta del montante, aunque fuera estimativo, de sus honorarios, ni que hubiera un pacto expreso sobre una determinada cantidad. Pero de ello no cabe deducir, sin más, como se postula en el recurso y resolvió la sentencia de primera instancia, que la provisión de fondos constituyera, por sí sola, el importe total de los honorarios.

La provisión de fondos, por su propia naturaleza de adelanto, es una entrega a cuenta y, salvo que se pruebe que se corresponde exactamente con los honorarios, no cabe presumir que suponga todo lo debido.

(…) Tampoco cabe considerar que no hubiera encargo expreso de la dirección jurídica en la fase de ejecución del proceso que terminó con la sentencia estimatoria de la pretensión de la Sra. Gregoria, pues aparte de que debe entenderse que el encargo incluía todas las gestiones tendentes a la plena satisfacción de los intereses de la clienta, es absurdo que la labor profesional del abogado se hubiera limitado a obtener una sentencia que no iba a servir de nada si

no se ejecutaba. Aparte de que, como correctamente razona la Audiencia Provincial, la Sra. Gregoria se aprovechó sin objeción de los resultados de dicha ejecución.

Cosa distinta es que una práctica profesional transparente hubiera exigido una información previa individualizada sobre los honorarios devengados durante las distintas fases procesales.

3.- A falta, pues, de pacto expreso y conforme a la normativa legal expuesta, cabe concluir que la relación contractual entre las partes, en lo que se refiere a la cuantificación de los honorarios profesionales, no fue transparente, porque no hubo información al respecto. Ahora bien, teniendo en cuenta que cuando se celebró el contrato no estaba en vigor la actual redacción del párrafo segundo del art. 83 TRLCU, que parece equiparar la falta de transparencia a la abusividad, resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler ; y de 26 febrero de 2015, C-143/13, Matei).

Pues bien, si tomamos en consideración que el trabajo consistió en la dirección jurídica de dos procedimientos civiles complejos en todos sus trámites, incluyendo la ejecución en uno de ellos, los elevados intereses económicos en conflicto y que los honorarios minutados por el letrado se adaptan a las normas colegiales, de lo que cabe presumir que no son excesivos (puesto que corporativamente tienen el carácter de mínimos), no cabe considerar que la fijación de la retribución profesional, aunque no fuera transparente, resultara abusiva, porque no causa un grave desequilibrio entre las partes ni manifiesta mala fe por parte del letrado (art. 80.1 TRLCU, a sensu contrario) (...)” (F.D.4º) [M.D.V]

*Jurisprudencia Compraventa de naranjas: naturaleza mercantil del contrato y plazo para reclamar por la entrega en mal estado.*

SAP (Sección 8ª) Valencia de 20 de febrero de 2019, rec. nº 505/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3ea02e2c2a999c5c/20190621>

“Partiendo del hecho incontrovertido de la entrega de las naranjas en la cantidad y tiempo pactado entre las partes por un precio cierto, cuyo importe no ha sido abonado ni en todo ni en parte, la carga de la prueba de que la mercancía se entregó en mal estado corresponde a la parte demandada que es quien alega la excepción. Y lo cierto es que una vez recibida la mercancía por la parte compradora no se reclamó en los plazos establecidos en el Código de Comercio dada la indiscutible naturaleza mercantil de la compraventa. Como se sostiene en múltiples sentencias de Audiencias Provinciales en cuanto a la compraventa mercantil, si el comprador, al recibir el género, lo examinase a su contento, no

tiene acción de repetición contra el vendedor alegando vicio o defecto de cantidad o de calidad aparente o manifiesto (artículo 336.1 del Código de Comercio); si recibió las mercaderías envasadas o embaladas, sí tiene acción (para la rescisión o el cumplimiento, con indemnización de perjuicios en ambos casos) por defectos de cantidad o calidad aparentes o manifiestos, si la ejercita dentro de los 4 días siguientes a su recepción (artículo 336.2 del Código de Comercio) y si los vicios son internos debe efectuar la reclamación dentro de los 30 días siguientes a su entrega (artículo 342 del Código de Comercio). Se trata de plazos de denuncia o protesta, es decir, no es que se imponga el ejercicio de la acción en esos breves términos, sino que se ponga en conocimiento del vendedor la disconformidad con la prestación efectuada, con cuya denuncia se conserva la acción para reclamar, que habrá de interponerse en el plazo de 6 meses del artículo 1490 del Código Civil, por la remisión genérica del artículo 943 del Código de Comercio y tratarse de acciones de idéntica naturaleza, equivalentes a los de caducidad, en cuanto que no admiten interrupción. En el presente caso la entrega de las naranjas a la compradora se produce en fecha 23 de marzo de 2015 y cuando se transportaron a Canadá y concretamente cuando se examinan en su destino en fecha 15 de abril siguiente es cuando se detectan los defectos en la mercancía. Y consta que la mercantil AL... puso en conocimiento de la vendedora AGR... la disconformidad con la prestación efectuada en el correo de fecha 17 de abril, esto es, dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la mercancía. Sin embargo y bien es cierto que el demandado mantiene correos con la actora ninguna acción entabla hasta la interposición de la demanda del juicio monitorio de la actora que es cuando alega con su escrito de oposición esta excepción para faltar al pago, habiendo sido presentado el 29 de diciembre de 2015 cuando había transcurrido en exceso el plazo de 6 meses del artículo 1490 del Código Civil desde el día 17 de abril de 2015, plazo de caducidad que no admite interrupción alguna” (F.D.2º) [J.B.D.].

#### 4. DERECHOS REALES

*Jurisprudencia: Constitución de servidumbre de paso por signo aparente: rechazo de la tesis objetiva: para entender constituida la servidumbre no basta la mera existencia del signo externo, sino que el mismo ha de revelar una efectiva y concreta relación de servicio entre las fincas, querida por el dueño común de ambas. Se cumplen los requisitos del art. 541 CC. División en dos locales (como fincas registrales independientes) del sótano del edificio, por parte del promotor, propietario único del mismo: uno, descrito como aparcamiento, comenzado en su delimitación perimetral al final de la rampa de acceso a la vía pública; y otro, como local de negocios, ubicado a continuación del anterior, de modo que, para acceder a la vía pública desde este, debía pasarse a través de aquel. Creación de signo aparente por el que una finca prestaba un servicio útil y necesario a la otra, pues, no ser así, esta última quedaba enclavada entre otras ajenas y sin salida a la vía pública, cuando no era eso lo proyectado para la planta de sótano.*

STS (Sala 1ª) de 19 de julio de 2018 rec. nº 3663/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/da8cbd95016cfb19/20>

[180727](#)

“(…) contra lo que sostiene la doctrina objetiva, no basta la sola existencia del signo aparente en la finca que se pretende sirviente cuando se enajena sin hacer expresa exclusión de la servidumbre en la escritura pública o sin hacer desaparecer el signo externo, sino que es necesario, que el signo externo revele de modo inequívoco la existencia de una relación de servicio entre una y otra finca, relación de servicio que al igual que el signo externo ha de ser establecida o mantenida por el dueño en el momento de la enajenación de una de las fincas. Y no puede por ello atenderse tan sólo a la mera existencia del signo externo cuando de ese solo signo no se revela una efectiva y concreta relación de servicio entre las fincas querida por el dueño común que posteriormente enajena.” (F.D.8º).

[Según el Tribunal Supremo] “Si se aplica la anterior doctrina al caso de autos, (...) la conclusión ha de ser la de estimación del recurso en el extremo que nos ocupa.

Las razones para ello son las siguientes:

1.- El inmueble litigioso se proyectó con una planta de sótano con idénticas características arquitectónicas en toda su extensión y con idénticos materiales y acabado.

Asimismo se proyectó que su comunicación al exterior fuese a través de una rampa, por la que se accedía a él y servía también para la salida.

2.- El único dueño del inmueble proyectado y construido, el promotor del edificio, decidió dividirlo horizontalmente, al estar compuesto de locales y viviendas susceptibles de dominio por separado.

(…) el propietario único decidió dividir el sótano en dos locales.

El número uno que comenzaría en su delimitación perimetral al final de la rampa, y que lo describe como destinado a aparcamiento, y el número dos que lo ubica a continuación del número uno y lo describe como local comercial.

Para poder acceder a este, esto es al n.º 2, necesariamente, tras hacerlo por la rampa ya citada, se habría de transitar a través de la delimitación perimetral del n.º 1; con lo que el único dueño del edificio, al dividir el sótano en dos locales como fincas registrales independientes, creó un signo aparente inequívoco, permanente y notorio por el que el local n.º 1 prestaba un servicio útil y necesario al local n.º 2, pues de no ser así quedaba éste enclavado y sin salida a la vía pública, cuando no era eso lo proyectado para la planta de sótano.

La escritura de obra nueva y división horizontal fue otorgada por el promotor del edificio el 25 de junio de

1980 y por escritura pública de 4 de octubre de 1980 enajenó a D. Ambrosio - marido ya fallecido de la actora el local n.º 2, sin hacer en ella ninguna declaración

contraria a la existencia del signo aparente de servicio del local n.º 1 de su propiedad para el local n.º 2 que enajenaba, y sin que ese signo aparente hubiese desaparecido antes de otorgarse la escritura de venta del local.

Con lo expuesto se cumplen los requisitos para declarar la existencia de una servidumbre de paso de vehículos y personas, al amparo del art. 541 CC , a favor, como predio dominante, del local n.º 2 y en contra, como predio sirviente, del local n.º 1.

Ambos locales pertenecían inicialmente a un solo propietario, que creó entre ellos un signo aparente de servidumbre.

Enajenó uno, que sería el predio dominante, sin hacer desaparecer antes de otorgar la escritura de transmisión el signo aparente y sin efectuar en ella una declaración expresa contraria a la existencia de la servidumbre.” (F.D.9º). [A.B.B].

*Jurisprudencia: inexistencia de servidumbre de paso de vehículos a garaje subterráneo. Inexistencia de servidumbre voluntaria constituida por signo aparente: asunción de la teoría voluntarista, según la cual, para entender constituida la servidumbre, no basta la mera existencia del signo externo, sino que el mismo ha de revelar una efectiva y concreta relación de servicio entre las fincas, querida por el dueño común de ambas (el acceso de personas y fincas a través de la finca pretendidamente sirviente no tuvo más finalidad que la de permitir la construcción del garaje en el suelo la finca pretendidamente dominante). Inexistencia de necesidad, que permita exigir la constitución forzosa de una servidumbre de paso en favor de la finca pretendidamente dominante, por no hallarse ésta enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público: la necesidad es la nota característica de las servidumbres forzosas, a diferencia de las servidumbres voluntarias, en las que basta la utilidad, entendida en el sentido amplio de beneficio, comodidad o conveniencia para el predio sirviente.*

STS (Sala 1ª) de 16 de octubre de 2019

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e80a5a99b7f27735/20191028>

“En atención al enunciado del motivo y a las alegaciones que hace la recurrente en su desarrollo, contraponiendo la tesis voluntarista y la objetiva en la interpretación del art. 541 del CC, en estrecha relación con la ratio decidendi de la sentencia recurrida, es necesario citar lo que recientemente decía la sala, al respecto, en la sentencia 471/2018, de 19 de julio, tras una exposición doctrinal:

“Y es que, contra lo que sostiene la doctrina objetiva, no basta la sola existencia del signo aparente en la finca que se pretende sirviente cuando se enajena sin hacer expresa exclusión de la servidumbre en la escritura pública o sin hacer desaparecer el signo externo, sino que es necesario, que el signo externo revele de modo inequívoco la existencia de una relación de servicio entre una y otra finca, relación de servicio que al igual que el signo externo ha de ser establecida o mantenida por el dueño en el momento de la enajenación de una de las fincas. Y

no puede por ello atenderse tan sólo a la mera existencia del signo externo cuando de ese solo signo no se revela una efectiva y concreta relación de servicio entre las fincas querida por el dueño común que posteriormente enajena.’” (F.D.5º).

[Declara el Tribunal Supremo] “(...) que la necesidad es la nota característica de las servidumbres forzosas, (...) lo que las diferencia de las servidumbres voluntarias en que basta la utilidad, entendida en el sentido amplio de beneficio, comodidad o conveniencia, de tal modo que, desaparecida en aquellas la necesidad, la servidumbre carece de justificación, por lo que se puede exigir su extinción.

(...) Al definirse tal necesidad, (...) la jurisprudencia exige que sea una necesidad real y no ficticia o artificiosa, que no responda a capricho o simple conveniencia.

Dentro del concepto necesidad se incluye la interclusión relativa, en los términos que expone la parte recurrente, con cita de doctrina científica y legal.” (F.D.9º). [A.B.B].

*Jurisprudencia: Constitución de servidumbre por signo aparente: puerta abierta por el propietario común de las dos fincas en el corral situado al fondo de una de ellas, que permite el acceso a la vía pública, a través de un callejón situado en la contigua. Existencia de signo visible y evidente de paso (senda, camino o carril), siendo indiferente que la finca dominante tenga acceso directo a la vía pública por otro lugar. Para entender constituida la servidumbre ex art. 541 CC, no se exige que la misma sea necesaria, sino que basta con que sea útil o conveniente para el predio dominante, como lo es contar con un nuevo acceso hacia él, con independencia de que el mismo tenga salida a la vía pública y, por tanto, dicha servidumbre no hubiera podido constituirse legalmente.*

STS (Sala 1ª) de 16 de octubre de 2019 rec. nº 2270/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/defa75a4fa2dc0c4/20191028>

“El examen de los argumentos en que se apoya el recurso lleva a su desestimación por las razones que se expresan a continuación.

[El Tribunal Supremo] (...) establece como doctrina jurisprudencial que ‘en el caso de servidumbre por destino, prevista en el artículo 541 CC, únicamente cabe estimarla subsistente en el supuesto de que represente una verdadera utilidad actual para el predio dominante, aun cuando no se haya hecho desaparecer el signo aparente ni se formule manifestación en contrario en los títulos de enajenación’.

[El Tribunal Supremo añade] que ‘este criterio de utilidad, como requisito de la citada servidumbre, no se proyecta como una prevalencia del requisito o nota de necesidad o servicio para el predio dominante, propia de las servidumbres legales, sino como una exigencia de comprobación de que la utilidad, comodidad o

conveniencia que en su día pudo llevar a la constitución de dicha servidumbre sigue existiendo en la actualidad’.

De lo anterior se deduce que es la simple utilidad (...) la que justifica la subsistencia de la servidumbre creada al amparo del artículo 541 CC y no cabe confundir utilidad con necesidad pues, en el caso de las servidumbres voluntarias (...) no se precisa necesidad -en este caso del paso- sino que basta la utilidad o conveniencia para el predio dominante que supone contar con un nuevo acceso hacia su predio con independencia de que el mismo tenga salida a la vía pública y por tanto la misma servidumbre no hubiera podido constituirse con carácter legal. De ahí que dicha servidumbre se extinguiría (...) únicamente cuando los predios vengan a tal estado ‘que no pueda usarse de la servidumbre’ y no cuando ésta no resulte necesaria, que es lo pretendido por los recurrentes.” (F.D.3º). [A.B.B].

## 5. DERECHOS DE LA PERSONA

*Jurisprudencia: Colisión de derechos de la personalidad de una persona fallecida con la libertad de información: artículo periodístico con ocasión del supuesto avistamiento de un ovni 38 años antes en el que se atribuían al fallecido (testigo del mismo) actitudes desmerecedoras en la consideración social, se informaba de cómo el supuesto avistamiento había influido negativamente en su vida familiar y se publicaban fotos del mismo (con su esposa y dos hijos pequeños, otra con uniforme militar, una tercera de la cartilla escolar y la última de joven con sus padres y hermanos, sin autorización de ninguno de ellos). Intromisión ilegítima en sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.*

STS (Sala 1ª) de 26 de noviembre de 2019, rec. nº 833/2019

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3d163ae4d6dc319a/20191210>

“(…) 2.1.- Confrontación circunstancial con el derecho fundamental a la intimidad. El artículo periodístico. (...) tras hacer referencia a las declaraciones que, en su día, efectuó dicha persona sobre los hechos noticiosos y las circunstancias de la entrevista que le fue realizada, que no merecen reproche, contiene un importante apartado, que desviándose del hecho relevante objeto de información y desconectada con la misma, bajo el título ‘Giro negativo en su vida’, se centra especialmente en los avatares de la vida privada del referido médico, acaecidos años después, que carecen de interés público, máxime además cuando se refieren a una persona especialmente celosa de su intimidad, que desde luego no hubiera consentido, ni querido, que se pusieran en conocimiento de los demás, a través de un medio de difusión social, aspectos concernientes a sus relaciones familiares, crisis de pareja, convivencia con otra mujer, orfandad afectiva, situación económica tildada de ruinoso, progresivo deterioro personal o enfermedades. En definitiva, circunstancias de su vida íntima, calificadas por la parte demandada como negativas. Así se hace referencia a que se agrietó su relación con la familia más de lo que estaba, que casi nunca esa vinculación había

sido fácil bajo el techo paterno, que tuvo disputas con sus cuatro hermanos por razón de una herencia, que rompió con su esposa, que llegó a comentar que no se sentía querido, que tuvo desavenencias con sus hijos, que convivió ulteriormente con otra mujer en Madrid, en una experiencia devastadora, acabando en ruina hasta su fallecimiento, que vivió en una humilde habitación de alquiler (...), que pasó con amargura los últimos meses de su vida en una residencia encerrado en sí mismo, reacio a expresar opiniones y emociones. El calvario que supuso su ingreso en un centro hospitalario. Igualmente se hacía referencia a las enfermedades que padecía y las causas de su fallecimiento, en los términos que se describen en los antecedentes fácticos de esta sentencia. Igualmente se publican fotos de momentos íntimos de la vida familiar del Sr. Carlos María. (...) .2.- Ponderación con el derecho a la propia imagen. (...) Pues bien, sin que conste permiso de los afectados, en el artículo periodístico, aparece, al menos, una foto del Dr. Carlos María con su esposa, también demandante, y dos hijos menores, que no fue autorizada por ellos (art. 8.2 a en relación con el art. 7.5 LO 1/1982). La mujer del Sr. Carlos María no permitió la difusión de su imagen, además en un momento íntimo de su vida familiar, lo que le legitima para su reclamación, careciendo de relevancia para la formación de una opinión pública libre y plural, la foto de la actora, junto al que fue su marido e hijos menores. 2.3.- Colisión con el derecho fundamental al honor. En este caso, el artículo periodístico hace referencia a determinados aspectos peyorativos, que se afirman eran expresión de la personalidad del Dr. Carlos María, que afectan a su fama y buena estima, en los planos objetivo y subjetivo, con influencia en su dignidad personal, que eran absolutamente innecesarios y gratuitos citarlos. Así se señala que relucía lo peor de su desconocido carácter, a veces déspota y soberbio, a veces irascible e impaciente, a veces terco. En definitiva, se le atribuye, según el significado de las palabras empleadas, ser altivo, con apetito desordenado de ser preferido a otros, que abusa de su poder o autoridad, propenso a la ira, a la furia, a la violencia, con deseos de venganza, que era pertinaz, obstinado, irreductible, que espera o desea con desasosiego. En definitiva, características negativas de la personalidad, que generan objetiva repulsa, y desmerecen a una persona en el concepto público de la misma. (...) 2.4.- En definitiva, el derecho a la información no ocupa una posición prevalente absoluta respecto del derecho a la intimidad y a la propia imagen. Solo se antepone a estos derechos ‘tras apreciar el interés social de la información publicada como fin constitucionalmente legítimo’. El carácter noticiable de la información se erige, por tanto, en el ‘criterio fundamental’ (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 2) y ‘decisivo’ (STC 176/2013, FJ 7) que hará ceder un derecho público subjetivo como el derecho a la imagen que se funda en valores como la dignidad humana. Pues bien, en este caso, el hecho noticioso fue la supuesta aparición del ovni, de la que el Dr. Carlos María se manifestó como testigo personal de los hechos, dando su versión de lo acaecido, que fue objeto de la atención de la prensa y de la realización de las oportunas entrevistas. Ahora bien, 38 años después, no se puede considerar como de interés público ofrecer datos y noticias sobre su ‘negativa’ vida privada, ni emplear, una vez fallecido, expresiones vejatorias sobre su persona (SSTS 92 y 166/2018)” (F.D. 2º) [R.P.H.].

*Jurisprudencia: cambio de sexo del menor de edad con suficiente madurez en situación estable de transexualidad.*

STS (Sala 1ª) de 17 de diciembre de 2019 rec. nº 1583/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9933d5e903e171ec/20200114>

[Según el Tribunal Supremo] “(...) si, para resolver el recurso de casación, realizara una interpretación del precepto legal como la propugnada por el recurrente, podría estar invadiendo el ámbito institucional de decisión propio del Tribunal Constitucional. Pero también albergamos mayoritariamente dudas sobre la constitucionalidad de la restricción de derechos fundamentales del menor transexual que podía suponer su exclusión, en todo caso, del círculo de legitimados para solicitar la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

(...) Por tal razón, procedimos a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional mediante el auto dictado el 10 de marzo de 2016.

(...) El Tribunal Constitucional ha resuelto la cuestión de inconstitucionalidad en la sentencia 99/2019, de 18 de julio. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional ha declarado:

(...) ‘Consecuentemente, el Tribunal aprecia que la restricción legal enjuiciada, en su proyección respecto de los menores de edad con ‘suficiente madurez’ y que se encuentren en una ‘situación estable de transexualidad’, circunstancias que se valoran en los requisitos previstos en el art. 4 y que no han sido cuestionados en el auto de planteamiento, representa un grado de satisfacción más reducido del interés superior del menor de edad perseguido por el legislador. Mientras tanto, por el contrario, en estos casos se incrementan notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para el principio que le garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad. En estas circunstancias, además, los perjuicios que estamos considerando se revelan de mayor intensidad por tratarse de una norma automática y que no contempla régimen intermedio alguno -i.e. cambio de nombre, pero no de sexo- para las situaciones de transición’.

‘De este modo, el art. 1.1 de la Ley 3/2007, (...) constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específica de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad.

(...) ‘este Tribunal declara que la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007 lo es en la medida en que se aplica a menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad’.

[El Tribunal Constitucional acordó] ‘(...) estimar la cuestión de

inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, y, en consecuencia, declararlo inconstitucional, pero únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con ‘suficiente madurez’ y que se encuentren en una ‘situación estable de transexualidad”.

(...) A la vista del fallo del Tribunal Constitucional, la cuestión fundamental para decidir sobre la legitimación activa es valorar si el menor de edad demandante tiene suficiente madurez y se encuentra en una situación estable de transexualidad.

En lo relativo a la madurez del menor, “Madurez’ hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. (...) es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente’.

No es obstáculo a la estimación de la demanda el hecho de que, en el momento de su presentación, el demandante no llevara dos años siendo tratado médicamente para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La reciente jurisprudencia del TEDH (...), ha exigido que se garantice en la práctica los derechos de estas personas a tener documentos oficiales que reflejen la identidad de género elegida, sin el requisito previo de sufrir procedimientos médicos tales como una operación de reasignación sexual o una terapia hormonal (...). Además, el propio art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, prevé que no puede exigirse el requisito del tratamiento médico durante dos años cuando razones de edad imposibiliten su seguimiento, lo que de un modo evidente concurre en una persona que tiene doce años de edad, como ocurría con el demandante cuando interpuso la demanda. En el informe presentado con la demanda, emitido por un equipo integrado por un psiquiatra, un endocrinólogo y un psicólogo, se indicaba que el tratamiento hormonal no había sido iniciado antes por no haber comenzado el proceso natural del cambio puberal.

Será necesaria en todo caso la audiencia del menor demandante para confirmar que es su voluntad solicitar el cambio de la mención registral del sexo. (...) En este ámbito, la actuación de los representantes legales es meramente complementaria, como puede ser, por ejemplo, la destinada a completar la capacidad procesal de los menores de edad y permitirles comparecer en juicio (art. 7.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En esa audiencia del menor, el tribunal también deberá comprobar su madurez, de un modo menos exhaustivo mientras más cercano a la mayoría de edad se encuentre el demandante (...). También servirá para evaluar la situación estable de transexualidad, junto con el examen de la documentación aportada con la demanda.

14.- La apreciación de la madurez suficiente y de la situación estable de transexualidad del menor demandante, requisitos exigibles para otorgarle

legitimación, es una cuestión de hecho, que por tanto ha de realizarse en la instancia. No son suficientes para apreciar tal madurez, ni la persistencia de una situación estable de transexualidad, las manifestaciones que sobre este particular han realizado sus padres, representantes legales, en diversos escritos, el último de ellos al realizar alegaciones tras la sentencia del Tribunal Constitucional.

(...) Por tal razón, al no ser posible en el recurso de casación el enjuiciamiento de las cuestiones de hecho (más aún cuando se hace preciso la práctica de diligencias tales como la audiencia del menor por el tribunal) ni de las cuestiones de derecho que no han sido enjuiciadas, en puridad, por ninguna de las dos instancias, al haber considerado que el demandante carecía de legitimación activa, el pronunciamiento de esta sala debe limitarse a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, tras realizar la audiencia del menor, las resuelva en sentencia, una vez que se ha declarado que la minoría de edad del demandante no le priva de legitimación para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo si tiene suficiente madurez y una situación estable de transexualidad, y que no haber estado sometido a tratamiento durante al menos dos años antes de la presentación de la demanda no le impide obtener la rectificación solicitada.

En todo caso, tanto la terminación del recurso de apelación mediante la audiencia del menor y el dictado de la correspondiente sentencia, como el eventual recurso de casación que se pudiera interponer contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente.” (F.D. 9º). [A.B.B].

*Jurisprudencia: derecho a la imagen: ilicitud de la publicación de una imagen para ilustrar un reportaje sobre una persona en prisión preventiva acusada de pedofilia, tomada del perfil de una cuenta de una red social, de libre acceso, por tratarse de un perfil público: la libertad de información no autoriza la publicación de fotografías que carezcan de cualquier conexión con los hechos noticiables, cuyo uso no haya sido expresamente consentido por el titular del derecho.*

STS (Sala 1ª) de 19 de diciembre de 2019 rec. nº 4528/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a4fdcaa166bf7f05/20200103>

“El 19 de noviembre de 2016, el diario digital ‘El Español’ publicó un reportaje (...) sobre la detención e ingreso en prisión de D. Jenaro, acusado de mantener relaciones sexuales con menores de edad, con algunos de los cuales había tenido contacto profesional en su condición de psicólogo. El reportaje se ilustraba con una fotografía del demandante, que sujetaba con sus brazos unos cachorros de perro, ante una vivienda, que fue obtenida en la cuenta [de una red social] del demandante, a la que se tenía libre acceso por tratarse de un perfil público.” (F.D. 1º).

