

PRAXIS JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES



Revista Semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 14
Agosto 2021

Revista Praxis Judicial de los Tribunales Españoles.

Edita: Instituto de derecho Iberoamericano.

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

Valencia, España. 46023.

ISSN 2386-9704

Correo electrónico:
contacto@idibe.org

Dirección web:
www.idibe.org

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

© Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

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

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

D. GONZALO MUÑOZ RODRIGO
GRADUADO EN DERECHO

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

INICIALES DE LOS AUTORES

B.A.S.: Dra. 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.I.B.G: Dr. Ana Isabel Blanco García, Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia.

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.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.

E. de L.G.: Dra. Elena de Luis García, Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal 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.

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

M.V.S.: Dña. Marina Ventaja Segura, Becaria de investigación en el Departamento de Derecho Mercantil de la Universitat Rovira i Virgili.

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

ÍNDICE SUMARIO

I. Derecho Civil.....	6
1. Derecho de Familia.....	6
2. Obligaciones y Contratos.....	61
3. Derechos de la Persona.....	96
II. Derecho Mercantil.....	125
1. Derecho de Sociedades.....	125
2. Derecho Concursal.....	158
III. Derecho Procesal.....	163
1. Derecho Procesal Civil.....	163
2. Derecho Procesal Penal.....	169
IV. Derecho del Trabajo.....	177
V. Derecho Administrativo.....	194
VI. Derecho Tributario.....	201
VII. Derecho Internacional Privado.....	214

I. DERECHO CIVIL

1. DERECHO DE FAMILIA

Jurisprudencia: Ante el pago por la esposa del 75% del préstamo personal solidario suscrito por ambos cónyuges, casados en régimen de separación de bienes, cabe acción de reembolso con base en el artículo 1145 del CC al no constar acreditado un pacto por el que los cónyuges quedasen obligados al pago de la deuda en sus relaciones internas en porcentajes desiguales.

STS (Sala 1ª) de 7 de julio de 2020, rec. nº 3505/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/fd19d9581752e8ff/20200720>

“(…) El presente litigio trae causa de la acción de reembolso del artículo 1145 del CC por la suma de 150.563,78 euros ejercitado en primera instancia por la representación procesal de Dª Esperanza contra D. Javier. Ambos habían contraído matrimonio en régimen de separación de bienes, y la acción lo es respecto al préstamo personal solidario de fecha 22 de marzo de 2007, por la cuantía de 450.021 €, suscrito por ambos cónyuges con garantía hipotecaria de la vivienda sita en la AVENIDA000 número NUM000, cuya propiedad, proindiviso, pertenecía en un 75% a la demandante y el 25% restante al demandado; préstamo que fue cancelado con la venta de la vivienda en la proporción de su titularidad.

(…) - El demandado opone que el carácter solidario del préstamo no afecta al porcentaje de titularidad sobre la finca, ni tampoco a los porcentajes de contribución a las cargas proporcionales de sus cuotas. Solo determina la responsabilidad, en caso de impago, de los obligados como prestatarios” (F.D. 1º).

(…) El recurso ha de contraerse a la aplicación del artículo 1145 del CC.

(…) Conforme a dicho precepto la solidaridad desaparece con el cumplimiento de la obligación, y desde ese momento, en el ámbito interno de los deudores, ha de considerarse dividida entre todos. Por tanto, cada deudor se convierte desde ese momento en deudor exclusivo de la parte de deuda en que, a efectos internos, se ha fraccionado la inicial.

(…) El deudor que paga tiene una acción de regreso contra sus codeudores y en el supuesto de pago parcial de la deuda, que es el caso de autos, se podrá reclamar de los restantes codeudores el exceso en proporción a la cuota que a cada uno corresponda en la obligación.

(…) La sentencia recurrida no se aparta de la doctrina de la sala.

(…) Lo que sucede es que no considera probado un pacto entre los deudores por el que quedasen obligados al pago de la deuda en sus relaciones internas en porcentajes desiguales. De ahí, que el recurso se desestime, lo que no empece a la

liquidación que se lleve a cabo del régimen económico matrimonial en el conjunto de relaciones negociales en las que hayan intervenido las partes” (F.D.2º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: Procede modificar el sistema de guarda y custodia materna acordado en convenio regulador y acordar un régimen de custodia compartida cuando se produce un cambio notorio en la situación familiar: nuevo horario laboral del padre y nacimiento de una hermana.