“(...) El derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, reconocido

como derecho fundamental en el art. 18.1 de la Constitución, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. En su faceta negativa o excluyente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta.

Aunque una persona detenida bajo la acusación de un delito tan grave como es el de abusos sexuales a menores adquiere una relevancia pública sobrevenida, al menos momentánea, tal circunstancia no justifica cualquier difusión de su imagen pública. La función que la libertad de información desempeña en una sociedad democrática justifica que se informe sobre tal hecho (la detención e ingreso en prisión de la persona acusada de la comisión de tales hechos) y que en esa información se incluya información gráfica relacionada con tales hechos, como pueden ser las imágenes de la detención del acusado, su entrada en el juzgado o su entrada en la prisión, pues su relevancia pública sobrevenida se ha producido con relación a esos hechos. Pero no justifica que pueda utilizarse cualquier imagen del afectado, y en concreto, imágenes del acusado que carezcan de cualquier conexión con los hechos noticiables y cuya difusión no haya consentido expresamente.

Es cierto que, en ocasiones, esta sala ha considerado relevante para enjuiciar la legitimidad del ejercicio del derecho a la libertad de información el hecho de que la información escrita o gráfica difundida corresponda a la víctima o al acusado. La razón fundamental de esta distinción ha sido que, en ciertas ocasiones, estaba justificada la afectación del derecho fundamental de la persona del acusado, pero no de la víctima por cuanto que suponía agravar las consecuencias que para ella había tenido haber sufrido un delito especialmente afrentoso o un acontecimiento luctuoso, con lo que se afectaba gravemente a su dignidad.

Pero lo anterior no supone que cualquier información sobre el acusado y, en concreto, que cualquier difusión pública de su imagen pueda considerarse amparada por la libertad de información del art. 20.1.d de la Constitución. La finalidad a la que responde la protección del derecho fundamental a la libertad de información no justifica la difusión pública de la imagen de una persona obtenida de las fotografías obrantes en las cuentas de las redes sociales, puesto que la formación de una opinión pública libre no exige, ni justifica, que se afecte al derecho fundamental a la propia imagen con esa gravedad y de un modo que no guarda la necesaria conexión con los hechos de relevancia pública objeto de la información.” (F.D.3º). [A.B.B].

*Jurisprudencia: Derecho al honor de una fundación. Declaraciones del Ministro de Ciencia de que a “A los ‘productos naturales’ les añaden fármacos para tener efecto”; de que, “A veces les añaden medicamentos reales para que de verdad tengan algún efecto”; y de que “La gente podría estar tomando algo no adecuado o en dosis excesiva”. Legitimación de la fundación para interponer una demanda con apoyo en la LO 1/1982, de 5 de mayo. Inexistencia de*

*intromisión ilegítima: declaraciones hechas en ejercicio legítimo de la libertad de expresión por parte del demandado en el desempeño de sus competencias ministeriales, pocos días antes de que la AEMPS retirara un complemento alimenticio por contener el producto activo sildenafil, no declarado, ni incluido en su etiquetado.*

STS (Sala 1ª) de 4 de febrero de 2020 rec. nº 1/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a9ab6a2284974859/20200207>

“La Fundación Salud y Naturaleza S.N. interpuso demanda al amparo de la LO 1/1982, para la tutela del derecho al honor de las personas físicas y jurídicas cuyos intereses colectivos decía representar, contra D. Edemiro, ministro del Gobierno de España tanto en la actualidad como en la fecha en que se hicieron las manifestaciones consideradas ofensivas, solicitando su condena a emitir una rectificación, al pago de una indemnización de 3.000 euros por el daño moral causado, a publicar a su costa la eventual sentencia de condena y al pago de las costas.” (F.D.1º).

“Por resolución de fecha 15 de abril de 2019 la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) acordó retirar del mercado nacional un complemento alimenticio denominado ‘VX cápsulas’ «por contener el principio activo sildenafil, no incluido ni declarado en su etiquetado».

La nota informativa difundida por la AEMPS (...) decía así:

‘Este producto se presenta como un producto natural, ocultando al consumidor su verdadera composición. En particular, la presencia de sildenafil’ [...] siendo su presencia en el mercado ilegal, la Directora de la Agencia...ha resuelto adoptar la siguiente medida cautelar «La prohibición de la comercialización y retirada del mercado de todos los ejemplares del citado producto».

El 24 de abril de 2019, al hilo de dicha resolución, el demandado hizo en su cuenta personal de la red social [Twitter] el siguiente comentario: [Uno de los mayores peligros de los ‘productos naturales’: a veces les añaden medicamentos reales para que de verdad tengan algún efecto. Y la gente podría estar tomando algo no adecuado o dosis excesivas. Menos mal que la agencia del medicamento @AEMPSGOB está al quite].

Ese mismo día el diario digital ‘Redacción Médica’, especializado en información sanitaria, se hizo eco de ese mensaje del ministro mediante una noticia.

(...) La noticia reproducía frases literales del mensaje publicado por el demandado en su cuenta de Twitter, en concreto las que en el hecho cuarto de la demanda se consideran ofensivas, cuyo tenor era el siguiente:

En el titular:

‘A los ‘productos naturales’ les añaden fármacos para tener efecto’.

-En el cuerpo de la noticia (primer párrafo):

‘A veces les añaden medicamentos reales para que de verdad tengan algún efecto’.

‘La gente podría estar tomando algo no adecuado o en dosis excesiva’.” (F.D.3º).

“Es cierto que la fundación demandante carece de la representación de los intereses colectivos que se arroga.

(...) Sin embargo, no cabe negar a la fundación demandante una legitimación más reducida para, de acuerdo con sus fines estatutarios, defender las terapias naturales frente a descalificaciones generales e injustificada llevadas a cabo por medio de acciones o expresiones que puedan afectar a la propia dignidad de la fundación (art. 7.7 LO 1/1982).

Así, entre los fines de la fundación demandante se encuentra (...), la promoción del desarrollo de la medicina natural (...), la promoción de la medicina natural ligada al deporte

(...), la investigación científica y el desarrollo asociados a esos fines (...), el apoyo a los consumidores, productores e investigadores especialistas en plantas medicinales (...) o la promoción de la medicina natural y los medicamentos biológicos (...), para cuyos fines, (...) impulsará programas de formación y realizará actividades de impulso de la investigación o cursos y seminarios.

De ahí, en definitiva, que a la fundación demandante deba reconocérsele un interés legítimo en defender su propio prestigio frente a lo que considera una intromisión ilegítima causante de un daño moral y necesitada de reparación mediante la publicación de una sentencia estimatoria de la demanda, por más que su petición añadida de rectificación por parte del demandado no encuentre fundamento alguno en la Ley Orgánica 1/1982.” (F.D.5º).

“Entrando a conocer, por tanto, de la existencia o inexistencia de intromisión ilegítima en el honor de la fundación demandante, la decisión de esta sala es que no hubo tal intromisión por las siguientes razones:

1.<sup>a</sup>) Las manifestaciones enjuiciadas, (...), se hicieron por el demandado con ocasión de la retirada, por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, de un complemento alimenticio por contener el producto activo sildenafilo, no declarado ni incluido en su etiquetado.

2.<sup>a</sup>) Cuando el demandado hizo esas manifestaciones, era ministro de Ciencia, Innovación y Universidades, con competencias en investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación en todos los sectores. Adscrito a su ministerio estaba el Instituto Carlos III, que en un plan de actuación conjunta con el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, apostaba ‘por una asistencia sanitaria y una formación universitaria basadas en el conocimiento, la evidencia y el rigor científico’, consideraba necesario «proporcionar una información rigurosa a todos los grupos de interés», tenía por objetivo ‘definir y desarrollar acciones

para proteger de forma integral a la ciudadanía de las pseudoterapias’ y, en fin, consideraba una obligación de las autoridades sanitarias ‘defender la salud como un derecho básico, proporcionando a la ciudadanía información veraz’ sobre prestaciones y tratamientos.

3.<sup>a</sup>) En ese contexto y en consideración a las competencias ministeriales del demandado, las manifestaciones enjuiciadas constituían un elogio de la actuación de la AEMPS (‘menos mal que la Agencia está al quite’) y, al mismo tiempo, una llamada de atención general sobre la posibilidad de que algunos productos presentados u ofrecidos como naturales contuvieran fármacos susceptibles de perjudicar la salud de sus usuarios por inadecuados o tomados en dosis excesivas, posibilidad recién confirmada gracias a la actuación de la AEMPS.

4.<sup>a</sup>) Así las cosas, no cabe apreciar intromisión ilegítima alguna en el honor de la demandante, sino un ejercicio legítimo de la libertad de expresión por parte del demandado en el desempeño de sus competencias ministeriales, plenamente amparada por el art. 20.1.a) de la Constitución.” (F.D. 6º). [A.B.B].

*Jurisprudencia: Conflicto entre el derecho al honor y libertad de información: inexistencia de intromisión ilegítima. Veracidad de la información relativa al apuñalamiento entre dos indigentes, contrastada con fuentes policiales, aunque no sea totalmente cierta.*

STS (Sala 1<sup>a</sup>) de 4 de febrero de 2020, rec. nº 1009/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/331452f6478d0c7b/20200217>

“(…) Se produce en este caso un conflicto entre el derecho al honor, cuya protección solicita el demandante, y el derecho a la libertad de información de la periodista y de la editora demandadas, pues lo transmitido por estas ha sido fundamentalmente hechos contrastables, no opiniones o juicios de valor. 4.- Cuando los derechos fundamentales en conflicto son la libertad de información y el derecho al honor, los criterios fundamentales para determinar si aquella debe prevalecer sobre esta, por haber sido ejercitada legítimamente, consisten en que la información verse sobre una cuestión de interés general y que sea veraz. 5.- Hay materias que en principio se consideran como de interés general. Entre estas materias están las de naturaleza penal o relacionadas con lo que suele calificarse como crónica de sucesos. Por ello, la información sobre un apuñalamiento acaecido en la vía pública ha de considerarse como de interés general a efectos de valorar la legitimidad del ejercicio del derecho a la libertad de información de los demandados. 6.- El otro requisito para que el ejercicio de la libertad de información sea legítimo y justifique la afectación del derecho al honor es que la información transmitida sea veraz. El concepto de ‘veracidad’ preciso para valorar si el ejercicio de la libertad de información fue legítimo no coincide con el de la ‘verdad’ de lo publicado o difundido. Cuando la Constitución exige que la información sea veraz, no está privando de protección a las informaciones que

puedan resultar erróneas, sino estableciendo un deber de diligencia del informador, a quien se exige que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos de acuerdo con pautas profesionales y ajustándose a las circunstancias concurrentes. 7.- En el presente caso, de los hechos fijados en la instancia resulta que la periodista demandada se personó en el lugar de los hechos y recabó la información sobre lo sucedido de los policías, locales y nacionales, que habían intervenido en el mismo. Habida cuenta de la naturaleza de los hechos y de las circunstancias concurrentes, puede considerarse que la periodista siguió las pautas profesionales adecuadas para el contraste de la información, aunque la información obtenida de esa forma pudiera no haber sido correcta. (...) cuando la noticia sobre hechos de interés general ha sido contrastada conforme a pautas profesionales, incluso en los casos en que finalmente haya resultado no ser correcta, no puede considerarse que haya existido una intromisión ilegítima del derecho al honor porque la conducta del informador resulta amparada por la libertad de información” (F.D.5º) [R.P.H.].

*Jurisprudencia: Registro de morosos: inclusión indebida: Responsabilidad de Equifax, al incluir indebidamente una deuda en Registro de Morosos, limitándose a seguir acríticamente los datos que proporcionó el acreedor (Vodafone), sin valorar los motivos invocados por el pretendido deudor, dándole una respuesta negativa estandarizada.*

STS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 2020, rec. nº5631/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6b88699d800a7750/20200228>

“(...) Como responsable que es de un fichero de datos automatizado que se forma sin consentimiento de los afectados, y que por la naturaleza de los datos contenidos en el mismo, puede provocar serias vulneraciones de derechos fundamentales de los interesados y causarles graves daños morales y patrimoniales, Equifax ha de dar cumplida satisfacción al ejercicio por los interesados de los derechos de rectificación y cancelación, cuando, como en el caso enjuiciado, ello puede realizarse con base en una solicitud motivada y justificada. No puede limitarse a seguir las indicaciones del acreedor que facilitó los datos, ha de realizar su propia valoración del ejercicio del derecho de rectificación o cancelación realizado por el afectado, y darle una respuesta fundada. (...) 5.- Con arreglo a esta doctrina la recurrente no obró con la debida diligencia. (...) Se limitó, acríticamente, a dar por buena la confirmación de la deuda por parte del acreedor, (...) Frente a la solicitud de cancelación mantuvo en el registro un dato no pertinente, con el único fundamento de que el acreedor había confirmado la deuda, respuesta estandarizada sin solicitar al acreedor que justificara su respuesta y, por ende, el soporte del servicio facturado” (F.D.2º) [R.P.H.]

*Jurisprudencia: Conflicto entre el derecho al honor y libertad de información: inexistencia de intromisión ilegítima. El deber de veracidad no queda desvirtuado cuando el informador incurre en errores circunstanciales que no afectaban a la esencia de lo informado: titular en el que se afirma que una persona había sido condenada por acoso laboral a una compañera de trabajo, cuando, en realidad, quien había sido condenada, por no haber tomado medidas efectivas para evitar el acoso, era la administración de la que dependía el centro educativo.*

STS (Sala 1ª) de 24 de febrero de 2020, rec. nº 774/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/660b48083d56d4e1/20200228>

“Los demandados-apelantes (la empresa editora del periódico en el que se publicaron las informaciones litigiosas y su director) recurren en casación la sentencia de segunda instancia que confirmó su condena por haber vulnerado el honor del demandante con la publicación de dos noticias que aludían respectivamente a su condena por mobbing o acoso laboral a una compañera de trabajo, y a que su baja laboral había retrasado la tramitación de un expediente disciplinario en su contra, noticias que el tribunal sentenciador consideró que por su falta de veracidad y de proporcionalidad no estaban amparadas por la libertad de información” (F.D.1º).

“(…) el error en que incurrió la información llevada al titular de la noticia publicada el día 10 de diciembre de 2011, consistente en atribuir al Sr. Leon la condición de ‘condenado’ por acoso (pese a que no había sido acusado ni condenado en ningún procedimiento, ni laboral ni penal, y ni tan siquiera había sido parte en el procedimiento de responsabilidad patrimonial) no tiene la entidad lesiva que la Audiencia le atribuyó, pues ha de valorarse como un error circunstancial, meramente accesorio, sin trascendencia para el núcleo de la información difundida. A esta conclusión se llega porque, aunque no fuera cierto que se le hubiera condenado a título personal, de la sentencia del TSJ sí que resultaba de forma inequívoca que el Sr. Leon era el autor de la conducta de mobbing por la que fue obligada la administración a responder patrimonialmente por no adoptar medidas eficaces en evitación de la misma, siendo lo relevante, desde la perspectiva del deber de veracidad, que cualquier lector medio pudiera llegar a la misma conclusión a partir de la simple lectura de la sentencia. En tales circunstancias, entraba dentro de lo razonable y no era para nada desproporcionado, que el informador usara de forma impropia o inexacta la alusión o el calificativo (condenado) que se cuestiona” (F.D.4º) [R.P.H.].

*Jurisprudencia: Conflicto entre el derecho al honor y libertad de expresión: inexistencia de intromisión ilegítima. Los términos “pelotazo económico” o “pelotazo urbanístico” no son constitutivos de una intromisión ilegítima contra el honor de promotora cuando se utilizan en el contexto de una crítica política.*

STS (Sala 1ª) de 6 de marzo de 2020, rec. nº1306/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/572eda35f3a7d3bd/20200316>

“La demandante, una sociedad mercantil dedicada a la promoción inmobiliaria, recurre en casación la sentencia de segunda instancia que, revocando la parcialmente estimatoria de primera instancia, desestimó su demanda al considerar, en síntesis, que las expresiones críticas reiteradamente utilizadas por la demandada, alcaldesa del municipio navarro de Valle de Baztán (en especial los términos ‘pelotazo urbanístico’ y ‘pelotazo especulativo’), estaban amparadas por la libertad de expresión. (F.D.1º)

“Tratándose de un conflicto entre honor y libertad de expresión, el control en casación del juicio de ponderación del tribunal sentenciador debe fundarse en la jurisprudencia de esta sala y en la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, con especial atención a la referente al juicio de proporcionalidad en contextos de contienda política. Según constante doctrina jurisprudencial, que las partes han demostrado conocer sobradamente y que también ha sido sintetizada en las sentencias de las instancias, para que no se revierta en el caso concreto la preeminencia de la que goza en abstracto la libertad de expresión sobre el derecho al honor es preciso que concurren dos presupuestos, consistentes en el interés general o la relevancia pública de la opinión expresada, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas, y en la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones, pues se proscribía el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias o que no guarden relación o no resulten necesarias para transmitir la idea crítica (por ejemplo, sentencias SSTC 58/2018 y 133/2018, y sentencias de esta sala 488/2017, de 11 de septiembre, 92/2018, de 19 de febrero, 338/2018, de 6 de junio, 620/2018, de 8 de noviembre, todas ellas citadas por la más reciente 429/2019, de 16 de julio). Con respecto al interés general, que en este caso no se discute, basta decir que en cualquier caso su concurrencia resulta incuestionable, tanto desde la perspectiva de la materia afectada, porque la crítica en relación con la gestión de los asuntos públicos no solo es lícita sino también necesaria para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a conocer cómo se gobiernan esos asuntos (...), como desde la perspectiva subjetiva, por la persona afectada, porque a pesar de que se tratara de una entidad privada, su proyección pública era indiscutible dada su implicación en asuntos de relevancia pública como promotora de la actuación urbanística sobre la que se proyectó toda la críticas. (...) Acerca del juicio de proporcionalidad, particularmente en casos como este en que la crítica se realiza por un político en un contexto de contienda de naturaleza política preexistente a la fecha en que se realizan las manifestaciones que se dicen ofensivas. (...) la existencia de un contexto de contienda o crítica política ha llevado a esta sala en varias ocasiones a no apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el honor por el empleo del término ‘pelotazo’” (F.D.4º).

“(…) Contrariamente a lo que sostiene la recurrente, la mera circunstancia de que el proyecto se hubiera aprobado por el gobierno regional no privaba a los detractores del mismo del legítimo derecho a criticar públicamente tal decisión,

que consideraban, desde un posicionamiento ideológico opuesto al de quienes lo habían respaldado, como un injustificable desvío de recursos públicos en beneficio, no del interés general, sino de intereses particulares. Y en esa tesitura, el empleo, incluso reiterado, de la expresión ‘pelotazo’, no puede considerarse desproporcionada ni desvinculada de la opinión que se estaba manifestando, pues la crítica fundamentalmente se dirigía al gobierno autonómico (de signo ideológico opuesto al de la alcaldesa y su partido), aun cuando se proyectara necesariamente sobre la mercantil demandante como entidad que iba a beneficiarse económicamente de la actuación urbanística aprobada, y dicho uso no incrementaba el descrédito que podía resultar del conjunto de las manifestaciones críticas, estando además justificado por ser una expresión común y habitual en este tipo de manifestaciones políticas, cuando lo que se busca es poner en cuestión la gestión de los asuntos públicos en lenguaje coloquial, entendible por todos los ciudadanos, y dar a entender que determinadas decisiones de los adversarios políticos no responden a la necesaria satisfacción del interés general sino a la especulación y a intereses económicos privados” (F.D.5º) [R.P.H.].

## II. DERECHO MERCANTIL

### 1. DERECHO DE SEGUROS

*Jurisprudencia: Seguro de RC automóvil. Exclusión de la cobertura por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Intereses de demora.*

STS (Sala 1ª) de 15 de julio de 2019, rec. nº 448/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e6ba659693d55007/20190722>

“(…) El motivo primero denuncia la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de esta sala al interpretar el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, que se considera infringido. La parte recurrente sostiene que la cláusula según la cual la aseguradora no presta cobertura en los casos en que el conductor se encuentre bajo la influencia de bebidas alcohólicas es limitativa de derechos del asegurado y por ello se halla sujeta a los requisitos y exigencias derivados del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, de modo que debe cumplir para su plena validez con la doble exigencia que establece el artículo 3 LCS . En consecuencia ha de destacarse la cláusula de modo especial y aparecer específicamente aceptada por escrito, siendo así que en este caso constituye hecho no controvertido que las condiciones particulares y generales de la póliza ni siquiera fueron firmadas por el tomador por lo que no pudieron ser aceptadas.

Para acreditar el interés casacional menciona las sentencias núm. 402/2015, de 14 de julio, de 15 de diciembre de 2011 (rec. 1196/2009) y de 12 de febrero de 2009 (rec. 1137/2004).

La primera de dichas sentencias, dictada por la sala en pleno, contiene doctrina que ha sido reiterada por otras posteriores, como la núm. 234/2018, de 23 de abril, y afirma lo que sigue:

‘A partir de la STS de 7 de julio de 2006, RC 4218/1999, se viene considerando que la cláusula que excluye en la póliza litigiosa los accidentes producidos en situación de embriaguez manifiesta ‘debe considerarse como limitativa por cuanto la situación de embriaguez, aunque sea manifiesta, no constituye ni demuestra por sí misma la concurrencia de intencionalidad del asegurado en la producción del accidente’ (SSTS de 13 de noviembre de 2008, RC 950/2004 , 22 de diciembre de 2008, RC 1555/2003 y, 16 de febrero de 2011, RC 1299/2006). La cláusula de exclusión de cobertura por embriaguez, que aparece en la póliza examinada, se justifica porque el accidente de circulación lo sufrió el propio asegurado que es el que conducía ‘en un estado de alcoholemia superior al establecido para la circulación de vehículos a motor’. En tal supuesto, el asegurador queda liberado de su obligación de indemnizar, si cumple con la doble exigencia del art. 3 LCS, propia de las cláusulas limitativas, que examinamos a continuación. La exigencia de que las cláusulas limitativas de derechos figuren ‘destacadas de modo especial’, tiene la finalidad de que el asegurado tenga un conocimiento exacto del riesgo cubierto. La jurisprudencia de esta Sala exige que deben aparecer en las condiciones particulares y no en las condiciones generales, por más que, en estas últimas declare conocer aquéllas, como advierte la STS de 1 de octubre de 2010, RC 2273/2006, entre otras’.

La aseguradora no ha podido justificar dichos extremos desde el momento en que no sólo falta el requisito de aparecer la cláusula limitativa especialmente destacada en el contrato, sino que además no ha podido aportar un ejemplar del mismo firmado por el tomador, porque tal firma no se produjo y, por tanto, no hubo aceptación. Se ha pretendido soslayar dicha deficiencia alegando que se trata de una cláusula de delimitación del riesgo, lo que no se corresponde con la jurisprudencia de esta sala, además de que no resulta lógico pretender que una cláusula de delimitación del riesgo o de cobertura comporte menos requisitos de conocimiento y aceptación por el tomador del seguro que una cláusula limitativa de derechos’.

(...) También ha de ser acogido el segundo de los motivos, que se refiere a la obligación de pago por la aseguradora de los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, por lo que denuncia la infracción de dicha norma y la jurisprudencia de esta sala en tanto que la sentencia recurrida concede simplemente intereses de la cantidad a cuyo pago condena desde la fecha de presentación de la demanda.

Para acreditar el interés casacional menciona las sentencias de 3 de marzo de 2015 (rec. 518/2013) y 7 de junio de 2013 (rec. 501/2011), que establecen que el recargo de intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada.

No se ha discutido por la parte recurrida que ésta es la doctrina reiterada de la sala

en cuanto a la aplicación del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y que la misma se contiene en las sentencias citadas y en otras muchas que se han dictado en igual sentido.

En el caso presente la sentencia dictada por la Audiencia ha omitido cualquier consideración acerca de la aplicación del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y se ha limitado a establecer el devengo de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, cuando en el caso presente aparece plenamente justificada la aplicación de tales intereses a un supuesto en que -como se ha repetido- no sólo se ha faltado al requisito legal de destacar especialmente en las condiciones del contrato una cláusula limitativa, sino que -aunque así se hubiera hecho- falta la firma del tomador en el mismo.

En consecuencia, el interés previsto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se ha de aplicar a la indemnización referida a daños desde la fecha del accidente y la correspondiente a defensa jurídica desde que conste la reclamación efectuada a la aseguradora” (F.D. 2º y 3º) [P.G.P.].

*Jurisprudencia: Seguro de vida vinculado a préstamo hipotecario. Legitimación de los padres del asegurado para exigir el cumplimiento a la aseguradora. Inaplicación de la acción directa. Aplicación del art. 95 LCS.*

STS (Sala 1ª) de 23 de septiembre de 2019, rec. nº 195/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/da9b7589b51cad8c/20191002>

“(…) El recurso de casación se compone también de un solo motivo y se funda en infracción, por aplicación indebida, del art. 76 LCS y en oposición a la doctrina de esta sala sobre la naturaleza y fundamentación de la acción directa (entre otras, cita las sentencias de 23 de abril de 2009 y 13 de marzo de 2008) como un derecho propio del tercero perjudicado frente al asegurador, reconocido en el seguro de responsabilidad civil.

En síntesis, se alega: (i) que la acción directa del art. 76 LCS supone reconocer al tercero perjudicado (que no es parte en el contrato de seguro) un derecho propio para reclamar del asegurador el pago de la indemnización, y esto en casos de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual; (ii) que dicha acción está prevista para el seguro de responsabilidad civil y no para el seguro de vida; y (iii) que el art. 76 LCS no es aplicable al presente litigio, en el que, como en el caso de la sentencia de 10 de septiembre de 2015, la acción ejercitada por los padres del hijo asegurado fallecido fue una acción de cumplimiento del contrato de seguro, como tampoco son aplicables al caso las sentencias citadas por el tribunal sentenciador al versar sobre los efectos del impago de las primas sucesivas en seguros de responsabilidad civil.