STS (Sala 1ª) de 26 de octubre de 2020, rec. nº 802/2020.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2ebd81e3933931fe/20201113>

“(…) la edad actual del menor [10 años], el nuevo régimen horario del trabajo del padre, la hermana habida de la nueva relación del padre (art. 92.3 del C. Civil), provocan un cambio notorio de la situación familiar que posibilita que se declare que se ha producido una modificación sustancial de circunstancias (art. 90.3 del C. Civil), de acuerdo con la doctrina jurisprudencial referida” (F.D. 3º).

“(…) La sentencia recurrida, se aparta de la doctrina mencionada, sustentando su postura en datos inconsistentes, imprecisos e incompletos, limitándose a mencionar las bondades del mantenimiento del sistema de custodia sin contrastarlo con las posibilidades del solicitado, que aconsejaba el informe psicosocial (ampliamente fundamentado), por lo que se aparta de la doctrina jurisprudencial, al no constar dato alguno que desaconseje el sistema de custodia compartida, debiendo destacarse que no puede pretenderse petrificar lo acordado en el convenio regulador, cuando concurren circunstancias que aconsejan su modificación (sentencia 654/2018, de 20 de noviembre), unido a la constatación de una capacidad de diálogo suficiente por los progenitores y la existencia de una nueva hermana, de la nueva relación del padre, lo que exige primar el contacto entre ambos hermanos” (F.D.4º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: La atribución temporal del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida debe atender a las circunstancias del caso concreto: titularidad de la vivienda y recursos económicos de los progenitores.

STS (Sala 1ª) de 26 de octubre de 2020, rec. nº 4173/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/34e73dac918024e8/20201113>

“(…) Es objeto del presente proceso la demanda de divorcio del matrimonio constituido en su día por los litigantes, fruto del cual nacieron dos hijos, el mayor, el NUM001 de 2002, y la hija, el NUM002 de 2005, así como fijar las medidas definitivas derivadas de la disolución de dicho vínculo matrimonial, centrándose el debate en la determinación (...) de la atribución del uso de la vivienda familiar” (F.D. 1º).

“(…) Nuestro Código Civil no regula el régimen de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de guardia y custodia compartida, produciéndose, (...) un vacío normativo que es necesario cubrir por exigencias derivadas del principio non liquet (art. 1.7 CC) y la tutela de los derechos e intereses legítimos de los litigantes e hijos (art. 24 CE).

(...) A la hora de buscar una solución a la problemática suscitada, la regulación más próxima la encontramos en el párrafo segundo del art. 96 CC (sentencias 593/2014, de 24 de octubre; 465/2015, de 9 de septiembre; 51/2016, de 11 de febrero; 42/2017, de 23 de enero; 513/2017, de 22 de septiembre, 95/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas), que se refiere a los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres.

(...) es el supuesto que guarda mayor identidad de razón y, por lo tanto, el que nos da una pauta valorativa cuando señala, para tales casos, que el juez resolverá lo procedente

(...) Con tal finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se deberá de prestar especial atención a dos factores: ‘[...] en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero’ (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio entre otras).

De acuerdo con dicha doctrina es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía (sentencia 95/2018, de 20 de febrero). Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio).

(...) Con esta finalidad de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida se han fijado plazos de uso temporal, valorando las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde un año (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 251/2016, de 13 de abril y 545/2016, de 16 de septiembre); de dos años (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 15/2020, de 16 de enero); tres años (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre y 294/2017, de 12 de mayo), uso por anualidades alternas (sentencia 95/2018, de 20 de febrero) o en fin hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales (sentencia 183/2017, de 14 de marzo). En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado.

2.- Examen de las particularidades del caso litigioso.

(...) la vivienda familiar es cotitularidad sin precisar de ambos progenitores, aun cuando se encuentre a nombre de la demandante en el Registro de la Propiedad. Así se declara acreditado por las sentencias de ambas instancias, (...). En segundo lugar, la madre cuenta con capacidad económica suficiente para disponer de otra vivienda, en la que llevar a efecto el régimen de custodia con sus hijos, al ganar unos 3.300 euros líquidos mensuales. (...). La madre lleva, al menos, desde 22 de noviembre de 2018, fecha de la sentencia del juzgado, disfrutando del uso de la vivienda litigiosa. El hijo alcanzará la mayoría de edad el próximo 26 de octubre de este año y la hija cuenta con 15 años de edad.