La parte recurrida se ha opuesto al recurso alegando, en síntesis: (i) que una vez

acaecido el siniestro, consistente en el fallecimiento del asegurado, y ante la inacción de la entidad de crédito beneficiaria, los demandantes, padres del asegurado, estaban legitimados activamente para interesar de la aseguradora el pago de la indemnización, pues contaban con un interés legítimo derivado del propio contrato de seguro; (ii) que esto fue lo que pidieron en la demanda, es decir, el pago de la indemnización (cantidad pendiente de amortizar) con destino a la cancelación del préstamo vinculado; y (iii) que la respuesta de la sentencia recurrida no fue incongruente con esa pretensión, por más que se fundara jurídicamente en un artículo no invocado, ya que el principio *iura novit curia* posibilitaba que se diera respuesta a lo pedido en base a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer’.

‘(...) El motivo ha de ser estimado porque el art. 76 LCS es una norma específica del seguro de responsabilidad civil, regulado en la Sección 8ª del Título II de la LCS (Seguro contra daños) y, en cambio el seguro cuya efectividad se pide en la demanda es un seguro sobre la vida, regulado en la Sección 2ª del Título III de la misma ley (Seguro de personas).

Esto determina que, como argumenta la parte recurrente, los demandantes, padres del asegurado fallecido, no tuvieran la condición de terceros perjudicados del art. 76 LCS , sino la de directamente interesados en la efectividad del contrato de seguro en cuanto herederos del fallecido, pues aunque como primer beneficiario figurase el banco que le concedió el préstamo hipotecario, el seguro satisfacía un interés común o compartido entre el banco, el asegurado y los herederos de este como sucesores en sus derechos pero también en sus obligaciones (sentencias 222/2017, de 5 de abril, 528/2018, de 26 de septiembre, y 37/2019, de 21 de enero).

De ahí que la jurisprudencia en que se funda la sentencia recurrida no sea aplicable al caso, pues la salvedad que representa el art. 76 LCS frente al impago de la prima no opera en el seguro de personas, como resulta de las sentencias de esta sala 357/2015, de 30 de junio, 472/2015, de 10 de septiembre, 374/2016, de 3 de junio, 58/2017, de 30 de enero, y 684/2017, de 19 de diciembre’.

‘(...) Conforme al art. 487.2 LEC procede casar la sentencia recurrida y resolver, en funciones de instancia, el recurso de apelación de la parte demandante sin que a su favor quepa ya aplicar el art. 76 LCS en el que se basó la sentencia recurrida para estimar íntegramente la demanda.

La solución debe fundarse en la jurisprudencia de esta sala sobre la interpretación sistemática del art. 15 LCS, artículo que la sentencia de primera instancia aplicó aisladamente para desestimar totalmente la demanda con base en que cuando se produjo el fallecimiento del asegurado se habían dejado de pagar cuatro fracciones mensuales de la prima anual tras haberse pagado la primera fracción.

Pues bien, la sentencia 684/2017, de 19 de diciembre, que interpreta el art. 15 LCS en relación con otros preceptos de la propia ley, declara que:

Como el impago de la prima es posterior a la segunda anualidad, debía regir la norma especial contenida para el seguro de vida en el art. 95 LCS, conforme a la cual el impago más que suspender la vigencia de la cobertura lo que conllevaba era la reducción automática de la suma asegurada conforme a la tabla de valores inserta en la póliza:

Una vez transcurrido el plazo previsto en la póliza, que no podrá ser superior a dos años desde la vigencia del contrato, no se aplicará el párrafo dos del artículo quince sobre falta de pago de la prima. A partir de dicho plazo, la falta de pago de la prima producirá la reducción del seguro conforme a la tabla de valores inserta en la póliza.

En aquel otro caso esta sala no aplicó el art. 95 LCS por impedirlo los términos del recurso de casación, pero en el presente caso sí es posible su aplicación por actuar la sala en funciones de instancia para resolver el recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia que había desestimado íntegramente su demanda. Y la decisión de esta sala no empeora la posición de la demandada recurrente en casación porque, frente a la estimación total de la demanda por la sentencia recurrida, se produce una estimación solamente parcial, consistente en la reducción del seguro conforme a la tabla de valores inserta en la póliza” (F.D. 4º, 5º y 6º) [P.G.P.].

## 2. DERECHO DE SOCIEDADES

*Efectos de la declaración de nulidad de los acuerdos sociales. Modulación por el legislador en atención a la seguridad jurídica y la protección del tráfico mercantil.*

Resolución de la DGRN de 6 de junio de 2019 (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2019, pp. 71487-71498).

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-9924](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-9924)

“(…) En el supuesto de hecho del presente expediente, es cierto que la sentencia firme presentada afirma con rotundidad la declaración de nulidad de tres acuerdos sociales adoptados en las juntas celebradas los días 15 de septiembre de 2014 y 1 de diciembre de 2015, estando identificadas las concretas inscripciones registrales que causaron los acuerdos anulados. No existiendo duda razonable sobre cuál es el alcance esencial de la sentencia y sobre cuál es la identificación de los asientos afectados en cuanto a la declaración de nulidad de tales acuerdos. Sin embargo, la registradora, que no cuestiona lo antes señalado, apoya su oposición a la práctica de los asientos correspondientes en la existencia de asientos posteriores que pueden quedar afectados por la declaración de nulidad y respecto de los que la sentencia se limita a una declaración genérica al ordenar en el fallo, conforme a lo solicitado en la demanda rectora del procedimiento, que se libre mandamiento para ‘la cancelación de la inscripción de los acuerdos impugnados y de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella (art. 208 LSC)’.

Este Centro Directivo ha afirmado en su Resolución de 30 de junio de 2014, en un supuesto que guarda similitud con el ahora analizado, que el registrador no puede exigir, a los efectos de cancelar los asientos relativos a los acuerdos declarados nulos, ‘un pronunciamiento expreso sobre el contenido y alcance de la sentencia en relación a los asientos posteriores que, sin constituir obstáculos registrales, por la misma pudieran quedar afectados’, sin negar por ello la eficacia cancelatoria de la sentencia de nulidad, y su eventual mandamiento complementario, en relación con los asientos que reflejen los concretos acuerdos específicamente impugnados y anulados, es decir, desvinculando la necesidad de simultaneidad en la publicidad registral de la anulación de tales acuerdos y la de los posteriores que, por ser contradictorios con la sentencia anulatoria (por constituir actos de ejecución de los mismos o basarse en ellos), han de ser también cancelados, si bien no necesariamente de forma coetánea. Con ello no se habrá logrado la plena concordancia entre la realidad registral y la realidad jurídica extrarregistral (al faltar de momento la publicidad de la nulidad de los acuerdos posteriores contradictorios), pero el contenido tabular se adaptará al menos a la parte de dicha realidad extrarregistral que indudablemente había devenido por razón del pronunciamiento judicial firma de nulidad disconforme con el mismo, reduciendo así, desde el mismo momento en que es posible, el alcance de la inexactitud registral.

Partiendo de la admisión de dicha desconexión temporal, como se afirmó en la Resolución de reciente cita, en caso de que existan asientos posteriores que pueden quedar afectados por la declaración de nulidad y respecto de los que la sentencia nada diga (o lo que diga por su inconcreción no permita identificar indubitadamente los asientos posteriores afectados), corresponderá a quienes en ello tienen interés en ello, instar la oportuna acción judicial a fin de que por medio de la oportuna aclaración o complemento (cfr. artículos 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o en trámites de ejecución, se determine la posible eficacia de la sentencia respecto de dichos asientos. Esta segunda vía procedimental (concreción de los asientos contradictorios a través de los trámites de ejecución de sentencia) es por la que ha optado en el caso objeto de este expediente el auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo de 15 de noviembre de 2018, presentado junto con el testimonio de la sentencia para su calificación, al denegar la aclaración de la sentencia instada por la actora a fin de concretar los asientos posteriores afectados, pretensión a la que se opuso la demandada, de donde se colige el carácter no indubitado e incontrovertido de la cuestión, al menos en cuanto a la totalidad de los referidos asientos posteriores, cauce procesal que considera viable al no interpretar el aludido artículo 521 de la ley procesal civil como una prohibición de ejecución de las sentencias constitutivas o declarativas, sino como una dispensa del requisito de su ejecución cuando materialmente no resulte necesaria (‘sin necesidad de que se despache ejecución’, dice el artículo referido en su segundo apartado, lo que no implicaría imposibilidad sino dispensa).

Y si como consecuencia de la inscripción de la sentencia firme de declaración de nulidad de acuerdos (previa a la cancelación de los asientos posteriores

contradictorios) resulta una situación que no responda a las exigencias de coherencia y claridad que la legislación sobre el Registro Mercantil demanda, corresponderá a quienes a ello están obligados instar la adopción de acuerdos necesarios para ejecutar la sentencia de nulidad y regularizar la situación jurídica de la sociedad respecto de los actos y relaciones jurídicas afectados.

De este modo los administradores deberán convocar a los socios a una junta que resuelva adoptar las medidas adecuadas para regularizar la situación en que se encuentra la sociedad y al objeto de adecuar su situación a lo previsto en el contenido de la sentencia recaída (vid. Resoluciones de 30 de mayo de 2013 y 30 de junio de 2014). Y en caso de pasividad de los administradores en la promoción de dicha actuación regularizadora, la misma podrá ser suplida en la forma indicada en el párrafo anterior, sin necesidad de imponer a la parte actora la desproporcionada carga de tener que acudir a un nuevo procedimiento declarativo para obtener la cancelación de los asientos posteriores a la sentencia de instancia o a la preclusión del plazo para instar la subsanación o complemento de la sentencia, conciliando así la necesidad de dar eficacia al pronunciamiento judicial que en cuanto a los asientos posteriores se prevé en el artículo 208.2 de la Ley de Sociedades de Capital, las exigencias del principio de economía procesal, la salvaguardia del principio de contradicción derivado del derecho a la tutela judicial efectiva de los titulares de derechos afectados por la cancelación de dichos asientos posteriores, así como las exigencias impuestas por el principio constitucional de seguridad jurídica y de la exclusividad de la función jurisdiccional en cuanto a la correcta delimitación del alcance de las resoluciones judiciales en un ámbito en el que por quedar afectado el tráfico jurídico mercantil y el derecho de posibles terceros y acreedores sociales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige actuar con criterios de prudencia y cautela” [P.G.P.].

*Negativa a reservar una denominación social por carecer de virtualidad diferenciadora respecto de otra inscrita.*

Resolución de la DGRN de 21 de junio de 2019 (BOE núm. 170, de 17 de julio de 2019, pp. 77095-77101).

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-10527](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-10527)

“(…) 1. Es objeto del presente recurso la negativa del registrador mercantil Central a expedir certificación acreditativa del hecho de no estar registrada en la Sección de Denominaciones la de ‘Ardo Benimodo, S.L.’, dada la existencia de la denominación ‘Hardo España, S.L.’, entre otras, y carecer los términos ‘España’ y ‘Benimodo’ de virtualidad diferenciadora.

2. Con carácter previo debe hacerse constar que el Registro Mercantil Central, ante la solicitud por parte del interesado de que se le expidiera nota de calificación en la que se expresaran los motivos de la denegación, se limitó a remitir un correo electrónico explicativo, sin formato de nota de calificación, y sin expresión de los

medios de impugnación (artículo 19.bis de la Ley Hipotecaria).

Aunque no existe propiamente nota de calificación en sentido formal, es doctrina de este Centro Directivo que exigencias del principio de economía procesal imponen admitir el recurso interpuesto cuando, aun no habiéndose formalmente extendido la nota solicita o debida, no haya duda sobre la autenticidad de la calificación que se impugna (vid. reciente Resolución de 24 de enero de 2018, entre otras muchas). El carácter esquemático de las certificaciones expedidas por el Registro Mercantil Central en las que ‘exclusivamente’ constará si la denominación figura ya registrada, junto con la cita de los preceptos legales en que se base la calificación desfavorable (artículo 409 del Reglamento del Registro Mercantil), impone que el interesado pueda solicitar una nota de calificación en la que se fundamenten de modo más amplio los motivos de la denegación (vid. Resolución de 5 de mayo de 2015), pero no impide que el interesado, si lo desea, ejercite desde ese momento y con sujeción a las reglas generales el conjunto de derechos de impugnación que el ordenamiento le reconoce.

3. Como tiene ya declarado este Centro Directivo, la atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles, al igual que ocurre con otras entidades a las que también se les reconoce aquélla, impone la necesidad de asignarles un nombre que las identifique en el tráfico jurídico como sujetos de derecho –vid. artículo 23<sup>a</sup>) de la Ley de Sociedades de Capital–, que se erigen en centro de imputación de derechos y obligaciones. Esa función identificadora exige, lógicamente, que la atribución del nombre se produzca con carácter exclusivo, para evitar que quede desvirtuada si el mismo se asigna a dos entidades diferentes. Por esta razón, en el Derecho societario las leyes consagran ese principio de exclusividad por la vía negativa, al prohibir que cualquier sociedad ostente una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente (cfr. artículos 7 de la Ley de Sociedades de Capital y 407 del Reglamento del Registro Mercantil). Así, dentro del ámbito de libertad en la elección de la denominación social que se configura en las normas, y de modo especial en los artículos 398 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, la preexistencia de una denominación idéntica a la que se pretende reservar se configura como un límite objetivo, consagrado por la Ley, al ejercicio de esa libertad de elección.

4. La identidad de denominaciones no se constriñe al supuesto de coincidencia total y absoluta entre ellas, fenómeno fácilmente detectable, sino que se proyecta a otros casos, no siempre fáciles de precisar, en los que la presencia de algunos elementos coincidentes puede inducir a error sobre la identidad de sociedades. Debe, pues, interpretarse el concepto de identidad a partir de la finalidad de la norma que la prohíbe, que no es otra que la de evitar la confusión en la denominación de las compañías mercantiles. Por eso, como tiene declarado este Centro Directivo, en materia de denominaciones sociales el concepto de identidad debe considerarse ampliado a lo que se llama ‘cuasi identidad’ o ‘identidad sustancial’.

5. La afirmación anterior exige precisar qué se entiende por identidad más allá del supuesto de coincidencia plena o coincidencia textual, es decir qué se reputa

como identidad sustancial, entendida como el nivel de aproximación objetiva, semántica, conceptual o fonética que conduzca objetivamente a confusión entre la denominación que se pretende inscribir y otra cuya sustancial proximidad impida a la primera ser un vehículo identificador. A tal propósito se debe el contenido del artículo 408 del Reglamento del Registro Mercantil, que sienta las bases de lo que constituye esa cuasi-identidad en los términos siguientes: ‘1. Se entiende que existe identidad no sólo en caso de coincidencia total y absoluta entre denominaciones, sino también cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: 1.<sup>a</sup> La utilización de las mismas palabras en diferente orden, género o número. 2.<sup>a</sup> La utilización de las mismas palabras con la adición o supresión de términos o expresiones genéricas o accesorias, o de artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras partículas similares, de escasa significación. 3.<sup>a</sup> La utilización de palabras distintas que tengan la misma expresión o notoria semejanza fonética (...)’.

Ahora bien, esa posibilidad de ampliar la noción de identidad para incluir en ella supuestos de lo que se ha llamado doctrinalmente ‘cuasi identidad’ o ‘identidad sustancial’ no puede impedir que se tenga en cuenta el fin último que la prohibición de identidad tiene: identificar con un cierto margen de seguridad al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas. De este modo puede decirse que nuestro sistema prohíbe la identidad, sea esta absoluta o sustancial, de denominaciones, pero no la simple semejanza (cuya prohibición, que se desarrolla principalmente en el marco del derecho de la propiedad industrial y del derecho de la competencia, se proyecta más que sobre las denominaciones sociales sobre los nombres comerciales y los marcas, para evitar en el mercado la confusión de productos o servicios). A esta finalidad responde una de las funciones básicas del Registro Mercantil Central.

6. Detectar la identidad de denominaciones es una tarea eminentemente fáctica, por lo que exige una especial atención a las circunstancias de cada caso. No cabe olvidar que se trata de valorar cuándo el nombre identifica, con un cierto margen de seguridad, al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas. Por ello, si la interpretación de los criterios normativos, sobre todo la de aquellos que incorporan conceptos revestidos de una mayor indeterminación, como los relativos a términos o expresiones ‘genéricas o accesorias’, a signos o partículas ‘de escasa significación’ o a palabras de ‘notoria semejanza fonética’ no tiene por qué realizarse de forma restrictiva, tampoco cabe en ella una gran laxitud, o la consideración de que no sea posible la aplicación simultánea de dos o más de esos criterios que se incluyen en el citado artículo 408 (por ejemplo, la adición de un término o palabra genérica, añadida a la existencia o no de un mero parecido fonético, o esté unido a la alteración del orden de las palabras, etc.), de suerte que puedan llevar a considerar como distintas determinadas denominaciones a pesar de la semejanza que presenten si ésta no es suficiente para dar lugar a errores de identidad. En ese difícil equilibrio se ha de desenvolver la tarea de calificar la identidad de las denominaciones, de modo que la interpretación y aplicación de tales normas, conforme al criterio teleológico apuntado, ha de atemperarse a las circunstancias de cada caso.

7. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, en el presente supuesto no puede confirmarse la calificación impugnada, toda vez que aun cuando existe identidad fonética entre los términos ‘Ardo’ y ‘Hardo’, y el término ‘España’ que se contiene en otra denominación ya reservada se encuentra incluido en la relación de términos o expresiones genéricas –carentes de suficiente valor distintivo– a que hacen referencia los artículos 408 del Reglamento del Registro Mercantil y 10 de la Orden de 30 de diciembre de 1991, lo cierto es que esa mínima diferencia gramatical unida a la añadidura del topónimo ‘Benimodo’ tiene como resultado que se trate de denominaciones claramente diferenciables a los efectos de la exigencia legal de identificación, según ha quedado anteriormente expuesto” [P.G.P.].

*Negativa a inscribir la convocatoria de la Junta General mediante correo electrónico.*

Resolución de la DGRN de 19 de julio de 2019 (BOE núm. 188, de 7 de agosto de 2019, pp. 86347-86351).

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-11616](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-11616)

“(…) 2. Con la finalidad de simplificar y disminuir los costes en las convocatorias de la junta general de las sociedades de capital el artículo 173 de su ley reguladora, en sustitución de la forma de convocatoria prevista con carácter supletorio (anuncio publicado en la página web de la sociedad, inscrita y publicada, o, en su defecto, anuncio publicado en el ‘Boletín Oficial del Registro Mercantil’ y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social) permite que los estatutos sociales establezcan ‘que la convocatoria se realice 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’.

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. Por ello, para enjuiciar la admisibilidad o el rechazo de los procedimientos estatutarios de convocatoria de la junta general en sustitución de la publicación en el ‘Boletín Oficial del Registro Mercantil’ y en la web o en un diario, deberá apreciarse si con aquéllos se cumplen o no las garantías de información que sobre la convocatoria se pretende asegurar por la norma legal.

Como se ha expresado en la Resolución de 2 de agosto de 2012, este Centro Directivo ha entendido que el envío por correo certificado con aviso de recibo cumple tales exigencias legales (cfr., por todas, la Resolución de 16 de abril de 2005), a lo que debe añadirse que según la doctrina del Tribunal Supremo, acreditada la remisión y recepción de la comunicación postal, incumbiría al socio la prueba de la falta de convocatoria (Sentencia de 3 de abril de 2011), por lo que no cabe exigencia adicional sobre la acreditación fehaciente del contenido de ésta.

Igualmente, esta Dirección General ha puesto de relieve que la exigencia legal debatida se cumple con la disposición estatutaria que, reproduciendo el artículo 5 de los Estatutos-tipo aprobados por la Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, previene que ‘(...) la convocatoria se comunicará a los socios a través de procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica (...)’. En efecto, según la Resolución de 23 de marzo de 2011, esta previsión de la citada Orden ‘tiene como presupuesto la consideración de que, atendiendo a la finalidad de la norma del artículo 173.1 de la Ley de Sociedades de Capital, debe admitirse, con la necesaria flexibilidad, la utilización de procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica, en consonancia con la pretensión por parte del legislador de impulsar el uso de tales instrumentos tecnológicos también por los ciudadanos. Desde este punto de vista, es indudable que dicha comunicación puede asegurar razonablemente la recepción del anuncio por el socio considerando, además, que se trata de un instrumento de comunicación personal e individual al socio que implica un comportamiento activo consistente en poner en conocimiento de la sociedad una dirección electrónica en la que se efectuarán las preceptivas convocatorias’ (cfr., en el mismo sentido, la Resolución de 4 de junio de 2011).

En la Resolución de 28 de octubre de 2014 que cita la registradora en su calificación este Centro Directivo entendió que determinado sistema de convocatoria de la junta general, en la concreta forma en que estaba redactado (‘(...) mediante correo electrónico dirigido a la dirección electrónica que conste igualmente en el Libro Registro de Socios’), no debía aceptarse porque ‘implicaría entender que el envío de un correo electrónico, por sí solo, supone su recepción por el destinatario, sin exigir prueba alguna de la efectiva recepción’, aunque añadió que sería admisible una vez complementado con algún procedimiento que permita el acuse de recibo del envío (como, por ejemplo, serían la solicitud de confirmación de lectura, o determinados medios que permitan obtener prueba de la remisión y recepción de la comunicación mediante el uso de firma electrónica, etc.).

En el presente caso, la forma de convocatoria se concreta, entre otras, en la realizada por medio de cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, por medios electrónicos que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en la dirección de correo electrónico facilitada por cada socio y que conste asimismo en el Libro Registro de Socios, con confirmación de lectura.

De la interpretación teleológica y sistemática del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. artículo 11 quater de la misma ley), atendiendo además a la realidad social sobre la utilización de las comunicaciones por vía telemática (artículos 3.1 del Código Civil y 231-59 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, objeto de informe en el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014) y al principio de autonomía de la voluntad que respecto de tal extremo se reconoce por la ley (cfr. artículo 28), resulta la admisibilidad de la cláusula estatutaria debatida. Indudablemente, el sistema previsto permite asegurar razonablemente la recepción del anuncio por el socio. Respecto de la prueba de esa recepción, que en el estado actual de los envíos telemáticos puede fácilmente obtenerse (por

ejemplo, mediante los sistemas de la denominada ‘confirmación de entrega’, etc.), la concreta disposición estatutaria objeto de la calificación impugnada incluye la confirmación de lectura. Y esta conclusión no puede quedar empañada por el hecho de que se disponga adicionalmente ‘que la negativa de confirmación a la petición de lectura del envío del correo de convocatoria producirá los efectos de la misma siempre que no hubiera sido devuelto por el sistema’, pues interpretada esta disposición en el sentido más adecuado para que produzca efecto (artículo 1284 del Código Civil) únicamente puede entenderse como una vía para que, acreditada en la forma pactada la remisión y recepción de la comunicación telemática, prevalezca tal procedimiento sobre la actitud obstruccionista del socio que se niegue a dicha confirmación de lectura, de suerte que en tal caso incumbirá a dicho socio la prueba de la eventual falta de convocatoria.

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

*Constitución de una sociedad unipersonal. Las participaciones desembolsadas por la socia única forman parte de la sociedad de gananciales. Falta de consentimiento del cónyuge.*

Resolución de la DGRN de 19 de julio de 2019 (BOE núm. 188, de 7 de agosto de 2019, pp. 86347-86351).

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-11616](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-11616)

“(…) 2. El defecto no puede ser confirmado. Respecto de la constitución de la sociedad el objeto propio de la inscripción en el Registro Mercantil no son los singulares negocios de asunción de las nuevas participaciones creadas, y las consiguientes titularidades jurídico–reales que se derivan de ellos, sino el hecho de que la aportación cubre la cifra del capital social (cfr., respecto del aumento del capital social, las Resoluciones de 18 de marzo de 1991, 15 de noviembre de 1995, 6 de agosto de 2014 y 10, 28 y 29 de julio de 2015). Y, desde este punto de vista, el contrato de sociedad celebrado en el presente caso es en sí mismo válido entre las partes y eficaz, aun cuando por no tener pleno poder de disposición el cónyuge aportante, el desplazamiento patrimonial es claudicante mientras el acto de aportación pueda ser anulado por el consorte.

El negocio de aportación social es indudablemente un negocio de enajenación, un acto dispositivo, habida cuenta de la alteración que comporta en el patrimonio del aportante. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo (cfr., entre otras muchas las Sentencias de 7 de septiembre de 1998 y 25 de octubre de 1999. Como afirma en la primera de ellas, recogiendo doctrina de otras anteriores –como las de 11 de noviembre de 1970 y 3 de diciembre de 1981–, ‘si bien la aportación social no puede ser equiparada totalmente a una compraventa, sí constituye un auténtico negocio jurídico traslativo, un negocio de enajenación verdaderamente dispositivo, que por semejanza ha permitido la expresión ‘apport en société vaut vente’, lo que explica la razón de la norma contenida en el artículo 31.2 de la Ley sobre

Sociedades Anónimas, respecto a la obligación del aportante sobre la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación, en los términos establecidos en el Código para el contrato de compraventa’ –vid., actualmente, la remisión que el artículo 64 de la Ley de Sociedades de Capital contiene al régimen de la compraventa respecto de la obligación de entrega y saneamiento de la cosa aportada y respecto de la transmisión de riesgos–).

De la escritura objeto de calificación resulta que en la aportación realizada se vulnera la norma del artículo 1377 del Código Civil, que exige el consentimiento de ambos cónyuges para realizar cualquier acto dispositivo a título oneroso sobre bienes gananciales, sin que exista norma que exceptúe la enajenación de bienes muebles, como acontece con el dinero y títulos valores conforme al artículo 1384 del mismo Código. Y tal circunstancia debe ser objeto de la correspondiente advertencia por parte del notario autorizante. Ahora bien, la aportación realizada sólo por el marido no es nula de pleno derecho sino anulable por la esposa o sus herederos si no ha sido expresa o tácitamente confirmada (artículos 1322 y 1310 del Código Civil).

Pero, al no ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil la transmisión del dominio del bien aportado, no puede el registrador denegar el acceso a aquél de una escritura como la calificada en este caso. Y es que, habiéndose realizado el desembolso del capital social, no puede calificarse como nula la sociedad (cfr. artículo 56 de la Ley de Sociedades de Capital), sin perjuicio de que en los supuestos en que la transmisión del dominio del bien aportado sea ineficaz pueda la sociedad reintegrarse por los cauces legalmente establecidos, toda vez que la declaración de nulidad es un remedio subsidiario. Así, la eventual declaración de nulidad de la aportación puede producir, o bien que la sociedad pueda seguir funcionando, porque no quede afectado el mínimo de capital requerido, o bien que la sociedad entre en un periodo de liquidación, pero no la nulidad sobrevinida, porque lo impide el citado artículo 56 de la Ley (cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos” [P.G.P.].

*Negativa a inscribir una modificación de estatutos relativa a la retribución de estatutos. Indeterminación de la existencia o no de dietas como parte de la retribución.*

Resolución de la DGRN de 9 de agosto de 2019 (BOE núm. 261, de 30 de octubre de 2019, pp. 120146-120151).

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-15546](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-15546)

“(…) 2. Según el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital, si es retribuido el cargo de los administradores deberá constar, en todo caso, en los estatutos sociales el sistema de retribución.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha afirmado que la exigencia de constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución ‘aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles –en este sentido: la sentencia 441/2007, de 24 de abril, afirma que su finalidad es ‘proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión’; y la sentencia 448/2008, de 29 de mayo, que ‘se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella’ (Sentencias número 893/2011, de 19 de diciembre, y número 412/2013, de 18 de junio).

Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse, repetidamente, sobre la materia en diversas Resoluciones citadas en los ‘Vistos’ de la presente, de las que resulta que el concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en estatutos, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o cualquier otro sistema que se desee establecer.

Así, en concreto, la Resolución de 12 de noviembre de 2003 (cuyo criterio ha sido reiterado en las Resoluciones de 16 de febrero y 7 de marzo de 2013 y 17 de junio de 2014, entre otras), mantuvo que el régimen legal de retribución de los administradores exige que se prevea en estatutos, de forma expresa, que el administrador es retribuido, para así destruir la presunción de gratuidad, y también la determinación de uno o más sistemas concretos para la misma, de suerte que en ningún caso quede a la voluntad de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos pero no alternativos.

En el presente caso, la registradora se limita en su escueta calificación a afirmar que resulta indeterminado si existen o no dietas como parte de la retribución. Pero, si la disposición estatutaria relativa a la retribución de los consejeros se interpreta en su conjunto y en el sentido más adecuado para que produzca efecto (artículos 1285 y 1284 del Código Civil), debe entenderse en el sentido de previsión efectiva del sistema de retribución consistente en dietas por asistencia, cuya cuantía determinará la junta general y cuya percepción sólo procederá ‘en su caso’, es decir en los casos en que el consejero asista a las reuniones del consejo de administración.

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

*Negativa a inscribir una reducción del capital social porque la restitución de cantidades a los socios ha quedado aplazada.*

Resolución de la DGRN de 9 de septiembre de 2019 (BOE núm. 265, de 4 de noviembre de 2019, pp. 121695-121700).

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-15779](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-15779)

“(…) En el presente caso no se plantea problema alguno de protección de los intereses de los socios por el hecho de que sólo se devuelva el valor de las aportaciones de uno de los tres socios ni respecto de la naturaleza no dineraria de parte de las restituciones, pues el acuerdo de reducción se adopta por unanimidad de los socios. Pero precisamente esa unanimidad y las consideraciones anteriores sobre el principio de autonomía de la voluntad (vid., también, el artículo 1255 del Código Civil) conducen también a rechazar la objeción expresada por el registrador en la calificación impugnada respecto del aplazamiento de parte de la suma dineraria que haya de entregarse al socio, pues no existe norma imperativa que imponga el pago al contado del valor de la aportación que se devuelva al socio mediante la reducción del capital social. La obligación de pago del crédito de reembolso derivado del acuerdo de reducción es una obligación dineraria (artículo 1170 del Código Civil), que admite aplazamiento por acuerdo de las partes, por lo que en un caso como el presente, a efectos de lo establecido en el artículo 201.3.1.3º del Reglamento del Registro Mercantil debe estimarse suficiente la declaración del otorgante de la escritura sobre el hecho de la restitución del valor de las aportaciones y el aplazamiento de parte de las mismas, extremo este que deberá reflejarse en la inscripción conforme al artículo 202.3.3º del mismo Reglamento.

Estas normas reglamentarias se enmarcan en el sistema legal instaurado para proteger a los acreedores sociales del riesgo que supone la disminución del patrimonio vinculado por la cifra del capital social, sistema que gira, básicamente, en torno a la imposición de una responsabilidad temporal y solidaria de los socios junto con la sociedad hasta el importe de las cantidades percibidas por las devoluciones de sus aportaciones (cfr. artículo 331, apartados 1 a 3, de la Ley de Sociedades de Capital), lo que exige una perfecta identificación de los mismos y la concreción de las cantidades percibidas por cada uno de ellos con su correspondiente publicidad registral (artículo 331.4 de la Ley de Sociedades de Capital y las Resoluciones de este Centro Directivo de 25 de enero de 2011, 10 de diciembre de 2013, 12 de diciembre de 2016 y 10 de mayo de 2017).

Es cierto que, como recordó este Centro Directivo en Resolución de 22 de mayo de 2018, cuando la restitución del valor se hace por debajo del nominal de las participaciones cuyo importe integra la reducción del capital social y dado que el sistema de protección de acreedores está fundamentado en que la responsabilidad se expande desde el centro de imputación de la sociedad al de los socios beneficiarios de la reducción mediante el mecanismo legal de la solidaridad

(artículo 331.1), dicho sistema deviene inoperante o, al menos, se ve mermado si resulta que la restitución se hace por debajo de la par pues, como dispone el artículo 331.2 de la Ley de Sociedades de Capital, ‘la responsabilidad de cada socio tendrá como límite el importe de lo percibido en concepto de restitución de la aportación social’. Pero el presente no es en propiamente un caso de restitución del valor de aportaciones por debajo del nominal de las participaciones que se amortizan; y, como afirma certeramente el notario recurrente, el riesgo de perjuicio de acreedores sociales no existe, pues el aplazamiento en el pago de la suma dineraria que haya de recibir el socio que lo ha consentido es, respecto de los acreedores, ‘res inter alios acta’ (vid. artículo 1257 del Código Civil). Además, a efectos de lo establecido en los artículos 331 de la Ley de Sociedades de Capital y 201.3.1.3º y 202.3.3º del Reglamento del Registro Mercantil, debe entenderse que, en cuanto a la parte del valor de las aportaciones cuyo pago se ha aplazado, en realidad la restitución ya se ha efectuado mediante el reconocimiento del crédito del socio -por dicho aplazamiento- frente a la sociedad; crédito que en ningún caso gozará de la protección establecida en los artículos 331 y 332 de la Ley de Sociedades de Capital ni será preferente respecto de los acreedores sociales a que se refieren tales preceptos legales. No es que la ejecución del acuerdo de reducción haya sido aplazada, como afirma el registrador en su calificación, sino que tal acuerdo ya se ha ejecutado mediante el reconocimiento de un crédito dinerario a favor del socio cuyas participaciones sociales se amortizan. Por ello, el defecto impugnado no puede ser mantenido. Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada” [P.G.P.].

*Negativa a inscribir un apoderamiento general al administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada.*

Resolución de la DGRN de 10 de septiembre de 2019 (BOE núm. 267, de 6 de noviembre de 2019, pp. 122166-122170).

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-15779](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-15779)

“(…) 2. Es cierto, como afirma el recurrente, que este Centro directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 12 de septiembre de 1994, 30 de diciembre de 1996 y 18 de julio de 2012) ha puesto de relieve las diferencias existentes entre la representación orgánica y la voluntaria: en aquella actúa el propio ente a través del órgano llamado a formar su voluntad de suerte que no puede afirmarse que exista una actuación ‘alieno nomine’, es la misma sociedad la que ejecuta sus actos y forma su propia voluntad, es necesaria, tiene un contenido de facultades representativas legalmente determinado a salvo los supuestos de delegación, y más que extinguirse y renovarse se sustituye en cuanto a las personas que la ejercen cuando son cesadas y nombradas para ejercer el cargo; en la segunda se produce una actuación a través de un extraño, un sujeto distinto del titular de la relación jurídica, es potestativa, absolutamente revocable y su contenido lo integran facultades concretas, las que se hayan atribuido, quedando sujetas a interpretación estricta. Pero es también cierto que, tras admitir la posibilidad teórica de

conurrencia en una misma persona de ambas modalidades de representación en relación con una misma persona jurídica, se ha reiterado una importante matización: la diferencia funcional entre ambas figuras y su diferente ámbito operativo pueden originar que en su desenvolvimiento surjan dificultades de armonización que deben ser analizadas en cada supuesto concreto (posibilidad de revocación o modificación del poder conferido, exigencia de responsabilidad, subsistencia del poder más allá de la propia duración del cargo) y es a la vista de ellas como ha de resolverse su compatibilidad.

En lo que interesa en este recurso, lo que esta Dirección General ha rechazado es que el administrador único pueda, como tal, otorgarse poder para seguir actuando en su cualidad de apoderado, con base en una representación voluntaria, y con las mismas facultades que ya podía ejercitar como representante orgánico (vid. Resoluciones de 24 de junio de 1983, 24 de noviembre de 1998, 27 de febrero de 2003 y 18 de julio de 2012, para el caso de administrador único que se otorga poder a sí mismo, y de 10 de junio de 2016, para el supuesto de administradores mancomunados).

Así, carece de todo interés atribuir a la misma persona por vía de apoderamiento voluntario facultades que ya ostenta por razón de su cargo (cfr. artículos 233 y 234 de la Ley de Sociedades de Capital y 185 del Reglamento del Registro Mercantil). De otro lado, la revocación del poder deviene ilusoria en tanto el apoderado siga ejerciendo el cargo que le facultaría para privarse de las facultades autoatribuidas. Existe también riesgo en la demora de la revocación en caso de producirse el cese, voluntario, acordado o legal, pues a tal cese no sigue necesariamente la inmediata sustitución ni, aun produciéndose ésta, toma conocimiento al instante el sustituto de los apoderamientos existentes y pondera la conveniencia de su mantenimiento o revocación. Por último, a tales razones debe añadirse la difícil exigencia de responsabilidad que al administrador como representante orgánico correspondería frente a la actuación del apoderado, aparte del más presunto que real fraude que supondría el que quien ha de asumirla en su condición de administrador social y por las causas establecidas en la ley (cfr. artículo 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital) pretenda derivarla a la más diluida de un apoderado acudiendo al expediente de invocar su actuación en un supuesto de riesgo como apoderado en lugar de hacerlo como administrador.

En el presente caso el apoderado no es propiamente la sociedad nombrada administradora única sino la persona natural designada por ésta para ejercer el cargo de administrador. Y, como alega el recurrente, el apoderamiento se otorga en favor de dicha persona natural como un tercero y no a la propia sociedad administradora. Pero debe entenderse que mientras concurren en esa misma persona las dos condiciones (representante de esa sociedad administradora y apoderado) dependería del propio apoderado –mientras sea también el representante de la sociedad administradora única– la subsistencia del poder conferido, de modo que sería ilusoria la revocabilidad de la representación voluntaria en tal supuesto y la exigencia de responsabilidad que al administrador correspondería en los términos antes expresados (cfr. la Resolución de 15 de

marzo de 2011).

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

### 3. DERECHO CONCURSAL

*Jurisprudencia: Solicitud de cancelación de derecho real de garantía sobre depósitos de concursada en una entidad de crédito.*

STS (Sala 1ª) de 17 de julio de 2019, rec. nº 2717/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8ad8837f3ec09d69/20190726>

“(…) Como advierte el recurrente, no debe confundirse el levantamiento o cancelación de las prendas constituidas en el contrato de garantía de 24 de noviembre de 2010 con el levantamiento de los embargos que algunos juzgados acordaron sobre los depósitos pignorados.

La cancelación de las prendas, instada por la concursada, se funda en lo convenido en el propio contrato de garantía, en la estipulación 8ª. Esta estipulación legitimaba tanto a Cohodo (acreditada) como a su socio I Cuatro, ahora en concurso de acreedores, para solicitar la extinción de la garantía cuando las obligaciones garantizadas hubieran sido satisfechas por completo, lo que debía acreditarse con la entrega de la copia del acta de liquidación final. De tal forma que la acción ejercitada por I Cuatro contra Fortis se funda en el cumplimiento de un contrato. El cauce para su ejercicio, con posterioridad a la declaración de concurso de I Cuatro, es el previsto en el art. 54 LC y la competencia para conocer de esta acción no se atribuye al juez del concurso, razón por la cual el juzgado que resolvió en primera instancia y la Audiencia que conoció de la apelación eran competentes para ello.

Dicho de otro modo, no resultaban de aplicación ni el art. 8.3º ni el art. 55 de la Ley Concursal, que se refieren a la competencia exclusiva del juez del concurso para conocer de toda ejecución contra el patrimonio del deudor concursado y para acordar el levantamiento de los embargos judiciales trabados sobre bienes o derechos patrimoniales del deudor concursado. No cabía invocar ambos preceptos para denegar la cancelación de las garantías contractuales, en un caso en que no se ha dudado de que I Cuatro estaba legitimado para reclamarlo y, además, se cumplían los requisitos previstos en la estipulación 8ª del contrato, pues se había otorgado el acta de liquidación total, lo que justificaba el cumplimiento íntegro de las obligaciones garantizadas con las prendas.

3. En consecuencia, procedía la condena de Fortis a cancelar las prendas. Cuestión distinta es que sí, además, sobre estos depósitos se habían acordado varios embargos judiciales, debería ser el juzgado de lo mercantil el que levantara los

embargos, conforme a lo previsto en el art. 55.3 LC.

En contra de lo argumentado por el recurrente, de acuerdo con lo regulado en el art. 587 LEC, estos embargos judiciales existen desde que fueron decretados. El hecho de que, por existir la prenda, no se hubieran practicado medidas de aseguramiento del embargo, no significa que este no exista. Es cierto que, una vez declarado el concurso, se paralizaron aquellas ejecuciones judiciales dirigidas contra bienes o derechos del concursado, pero debía ser el juez del concurso quien acordara el levantamiento del embargo para facilitar la liquidación de los activos en orden a hacer pago de los créditos por el orden previsto en la Ley Concursal’.

‘(...) La controversia se contrae a la correcta interpretación del art. 172 bis LC, tras la reforma operada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, en relación con su aplicación al presente caso.

Esta reforma, en lo que ahora interesa, modificó el régimen de responsabilidad respecto de la cobertura del déficit previsto en el art. 172 bis LC, al especificar en su apartado 1 que la condena ‘a la cobertura, total o parcial, del déficit’, lo será ‘en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia’.

(...) Como se denuncia en el recurso, en este caso se cumplían los requisitos previstos en el art. 1101 CC para acordar la condena de Fortis al pago de la indemnización apreciada por la sentencia de primera instancia.

De una parte, se ha acreditado un incumplimiento contractual grave, pues Fortis se negó injustificadamente a cancelar las garantías constituidas sobre los depósitos de dinero que custodiaba. De otra, este incumplimiento impidió la disponibilidad de los fondos y su conversión de dólares en euros, lo que provocó que cuando finalmente se produjo la conversión a requerimiento del juez del concurso, se hubiera causado una pérdida de valor que en la instancia se fijó en 61.093 euros.

En consecuencia, una vez apreciado el incumplimiento consciente por Fortis de la estipulación 8ª del contrato de garantía, así como la pérdida patrimonial sufrida por I Cuatro y la relación de causalidad entre el reseñado incumplimiento contractual y la pérdida patrimonial, resultaba procedente la condena de Fortis a indemnizar este daño, en la reseñada suma de 61.093 euros, más los intereses legales desde la interpelación judicial (21 de marzo de 2013)” (F.D. 2º y 3º) [P.G.P.].

*Jurisprudencia: Contrato de permuta. Declaración de concurso de una de las partes. Resolución de la permuta en interés del concurso. Compensación del crédito contra la masa y el crédito de la concursada.*

STS (Sala 1ª) de 17 de julio de 2019, rec. nº 713/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3101f03a8cee31d6/20190726>

“(…) El motivo denuncia la infracción del art. 58 LC, que regula la compensación de créditos en sede concursal, y del art. 84.4 LC, que regula el procedimiento para reclamar judicialmente los créditos contra la masa, así como de la jurisprudencia que los interpreta.

Esta infracción se habría producido al no haber accedido, la sentencia recurrida, a practicar la compensación reseñada entre el crédito que la demandada recurrente tenía frente a la concursada por la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con la resolución del contrato de permuta y la deuda que la demandada tenía frente a la concursada de devolución de la prestación dineraria percibida en su día.

2. Estimación del motivo cuarto. Hemos de partir de que la sentencia de apelación ha reconocido que, como consecuencia de la resolución del contrato de permuta concertado entre las partes (ahora, demandante y demandada), no sólo procedía la restitución de las prestaciones (la demandada tenía que devolver 968.446,66 euros y la concursada los inmuebles), sino que además la demandada tenía derecho a ser indemnizada por la concursada demandante en la suma de 873.191,62 euros. La demandante está en concurso de acreedores y este crédito de la demandada frente a la concursada expresamente es declarado por la Audiencia como un crédito contra la masa.

Lo que se cuestiona en este motivo es si la sentencia de apelación recurrida debía haber compensado el crédito contra la masa que la demandada tenía frente a la demandante concursada, de 873.191,62 euros, con el crédito que a su vez la demandante concursada tenía frente a la demandada, de 968.446,66 euros. Y más en concreto si los arts. 58 y 84.4 LC se oponen a dicha compensación.

3. Los créditos contra la masa no forman parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y por ello no les alcanzan los efectos que respecto de los créditos concursales genera la declaración de concurso, entre los que se encuentra la prohibición de compensación del art. 58 LC.

Como declaramos en la sentencia 46/2013, de 18 de febrero, ‘en principio, la declaración de concurso produce, entre otros efectos, que los créditos frente al deudor común anteriores formen parte de la masa pasiva (art. 49 LC) y para su cobro, una vez reconocidos como créditos y clasificados, estén afectados por la solución concursal alcanzada (convenio o liquidación). Estos créditos concursales están sujetos a las reglas de la *par condicio creditorum*, que impide, en principio y salvo excepciones, su pago al margen del convenio o la liquidación’. Y ‘por esta razón, el art. 58 LC prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso’.

Es lógico que esta prohibición de compensación afecte únicamente a los créditos

concursoales y no a los créditos contra la masa, pues se trata de un efecto de la declaración de concurso sobre los créditos afectados por el mismo, tal y como se desprende de la ubicación sistemática del precepto: el art. 58 LC se encuadra dentro del Título III y en particular en el Capítulo II que lleva por rúbrica ‘De los efectos sobre los acreedores’, y este Capítulo II comienza con el art. 49 LC, que integra dentro de la masa pasiva a los acreedores concursoales. Es a estos acreedores a quienes se aplican los efectos sobre los créditos en particular previstos en la sección 3a del capítulo II, el primero de los cuales es la prohibición de compensación (art. 58 LC).

En este sentido nos pronunciamos en la sentencia 181/2017, de 13 de marzo:

‘La pretensión de aplicar, siquiera analógicamente, el art. 58 de la Ley Concursal a los créditos contra la masa no puede ser estimada. Justamente por no tratarse de créditos concursoales, no son aplicables los efectos que respecto de tales créditos prevé la sección tercera del capítulo segundo del título tercero de la Ley Concursal, arts. 58 a 60. Los créditos contra la masa pueden compensarse con créditos del concursado, deberán pagarse con los intereses, legales o pactados, que se devenguen, no se suspende el derecho de retención ni se interrumpe la prescripción de la acción para exigir su pago’.

4. El hecho de que el apartado 4 del art. 84 LC atribuya al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones de reclamación del pago de los créditos contra la masa, mediante el incidente concursal, no significa que en todo caso para su satisfacción haya que instar un incidente concursal ante el juez del concurso. El propio apartado 3 del art. 84 LC prevé que el pago de estos créditos se haga a sus respectivos vencimientos. Y, obviamente, si en un incidente concursal de resolución de un contrato en interés del concurso, la sentencia de apelación reconoce un crédito contra la masa de la parte *in bonis* frente a la concursada y otro de la concursada frente a la parte *in bonis*, la Audiencia puede, en la propia sentencia, aplicar la compensación de uno y otro crédito hasta la cantidad concurrente. Esto es lo que la sentencia recurrida debía haber hecho y, al no hacerlo, ha incurrido en la infracción denunciada en el motivo.

5. El efecto de estimar el motivo es asumir la instancia, modificar la sentencia de apelación y, con ello, la de primera instancia, en el siguiente sentido: se confirma la resolución en interés del concurso del contrato de permuta suscrito por las partes el 26 de abril de 2006 y la restitución de prestaciones; se reconoce a Tamara el derecho a una indemnización de 873.191,62 euros con cargo a la masa; se acuerda la compensación de este crédito con el que la Sra. Tamara tiene frente a la concursada de restitución de la prestación dineraria que había recibido por importe de 968.446,66 euros. En consecuencia, se declara la resolución del contrato, se ordena que la concursada restituya la titularidad de los inmuebles objeto de aquel contrato de permuta y se condena a Tamara a pagar a la masa la suma de 95.253,04 euros.

Ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación establecieron una condena al pago de intereses distintos de los previstos en el art. 576 LEC, lo que justifica

que no siendo este extremo objeto de recurso no variemos el criterio. No obstante, conforme al párrafo segundo del art. 576 LEC, diferimos el devengo de estos intereses a la fecha de esta sentencia de casación que ha variado de forma sustancial la suma objeto de condena a la demandada, como consecuencia de haber estimado ambos recursos” (F.D. 4º) [P.G.P.].

*Jurisprudencia: Calificación como créditos contra la masa. Gastos judiciales de los acreedores del concursado ocasionados por la asistencia y representación en un procedimiento penal realizados en interés de la masa.*

STS (Sala 1ª) de 18 de julio de 2019, rec. nº 3935/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7c0a47ba95f3f1d9/20190726>

“(…) El motivo denuncia la infracción del art. 84.2.3º LC y la jurisprudencia que lo interpreta, ‘en cuanto que se aplica erróneamente el citado precepto al considerar la sentencia que en él solo se establece la consideración de créditos contra la masa para gastos de representación y defensa técnica los originados para el acreedor con el ejercicio por su parte de acciones legales expresamente contempladas en la ley concursal, en lugar de para los derivados de cualquier ejercicio en beneficio de la masa activa del concurso’.

En el desarrollo del motivo se razona que la interpretación realizada por la Audiencia del art. 84.2.3º LC, y más en concreto de la mención ‘en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley’, es contraria a lo que las normas gramaticales de la lengua española establecen. El recurrente entiende que esa expresión legal es una referencia a los artículos 50 y 51 de la Ley Concursal, los cuales establecen las normas a observar en los litigios que se inicien una vez declarado el concurso y que continúen tras la declaración de concurso respectivamente, dentro de los que se encontraría la causa penal que ha generado los gastos que ahora se reclaman como créditos contra la masa.

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

Los recurrentes pretenden que los gastos judiciales que sufrieron como acusación particular en una causa penal en la que, entre otros, el concursado era acusado y fue condenado, sean reconocidos en el concurso de acreedores como crédito contra la masa.

La Ley concursal contiene una enumeración de cuáles pueden ser considerados créditos contra la masa en el apartado 2 del art. 84 LC y la jurisprudencia de esta sala ha entendido que su interpretación debe ser restrictiva, en atención a la preferencia de cobro que se les reconoce respecto de los créditos concursales, con la excepción de los créditos con privilegio especial (art. 154 LC).

En este sentido nos pronunciamos en la sentencia 33/2013, de 11 de febrero:

‘Para que un crédito contra un deudor concursado tenga la consideración de crédito contra la masa es necesario que pueda merecer esta consideración de acuerdo con la regulación contenida en el apartado 2 del art. 84LC.

‘Esta categoría de créditos, que no se ven afectados por las soluciones concursales, tienen en la práctica una preferencia de cobro respecto del resto de los créditos concursales, pues deben satisfacerse a sus respectivos vencimientos (art. 154 LC). Desde esta perspectiva es lógico que, como argumentábamos en la Sentencia 720/2012, de 4 de diciembre, ‘la enumeración de créditos contra la masa se interprete de forma restrictiva, porque, en la medida que gozan de la reseñada ‘preferencia de cobro’, merman en la práctica las posibilidades de cobro de los créditos concursales, en función de los cuales y para cuya satisfacción se abrió el concurso. De este modo, resulta de aplicación la mención que la exposición de motivos de la Ley Concursal hacía al carácter restrictivo de los privilegios y preferencias de cobro: ‘(s)e considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas’.

El ordinal 3º del art. 84.2 LC atribuye la consideración de crédito contra la masa a:

‘3º Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos’.

El precepto distingue entre los créditos por costas y los créditos por gastos judiciales. Los primeros, conforme a la jurisprudencia de esta sala, requieren de una previa condena en costas y de su posterior tasación. Sólo las costas impuestas al deudor concursado, dentro o fuera del concurso, tienen esta consideración de créditos contra la masa si hubieran sido impuestas después de la declaración de concurso y durante su pendencia.

3. En cuanto a los ‘gastos judiciales’, respecto de los que no existe ningún pronunciamiento judicial previo que haya condenado a su pago al deudor concursado, el art. 84.2.3º LC exige, para que sean reconocidos como créditos contra la masa, que hayan sido ‘ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley’.

La norma exige que los juicios en el curso de los cuales se hubieran generado estos gastos judiciales lo fueran ‘en interés de la masa’ y que se hubieran continuado o iniciado conforme a lo dispuesto en la propia Ley Concursal. La interpretación de este segundo requisito es el que se cuestiona en el motivo de casación.

La referencia a que esos juicios se hubieran iniciado o continuado conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal tiene el sentido que muy acertadamente le da la sentencia recurrida. Se refiere a los supuestos en que la propia Ley Concursal expresamente otorga legitimación a los acreedores para ejercitar determinadas acciones que pudieran redundar en interés del concurso. Es exclusivamente en estos casos en que, para completar la regulación de las consecuencias del eventual ejercicio de estas acciones, el art. 84.2 LC declara que los gastos judiciales (de representación o defensa jurídica) que pudieran ocasionarles tendrán la consideración de créditos contra la masa, aunque bajo las condiciones previstas en la propia norma que reconoce esta legitimación.