3.- Inexistencia de vulneración del principio de la prevalencia del interés superior de los menores.

Se alega, por la recurrida, la vigencia del principio del interés superior de los menores, pero éste se encuentra garantizado con la custodia compartida y posibilidades económicas de ambos progenitores de gozar de una vivienda digna para disfrutar de la compañía de sus hijos y asumir sus derechos y deberes dimanantes de la patria potestad (art. 154 CC).

(...) Deben priorizarse, como dice el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, las medidas que, respondiendo a dicho interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes como los de los progenitores, sin que, en el caso que enjuicamos, concurra incompatibilidad entre ellos que determine la prevalencia del interés superior de los menores.

(...) Fijamos el uso de la vivienda, por un plazo de dos años, a contar desde la fecha de esta sentencia, periodo de tiempo que consideramos ajustado para una ordenada transición a la nueva situación declarada en atención a las circunstancias concurrentes” (F.D. 3º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: El reembolso del dinero privativo invertido en la adquisición de un bien ganancial que prevé el art. 1358 del CC procede siempre que no se excluya expresamente.

STS (Sala 1ª) de 3 de noviembre de 2020, rec. nº 1066/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/42f000658a80c442/20201123>

“(…) En el procedimiento seguido para la liquidación de los gananciales tras su divorcio (...) las partes discreparon, (...), acerca de la procedencia de incluir en el pasivo una deuda a favor de la esposa por el dinero privativo que decía haber empleado en la compra de la mencionada vivienda.

2.- El juzgado dictó sentencia por la que acordó la inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales de un ‘derecho de crédito de la Sra. Regina frente a la sociedad por pago de 6 millones de pesetas con dinero privativo en la compra de la

vivienda ganancial en fecha 24 de abril de 2001, que deberá actualizarse de forma correcta a la fecha de la sentencia de disolución de la sociedad de gananciales’.

3.- La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación del marido y revocó la sentencia del juzgado en el solo sentido de ‘no incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito de la Sra. Regina contra la sociedad de gananciales por abono de seis millones de pesetas en 24 de abril de 2001 actualizable a la fecha de la firmeza de la sentencia de divorcio.

4.- La Sra. Regina interpone recurso de casación” (F.D. 1º).

“(…) 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 entre otras por las sentencias 415/2019, de 11 de julio, y 138/2020, de 2 de marzo, 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 establece 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).

La aplicación de la anterior doctrina determina que debemos estimar el recurso de casación porque no es correcta la interpretación que mantiene la sentencia recurrida acerca de que el derecho de reembolso que establece el art. 1358 CC requiere que en la escritura de adquisición se haga reserva sobre las cantidades abonadas” (F.D. 2º) [S.R.I.L.L.].

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 expresa del mismo en el momento de la adquisición. Carácter privativo del saldo de una cuenta corriente conjunta en la que se ingresó dinero privativo del marido procedente de una indemnización, como consecuencia de las lesiones sufridas en un accidente de tráfico: el mero ingreso en una cuenta de titularidad compartida no convierte en ganancial la indemnización privativa y tampoco en las relaciones entre cónyuges, aunque estén sometidos al régimen de gananciales, se presume el ánimo liberal por el hecho de que se confunda el dinero privativo con el dinero poseído conjuntamente, ni se presume que el dinero privativo se aporte como ganancial.

STS (Sala 1ª) de 11 de noviembre de 2020, rec. nº 2202/2018

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b7c0425a38e12b9c/20201123>

“(…) El presente recurso se suscita con ocasión de la confección del inventario en una liquidación de gananciales. Se discute, de una parte, 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 y, de otra, el carácter privativo o ganancial del saldo de una cuenta en la que se ingresó dinero procedente de la indemnización percibida por un cónyuge como consecuencia de las lesiones sufridas en un accidente de tráfico.” (F.D. 1º)

“(…) La sentencia del pleno 295/2019, de 27 mayo, seguida entre otras por las sentencias 415/2019, de 11 de julio, y 138/2020, de 2 de marzo, 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.