Así, por ejemplo, tanto en el art. 54.4, respecto del ejercicio de las acciones de contenido patrimonial que pudiera tener el deudor concursado frente a terceros con posterioridad a la declaración de concurso, como en el art. 72.1 LC respecto de la acción rescisoria concursal, la legitimación es subsidiaria (presupone que los acreedores hayan instado antes al administrador concursal para que ejercite la acción y que no lo haya hecho) y siempre en interés del concurso. Esto es, lo obtenido redunda en un incremento de la masa activa. Y, bajo esta lógica, se reconoce a los acreedores la posibilidad de reembolsarse de la masa los gastos judiciales que les hubiera podido reportar el ejercicio de estas acciones pero siempre ‘hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme’.

Fuera de estos supuestos en que la legitimación de los acreedores para ejercitar una acción en interés de la masa activa viene expresamente prevista en la Ley Concursal, y bajo las condiciones expuestas, ‘los gastos judiciales’ que hubiera podido generar a los acreedores la representación o defensa en otros juicios, no dan lugar a un crédito contra la masa, aunque la sentencia firme hubiera podido reportar un beneficio para la masa activa del concurso.

Por tanto, en el presente caso en que los gastos judiciales reclamados se generaron en un juicio penal, respecto del que no se prevé esta posibilidad de instar su reembolso de la masa activa (en función y hasta la cuantía de lo reintegrado o incrementado), no cabía reconocer a los demandantes un crédito contra la masa. La interpretación que hace la sentencia recurrida del art. 84.2.3º LC para justificar esta decisión es correcta y, por ello, procede desestimar el motivo” (F.D. 2º) [P.G.P.].

*Jurisprudencia: Convenio de acreedores. Incumplimiento del concursado que motiva en la falta de comunicación de cuenta bancaria de la acreedora conforme al clausulado del convenio. Solicitud por dicho acreedor de apertura de liquidación.*

STS (Sala 1ª) de 1 de octubre de 2019, rec. nº 543/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/19e76dc9d2cc1d9d/20191014>

“(…) En primer lugar, hemos de centrar la cuestión controvertida en relación con los preceptos que se denuncian infringidos.

Ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación han negado validez a la cláusula del convenio que establecía para los acreedores el deber de indicar una cuenta bancaria en que recibir los pagos, razón por la cual no se ha infringido el art. 100 LC, ni el art. 129 LC, en cuanto no se ha apreciado su ineficacia. Los tribunales de instancia lo que han hecho es interpretar la cláusula en este caso concreto, y esto es lo que realmente se puede cuestionar.

3. No obstante lo anterior, conviene reiterar cuál es la jurisprudencia de la sala sobre este tipo de cláusulas insertadas en un convenio. Esta jurisprudencia se contiene en la mencionada sentencia 228/2016, de 8 de abril, en un caso en que en el convenio se había aprobado, junto al contenido ordinario de quitas y esperas, una cláusula (la 5ª) que imponía a los acreedores que indicaran la cuenta bancaria en que debían hacerse los pagos y expresamente se establecían las consecuencias de no hacerlo (la renuncia a los fraccionamientos de pagos vencidos). En esta sentencia se declara lo siguiente:

‘Esta previsión convencional, que no afecta propiamente al contenido del convenio concursal, sino a la forma de hacerse el pago, no incumple los límites que respecto del contenido recoge el art. 100 LC. Y tampoco advertimos que infrinja normas de carácter imperativo, que, conforme a la doctrina contenida en la Sentencia 50/2013, de 19 de febrero, permitan tenerla por no puesta y aplicar la norma imperativa.

‘Nada impide que las partes se comprometan a comunicar la cuenta en que realizar el pago dentro de un plazo razonable de tres meses y que acepten que, de no hacerse, se entienda que han renunciado al cobro de esos pagos.

‘En consecuencia, si la cláusula 5a del convenio es válida y no infringe ninguna norma imperativa que impida su aplicación, debe desenvolver todos sus efectos. Entre ellos que, respecto del primer pago, los acreedores que no comunicaron la cuenta en la que debían hacerse las correspondientes transferencias de pago, dentro del plazo de tres meses desde la publicación de la aprobación del convenio, se entendería que habían renunciado a ese primer pago. De tal forma que, en ese caso, su falta de pago no podía considerarse un incumplimiento del convenio a los efectos del art. 140 LC, y por ello debían desestimarse las pretensiones de los demandantes de resolución del convenio’.

4. La validez de la cláusula no impide que, para su aplicación al caso concreto, en que la AEAT pide la declaración de incumplimiento del convenio, el tribunal realice una interpretación de la cláusula conforme a la finalidad de la cláusula y las circunstancias concurrentes.

El tribunal de instancia ha resaltado muy bien la finalidad de esta cláusula, que es facilitar el pago de los créditos afectados por el convenio y dejar constancia de su cumplimiento. De lo que se trata es de evitar la pendencia del cumplimiento de los

fraccionamientos vencidos de los créditos afectados por el convenio, por el desconocimiento de la cuenta dónde pueda realizarse, y que pueda quedar constancia de los pagos, para justificar, en su caso, el cumplimiento. Imponer a los acreedores concursales un deber de estas características, siempre y cuando se conceda un plazo razonable, está justificado en atención a esta finalidad y, en principio, se corresponde con el lógico interés de los acreedores de cobrar sus créditos. La sanción de que se tenga por renunciado el derecho al cobro de los fraccionamientos ya vencidos mientras no se haya cumplido con este deber tiene sentido para evitar situaciones de pendencia de cobro o incumplimiento por razones ajenas al concursado.

Pero, como muy bien argumenta la sentencia recurrida, no cabe una aplicación de la cláusula de forma contraria a la buena fe. En un caso como el presente, en que el acreedor público (AEAT) tiene regulado en la norma administrativa una específica forma de cobro de sus créditos y la propia concursada lo ha seguido para satisfacer los créditos con privilegio, no cabe escudarse en la reseñada cláusula del convenio y en que la AEAT no ha indicado la cuenta bancaria para no pagar los fraccionamientos ya vencidos de los créditos afectados por el convenio. Y ello, porque existe una forma de pago de esos créditos públicos impuesta por una norma administrativa (art. 29 RGR de 2005), conocida por la concursada porque lo ha usado para pagar los créditos privilegiados de la AEAT, y que permite cumplir lo convenido y dejar constancia del cumplimiento. Dicho de otro modo, una cláusula de estas características no tiene sentido que se oponga frente al acreedor público que tiene prescrito normativamente una determinada forma de pago, para justificar el impago de los fraccionamientos vencidos.

Por esta razón, el impago de esos fraccionamientos de pago cumple el presupuesto de la acción que el art. 140.1 LC confiere al acreedor para instar la declaración de incumplimiento del convenio” (F.D. 2º) [P.G.P.].

#### 4. CONTRATACIÓN MERCANTIL

*Jurisprudencia: Contrato de agencia. Indemnización por cliente. Interpretación de las relaciones jurídicas entre ambas partes como un todo y no de manera aislada.*

STS (Sala 1ª) de 1 de octubre de 2019, rec. nº 3122/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d2252d56534530a3/20191015>

“(…) Como declara la sentencia 196/2015, de 17 de abril, debemos partir de dos consideraciones previas;

(i) La primera se refiere al alcance de la revisión en casación de la interpretación realizada en la instancia: la interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, que ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación, salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente

ilógico, irracional o arbitrario (sentencias 524/2013, de 23 de julio , y 252/2014, de 14 de mayo).

(ii) La segunda versa sobre el sentido de las reglas legales de interpretación de los contratos, de conformidad con la finalidad de la interpretación, tal y como se viene entendiendo por la jurisprudencia (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 27/2015, de 29 de enero).

2.- Respecto de este segundo aspecto, el principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Para ello, el sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito negocial proyectado en el contrato.

Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla contenida en el párrafo primero del art. 1281 CC (‘si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas’).

A sensu contrario , la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance (arts. 1282 - 1289 CC), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

3.- En este caso, no se trata de que la Audiencia Provincial haya contravenido o ignorado la literalidad de los contratos, sino que la parte recurrente alega que las distintas relaciones contractuales mantenidas entre las partes deben interpretarse aisladamente, con el resultado -a su criterio-, de que la indemnización por clientela, de ser procedente, únicamente afectaría al contrato de agencia aisladamente considerado, mientras que la sentencia recurrida sostiene que las relaciones entre las partes no se comprenden como la sucesión de una serie de contratos individuales, sino que conformaban un entramado contractual (‘un todo’), que en su conjunto se engloba como un contrato complejo de agencia, más allá del nomen iuris concreto de cada figura.

Esa valoración jurídica (más que interpretación del contrato) no vulnera el art. 1281.1 CC ni la jurisprudencia que lo interpreta. Entre otras cosas, porque la sentencia recurrida no hace (ni deja de hacer) una interpretación literal, sino que, por el contrario, utiliza el canon hermenéutico de la totalidad (art. 1285 CC), si bien no de las distintas cláusulas de un solo contrato, sino de un conjunto contractual.

Como declaró la sentencia 82/2014, de 20 de febrero, para interpretar el contrato (aquí, el entramado contractual) no pueden tomarse en consideración expresiones aisladas del mismo, descontextualizadas del conjunto, puesto que como afirma la sentencia 979/2005, de 30 de noviembre:

‘[l]a intención común de las partes, de cuya indagación realmente se trata (artículo 1281 del Código Civil y Sentencia de 2 de febrero de 1975), no se puede encontrar en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye el contrato (Sentencia de 30 de noviembre de 1964), lo que obliga a utilizar otros medios hermenéuticos, como el denominado de la totalidad expresamente reconocido en el artículo 1285 del Código Civil [...]’.

Se trata, pues, de la indagación de la concreta intención de los contratantes (art. 1281 CC), pero también de la atribución de sentido a la declaración negocial (arts. 1284 y 1285 CC).

4.- En este caso, el todo orgánico que constituye el contrato no se conforma con cada una de las relaciones contractuales celebradas entre Redworld y Vodafone, sino con el conjunto de todas ellas. Lo que resulta así no solo porque el objeto negocial era el mismo (la promoción y venta de productos de Vodafone), sino porque todas las figuras contractuales, con el denominador común de la colaboración mercantil, se basaban en un modelo retributivo único, dependiente de unos objetivos comerciales marcados por Vodafone. Todos los conceptos incluidos en el modelo retributivo se consignaban en las facturas que emitía Vodafone, en cuyo contenido se basó la prueba pericial en que se apoya la sentencia recurrida para calcular la indemnización por clientela.

5.- En consecuencia, al no haberse producido la infracción legal denunciada, el recurso de casación debe ser desestimado” (F.D. 2º) [P.G.P.].

### III. DERECHO DEL TRABAJO

*Jurisprudencia: El TS ha reconocido que los trabajadores puestos a disposición por parte de una ETT les resulta de aplicación el plan de igualdad de la empresa usuaria.*

STS (Sala 4ª) de 13 de noviembre de 2019, rec. nº 75/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d6a23a7d40f47f8c/20191127>

“La cuestión a decidir en el presente recurso de casación ordinaria es estrictamente jurídica y consiste en determinar si los trabajadores puestos a disposición por las empresas de trabajo temporal tienen derecho o no a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria” (F.D. 1º).

“Según se desprende de la literalidad de la norma en cuestión, en ella no se hace referencia expresa a los Planes de Igualdad, lo que para algunos de los recursos constituye evidencia de que el legislador no quiso que el contenido de dichos planes se aplicase a los trabajadores cedidos por las ETT, pues de lo contrario lo hubiera dicho expresamente. Sin embargo, tal argumento no puede ser compartido, ni siquiera utilizando la literalidad como único criterio hermenéutico. En efecto, el tenor literal del párrafo cuarto del artículo 11.1 LETT dispone que los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a que se les apliquen las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir discriminaciones basadas en el sexo.

Teniendo en cuenta que los planes de igualdad son el conjunto ordenado de medidas dirigidas a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad real de hombres y mujeres en la empresa y que resultan obligatorios en determinadas empresas (en la demandada QUALYTEL nadie lo ha puesto en cuestión habida cuenta de que ocupa -según el hecho probado tercero de la sentencia- alrededor de 6.500 trabajadores) en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica de Igualdad (LOI) y en el artículo 85.1 ET, resulta obvio llegar a la conclusión según la que, dentro de la literalidad del párrafo cuarto del artículo 11.1 LETT cuando establece que resultan aplicables a los trabajadores de la empresa usuaria la igualdad de trato entre mujeres y hombres así como las disposiciones relativas a combatir discriminaciones por razón de sexo se comprenden, sin género de dudas, las medidas que se contengan en el plan de igualdad de la empresa usuaria.

A tal conclusión no puede oponerse, como hacen los recursos, que no todas las medidas contenidas en el plan de igualdad de QUALYTEL están estrictamente vinculadas con el principio de igualdad entre mujeres y hombres. Se trata de una afirmación que ni se desprende directamente de la sentencia recurrida ni, tampoco directamente del texto del plan. Los interlocutores que negociaron el mismo y, especialmente, la empresa que lo acordó y publicó, incluyeron en el plan las medidas que estimaron oportunas y que, por definición -salvo excepción expresa- están vinculadas directa o indirectamente a la remoción de los obstáculos que impiden la igualdad real entre mujeres y hombres en el seno de la empresa. Tampoco puede oponerse a la conclusión aquí sostenida que en alguna de las empresas de trabajo temporal exista un plan de igualdad propio que resulta, también, aplicable a los trabajadores puestos a disposición. En la medida en que el plan no es sino un conjunto ordenado de medidas, nada impide que se apliquen al trabajador puesto a disposición las medidas contenidas en ambos planes de manera complementaria” (F.D. 2º).

“La interpretación que aquí se sostiene viene avalada por la aplicación del principio general contenido en el artículo 4 LOI según el que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Ello significa, por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye valor supremo del ordenamiento jurídico; y, por

otro, que consecuentemente, la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas, más aún, en un caso -como el presente- en lo que se trata de dilucidar es si los trabajadores puestos a disposición por las empresas de trabajo temporal tienen derecho o no a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria.

Además, no hay que olvidar que las medidas tendentes a garantizar la igualdad real entre mujeres y hombres han sido recientemente puestas en valor a través del contenido del RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, cuya principal finalidad es el establecimiento de la normativa adecuada que permita establecer las garantías necesarias para hacer efectiva la igualdad real entre las personas, con independencia de su sexo, con fundamento en los artículos 9.2 y 14 CE. Difícilmente se podría garantizar la reseñada igualdad si los tribunales admitieran interpretaciones sesgadas de las normas como las que pretenden los recurrentes. Al contrario, se impone necesariamente una interpretación del precepto cuestionado acorde con la finalidad de la propia norma que lo contiene y, de manera principal, especialmente favorecedora de la igualdad real entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones laborales en general y, de forma particular, para los trabajadores de empresas de trabajo temporal puestos a disposición en empresas usuarias.

No tendría ningún sentido e iría contra los principios expuestos asumir, como pretenden los recurrentes, una interpretación del artículo 11.1 LETT que excluyese a los trabajadores puestos a disposición del disfrute de las medidas laborales contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria que, en cambio, sí se aplicarían, únicamente, a los trabajadores propios de dicha empresa. Ni se cumpliría la finalidad de la propia LETT, ni mucho menos las previsiones de la LOI.

Por otro lado, para salir al paso de algunas consideraciones efectuadas en los recursos, la interpretación que la Sala mantiene, en total coordinación con la expresada en la sentencia recurrida, no podría ser considerada en modo alguno contraria a las disposiciones de la Directiva 2008/104/CE, al contrario, se trata de una interpretación acorde con el derecho de la Unión Europea en el que la igualdad entre mujeres y hombres constituye un principio fundamental y, al menos desde el Tratado de Ámsterdam, la igualdad entre mujeres y hombres es un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros, tal como se expresa positivamente en las Directivas 2004/113/CE y 2006/54/CE” (F.D. 3º) [E.T.V.].

*Jurisprudencia: El TS declara el carácter de enfermedad profesional por una “epicondilitis” padecida por una gerocultora que presta servicios en una residencia de la tercera edad.*

STS (Sala 4ª) de 13 de noviembre de 2019, rec. nº 3482/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6f5b9fdb517af89d/20191209>

“(…) el Método GINSHT, desarrollado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, como guía para el levantamiento de cargas superiores a tres kilos pone el acento en que a la altura del codo no se deben levantar cargas superiores a 11 kg. si se hace lejos del cuerpo, 19 kg. si se hace cerca, lo que se ve agravado cuando se agarran, levantan y mueven objetos voluminosos e irregulares, así como por la frecuencia y duración de la manipulación. Ello sentado, aunque no todo el tiempo lo dedican a tareas de esfuerzo las gerocultoras, no es menos cierto que con frecuencia tienen que realizar labores de carga y movilización de los ancianos que cuidan y repetir movimientos de fuerza con manos y brazos, que recargan los músculos y tendones de sus brazos, así como su columna vertebral con cargas superiores a veinte kilos, al tratarse de personas que no tiene volumen uniforme, en postura inclinada sobre la cama, o silla de ruedas, y otras posiciones en la que se encuentran las personas que atienden. Ello comporta, como dice la sentencia recurrida, la realización de esfuerzos intensos con manos, muñecas y brazos en posturas forzadas que suponen una recarga de los tendones que repetida varias veces al día acaba produciendo la lesión que nos ocupa, como nos orienta la citada guía del INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO” (F.D. 2º) [E.T.V.].

*Jurisprudencia: Condición más beneficiosa de la entrega de la cesta de navidad llevada a cabo de forma reiterada en el tiempo, sin solución de continuidad, y con extensión a toda la plantilla.*

STS (Sala 4ª) de 19 de noviembre de 2019, rec. nº 83/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7132beebee50b0cf/20191217>

“Precisamente la cuestión de la entrega de la tradicional cesta de Navidad ha motivado ya algunos pronunciamientos de esta Sala en que se abordaba la cuestión de si la misma constituía o no una condición más beneficiosa. Hemos de recordar que no puede fijarse un criterio general según el cual la entrega de la cesta de Navidad constituye un derecho adquirido como condición más beneficiosa, ni tampoco que, por el contrario, se trate en todo caso de una mera liberalidad de la empresa. Por ello, el resultado de las soluciones judiciales puede ser diverso en atención a las características y la prueba de las circunstancias de cada caso.

Así hemos analizado y afirmado la concurrencia de una condición más beneficiosa en las sentencias siguientes: a) En la STS/4ª de 21 abril 2016 -rcud. 2626/2014-, antes citada, donde se constata que ‘venía siendo disfrutado desde tiempo inmemorial, de forma persistente -se concedía todos los años- y en las mismas condiciones’; b) en la STS/4ª de 12 julio 2018 -rec. 146/2017-, en un supuesto en que se acredita que la cesta de Navidad venía siendo entregada ‘sin solución de

continuidad desde el año 2007 a los trabajadores en número superior cada año a los 3.200, y se ha mantenido pese a que esa cifra se ha venido incrementando hasta alcanzar las 4.297 cestas en 2012 y superar las 5.000 en 2013, en lo que supone una manifestación de la voluntad de la empresa de mantenerla y extenderla a los nuevos trabajadores pese al importante incremento de su número'; c) en la STS/4ª de 6 marzo 2019 -rec. 242/2017-, en que, 'pese a no existir acuerdo o pacto colectivo alguno que estableciera el derecho de los trabajadores (...) a la cesta de navidad, la empresa incluyó a este colectivo en la entrega de la misma, precisamente a raíz de los acuerdos suscritos respecto de los demás colectivos. No cabe negar el paralelismo seguido por estos trabajadores respecto de lo que ha sucedido a los restantes en relación con el percibo o no de la cesta de navidad, y no puede sino, de ello la afirmación de una voluntad de la empresa de mantener ese mismo régimen para este colectivo, aun cuando no exista constancia de la entrega de la cesta en los años 2006 y 2009'; y d) en la STS/4ª de 2 octubre 2019 -rec. 153/2018- en que se constata que "la entrega de la cesta de Navidad sin solución de continuidad 'desde hace más de diecisiete años' (...), concretamente en el mes de diciembre de cada anualidad, siendo en 2016 cuando se percibe en cuantía de 60 euros mientras que en 2015 lo había sido por un valor de 80,59 euros, y en 2017 cuando la empresa deja de entregarla'. Y, no obstante, hemos negado esa consolidación del derecho en el caso de la STS/4ª de 16 noviembre 2016 - rec. 27/2016- porque allí no se había acreditado la concurrencia de los elementos característicos y definidores de la condición más beneficiosa.

En el presente caso, ya hemos señalado que, en efecto, la cesta de navidad venía siendo entregada desde el origen de la actividad de la empresa sin solución de continuidad hasta el año 2013. Y no puede negarse que en ese acto de la empresa se aprecian las notas definidoras de la controvertida condición más beneficiosa. No sólo se trata de una entrega de manera regular, constante y reiterada todos los años, sino que resulta patente que tal ofrecimiento se hacía con plena y consciente voluntad de beneficiar a los trabajadores de la plantilla, a todos sin excepción ni condicionamiento. El reparto de la cesta de Navidad no se produce por una mera tolerancia de la empresa, pues es evidente que, dado el volumen de la plantilla, esa entrega supone un desembolso económico que necesariamente tiene y debe ser aprobado y financiado, y, además, exige una determinada actividad de organización y logística -la empresa debe determinar el número de cestas que necesita, adquirirlas en el mercado y organizar su distribución o el sistema por el que las cestas lleguen a manos de cada uno de los trabajadores-. En suma, estamos ante una condición de trabajo que estaba incorporada al contrato de trabajo de los trabajadores afectados y, por ende, obligaba a la parte acreedora de dicha prestación -la parte empleadora como parte del contenido de dicho contrato ex art. 3.1 c) ET y 1091 del Código Civil" (F.D. 2º) [E.T.V.].

*Jurisprudencia: El mero transcurso del plazo previsto en el art. 70 EBEP no convierte en indefinido no fijo a un trabajador interino por vacante.*

STS (Sala 4ª) de 20 de noviembre de 2019, rec. nº 2732/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/19425200e6c3f5eb/20191216>

“La sentencia de instancia declara, como más relevantes, los siguientes hechos probados: a) la trabajadora demandante presta servicios como cocinera para la Consejería demandada en un centro de menores desde el 23-01-2012, fecha en que suscribió un contrato de interinidad por cobertura de vacante nº NUM001 que estaba vacante y lo sigue, al no haberse convocado concurso para cubrirla; b) el 15 de febrero de 2017, la actora solicitó ser reconocida como indefinida no fija con base al art. 70 del EBEP” (F.D. 1º).

“(…) el art. 70 del EBEP impone obligaciones a las administraciones públicas, pero no establece que la superación del plazo de tres años suponga la novación de los contratos de interinidad por vacante, ni tampoco que este tipo de contratos tenga una duración máxima de tres años, plazo que viene referido sólo a la ejecución de la oferta de empleo público. Conforme tenemos dicho, ese plazo no puede entenderse como una garantía inamovible, por cuanto serán las circunstancias del caso las que autoricen el acortamiento del plazo controvertido por la interinidad (supuestos de fraude o abuso), pero, también, su prolongación, casos de anulación o suspensión de la oferta por la autoridad administrativa o judicial. Así lo ha entendido, también, la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 (C-677/16) que acabó diciendo: ‘En el caso de autos, la Sra... no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo’, conclusión con la que avala que el contrato de interinidad pueda durar más de tres años y que sean los Tribunales españoles quienes valoren si esa excesiva duración justifica la conversión en fijo del contrato temporal.

La aplicación de la anterior doctrina obliga a estimar el recurso porque no se aprecia irregularidad alguna en el proceder de la Administración, porque, debe señalarse que las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dio lugar a numerosas disposiciones limitando los gastos públicos, como el RDL 20/2011, de 30 de diciembre y la Ley 22/2013, de presupuestos generales, que tuvieron incidencia directa en el gasto de personal y convocatorias de empleo público, por cuanto prohibieron la incorporación de personal nuevo, aunque fuese temporal y las convocatorias de procesos selectivos para cubrir plazas vacantes, aunque fuese de puestos ocupados interinamente y en proceso de consolidación de empleo ( artículos 3 RDL 20/2011 y 21 de la Ley 22/2013). Lo dicho hasta aquí no lo contradice la sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal de 10 de diciembre de 2018 (R. 129/2016), porque precisamente, lo que hace es

confirmar la anulación de ciertas Ordenes que convocaban concursos para ejecutar ofertas públicas de empleo por la demora en esas convocatorias y porque esa ejecución la habían suspendido normas presupuestarias por motivos económicos que habían entrado en vigor antes de la convocatoria.

(...) En el mismo sentido nos hemos pronunciado en nuestra sentencia, dictada en supuesto igual, del Pleno de 4 de julio de 2019 (R. 2357/2018) en la que además dijimos ‘Ya hemos señalado antes que nuestra doctrina, Sentencia de 24 de abril de 2019 (R. 1001/2017), entre otras mantiene que el plazo del art. 70 del EBEP va referido, solamente, a la ejecución de la oferta pública de empleo, pero que ello no es óbice a la posible conversión del contrato en indefinido no fijo, incluso antes del transcurso de tres años, si ha existido fraude o abuso en la contratación temporal por su excesiva duración. Pero esa doctrina no es aplicable al presente caso porque los supuestos de hecho no son iguales, al no haberse estimado la existencia de fraude de ley, porque la única cuestión examinada y resuelta por la sentencia recurrida fue la de si se aplicaba o no el art. 70 del EBEP, sin que se abordaran en ella otras cuestiones como las de existencia de fraude o de abuso de la contratación temporal. No debemos olvidar que en la sentencia del caso Montero Mateos (apartado 64) el TJUE dice que incumbe al juzgado, atendidas las circunstancias del caso, determinar si la inusual duración del contrato permite recalificar su naturaleza y ello lo reiteramos en este momento nosotros, pues, en un recurso como el presente no podemos de oficio plantearnos la existencia de fraude de ley o abuso de derecho, so pena de incurrir en incongruencia extra-petita, como hemos declarado, entre otras, en nuestras sentencias del Pleno de 19 de octubre de 2015 (R. 99/2015), 25 de abril de 2017 (R. 2570/2015) y 18 de septiembre de 2017 (R. 3554/2015) (...)’ (F.D. 3º) [E.T.V.].

*Jurisprudencia: En el ámbito de la seguridad privada, la formación establecida por el art. 57 RD 2364/1994 no sustituye –ni compensa– el derecho previsto en art. 23.3 ET. Por lo tanto, los trabajadores de este sector siguen teniendo derecho al permiso para su formación, previsto en el señalado precepto estatutario.*

STS (Sala 4ª) de 20 de noviembre de 2019, rec. nº 39/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6229d0db7e146685/20191220>

“De dicho precepto (artículo 23.3 ET) se desprende lo siguiente: a) el derecho de los trabajadores a un permiso retribuido por el tiempo de 20 horas/año, siempre que aquéllos sigan una formación relativa a la actividad de la empresa; b) la posibilidad de que la formación se desarrolle por iniciativa empresarial o acordada colectivamente, en cuyo caso, se compensa el permiso; c) no cabe computar al efecto la formación obligatoria que la empresa haya de impartir por mandato de otras leyes; y d) la concreción del disfrute del permiso se hará en el convenio colectivo o, en su defecto, de mutuo acuerdo.

Se sigue de ello que, para poder disfrutar del permiso, el trabajador debe acreditar estar realizando la formación y, asimismo, que ésta guarda conexión con su actividad profesional en el seno de la de la empresa.

También cabe concluir que, en el caso de que la empresa estuviera ofreciendo dicha formación, ya no se dispondrá de un derecho a un permiso añadido, pues el derecho al permiso estaría ya compensado por la efectividad de la formación con cargo a la empresa

Ahora bien, tal compensación no es posible si la empresa está obligada normativamente a ofrecer formación. Es este último inciso, el relativo a la excepción a la compensación, el que nos obliga a recordar lo que dispone la norma reglamentaria citada. El tenor literal del art., es el siguiente: ‘1. Al objeto de mantener al día el nivel de aptitud y conocimientos necesarios para el ejercicio de las funciones atribuidas al personal de seguridad privada, las empresas de seguridad, a través de los centros de formación autorizados, garantizarán la organización y asistencia de su personal de seguridad privada a cursos, adaptados a las distintas modalidades de personal, de actualización en las materias que hayan experimentado modificación o evolución sustancial, o en aquellas que resulte conveniente una mayor especialización 2. Para los vigilantes de seguridad, los cursos de actualización o especialización tendrán una duración, como mínimo, de veinte horas lectivas; cada vigilante deberá cursar al menos uno por año, y se desarrollarán en la forma que determine el Ministerio del Interior’.

(...) el precepto legal reconoce un derecho ‘a un permiso’. En ninguna de las frases del mismo se impone a la empresa la obligación de ofrecer/impartir la formación. A lo que la empresa está obligada es a dispensar al trabajador de su deber de trabajar y a abonarle, no obstante, el salario por el tiempo de las 20 horas anuales que aquél destine a la formación profesional a la que se refiere el precepto. De ahí que desaparezca el derecho al permiso retribuido - por haberse cubierto el interés por otro cauce-, si la empresa establece sus propios planes de formación, sea por su propia iniciativa o por el compromiso asumido en la negociación colectiva. Dicho de otro modo, la obligada contribución de la empresa a la formación profesional de sus trabajadores se plasmará, bien en el ofrecimiento mismo de la formación a sus expensas, bien en el salario correspondiente a la ausencia por el disfrute del permiso.

En definitiva, no existe un derecho de los trabajadores a recibir formación con cargo a la empresa, sino un derecho al permiso para su formación; lo cual son dos cosas no exactamente idénticas.

Por consiguiente, si bien es cierto que, en el caso de la demandada -debido a tratarse de una empresa de seguridad privada-, concurre la obligación de la formación específica que, ésa sí, debe ser ofrecida y costeada por ésta; no lo es que quepa reconocer a los trabajadores otros derechos que los que se desprenden del tenor literal del art. 23.3 ET. Ello significa que, sin merma alguna de esa formación específica en materia de seguridad privada y a falta de un plan de formación profesional adicional instaurado por la empresa, los trabajadores afectados podrán disfrutar de permisos de 20 horas anuales siempre que

tengan al menos un año de antigüedad y lleven a cabo actividades de formación profesional ‘para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un periodo de hasta cinco años’. Precisamente, el art. 46 e) del Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad contiene una remisión al Estatuto de los trabajadores en materia de "licencias sin pérdida de retribución", cuando dispone el derecho ‘por el tiempo establecido para disfrutar de los derechos educativos generales y de la formación profesional, en los supuestos y en la forma regulados por el Estatuto de los trabajadores’” (F.D. 4º) [E.T.V.].

## IV. DERECHO PENAL

### 1. PARTE GENERAL

*Jurisprudencia: Aplicación pena de privación patria potestad en delitos de género*

STS (Sala 2ª) de 8 de octubre de 2019, rec. nº 10309/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d2bf9a63ff116e89/20191016>

“(…) Pues bien, es cierto que se reconoce en la propia sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015 que no se aplicaba de antiguo la pena de privación de la patria potestad, y así ‘(…) no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el Tribunal penal de las normas del derecho de familia ex art. 170 Ccivil. El caso al que se refería la STS 780/2000 era el de un autor de homicidio de su cónyuge que aparecía en la sentencia de instancia privado de la patria potestad sobre la hija menor común (...)’

(…)

en los casos similares al presente existe un ‘a suficiencia’ de la pena de privación de la patria potestad o inhabilitación especial para el ejercicio de la misma, y ‘la anulación del derecho/deber’ del ejercicio de la patria potestad por el autor del crimen o su tentativa.

No puede desligarse en estos casos que un intento de homicidio perpetrado en presencia de los menores, y, en un contexto como el aquí ocurrido, en el que el agresor había concertado la cita con su ex pareja para estar él con los niños, en lugar de dar cumplimiento al fin con el que habían concertado la cita, toma la decisión premeditada de tomar un cuchillo, entrar de improviso en el vehículo y delante de los hijos asestarle varias puñaladas a la mujer con intención de matarla y delante de ellos. Resulta, pues, incontestable que no puede haber acto más cruel para un niño que el ver cómo su padre intenta matar a su madre y a presencia suya con un absoluto desprecio del padre hacia su propio hijo/a de que este sufra por ver tal escena imborrable en su memoria, por muchos informes que puedan decir lo contrario, a sabiendas de que va a dejar a su propio hijo/a sin su madre, con el sufrimiento doble que ello lleva consigo. Y decimos doble, porque el hijo/a ha

visto morir a su madre, pero ese intento lo es por su propio padre, lo que debe provocar un sufrimiento en este menor de dimensiones incalculables en el plano psicológico y vivencial para el resto de su vida. Y ello, debe llevar consigo una sanción como la de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, en este caso, o su privación por la vía del art. 55 CP en el caso de que sea éste aplicable.

(...)

Recordemos, por ello, que la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia recogió en su Exposición de Motivos que: ‘Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género.

(...)

La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma. Pero lo mismo ocurrirá si el hecho se comete en otro lugar, y, sobre todo, en este caso, en el cual la razón de verse con el padre de los niños era el cumplimiento del régimen de visitas. Por ello, ningún derecho puede ‘ni reclamar ni mantener’ sobre los menores el padre que tenía la intención seria y premeditada de dejar a los dos niños sin madre.

‘Difícilmente, podemos concluir, podamos encontrar en el texto penal una pena más proporcionada que la de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad para el condenado por estos hechos.’” (F.D. 2º) [A.C.T.]

*Jurisprudencia: Desistimiento delictivo, sus requisitos.*

STS (Sala 2ª) de 19 de diciembre de 2019, rec. nº 1877/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5b3547f0346ca50f/20200117>

“(...) presupuestos que se exigen para la viabilidad exculpatoria del desistimiento son:

1. Requisitos del acto de desistimiento: a.- ‘voluntariedad’, que define su esencia dogmática. La voluntariedad del desistimiento, apunta la doctrina, representa la nota esencial del mismo, de tal manera que sólo cuando pueda afirmarse que el desistimiento ha sido voluntario la conducta típica, antijurídica y culpable del autor del delito intentado quedará impune. Incluso se añade que para que el desistimiento merezca ese perdón es necesario que no esté coaccionado, tratándose, además, de un desistimiento meritorio, lo cual sólo ocurrirá cuando

sus motivos merezcan el reconocimiento del ordenamiento jurídico. ¿Cuándo será involuntario e impedirá su eficacia? b.- Circunstancias sobrevenidas: El desistimiento será involuntario (...) cuando la renuncia a proseguir la ejecución responda a circunstancias sobrevenidas que impidan la continuación del plan trazado por el autor; cuando se haya producido un relevante incremento de las dificultades; y cuando los motivos del desistimiento ejercieron tal influencia en el proceso de formación de la voluntad que no permitieron otra elección. b.- Imposibilidad de continuar la ejecución. No son encuadrables dentro de la órbita del desistimiento todos aquellos supuestos en los que se desiste de la acción por la imposibilidad de continuar con aquélla, ya sea ésta real o no cierta (... supuestos en los que concurre una imposibilidad física y material de continuar con la acción, ya sea ésta real, o como si era percibida por los sujetos como tal, aunque fuere incierta. (...). c.- El autor cree erróneamente que el objetivo delictivo se consiguió y cesa de continuar. Tampoco tienen acogida, bajo la órbita del desistimiento, los supuestos en los que el agresor deja de golpear a la víctima en la creencia de que ya ha conseguido su propósito: tal situación nos llevaría al campo del error, y en consecuencia de la tentativa inacabada, pero en ningún caso estaríamos ante un desistimiento voluntario.

b.- La ‘eficacia’ de la conducta que detiene el ‘iter criminis’. No es válido cualquier desistimiento, sino solo el que es eficaz para detener la conducta delictiva.

c.- Requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito. Y, con ello, dos notas: a) La voluntad del autor y b) la efectividad de su comportamiento para causar la no producción del resultado, que objetivamente debería haber causado su comportamiento precedente” (F.D. 5º) [A.C.T.].

*Jurisprudencia: Derecho de corrección parental y violencia física.*

STS (Sala 2ª) de 8 de enero de 2020, rec. nº 879/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0ce3cf0e4318b0b0/20200121>

“(…) hemos de partir de la premisa, destacada por la doctrina científica de que la historia de la patria potestad constituye, en conjunto, un proceso de debilitación de la autoridad paterna, puesto que, concebida ésta antiguamente como un poder sobre los hijos ejercido por los padres, ha pasado a ser contemplada como un servicio, una función de los padres en beneficio de los hijos, cuyos actos deben estar dominados y encaminados siempre al interés del menor (...)

(...)

En consecuencia, siempre esa posibilidad de corregir está supeditada a la proporcionalidad, razonabilidad y moderación. Por tanto debe descartarse como línea de principio que ese mencionado derecho a corregir a los hijos implique siempre que pueda golpeárseles y aplicarles castigos físicos. Corregir significa, en

la acepción que aquí nos interesa y según el Diccionario de la Lengua, advertir, amonestar, reprender, conceptos que suponen que el fin de la actuación es conseguir del menor que se porte bien, apartarse de una conducta incorrecta, educarle, en definitiva. Y si en tiempos pasados se pensó que un castigo físico podía quedar incluido en este concepto, hoy en día las cosas han cambiado, y los profesionales de la educación están de acuerdo en que los castigos físicos no son pedagógicos y solo sirven para extender y perpetuar conductas violentas.

(...)

De manera que el término de corrección ha de ser asumido como sinónimo de educación, con referencia a las connotaciones que conforman de forma intrínseca cada proceso educativo, no pudiéndose considerar como tal el uso de la violencia para fines educativos, por un lado por la primacía que el ordenamiento jurídico atribuye a la dignidad de la persona, incluido el menor, que es sujeto y titular de derechos. Por otro porque no se puede perseguir como meta educativa un resultado de desarrollo armónico de la personalidad, sensible a los valores de paz, tolerancia y convivencia utilizando un medio violento que contradice dichos principios.

Por ello, y como norma de principio, estimamos que las violencias físicas constitutivas de infracción penal no pueden ser admitidas como algo digno de ser incluido en la circunstancia eximente invocada” (F.D. 4º).

“En conclusión, debe considerarse que el derecho de corrección, tras la reforma del art. 154.2 in fine C. Civil, sigue existiendo como necesario para la condición de la función de educar inherente a la patria potestad, contemplada en el art. 39 CE y como contrapartida al deber de obediencia de los hijos hacia sus padres, previsto en el art. 155 C. Civil, únicamente de este modo, los padres pueden, dentro de unos límites, actuar para corregir las conductas inadecuadas de sus hijos. Si consideráramos suprimido el derecho de corrección y bajo su amparo determinadas actuaciones de los padres tales como dar un leve cachete o castigar a los hijos sin salir un fin de semana, estos actos podrían integrar tipos penales tales como el maltrato o la detención ilegal.

(...) el derecho de corrección es una facultad inherente a la patria potestad y no depende su existencia del reconocimiento legal expreso, sino de su carácter de derecho autónomo, por lo que sigue teniendo plena vigencia. Cosa distinta es la determinación de su contenido y de sus límites tras la supresión formal del mismo.

Es por ello y por la progresiva dulcificación de la patria potestad que viene siendo una constante en los últimos tiempos que cada caso concreto debe ponerse en consonancia con la evolución y la interpretación de las leyes con atención a la realidad social del tiempo en que apliquen a tenor de lo establecido por el art. 3.1 del C. Civil.

En este sentido los comportamientos violentos que ocasionen lesiones - entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito- no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección. En cuanto al resto de las conductas, deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles. (...)” (F.D. 5º) [A.C.T.].

## 2. PARTE ESPECIAL

*Jurisprudencia: Complicidad en delito de tráfico de drogas*

STS (Sala 2ª) de 8 de octubre de 2019, rec. nº 10086/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c5552e9ba72c3986/20191015>

“(…) Entiende el recurrente que de considerarse probada la participación en los hechos que refleja el relato fáctico de la sentencia de instancia, el recurrente no podría ser considerado autor sino cómplice del delito contra la salud pública que se condena, alegando para ello que su conducta se encuadra en la doctrina del ‘favorecimiento del favorecedor’.

En lo que hace referencia al delito contra la salud pública, superado el momento de la ideación intelectual del comportamiento delictivo y al ser un delito de mera actividad o de consumación anticipada, además de un delito de peligro abstracto, rige una descripción extensiva del concepto de autor que abarca a todos los que realizan actos de favorecimiento para el tráfico y que, en principio, excluiría las formas accesorias de la participación.

La jurisprudencia de esta Sala ha identificado que el favorecimiento o facilitación del tráfico prohibido determina la responsabilidad por este delito, si bien, de manera excepcional, hemos reconocido formas accesorias de participación en supuestos de colaboración mínima, esto es, cuando se realizan conductas auxiliares de segundo orden en beneficio del verdadero traficante. El favorecimiento al favorecedor del tráfico, mediante la aportación de conductas complementarias, subordinadas y de poca entidad respecto de la acción principal, cuando el partícipe conoce el destino de su colaboración, pero no se encuentra vinculado al negocio de la droga, permite contemplar una participación en grado de complicidad.

No obstante, una cosa es que alguien pueda actuar cumpliendo encargos y al servicio de otros, sin ocupar un escalón directivo sino auxiliar o de mero peón, y otra muy distinta es que en las actuaciones conjuntas y concertadas con pluralidad de partícipes se esté obligado a separar a los principales (para considerarles autores) de los subalternos, considerándose a estos cómplices pese a que su

contribución objetivamente implique actos que el artículo 368 considera de autoría por facilitar o favorecer el tráfico y el consumo ilegal de drogas.

La jurisprudencia de esta Sala ha identificado que el favorecimiento o facilitación causal del tráfico prohibido determina la responsabilidad por este delito, identificando como supuestos de coautoría, no solo las participaciones en actuaciones abordadas desde una organización delictiva, sino también los actos de posesión, guarda o almacenaje de la droga para su ulterior venta; los de promoción o financiación de su adquisición; los de organización del tráfico; los de vigilancia de los alijos; los de entrega, recepción u ocultación de la droga; los de simple intermediación entre partícipes en el comercio ilícito; o los de manipulación de las sustancias que van a destinarse al tráfico. Entre estos comportamientos de facilitación causal, la jurisprudencia de esta Sala considera también una actuación principal configuradora de la responsabilidad en concepto de autor, a quienes participan en el desarrollo de la actividad delictiva asumiendo funciones de transporte o de descarga de los alijos, al suponer una contribución esencial en términos de su funcionalidad concreta en el ‘iter criminis’, y no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas (...).

La doctrina resulta de plena aplicación al caso enjuiciado, en el que el recurrente asumió la actuación esencial del transporte mediante una embarcación específicamente pertrechada para largos desplazamientos y plenamente adecuada para introducir la droga en nuestro país de una manera furtiva. El motivo se desestima.”. (F.D.6º) [A.C.T.]

*Jurisprudencia: (Sentència del procés) La violencia exigida por el delito de rebelión.*

STS (Sala 2ª) de 14 de octubre de 2019, rec. nº 20907/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/210eba2f5a7faa75/20191014>

“Pero no basta la constatación de indiscutibles episodios de violencia para proclamar que los hechos integran un delito de rebelión. Resolver el juicio de tipicidad respondiendo con un monosílabo a la pregunta de si hubo o no violencia, supone incurrir en un reduccionismo analítico que esta Sala -por más que se haya extendido ese discurso en otros ámbitos- no puede suscribir. La violencia tiene que ser una violencia instrumental, funcional, preordenada de forma directa, sin pasos intermedios, a los fines que animan la acción de los rebeldes. El Fiscal sitúa los primeros antecedentes del movimiento que califica como rebelde en el año 2012. Dibuja un período de cinco años hasta la aprobación, en septiembre de 2017, de las leyes de transitoriedad jurídica y referéndum. La creación de una legalidad paralela, concebida para la inobservancia de la Constitución de 1978, el anuncio de la celebración del referéndum, su fecha y la pregunta que iba a ser sometida a la consideración del electorado, son anteriores a los actos paradigmáticos de violencia, que se sitúan en los días 20 de

septiembre y 1 de octubre del mismo año. Se trataría, por tanto, de actos de culminación de un proceso, no de actos instrumentales para hacer realidad lo que ya era una realidad. Esta afirmación no persigue minusvalorar el significado jurídico de esos actos violentos y multitudinarios de oposición al cumplimiento de las resoluciones judiciales. Solo busca ajustar el análisis de la estructura del delito de rebelión a las exigencias propias de un derecho penal filtrado por los principios que informan nuestro sistema constitucional.

No solo hemos recordado la necesidad de que la violencia sea instrumental, preordenada a los fines del delito. Hemos dicho también que ha de ser funcional. Y es en este punto donde topamos -todavía en el ámbito del tipo objetivo- con otro obstáculo para la afirmación del juicio de tipicidad. Hablamos, claro es, de la absoluta insuficiencia del conjunto de actos previstos y llevados a cabo, para imponer de hecho la efectiva independencia territorial y la derogación de la Constitución española en el territorio catalán. Dicho con otras palabras, es violencia para lograr la secesión, no violencia para crear un clima o un escenario en que se haga más viable una ulterior negociación.

Referencia obligada para calibrar la verdadera existencia del delito de rebelión es el bien jurídico protegido por el art. 472 del CP. Se trata de un delito contra la Constitución. No bastará, por tanto, cualquier tipo de vulneración de la previsión constitucional para que el comportamiento alcance el grado de ofensividad adecuado a las exigencias de proporcionalidad que reclama la pena prevista. El riesgo proscrito ha de concernir al núcleo esencial del sistema democrático que la Constitución instaura y garantiza. Desde luego, la secesión territorial, sin la previa reforma del texto constitucional alcanzaría ese rango de relevancia penal típica.

Es, por tanto, con la referencia a dicho bien jurídico como ha de valorarse si el comportamiento es efectivamente funcional para crear potencialmente un riesgo para ese bien jurídico. La efectiva potencialidad de los actos del autor es la línea que diferencia el comportamiento penalmente relevante de la mera difusión de un discurso que postule una opción política integrada por cualquiera de las finalidades del artículo 472 del Código Penal y, en particular, con la secesión territorial del Estado. El delito surge cuando se pasa de la expresión política del deseo de aquellas metas o, si se quiere, de la defensa teórica de su excelencia, a la procura activa de su consecución. Pero de tal manera que sea inequívoca la objetiva adecuación ex ante entre los actos y el objetivo penalmente relevante.

Y el plus de ilicitud de ese objetivo deriva de los modos de comportamiento típicos: alzamiento público y violento. Hemos apuntado supra que, conforme a su significado estrictamente gramatical, ‘violento’ equivale, según el diccionario de la RAE, a uso de la fuerza para conseguir un fin, especialmente para dominar a alguien o imponer algo. Incluso en la sistemática del Código Penal la voz ‘violencia’ se usa en sentido más amplio que el acotado como agresión o fuerza física (cfr. arts. 170, 173.2 o 515.2). El tipo exige que ese comportamiento tumultuario y violento se vincule directamente con la obtención de la finalidad típica. Como ya hemos apuntado, los hechos probados describen momentos de obstrucción a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales en los que, aun

tildados de violentos, la fuerza o, si se quiere, la agresión no era funcional para el logro directo de la finalidad típica, sino para hacer viable el objetivo perseguido por los acusados. La violencia penalmente relevante del delito de rebelión es solamente aquella que se vincula al tiempo de producirse directamente con el objetivo que constituye la finalidad típica”. (F. D. B. 3.2) [A.C.T.]

*Jurisprudencia: Administración institucional y prevaricación*

STS (Sala 2ª) de 14 de octubre de 2019, rec. nº 1988/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a4ce660162b6dab8/20191025>

“(…) los acusados citados tenían la condición de Funcionarios Públicos a los efectos del ... art. 24, en cuanto que los mismos como Consejero Delegado y Secretario de un ente público, con personalidad jurídica propia, cual es una sociedad municipal participada, estaban al servicio de la misma, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo.

(...) ‘el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que ‘... por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas . . . ‘, ... el factor que colorea la definición de funcionario es precisamente, la participación en funciones públicas. Por ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario es el titular, o de ‘carrera’ como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia (...)’.

Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que ‘cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública’ (STS de 27 de enero de 2003). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003). El concepto incluye, por tanto, a los empleados de concesionarios de

servicios públicos (STS de 19 de diciembre de 1999); gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública (STS de 29 de abril de 1997); así como a las entidades estatales reguladas en los arts. 6.2 LGP, pues al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado (STS de 13 de noviembre de 2002)”. (F.D. 10º) [A.C.T.]

*Jurisprudencia: relación concursal entre el delito de cohecho y el de revelación de secretos.*

STS (Sala 2ª) de 19 de diciembre de 2019, rec. nº 1412/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f9b96de426ee5395/20200124>

“(…) Al existir dos acciones distintas que lesionan bienes jurídicos también diferentes no cabe apreciar la existencia de concurso aparente de normas, al que se refiere el artículo 8 del Código Penal. Pero la exclusión de este concurso no soluciona la controversia porque se hace necesario precisar qué tipo de concurso de delitos resulta aplicable en este concreto supuesto.

4. Se presentan distintas alternativas. Esta Sala viene sosteniendo como criterio mayoritario que la relación de ambos delitos es la propia de un concurso real. Y así, en la STS 1080/2010 de 20 de octubre, se mantiene esta posición a partir de la interpretación del inciso final del artículo 419 CP que, tras establecer la sanción del cohecho, añade ‘sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa’.

En la misma dirección la STS 504/2003 de 2 de abril, tras exponer la doctrina sobre concurso, en referencia concreta al cohecho, se destaca que el delito de cohecho no exige para su consumación que se cometa otro delito por parte del funcionario siendo suficiente su proyección en la intención del sujeto, por lo que si finalmente el delito se comete la relación entre ambos delitos no será medial sino real en la medida en que el tipo penal del cohecho no presente en su estructura típica la exigencia de realización efectiva de ese segundo delito.

5. En consonancia con lo que se acaba de razonar todos los acusados deben ser condenados, en relación de concurso real, por tantos delitos de revelación de secretos como personas afectadas hubiere, tal y como se ha procedido en la sentencia de instancia. (...)” (F.D.4º) [A.C.T.].

*Jurisprudencia: Bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental. ¿Concepto normativo?*

STS (Sala 2ª) de 20 de diciembre de 2019, rec. nº 1316/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d816e24f042e95a7/20200117>

“(…) todas las resoluciones de esta Sala Segunda, ciertamente casi todas en aplicación del código del 73, siguen el criterio de entender la expresión *bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental*, como un elemento normativo, que no exige una previa declaración administrativa en ese sentido; criterio que debemos seguir manteniendo como igualmente hace la doctrina mayoritaria; y ello, por múltiples razones:

- i) La dicción legal de precepto, al contrario de lo que sucede con el art. 323, no exige una previa calificación administrativa.

- ii) Ello resulta acorde con la propia sistemática que relaciona ambas normas, donde una vez paliada alguna incoherencia de la redacción anterior, tras la reforma operada por la LO 1/2015, el art. 323 como tipo de tutela residual o de recogida de los delitos que sancionan daños contra el patrimonio histórico, frente al art. 321 que sólo ampara los edificios *singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental*, en directa referencia a la normativa administrativa (art. 9.1 Ley sobre Patrimonio Histórico), conlleva una menor punición que la conducta del art. 321. En este 321 se tutelan los edificios singularmente protegidos y en el 324 el resto de bienes, muebles o inmuebles (incluidos edificios no reconocidos administrativamente como integrantes del patrimonio histórico) que gocen intrínsecamente de esa valoración histórica, artística, científica, cultural o monumental.

- iii) La propia Constitución Española, en su art. 46 indica que en su inciso final que la ley penal sancionará los atentados contra *este patrimonio: histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad*. De modo que una interpretación formal de patrimonio, que no amparase a los no declarados formalmente como ‘bienes de interés cultural’, pero que materialmente lo fueren, no satisface el este mandato de la norma constitucional.

- iv) El Tribunal Constitucional, en su sentencia 181/1998, de 17 de septiembre, ha entendido adecuada esta interpretación material de patrimonio histórico, cultural y artístico, como objeto de tutela penal, donde no integra requisito del tipo que haya precedido a la actuación delictiva, una formal declaración de que los bienes dañados, ostentan la condición de bienes de interés cultural o han sido incluidos en el inventario correspondiente; bastando el valor intrínseco de los bienes” (F.D.3º).