(…) La sentencia recurrida considera que no cabe incluir ningún crédito en el pasivo de la sociedad a favor del Sr. Roman porque atribuyó voluntariamente el carácter ganancial al inmueble cuando lo compró, sin reservarse ningún derecho a su favor. Este razonamiento es contrario a la doctrina de la sala.

(…) El mero ingreso en una cuenta de titularidad compartida no convierte en ganancial a la indemnización privativa. Con carácter general, es doctrina de la sala que los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente a la originaria procedencia de los fondos o numerario de que se nutre la cuenta para determinar la titularidad dominical de los fondos, siendo quien lo invoque quien debe probar el ánimo liberal. (...) Tampoco en las relaciones entre cónyuges, aunque estén sometidos al régimen de gananciales, se presume el ánimo liberal por el hecho de que se confunda el dinero privativo con el dinero poseído conjuntamente ni se presume que el dinero privativo se aporta como ganancial.

(…) A ello debe añadirse que, en la lógica en la que se basa la regulación de la materia, es razonable imputar a los gananciales los gastos originados durante los años de convivencia matrimonial. En efecto, aunque también los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas (art. 1318 CC), en la relación interna entre los patrimonios conyugales la ley pone a cargo de la sociedad de gananciales los gastos de sostenimiento de la familia (art. 1362 CC). Puesto que, en el caso, la suma empleada para la adquisición de la vivienda y el saldo de la cuenta en el momento de la disolución no alcanza el importe de la indemnización privativa percibida por el Sr. Roman, se colige sin dificultad que el saldo es el resto que queda de aquella indemnización y que son los frutos comunes los consumidos en hacer frente a las cargas del matrimonio. A estos efectos es decisivo que el recurrente ha reiterado, y no ha sido negado por la recurrida, que desde la celebración del matrimonio en abril de 1993 los únicos ingresos percibidos por los cónyuges han sido la pensión por la invalidez permanente absoluta que le fue declarada al Sr. Roman como consecuencia del accidente sufrido, así como los rendimientos obtenidos por las inversiones realizadas con el dinero percibido por la indemnización. Debemos concluir que, como sostiene el recurrente, el saldo de la

cuenta bancaria no se corresponde con los frutos, que habrían sido consumidos y, por tanto, no debe incluirse en el activo del inventario.” (F.D. 3º) [G.M.R.]

Jurisprudencia: Pensión compensatoria: concesión con carácter indefinido a una mujer de 41 años, con buenas condiciones de salud, por no apreciarse posibilidades ciertas de inserción en la vida laboral. Ponderación de las circunstancias del art. 97 CC: duración del matrimonio, edad en la que se contrajo, dedicación de la mujer a la familia, e ingresos actuales y futuros del marido, que percibía 100.000 euros anuales, mientras que, por el contrario, la acreedora solo había tenido trabajos esporádicos y temporales, tenía el título de graduado escolar y escasas posibilidades de promoción laboral. Pensión de alimentos establecidos por vez primera en la sentencia estimatoria del recurso de apelación: se deben desde el momento de la interposición de la demanda.

STS (Sala 1ª) de 30 de noviembre de 2020, rec. nº 5169/2019

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f32501cc0f4e59a9/20201211>

“(…) Alega el recurrente que se yerra en la sentencia de la Audiencia Provincial, cuando se fijan los alimentos desde la interposición de la demanda, entendiéndose que los efectos de la pensión solo debían desplegarse desde la fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial.

(…) debemos entender que se acierta en la sentencia recurrida cuando se fijan los alimentos desde la interposición de la demanda, dado que la sentencia de la Audiencia Provincial es la primera sentencia que fija los alimentos, ya que la sentencia del juzgado no los fijaba y dejaba sin efecto los establecidos en el auto de medidas”. (F.D. 3º)

“(…) Se desestima el motivo. En la sentencia recurrida se realiza un juicio prospectivo ponderado a la hora de determinar la existencia de desequilibrio patrimonial (art. 97 del C. Civil).

Valoró los ingresos del ahora recurrente (100.000 euros anuales), que no diferían de los de su nuevo trabajo como autónomo y signos externos.

Por el contrario, la esposa, solo había tenido trabajos esporádicos y temporales, tenía el título de graduado escolar y escasas posibilidades de promoción laboral, pero dada su edad (entonces de 41 años) no descartaba una posible modificación si se alteraban circunstancias personales o profesionales, de ambos.” (F.D. 4º)

“(…) Se pretende por el recurrente que se fije, al menos, un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria.