“(…) Una efectiva protección del patrimonio cultural exige que esta protección se produzca con independencia de la declaración formal del mismo realizada por los órganos administrativos o por la Ley. Consecuentemente y en definitiva, el elemento típico *bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos* integra un elemento normativo de naturaleza cultural a valorar judicialmente” (F.D.4º) [A.C.T.].

## V. DERECHO ADMINISTRATIVO

*Jurisprudencia: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce el derecho de un pasajero de avión a ser indemnizado por el café derramado en el vuelo.*

STJUE (Sala 4ª) de 19 de diciembre de 2019, asunto C-532/18.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=52FE6D7DA2B8DF74CCC6DFC89B193BE7?text=&docid=221796&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=564185>

“Durante el vuelo, se sirvió a HM un vaso de café caliente que, pese a estar colocado sobre la bandeja plegable situada delante de HM, se volcó sobre el muslo derecho y el pecho de GN, lo que produjo quemaduras de segundo grado a esta última.

No pudo determinarse si el vaso de café se había volcado debido a un defecto en la bandeja plegable sobre la que se había depositado o a las vibraciones del avión” (Antecedentes de Hecho 14-15).

“Ese órgano jurisdiccional declaró que se materializó un riesgo típico de la aviación, porque, desde el punto de vista operativo, una aeronave presenta distintas inclinaciones que pueden provocar que objetos situados sobre una superficie horizontal del avión se deslicen sin que para ello sea necesaria una maniobra especial. El mismo órgano jurisdiccional declaró, igualmente, que no existía culpa de la demandada, porque servir bebidas calientes en recipientes que carecen de tapa es una práctica habitual y socialmente aceptada” (Antecedentes de Hecho 19).

“El artículo 17, apartado 1, del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, celebrado en Montreal el 28 de mayo de 1999, suscrito por la Comunidad Europea el 9 de diciembre de 1999 y aprobado, en su nombre, mediante la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de ‘accidente’, a efectos de dicha disposición, comprende todas las situaciones que se producen a bordo de una aeronave en las que un objeto utilizado para el servicio a los pasajeros ha causado una lesión corporal a un pasajero, sin que sea necesario dilucidar si estas situaciones derivan de un riesgo típico de la aviación” (Fallo) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo rechaza el ‘factor sorpresa’ para asegurar el éxito de la inspección tributaria en el domicilio del contribuyente.*

STS (Sala 3ª) de 10 de octubre de 2019, rec. nº 2818/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/debb80c74031839b/20>

[191028](#)

“(…), no alcanza la Sala a identificar qué pruebas podía hacer desaparecer el contribuyente -como señala la Inspección en su solicitud de entrada- si es él el que tiene que probar la reinversión, su cuantía y la sujeción de la actividad en la que se reinvierte a las previsiones legales. Y tampoco se comprende en absoluto la relevancia -a la que alude la Sala de Valladolid en la sentencia recurrida- del ‘factor sorpresa’ para asegurar el éxito de las diligencias de investigación y comprobación de la Inspección Tributaria cuando es el obligado tributario el que tiene toda la carga de probar la concurrencia de los requisitos legales correspondientes.

4. En definitiva, no era necesario sacrificar este derecho fundamental como única forma -principio de subsidiariedad- de garantizar el cumplimiento de todos los requisitos establecidos por la ley en relación con el factor de agotamiento por la razón esencial de que la finalidad de la entrada y registro (constatar la aptitud de la materialización) no era necesaria para que la Administración actuase sus potestades de comprobación e inspección. Insistimos: si la finalidad de obtener aquellos datos no era otra que rechazar -mediante un acto de liquidación precedido del procedimiento incoado al efecto- la aptitud de la materialización, esa misma finalidad podía alcanzarse requiriendo la información al contribuyente y, en su caso, rechazando la idoneidad de las reinversiones, incorporando a la base imponible del impuesto sobre sociedades las sumas no dotadas y sus intereses legales.

5. Faltando el requisito de la necesidad de la entrada, el recurso de casación debe ser estimado, casando la sentencia recurrida y anulando, con los efectos inherentes a tal declaración, la autorización de entrada y registro autorizada en el auto de 30 de mayo de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de León. La conclusión expuesta no puede enervarse por la circunstancia de que la empresa minera se encontrara en fase de liquidación en el momento en el que se autoriza la entrada y registro pues -sea quien sea la persona encargada de atender los requerimientos- lo cierto es que la consecuencia de no probar la adecuada reinversión sería la misma: ajustar la base imponible del impuesto sobre sociedades del último año en que podía reinvertirse, que es -en definitiva- la finalidad perseguida por la Inspección una vez constatada la falta de reinversión” (F.D.3º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: Lapso temporal máximo para la valoración de los méritos.*

STS (Sala 3ª) de 15 de noviembre de 2019, rec. nº 2810/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/e1ce4b12d8cf1b48/20191202>

“Tal precepto que fija como fecha término para la valoración de los méritos la misma que para los requisitos, esto es la fecha tope establecida en la convocatoria

para la presentación de solicitudes, responde a los incuestionables principios de la transparencia y de la publicidad aplicable a todas las Administraciones Públicas, por mor del art. 55 del EBEP. La ausencia de conocimiento del momento temporal en que se cierra la valoración de los méritos supone alterar la legítima confianza del participante en el concurso- oposición respecto a que el procedimiento de selección se desarrolle con plena garantía de un trato igualitario para todos los firmantes. Las reglas del juego de valoración de la fase de concurso no pueden quedar inciertas e indefinidas en el tiempo. Un comportamiento que no fije una fecha tope de valoración desde el momento de la convocatoria puede conllevar un trato privilegiado a favor de algún participante permitiendo la obtención de méritos fuera de la fase inicial en que, independientemente de su acreditación documental, deberían haber sido obtenidos por todos los concurrentes. Una actuación distinta supondría un quebranto del principio de igualdad por desconocerse qué fecha va a decidir el tribunal de selección fijar como límite para la obtención/valoración de los méritos. Cuestión distinta es que dicha fecha tope venga prefijada como posterior en la propia convocatoria, pues, a su vista, decidirán los participantes si la reputan equilibrada, para todos o no. Mas, en tal supuesto, será de conocimiento público por todos” (F.D.8º)

“Por ello, dando respuesta a la cuestión sometida a interés casacional, se declara que cuando las bases de la convocatoria guarden silencio sobre la determinación de la fecha tope a tener en cuenta para valorar los méritos de los aspirantes en pruebas de procesos selectivos convocados por el sistema de concurso oposición los tribunales de selección no pueden fijarla en un momento posterior a la fase de oposición, sino que deben establecer como fecha tope la establecida en la convocatoria para la presentación de las instancias” (F.D.9º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: Refuerzo procesal de la recandación de intereses por los proveedores de la Administración.*

STS (Sala 3ª) de 2 de diciembre de 2019, rec. nº 6353/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/f4cacd2fb03d9c1e/20191209>

“En atención al fin del precepto resulta razonable la interpretación realizada por la Sala del TSJ de Cataluña, respecto a que el precepto pretende alcanzar la indemnidad total del acreedor lo que, obviamente, solo puede ser alcanzado si comprende principal e intereses. Por ello en el caso, como aquí acontece, de que la administración deudora hubiere satisfecho el principal mas no los intereses éstos pueden ser solicitados al amparo del art. 217 LCSP. Lo anterior conduce a que la respuesta a la cuestión de interés casacional sea que el art. 217 TRLCSP, actual art. 199 Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, debe ser interpretado en el sentido que incluye las reclamaciones de intereses autónomamente” (F.D.5º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: La discrecionalidad técnica y la arbitrariedad sujeta a control.*

STS (Sala 3ª) de 4 de diciembre de 2019, rec. nº 188/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/1a9a7d08adc5b473/20191216>

“Resulta indiscutible que nos movemos en el ámbito propio de la discrecionalidad técnica, y, por tanto, resultan de aplicación las habituales técnicas de control de los actos discrecionales en general, a través del control de los aspectos formales del acto, los hechos determinantes, la aplicación de los principios generales del derecho, la desviación de poder, o la proscripción de la arbitrariedad. Precisamente, la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la CE), así como el recto ejercicio del control jurisdiccional de la actividad administrativa (artículo 106.1 de la CE) y la efectividad de la tutela judicial (artículo 24.1 de la CE), además del cumplimiento de la exigencia general de la motivación de los actos, y el específico previsto en el artículo 35.2 de la Ley 39/2015, para actos como el ahora recurrido, nos han conducido a acotar el control judicial en este tipo de impugnaciones.

(...) Sucede, no obstante, que en este caso al realizar el necesario contraste entre las motivaciones proporcionadas por el Tribunal para las contestaciones de la recurrente en el tercer ejercicio, y las de los demás participantes, no se evidencia ni la aplicación de criterios diferentes, ni que el resultado alcanzado por el Tribunal respecto de la recurrente que no supera el tercer ejercicio haya sido fruto de la arbitrariedad y no de una aplicación racional de las normas que rigen las pruebas selectivas realizadas, mediante unos criterios objetivos y razonables” (F.D.3º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo determina la existencia de un vacío legal en la determinación de los directivos públicos de los entes locales.*

STS (Sala 4ª) 17 de diciembre de 2019, rec. nº 2145/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/714f036634ce4790/20200108>

“Es evidente que, fueran las que fueran las razones a las que se ha debido, no hay en este artículo una reserva de Ley del Estado ni de las Comunidades Autónomas. Ahora bien, es igualmente, manifiesto que tampoco se encuentra en él ninguna atribución a los entes locales y sí al Estado, concretamente al Gobierno, y a las Comunidades Autónomas para regular el régimen jurídico específico de este personal directivo y los criterios para determinar su condición dentro del respeto a los principios enunciados por el propio precepto. Por otro lado, la existencia en el Estatuto Básico de previsiones expresas sobre el personal directivo y esa

habilitación normativa al Gobierno y a las Comunidades Autónomas, ponen de relieve la importancia que el legislador estatal otorga a que ese régimen esté dotado de suficiente homogeneidad. De ahí que tenga su sentido que limite la atribución de dicha facultad al Gobierno y a las Comunidades Autónomas. No sólo no es irrazonable esa decisión legislativa sino plenamente coherente con el objetivo de dotar a la regulación del personal directivo de las Administraciones Públicas, también del de las corporaciones locales, de la homogeneidad precisa a partir de los criterios sentados expresamente por el artículo 13. No se debe ocultar que este personal es una figura que la experiencia ha revelado necesaria pero, al mismo tiempo, es ajena al esquema típico del empleo público. Ni se debe pasar por alto que este artículo no lo define en realidad porque su apartado 1, después de decir que personal directivo es el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, o sea que directivo es el que dirige, se viene a remitir a las normas específicas de cada Administración. Y tampoco se ha de ignorar que el Estatuto Básico no trata de la duración del ejercicio de sus funciones, ni de las causas por las que cesará. Falta, además, en él toda referencia a sus condiciones de empleo, derechos y deberes fuera de someterle a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia. Se comprende, pues, la importancia que tiene la habilitación del artículo 13 al Gobierno y a las Comunidades Autónomas a fin de colmar los amplios espacios que el Estatuto no afronta, complementándolo con una ordenación coherente. Además, cabe decir que responde al planteamiento de este texto legal -establecer las bases de la legislación sobre el empleo público- que se encomiende esa ordenación al Estado y a las Comunidades Autónomas la integración del régimen jurídico del personal directivo, a fin de completar las determinaciones básicas.

Por otro lado, hay que decir que la autonomía garantizada constitucionalmente, al igual que las potestades del artículo 4.1 a) -reglamentaria y de autoorganización- no son, por sí solas, título suficiente para ejercer cualquier tipo de competencia regulatoria, pues no pueden utilizarse en contra de previsiones legales específicas ya que la Ley delimita una y otra. Y, en este caso, al igual que en otros extremos del régimen de los empleados públicos, el legislador ha confiado, con un criterio que no es irrazonable y, por tanto, no puede considerarse contrario a la autonomía local ni a sus corolarios de autonormación y autoorganización, que sean el Gobierno o las Comunidades Autónomas los que se encarguen de desarrollar el artículo 13 del Estatuto Básico del Empleado Público. Estas mismas razones hacen que no sirvan para apoyar la tesis de la Diputación Provincial de Cáceres las sentencias que invoca su escrito de interposición. Todas ellas se pronuncian sobre ordenanzas reguladoras de la aplicación de estiércol, purines y lodos de depuradora, y se refieren al artículo 4.2 de la Carta Europea de Autonomía Local según el cual las Entidades locales "tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad". No es el caso, porque, insistimos, el artículo 13 del Estatuto Básico del Empleado Público atribuye su desarrollo al Gobierno y a las Comunidades Autónomas. Por último, no nos corresponde entrar en las referencias que a la Ley extremeña 13/2015, vigente con posterioridad a la aprobación del Reglamento impugnado, hace la sentencia

recurrida y en las conclusiones que extrae de ellas. La función de esta Sala se circunscribe a la interpretación del Derecho del Estado y del de la Unión Europea. En definitiva, tal como se ha anticipado, procede desestimar el recurso de casación” (F.D. 4º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo reafirma su postura a propósito del principio de buena administración.*

STS (Sala 4ª) de 18 de diciembre de 2019, rec. nº 4442/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/14b57f39197ca7a0/20200108>

“reafirmando que del derecho a una buena Administración pública derivan una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva. No se trata, por tanto, de una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles, entre los que se encuentran, desde luego, el derecho a la tutela administrativa efectiva y, en lo que ahora interesa sobre todo, a una resolución administrativa en plazo razonable. El examen de las circunstancias del presente caso, bajo el prisma de los anteriores principios, nos permite concluir que no ha existido una dilación no razonable y desproporcionada en la remisión del expediente para ejecución de la resolución estimatoria del órgano económico administrativo, por lo que no cabe apreciar infracción del art. 150.5 LGT, debiendo rechazar las pretensiones del recurso de casación” (F.D.9º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo se pronuncia acerca de la supletoriedad del Derecho Civil.*

STS (Sala 4ª) de 22 de enero de 2020, rec. nº 1159/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/125809d589d4d0be/20200204>

“Esta respuesta tendría la ventaja de la sencillez y la claridad. No obstante, da por supuesto que el Código Civil y, más en general, el Derecho Privado son supletoriamente aplicables en cualquier situación regida por el Derecho Administrativo en que no haya una norma legal o reglamentaria que contemple el correspondiente supuesto de hecho. Y semejante automatismo en el carácter supletorio del Derecho Privado, sin valorar las posibles peculiaridades y exigencias de cada tipo de relación jurídico-administrativa, es problemático. Es verdad que el apartado tercero del art. 4 del Código Civil establece que ‘las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por leyes especiales’; pero ello se refiere primariamente a la legislación civil y mercantil, no a la legislación administrativa. Tan es así que cuando en materias administrativas

quiere el legislador que el Derecho Privado opere como supletorio lo dispone expresamente. Véanse, en este sentido, el art. 19 de la Ley de Contratos del Sector Público o el art. 7 de la Ley General Tributaria. En este orden de ideas, no hay que olvidar que el Derecho Administrativo corresponde a un orden jurisdiccional diferenciado y que se funda en determinados principios que son nítidamente distintos de los propios del Derecho Privado. La razón de ser del Derecho Administrativo se encuentra precisamente en la búsqueda de un marco normativo que garantice simultáneamente la defensa de los derechos de los particulares y la consecución de los intereses generales. Esta Sala ya ha aclarado en otras ocasiones que la supletoriedad del Derecho Privado con respecto al Derecho Administrativo no opera de modo indiscriminado. Así, en nuestra sentencia de 9 de marzo de 2012 (rec. núm. 3088/2008) se dice: ‘Ciertamente, la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil al proceso contencioso- administrativo no puede afirmarse de manera acrítica y automática, sino que ha de cohonestarse con el orden de principios que vertebran este Orden Jurisdiccional, resultante de su peculiar estructura institucional y de la especificidad de la materia que constituye su ámbito de enjuiciamiento: el Derecho Público, configurado según unos principios cualitativamente diferenciados del Privado, que determinan que la relación jurídico-administrativa, tanto en su vertiente sustantiva como en la procedimental, no pueda caracterizarse del mismo modo que las relaciones jurídico-privadas.’ Si se adopta este último punto de vista, dista de ser evidente que la cesión de créditos de naturaleza jurídico administrativa pueda regirse automáticamente por las mismas normas relativas a la cesión de créditos en Derecho Privado. Cuando la legislación administrativa considera que los créditos frente a la Administración deben poder cederse, lo regula expresamente y -dato muy significativo- lo hace en términos no coincidentes con el Código Civil. Así, en materia de contratos administrativos, el art. 200 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que ‘los contratistas que tengan derecho de cobro frente a la Administración, podrán ceder el mismo conforme a derecho’. Obsérvese que lo cedible no es aquí el derecho de crédito, sino algo más circunscrito: el ‘derecho de cobro’. Y para que un derecho de crédito nacido de la ejecución de un contrato administrativo pueda ser cobrado, es preciso -aparte de que haya pasado un plazo y, en su caso, se presente y trámite la correspondiente reclamación- que se hayan dado ‘las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados’ (art. 198 de la Ley de Contratos del Sector Público); es decir, se exige que la Administración haya afirmado que la obra o el servicio se han realizado correctamente. Con arreglo al art. 1112 del Código Civil, ello no sería necesario para la cesión del crédito por parte del contratista: éste podría cederlo a un tercero con anterioridad a que la otra parte manifieste su conformidad con la prestación. Al establecer una regla más restrictiva sobre cesión de créditos, la legislación de contratos administrativos busca, como es obvio, tutelar el interés general, evitando que la Administración tenga que enfrentarse a reclamaciones pecuniarias de terceros cuando aún no ha dado su conformidad a la obra o al servicio. Sólo cuando lo único que falta es cobrar, al haber manifestado la Administración que no tiene objeción alguna sobre la ejecución del contrato administrativo, se permite

legalmente la cesión de ese derecho de crédito a un tercero; derecho de crédito que, en este contexto, recibe la significativa denominación de ‘derecho de cobro’. Más aún, siempre en esa línea, el apartado final del art. 200 de la Ley de Contratos del Sector Público dispone: ‘Las cesiones anteriores al nacimiento de la relación jurídica de la que deriva el derecho de cobro no producirán efectos frente a la Administración.’. Ello significa que en el ámbito de los contratos administrativos no cabe nunca la cesión de créditos futuros, algo que también difiere del Derecho Privado” (F.D.6º) [B.A.S.].

## VI. DERECHO TRIBUTARIO

*Jurisprudencia: Procedimientos de gestión tributaria. Verificación de datos. Anulación de una liquidación practicada como desenlace de un procedimiento de verificación de datos, que debió ser ab initio de comprobación limitada o de inspección: nulidad de pleno derecho.*

STS (Sala 3ª) de 6 de febrero de 2020, rec. nº 4489/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2fdc624497d0271f/20200218>

“Resolución de las pretensiones.

Aplicando el criterio acabado de exponer y, poniéndolo en relación con las pretensiones de las partes, llegamos a la conclusión de que el recurso de casación ha de ser estimado, pues la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuestionada en esta sede mantiene un criterio contrario al que hemos establecido en nuestra sentencia núm. 1128/2018, de 2 de julio, dictada en el recurso de casación núm. 696/2017.

Ninguna de las partes discute que, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuestionada en esta sede, “[l]a cuestión nuclear a resolver no es otra que determinar si la utilización incorrecta de un procedimiento de gestión, en este caso el procedimiento de verificación de datos, en lugar del de comprobación limitada, constituye un supuesto de nulidad radical o de mera anulabilidad, a los efectos de determinar si aquel procedimiento inicial interrumpe o no la prescripción del derecho de la Administración a liquidar”, de modo que, “[e]n el presente caso, si no se interrumpiera, la segunda liquidación se habría dictado más allá del plazo de cuatro años previsto en el art. 66 de la LGT”, con lo que habría que desestimar la pretensión anulatoria de la recurrente” (FD 2º).

Y señaló el TEARM, en la resolución de 30 de marzo de 2017 impugnada por la Comunidad de Madrid, “[e]n el caso que nos ocupa, el hecho imponible se produjo el 24 de octubre de 2007, sin que consten más actuaciones del interesado o de la [A]dministración que no formen parte del procedimiento de verificación de datos o de la revisión del acto de terminación del mismo hasta la notificación del inicio del procedimiento de comprobación limitada con posterioridad al 21 de

diciembre de 2015, transcurrido ya sobradamente el plazo de prescripción de cuatro años fijado en el artículo 66 y ss. de la LGT", debiendo "apreciarse que ni los recursos del interesado presentados con la finalidad de que se anulase el mismo, ni los actos de revisión dictados a tal fin hayan tampoco interrumpido la prescripción, pues como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2012, traída por la interesada, los recursos o reclamaciones instadas contra actos nulos de pleno derecho también carecen de eficacia interruptiva de la prescripción" (FD 2º).

Pues bien, como hemos dicho en nuestra sentencia de 2 de julio de 2018, "existe una utilización indebida del procedimiento de verificación "ab initio" pues la Administración utilizó dicho procedimiento precisamente para una finalidad que el propio artículo 131 prohíbe, con la consiguiente disminución de las garantías y derechos del administrado, y a su salida o resolución, pues en lugar de dar lugar a un procedimiento de comprobación limitada o inspección, se resuelve el fondo del asunto mediante la correspondiente liquidación pronunciándose sobre la actividad económica", por lo que "la utilización de un procedimiento de verificación de datos, cuando debió serlo de uno de comprobación limitada, constituye un supuesto de nulidad de pleno derecho", lo que conlleva "la incapacidad de las actuaciones desarrolladas en el procedimiento de verificación de datos para interrumpir el plazo de prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación", y, por ende, la desestimación del recurso contencioso- administrativo interpuesto por la letrada de la Comunidad de Madrid." (F.D. 2º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: ¿Exención en el IRPF por invalidez declarada en otro país?*

STS (Sala 3ª) de 13 de febrero de 2019, rec. nº 6693/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/defa2c0c0e04a8a0/20200224>

“Criterios interpretativos que se fijan en esta sentencia sobre el artículo 7.f) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Tomando como punto de partida lo que ha sido expuesto en el anterior fundamento de derecho, los criterios interpretativos que procede dictar son los que continúan:

1.- El reconocimiento de una pensión de invalidez en Suiza con un nivel del cien por cien no basta, por sí solo, para equiparar dicha pensión con una prestación de incapacidad permanente absoluta del sistema español de Seguridad Social; porque en aquel Estado, a diferencia de lo que acontece en España, no se distingue entre un grado de incapacidad que está referida sólo a la profesión que ejercía el interesado (aunque la impida en la totalidad de los cometidos de esa profesión) y otro grado superior que se proyecta también sobre otras profesiones.

2.- La calificación de si una situación merece la consideración de incapacidad permanente absoluta corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de los órganos reglamentariamente establecidos para examinar al interesado y emitir el correspondiente dictamen propuesta; y recae sobre el interesado la carga de aportar ante esos órganos todos los elementos que permitan probar cual fue la concreta absoluta del sistema español de Seguridad Social.

3.- No se produce con ello vulneración del derecho de la Unión Europea sobre la cuestión, dado que las normas del Derecho de la Unión Europea permiten que España pueda someter a un examen por un equipo médico de valoración de incapacidades la situación de solicitante de un beneficio fiscal en un impuesto directo como es el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a efectos de determinar las implicaciones, también las de tipo fiscal, que correspondan al grado de invalidez de que esté afectado un solicitante, lo que habrá de establecerse con arreglo a la legislación española y con referencia al momento en que se produjo el otorgamiento de la prestación. Para ello, las autoridades españolas deberán tomar en cuenta los documentos e informes médicos emitidos por la institución del Estado miembro, en este caso Suiza, que reconoció la pensión de invalidez”. (F.D. 6º)

“Examen de la pretensión deducida en la actual casación.

La reseña que antes se hizo de la actuación administrativa litigiosa y la sentencia recurrida son determinantes de que el recurso de casación no pueda ser acogido porque, al ser coincidentes con los criterios interpretativos que han sido fijados en el fundamento de derecho anterior, deben considerarse correctos los argumentos de los actos administrativos y de la sentencia de instancia que consideran que la evaluación de la incapacidad es competencia de la autoridad nacional española, que puede valerse del dictamen del INSS y declaran la obligación que pesaba sobre el interesado de haber aportado los elementos de prueba que resultaban necesarios para efectuar esa evaluación”. (F.D. 7º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: Valoración de bienes inmuebles en el ITPAJD. Efectos de la aplicación, por parte de la Administración, de coeficientes correctores del valor catastral en contra de lo declarada en las escrituras públicas de adquisición.*

STS (Sala 3ª) de 23 de febrero de 2020, rec. nº 5857/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a86952c1ff75dc19/20200306>

“Doctrina jurisprudencial sobre las cuestiones controvertidas.

Sobre la cuestión controvertida existe una jurisprudencia consolidada, de suerte que basta para resolver la controversia suscitada con aplicar al caso debatido la doctrina que sobre la normativa aplicable ha sido creada por este Tribunal Supremo.

Al respecto son numerosas las sentencias que se han dictado, valga por todas, la sentencia de 23 de mayo de 2018 (rec. cas. 1880/2017 -ECLI:ES:TS:2018:2185) que estableció la siguiente doctrina:

"1) El método de comprobación consistente en la estimación por referencia a valores catastrales, multiplicados por índices o coeficientes ( artículo 57.1.b) LGT) no es idóneo, por su generalidad y falta de relación con el bien concreto de cuya estimación se trata, para la valoración de bienes inmuebles en aquellos impuestos en que la base imponible viene determinada legalmente por su valor real, salvo que tal método se complemente con la realización de una actividad estrictamente comprobadora directamente relacionada con el inmueble singular que se someta a avalúo.

2) La aplicación del método de comprobación establecido en el artículo 57.1.b) LGT no dota a la Administración de una presunción reforzada de veracidad y acierto de los valores incluidos en los coeficientes, figuren en disposiciones generales o no.

3) La aplicación de tal método para rectificar el valor declarado por el contribuyente exige que la Administración exprese motivadamente las razones por las que, a su juicio, tal valor declarado no se corresponde con el valor real, sin que baste para justificar el inicio de la comprobación la mera discordancia con los valores o coeficientes generales publicados por los que se multiplica el valor catastral.

4) El interesado no está legalmente obligado a acreditar que el valor que figura en la declaración o autoliquidación del impuesto coincide con el valor real, siendo la Administración la que debe probar esa falta de coincidencia".

Sobre la tasación pericial contradictoria se dijo en la misma sentencia lo siguiente:

"1) La tasación pericial contradictoria no es una carga del interesado para desvirtuar las conclusiones del acto de liquidación en que se aplican los mencionados coeficientes sobre el valor catastral, sino que su utilización es meramente potestativa.

2) Para oponerse a la valoración del bien derivada de la comprobación de la Administración basada en el medio consistente en los valores catastrales multiplicados por índices o coeficientes, el interesado puede valerse de cualquier medio admisible en derecho, debiendo tenerse en cuenta lo respondido en la pregunta anterior sobre la carga de la prueba.

3) En el seno del proceso judicial contra el acto de valoración o contra la liquidación derivada de aquél el interesado puede valerse de cualesquiera medios de prueba admisibles en Derecho, hayan sido o no propuestos o practicados en la obligatoria vía impugnatoria previa.

4) La decisión del Tribunal de instancia que considera que el valor declarado por el interesado se ajusta al valor real, o lo hace en mayor medida que el establecido

por la Administración, constituye una cuestión de apreciación probatoria que no puede ser revisada en el recurso de casación””. (F. D. 2º)

“Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso concreto que nos ocupa.

Como pone de manifiesto la parte recurrente en un supuesto semejante al que nos ocupa -la misma herencia, pero tratándose de herederos distintos- se ha pronunciado la Sala de instancia en sentencia de 19 de junio de 2018 (rec. núm. 564/2015). En la misma se hace referencia a que su objeto era determinar “[...] la conformidad a derecho de la liquidación tributaria ya indicada que fijó como valor real del bien, y por tanto como base imponible del Impuesto el resultado de la comprobación de valores que realizó la Administración conforme el medio previsto en el artículo 57.1 b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (“referencia del valor que a efectos fiscales resulten de los registros”) en combinación con los coeficientes aprobados por la Orden de 18 de diciembre de 2008 (publicada en el BOJA) de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía y que se dictó en ejecución de lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Ley 10/2002 (actual artículo 37.2 del Decreto Legislativo 1/2009 de la Comunidad Autónoma de Andalucía.)”. Dejando constancia en la propia sentencia de la razón de ambos pronunciamientos: “La anterior doctrina es trasladable *mutatis mutandi* al recurso objeto de la presente *litis* y, en consecuencia, procede la estimación del recurso y la anulación del acto impugnado por no ser conforme a derecho, y ello a diferencia de lo resuelto en el recurso 563/2015, en el que recurría una hermana del recurrente en este proceso, ya que está justificado el cambio de criterio por la aplicación del nuevo criterio del Tribunal Supremo tras las Sentencias de 23 de mayo de 2018 (publicadas con posterioridad a esa fecha), criterio que no se aplicó al recurso 563/2015 porque el asunto se deliberó con anterioridad, sin que de conformidad con el artículo 139 de la LJCA haya lugar a hacer pronunciamiento sobre las costas de esta instancia dado que las alegaciones de la Administración se basaban en anteriores pronunciamientos desestimatorios de esta Sala”.

Como bien se recoge en el expresado pronunciamiento, la doctrina sentada por esta Sala sobre la materia vista es trasladable al caso de autos, lo que nos lleva a estimar la pretensión actora, sin necesidad de entrar en otras consideraciones no tenidas en cuenta en el auto de admisión, por lo que la sentencia de instancia debe ser casada y anulada y en su lugar procede anular la resolución del TEARA combatida en la instancia”. (F. D. 3º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Exención de la ganancia patrimonial por transmisión de la vivienda habitual. Incumplimiento del compromiso de reinversión en el plazo de dos años. Plazo de prescripción de la acción para liquidar la ganancia patrimonial por la que no se tributó. El plazo de prescripción de la acción se inicia a partir de la finalización del plazo reglamentario de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al periodo impositivo en que se produjo el incumplimiento del compromiso de reinversión.*

STS (Sala 3ª) de 26 de febrero de 2020, rec. nº 3421/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8fc5982fb67ee465/20200309>

“El juicio de la Sala

El art. 66.a), en relación al art. 67.1, ambos de la LGT establecen que el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, prescribe a los cuatro años, que se comienzan a computar desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación.

El criterio interpretativo que esta Sala considera ajustado a Derecho es que el plazo de prescripción, en un caso como el presente de incumplimiento del compromiso de reinversión de la ganancia patrimonial por transmisión de vivienda habitual, no se inicia hasta que no finaliza el plazo de presentación de la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondiente al ejercicio en que se produjo el incumplimiento de las condiciones a las que se subordina la reinversión de la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión de la vivienda habitual. Así debe ser puesto que la administración no puede iniciar ninguna actuación de regularización tributaria hasta que concluya el plazo de dos años a partir de la enajenación de la vivienda habitual, y, además, transcurra el plazo para presentar la declaración complementaria regularizando el incremento de patrimonio que quedo exento por el compromiso de reinversión, declaración que "se presentará en el plazo que medie entre la fecha en que se produzca el incumplimiento y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al período impositivo en que se produzca dicho incumplimiento" , según prevé el art. 39.4 Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

No cabe compartir la argumentación de la recurrente acerca de una pretendida ampliación por vía reglamentaria del plazo de prescripción, que rubrica bajo la afirmación de vulneración del principio de reserva legal, pues el art. 39 del Reglamento del IRPF no contiene previsión alguna sobre prescripción, sino que desarrolla, bajo la cobertura del art. 36 del TRLIRPF el modo en que habrá de cumplirse con el compromiso de reinversión, y, en su caso, las obligaciones que incumben al obligado tributaria en caso de incumplir dicho compromiso, mediante la regularización en autoliquidación complementaria del incremento de patrimonio que declaró exento por el compromiso de reinversión.

Este criterio es el que ha sostenido nuestra sala en relación al tratamiento situaciones asimilables, como es la "reserva de inversiones en Canarias" en el IRPF y en el impuesto sobre sociedades, en sentencias de 16 de marzo de 2015 (rec. cas. para la unificación de doctrina 2598/2013 - ES:TS:2015:1037) y de 30 de marzo de 2017 (rec. cas. para la unificación de doctrina 352/2016 - ES:TS:2017:1233). En la STS de 16 de marzo de 2015, cit., hemos afirmado que "[...] con esta doctrina no se autoriza a liquidar un ejercicio respecto del que ha

prescrito el derecho de la Administración a liquidar el tributo con ocasión de la inspección de uno respecto del que tal derecho no se ha extinguido. Tan sólo se autoriza a la Administración, porque así lo ha querido el legislador, a comprobar, al tiempo de liquidar un ejercicio no prescrito, si el sujeto pasivo satisfizo todos los requisitos a los que quedaba condicionada la efectividad de un beneficio fiscal aplicado en el ejercicio prescrito, obteniendo las consecuencias pertinentes para liquidar el que no lo estaba [...]" (FJ tercero).

Por otra parte, en relación al cómputo del plazo de dos años para reinvertir la ganancia patrimonial por transmisión de vivienda habitual, hemos declarado en nuestra sentencia de 9 de julio de 2010 (rec. cas. 5502/2005 - ECLI:ES:TS:2010:4361) que se inicia desde la fecha de la transmisión. Se trataba, entonces de un caso sometido a la legislación vigente anteriormente a la que ahora nos ocupa, concretamente el apartado 14 del artículo 20 de la Ley 44/78, de 8 de septiembre, en la redacción dada por la Disposición Adicional 3ª de la Ley 20/89, de 28 de julio, que establece que "[...] se excluirán de gravamen los incrementos de patrimonio obtenidos por la enajenación de la vivienda habitual del contribuyente, siempre que el importe total de la misma se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual dentro de un plazo no superior a dos años". Pues bien, en nuestra sentencia de 9 de julio de 2010, cit., declaramos que "[...] los términos del artículo 20, apartado 14, de la Ley del IRPF vigente a la sazón y específicamente aplicable a esta cuestión, que es la exención de la plusvalía obtenida con la transmisión de vivienda habitual por reinversión, son claros y meridianos: su interpretación tanto literal, como lógica, no ofrece ninguna duda. De modo terminante, en este precepto se establece que para que se admita la exención de la plusvalía obtenida con la transmisión de la vivienda habitual, la reinversión en otra vivienda habitual de las cantidades obtenidas debe producirse con un tope máximo de los dos años posteriores a la correspondiente transmisión y obtención de la plusvalía exenta".

En definitiva, el criterio expresado en la sentencia de instancia es plenamente ajustado a Derecho en un caso como el presente, ya que la administración no puede iniciar ninguna actuación de regularización tributaria tendente a la liquidación del tributo, y por tanto no se inicia el plazo de prescripción, hasta que no se produzcan las dos circunstancias previstas por la regulación legal y reglamentaria de la exención por reinversión: (i) en primer lugar que concluya el plazo de dos años a partir de la transmisión de la vivienda habitual, lo que en este caso sucedía el día 5 de mayo de 2007 puesto que la enajenación se produjo el día 5 de mayo de 2005 y, además, (ii) que transcurra el plazo para presentar la declaración complementaria regularizando el incremento de patrimonio que quedo exento por el compromiso de reinversión, declaración que podría presentarse hasta el día 30 de junio de 2008 en que finalizaba el plazo de declaración de ese ejercicio en que se produjo el incumplimiento". (F. D. 5º)

“Doctrina de interés casacional.

Como consecuencia de lo expuesto procede declarar, sobre la cuestión de interés casacional que en un caso como el litigioso, en que se incumplió el compromiso

de reinversión de la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión de vivienda habitual, el plazo de prescripción del ejercicio de la acción de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, se inicia el día siguiente a aquel en que termina el plazo reglamentario para presentar la autoliquidación del ejercicio en el que se consumó el incumplimiento, que es de dos años a contar desde la fecha de la transmisión de la vivienda habitual en que se obtuvo la ganancia patrimonial. (F. D. 6º)

Resolución de las pretensiones del recurso de casación.

En consecuencia, procede desestimar las pretensiones del recurso de casación, por ser conforme la decisión de la sentencia recurrida con la interpretación de la cuestión de interés casacional que hemos establecido, y de las normas aplicables, artículos 36 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2004, de 5 de marzo, y 39, apartados 2 y 4, Reglamento del mencionado tributo, aprobado por el Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, en relación con los artículos 66.a) y 67.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria..” (F.D. 7º) [F.H.G.].

## VII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

*Jurisprudencia: Tener la tarjeta de residencia temporal en España no implica automáticamente la asistencia sanitaria pública.*

STS (Sala 4ª) de 13 de mayo de 2019, rec. nº 1068/2018.

[http://diariolaley.laley.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEABXLvQqDMBQG0LfjDU\\_4HAn7eJsi5tczWcjhkSiLf2tuMZTvCe-ycROd1YbYz6ohwhJ36FN9KJv8N6dXkZrh28SjygMOe88WP8NaqM1c5ONVUNOXJqiZDSyYIWIpKXwkP54AYz8olbZwAAAA==WKE](http://diariolaley.laley.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEABXLvQqDMBQG0LfjDU_4HAn7eJsi5tczWcjhkSiLf2tuMZTvCe-ycROd1YbYz6ohwhJ36FN9KJv8N6dXkZrh28SjygMOe88WP8NaqM1c5ONVUNOXJqiZDSyYIWIpKXwkP54AYz8olbZwAAAA==WKE)

[Asistencia sanitaria en España. Extranjero residente en España por reagrupación familiar y titular de una tarjeta de residencia temporal de familiar de la Unión. Es cierto que la autoridad gubernativa le ha concedido visado de reagrupación familiar de carácter comunitario, pero ello no significa sin más la automaticidad en la asistencia sanitaria con cargo a los fondos públicos. Como la normativa dispone que el reagrupante debe disponer de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad para que el residente no sea una carga para la asistencia social, la cobertura sanitaria la debe mantener el reagrupante durante el tiempo en que reside en España. Por tanto, el solicitante no está desprotegido, sino que está cubierto por un tercero, su familiar español, y ya es innecesario que el sistema sanitario español público cubra estas necesidades] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Aplicabilidad del RD 240/2007 a la reagrupación de familiares extranjeros de españoles.*

STS (Sala 3ª) de 3 de junio de 2019, rec. nº 4854/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/4eb6947ee7c925f8/20190610>

[Aplicabilidad del art. 7 del RD240/2007 a la reagrupación de familiares extranjeros. A partir de la sentencia de 1 de junio de 2010, dados los términos en los que ha quedado redactado el art. 2 (y anulada la Adicional Vigésima del Reglamento de Extranjería), el RD 240/2007 -con independencia y al margen de la Directiva-, en cuanto disposición de Derecho interno, es también aplicable a la reagrupación de familiares extranjeros (cualquiera que sea su nacionalidad) de españoles, hayan -o no- hecho uso de su derecho a la libre circulación y residencia por el Espacio Común Europeo, y, concretamente, su art. 7] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Cómo actuar ante la solicitud de residencia temporal por arraigo de un padre con antecedentes penales.*

STS (Sala 3ª) de 30 de septiembre de 2019, rec. nº 7101/2018.

[http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/8904241/recursos%20\(processo%20cont.admvo.\)/20191016](http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/8904241/recursos%20(processo%20cont.admvo.)/20191016)

[Se confirman las resoluciones que denegaron la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo familiar formulada por ciudadano de tercer país invocando su condición de progenitor de menor a su cargo, nacional del Estado de acogida, en este caso España. Existencia de antecedentes penales. Valoración de la concurrencia de circunstancias del caso en relación con la efectividad de los derechos del menor amparados por el Derecho de la Unión. Posibilidad de limitación o denegación de la autorización por razones de orden público y la salvaguarda de la seguridad pública, que ha de ser objeto de interpretación estricta, pero teniendo en cuenta el derecho al respeto de la vida privada y familiar, tal como se enuncia en el art. 7 Carta de Derechos, en relación con la obligación de atender al interés superior del niño, reconocido en el art. 24.2 de la Carta] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Autorización de residencia cuando el solicitante tiene antecedentes penales y menores a su cargo.*

STS (Sala 3ª) de 3 octubre de 2019, rec. nº 7163/2018.

<https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzsTAyMDdWK0stKs7Mz7MNy0xPzStjVUvOSU0sckksSXVOzEnNS0kssg0pKk0FAOX4f-k3AAAAWKE>

[Interés casacional. Extranjeros. Residencia de larga duración. Nacional de un tercer Estado que tiene la guarda y custodia de un menor ciudadano de la UE. Existencia de antecedentes penales. Improcedencia de la denegación automática de la autorización. Obligación de tener en cuenta la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública o el peligro que representa el solicitante, además de sus circunstancias personales y familiares. Interpretación de la normativa nacional conforme a la normativa europea y la STJUE asunto C-165/14] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: La unidad legal de la sucesión litigiosa en España queda garantizada mediante la aplicación de la ley española.*

STS (Sala 1ª) de 8 de octubre de 2019, rec. nº 3170/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5e246ffa7731d212/20191015>

Se estima un recurso de casación en un asunto de sucesión de una británica con residencia en España con respaldo en testamento otorgado ante notario en el que instituyó heredero de todos sus bienes y derechos sitos en España a su marido, con quien había contraído matrimonio en 1986. En caso de premoriencia del marido, nombraba heredera a su hija D.ª B., hija de un matrimonio anterior. La testadora también manifestaba que, en cuanto a los demás bienes y derechos que poseyese en el extranjero, dispondría separadamente en otro testamento. El Tribunal Supremo, tras recordar la doctrina sentada en su Sentencia 18/2019, de 15 de enero, advierte que en esta ocasión, en atención a la fecha de fallecimiento de la causante, no es aplicable el Reglamento 650/2012 y el litigio debe resolverse con arreglo al art. 9.8º CC. y al art. 12.2º CC. A partir de aquí afirma que: “La aplicación de la anterior doctrina determina que en el presente caso debemos estimar el recurso de casación. El último domicilio de la causante se encontraba en España, tal y como ya se hiciera constar en el testamento, por lo que la norma de conflicto remite para la sucesión de los bienes muebles al Derecho español. Por lo que se refiere a los bienes inmuebles, dice ahora el recurrido en su escrito de oposición que no existe prueba ni ha habido discusión sobre si el bien inmueble en España es el único de la herencia. Este argumento no puede ser atendido. A estos efectos hay que advertir que, de acuerdo con la doctrina científica, la unidad legal de la sucesión se refiere a la sucesión litigiosa en España, por lo que aun en el caso de que hipotéticamente hubiera inmuebles situados en el extranjero y, como dice el recurrido, el resto de la sucesión se pudiera tramitar por autoridades extranjeras que excluyeran de su conocimiento el inmueble situado en Mijas (España), al que se refiere el presente litigio, tal fraccionamiento no podría ser solucionado por los tribunales españoles. El presente litigio se ocupa de la sucesión ordenada en el testamento, que expresamente se refiere a los bienes y derechos sitos en España. En consecuencia, en el presente caso, en virtud del reenvío previsto en el art. 12. 2º CC., la unidad legal de la sucesión litigiosa en España queda

garantizada mediante la aplicación de la ley española, con la que además la sucesión guarda una conexión más estrecha que con la derivada de la nacionalidad de la causante, dado que la misma residía en España, donde falleció, y donde se encuentran los bienes que se han identificado del caudal hereditario. Al no entenderlo así la sentencia recurrida es contraria a la interpretación correcta de los arts. 9. 8º y 12. 2º y debe ser casada (...). Al asumir la instancia, procede estimar la demanda en el único sentido de declarar que procede aplicar la ley española a la sucesión de la causante, que la demandante es legitimaria en la sucesión de su madre y que procede que se reduzca la institución de heredero a que se refiere el testamento que otorgó en la parte que perjudique la legítima de la demandante”] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: El plazo para la caducidad de los procedimientos sancionadores en materia de extranjería es de 6 meses.*

STS (Sala 3ª) de 9 de octubre de 2019, rec. nº 5076/2018.

<https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzsTA2NrJUK0stKs7Mz7MNY0xPzStJVUvOSU0sckksSXVOzEnNS0kssg0pKk0FAPr4d5c3AAAAWKE>

[Se confirma la expulsión del territorio nacional de extranjero titular de una tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano comunitario, con reducción a dos años de la prohibición de entrada en España. Reformulación de la cuestión propuesta en el auto de admisión. Inexistencia de caducidad del expediente. El plazo máximo para resolver los procedimientos sancionadores será de 6 meses, computados desde la fecha en que se notificó el acuerdo de incoación, transcurridos los cuales, se produce la caducidad del procedimiento, salvo los casos en que se haya paralizado por causa imputable al afectado o se hubiera acordado, y notificado, su suspensión] [A.O.G].

*Jurisprudencia: Solicitud de renovación del pasaporte como declaración para querer conservar la nacionalidad española.*

STS (Sala 1ª) de 19 de diciembre de 2019, rec. nº 3326/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/29b989c2dca1c019/20200102>

[No se exige que la declaración de querer conservar la nacionalidad esté sujeta a una forma solemne. La solicitud de la renovación de pasaporte realizada en el Consulado de España, antes de que transcurra el plazo de tres años desde la mayoría de edad del interesado, debe ser considerada como declaración de voluntad de querer conservar la nacionalidad española] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Equiparación de la kafala marroquí al acogimiento familiar a la hora de generar prestación por maternidad.*

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 26 de junio de 2019, rec. nº 1960/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/17aa82462950d676/20190916>

Prestación por maternidad. Derecho de la trabajadora a que le sea reconocido el percibo de la prestación por maternidad en razón de la kafala de la menor. La kafala, compromiso de hacerse cargo de la protección, educación y manutención de un niño abandonado, constituida ante funcionarios o autoridades marroquíes es equiparable al acogimiento familiar si concurren los requisitos establecidos legalmente, lo que acontece en el supuesto controvertido. La kafala ha sido acordada por sentencia dictada por el Juez Encargado de Asuntos de menores del Tribunal de primera Instancia de Tánger en favor de la solicitante y su esposo. No puede negarse solo porque no exista una declaración de idoneidad que la Administración Autonómica se niega a facilitar por no tratarse de un caso de adopción [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Insuficiencia probatoria de los requisitos legalmente exigidos para obtener la nacionalidad española por parte de un solicitante de origen saharauí.*

SAP de Madrid (Sección 8ª) de 28 de mayo de 2019, rec. nº 484/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/58e759dec40d0606/20191115>

[Se confirma la decisión del Juzgado de Primera Instancia confirmando una resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado que declaró que al demandante no le correspondía la nacionalidad española. De acuerdo con la Audiencia, "el apelante sustenta el error en que la documentación adjunta al expediente acredita que D. Segismundo es hijo de nacionales españoles de origen, nacidos en El Sahara bajo la jurisdicción española, y que una vez perdida la nacionalidad después de 1975, nuevamente la han recuperado con valor de simple presunción y por origen. B.-Respecto de la a solicitud de inscripción de nacimiento del interesado. Son inscribibles en el Registro Civil español los nacimientos ocurridos dentro del territorio español o que afecten a españoles (art. 15 LRC); siendo la vía registral apropiada, cuando haya transcurrido el plazo para declarar el nacimiento, el expediente al que se refiere el artículo 95-5º de la Ley del Registro Civil, cuya tramitación se desarrolla en los artículos 311 a 316 del reglamento. El actor es ciudadano de origen saharauí cuya nacionalidad española con valor de simple presunción ha sido declarada por el Registro Civil de su domicilio (Tudela), sin que se prueben datos esenciales para practicar la inscripción. Se aporta un certificado expedido por la Delegación Saharauí para

Navarra, en el que se indica que el actor nació el... de 1966 en Dakhla (Sáhara) y que es hijo de D. Estanislao y de D<sup>a</sup> Rosa, mientras que en la ficha familiar española aportada al expediente, se hace constar que nació en 1965, así como en el recibo de la Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum del Sáhara Occidental (MINURSO). La información testifical del expediente (...) nada acredita, salvo la relación de amistad con el interesado, sin que los testigos aporten el nombre de los padres del actor, lugar y fecha de nacimiento. Por otra parte, de la información testifical practicada en el expediente administrativo no puede deducirse la filiación del promotor, toda vez que únicamente manifiestan que les une una relación de amistad con el interesado, sin mencionar en ningún momento el nombre de sus padres, lugar y fecha de nacimiento e hijos. En principio, los nacidos en el territorio del Sahara cuando éste era posesión española no eran propiamente nacionales españoles, sino sólo súbditos de España que se beneficiaban de la nacionalidad española, por más que de algunas disposiciones anteriores a la salida de España de ese territorio pudiera deducirse otra cosa. En principio, los nacidos en el territorio del Sahara cuando éste era posesión española no eran propiamente nacionales españoles, sino sólo súbditos de España que se beneficiaban de la nacionalidad española, por más que de algunas disposiciones anteriores a la salida de España de ese territorio pudiera deducirse otra cosa. Así se desprende necesariamente de la Ley de 19 de noviembre de 1975, porque sólo así cobra sentido que a los naturales del Sahara se les concediera en ciertas condiciones la oportunidad de optar a la nacionalidad española en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor del Decreto 2258/76. Hay que traer a colación la sentencia nº 1026/1998 de 28 octubre del TS (...) en relación con esta cuestión y con la política colonial española en el Sahara. En un primer momento dichos territorios se consideraron simplemente colonias; vino luego la fase de provincialización durante la que se intenta su asimilación a la metrópoli; a consecuencia de la manifestada y reiterada voluntad legislativa de equiparar aquel territorio, no obstante sus peculiaridades, con una 'provincia' española, y, por ello, a considerarla, como una extensión del territorio metropolitano, o sea, territorio español, sin acepciones, con todas las con todas las vinculaciones políticas determinantes de la referida concepción que, sin duda, se proyectaron, como corolario obligado, en la población saharauí y, en su condición de nacionales españoles (...). En este supuesto el actor no ha probado que cuando estuvo en vigor el Decreto de 1976, sus representantes legales, por ser el interesado menor de edad en dicho momento, estuviesen imposibilitados para optar a la nacionalidad española por haber permanecido en los territorios ocupados, lo que requiere pruebas fehacientes. De otro lado, no está probada a través de la documentación la posesión de la nacionalidad española en los términos y duración que establece el art. 18 CC, en el que se indica que la nacionalidad española puede consolidarse si se posee y utiliza durante diez años, con buena fe y sobre la base de un título inscrito en el registro civil que después es anulado, toda vez que ni nació en territorio español, ni ha ostentado con posterioridad ninguna documentación como español, ni es apátrida, pues aporta pasaporte marroquí. Tampoco consta la nacionalidad española de su padre o madre al tiempo de su nacimiento para la aplicación del art. 17 CC, según

redacción dada por la Ley de 15 de julio de 1954, aplicable al caso examinado; ni ha nacido en España, para la aplicación retroactiva del art. 17.3º CC, en su redacción dada por Ley 51/1982. En virtud de lo expuesto es inexistente el error en la valoración de la prueba, existiendo una insuficiencia probatoria de los requisitos legalmente exigidos para obtener la nacionalidad española] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Validez de la notificación de la resolución de expulsión en el despacho profesional del Letrado designado a efectos de notificaciones.*

STSJ de Madrid (Sección 10ª), de 28 de octubre de 2019, rec. nº 663/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/62a53965af8047fa/20191211>

[Resolución sobre sanción de expulsión, con prohibición de entrada por un período de 3 años, por infracción de estancia irregular en España tipificada en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Intento de notificación de la resolución en el despacho profesional del Letrado, designado a efectos de notificaciones, sin que pudiera llevarse a efecto por hallarse el Letrado ausente. Se considera acreditado, mediante prueba indiciaria, que se dejó aviso de llegada, sin que se recogiera el envío de la oficina de Correos, y el mismo se devolvió a la Delegación del Gobierno en Madrid, al haber caducado. Orden de expulsión notificada por medio de un anuncio publicado en el BOE. Validez de la notificación personal en el domicilio designado a efectos de notificaciones efectuada en una fecha anterior al transcurso del plazo de seis meses desde la iniciación del expediente. Interrupción del plazo y efecto impeditivo de la caducidad del procedimiento de expulsión] [A.O.G.].