(…) debemos declarar que procede la desestimación de este motivo del recurso de casación por interés casacional, dado que por la edad de la recurrente, ausencia de formación, duración del matrimonio, edad en la que se contrajo, dedicación a la familia, e ingresos actuales y futuros del esposo, de acuerdo con el art. 97 del Código

Civil, procede establecer la pensión compensatoria con carácter indefinido, con el fin de evitar el desequilibrio que la situación de divorcio produce en la Sra. Santiago que, con su dedicación a la familia, posibilitó el desarrollo profesional del que fue su esposo, no apreciándose posibilidades ciertas de inserción en la vida laboral, al menos con la entidad que se requeriría, todo ello sin perjuicio de valorar, en su momento, futuras alteraciones que evidenciaran una mayor potencialidad económica de la Sra. Santiago.” (F.D. 5º) [G.M.R.]

Jurisprudencia: Existiendo una comunidad postganancial (en este caso sobre una vivienda ganancial), uno de los comuneros puede ejercitar la acción de desahucio por precario contra el otro que la ocupa, sin necesidad de hacer constar en la demanda, de una manera expresa, que actúa en nombre de la comunidad y en interés de la misma, bastando con tratarse de una pretensión, que, de prosperar, redundará en provecho de la comunidad.

STS (Sala 1ª) de 21 de diciembre de 2020, rec. nº 962/2020

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8b89488b558aba48/20210108>

“(…) lo que aquí se debate es una acción de desahucio por precario instada por la primera esposa de D. Luis Angel contra la segunda respecto de la vivienda que corresponde a la comunidad postganancial formada por aquella y la comunidad hereditaria de éste, a la que pertenece la segunda esposa como legataria del referido usufructo, y que tiene la posesión exclusiva de la vivienda.

(…) resulta llano que la jurisprudencia admite la viabilidad de la acción de precario a favor de la comunidad hereditaria y frente al coheredero que disfruta de la cosa en exclusiva, aunque fuere por concesión graciosa del causante.

(…) A lo anterior se añade en el caso del presente pleito el hecho de que la vivienda litigiosa que forma parte del caudal hereditario tiene carácter ganancial. Por ello resulta necesario proceder a la previa liquidación de la sociedad de gananciales (devenida en comunidad postganancial tras su disolución por divorcio) para determinar el caudal hereditario.

(…) Una vez reconocida la viabilidad del precario entre coherederos o comuneros, queda por analizar si la legitimación activa para el ejercicio de la acción puede reconocerse en uno solo de los coherederos/ comuneros, y si dicha actuación ha de ser expresamente realizada en nombre y provecho de la comunidad.

(…) Es doctrina jurisprudencial constante de esta sala que la circunstancia de no haber hecho constar en la demanda que el actor actúe en beneficio de la comunidad no es razón para negarle la legitimación. (...) No se da la falta de legitimación en el actor cuando, aunque no se haya hecho constar en la demanda, de una manera expresa, que se actúa en nombre de la comunidad y en interés de la misma, se trata de una pretensión que de prosperar redundará en provecho de la comunidad.” (F. D. 3º) [G.M.R.]

Jurisprudencia: Aplicación del art. 96.I CC a las uniones de hecho, al existir hijos menores de la pareja no casada. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los condóminos no impide al otro el ejercicio de la acción de división que el art. 400 CC reconoce a todo copropietario con el objeto de poner fin a la comunidad, sin perjuicio de la oponibilidad a terceros de dicho derecho de uso.

STS (Sala 1ª) de 24 de marzo de 2021, rec. nº 3308/2018

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4b5f741c570cf840/20210408>

“(…) hoy es doctrina consolidada de la sala que la atribución del uso de la vivienda a uno de los condóminos no impide al otro el ejercicio de la acción de división que el art. 400 CC reconoce a todo copropietario con el objeto de poner fin a la comunidad. La tutela de los intereses de los hijos menores y del progenitor a quien corresponde el uso de la vivienda se consigue reconociendo la subsistencia del derecho de uso pese a la división y su oponibilidad frente al adquirente de la vivienda.” (F.J.3º). [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Custodia compartida: revocación de la sentencia que la establece, al recaer durante la sustanciación del recurso de casación, una condena penal del padre, por un delito de maltrato habitual y otro delito continuado de vejaciones injustas contra la mujer. Existencia de un patrón de conducta prolongado en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del hombre sobre la mujer delante de la hija común, con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior desarrollo de la personalidad de la pequeña. El padre proyectaba sobre la menor su problemática de pareja, existiendo un comportamiento constitutivo de violencia doméstica elevado a la condición de delito (se dirigía a la madre con palabras tales como “puta” o “zorra” y le decía a la hija de 6 años que su madre “era una puta” y que “se follaba a Baltasar”).

STS (Sala 1ª) de 29 de marzo de 2021, rec. nº 3110/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/916fc62aee71c3d9/20210413>

“En el caso presente, no nos encontramos ante un supuesto de meras desavenencias entre los progenitores con típicos desencuentros propios de su crisis matrimonial. Tampoco ante excesos verbales, en incidentes puntuales y aislados, que no afectan al interés superior de la menor de disfrutar de una custodia como la debatida en este proceso, sino ante un patrón de conducta prolongado en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que trasciende al demérito de la misma delante de la hija común, con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior

desarrollo de la personalidad de la pequeña. El padre proyecta sobre la menor su problemática de pareja y un comportamiento constitutivo de violencia doméstica elevado a la condición de delito. Así resulta claramente de la declaración de hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que impone además al demandado una orden de alejamiento con respecto a la recurrente.

(...) en la tesitura expuesta, no podemos considerar que un régimen de custodia compartida sea conveniente para el interés y beneficio de la niña; pues existe una dinámica de imposición del demandado y desconsideración hacia la actora, que además proyecta sobre la hija común, que no genera un clima proclive a su establecimiento, que requiere una intensa colaboración entre los progenitores y un modelo de respeto recíproco que además sirva de ejemplo o pauta de actuación para la menor que, en este caso, no concurre por el comportamiento del padre.” (F.J.3º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Vivienda familiar: es, exclusivamente, la habitada por los progenitores y por los hijos, hasta la ruptura del matrimonio; no lo es, en cambio, una vivienda distinta, de la que es propietaria la madre, cuyo uso cede esta al padre durante la crisis conyugal, para que la habitara junto al hijo común en los periodos de tiempo en que estaba con él, con el fin de que pudiera alquilar una casa de su propiedad a terceros y obtener, así, ingresos adicionales. La conducta de la madre, recurriendo la sentencia que atribuye el uso de tal vivienda al padre durante el tiempo en que el hijo esté en su compañía y hasta que el mismo cumple los 12 años, no es contraria a los actos propios: la recurrente cedió en precario la vivienda sin compromiso de permanencia, dado que el recurrido tiene otra vivienda de su propiedad en la que puede residir, por lo que su conducta se ajusta a la buena fe y no contradice su actuación anterior; cedió en precario la vivienda sin compromiso de permanencia, dado que el demandado tenía otra vivienda de su propiedad, en la que podía residir.

STS (Sala 1ª) de 24 de mayo de 2021, rec. nº 3277/2020.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c0f375c36e5bd0be/20210607>

“(...) es un concepto no controvertido en la doctrina jurisprudencial que conforme al art. 96 del C. Civil, vivienda familiar es la habitada por los progenitores e hijo(s), hasta la ruptura del matrimonio.

(...) A la vista de lo expuesto, debemos casar la sentencia recurrida en cuanto en la sentencia de apelación atribuye al padre la vivienda (...) cual si fuese familiar, cuando no lo era.

(...) Tampoco puede considerarse un acto propio vinculante la cesión temporal de la vivienda (...) a su marido dado que, como liberalidad que fue, se puso término a la misma en virtud de demanda de desahucio.” (F.J.2º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Matrimonio simulado: existencia. Nulidad de matrimonio contraído entre una marroquí y un español, que se encontraba en paro. La contrayente marroquí, en sede policial, en el marco de una investigación con relación a una organización criminal, dedicada al favorecimiento de la inmigración clandestina mediante falsificaciones documentales y matrimonios fraudulentos, declaró que había pagado al contrayente español 3000 euros a cambio de casarse con ella, habiendo aceptando este por su precaria situación económica, considerado la sentencia “significativo que en la declaración que este prestó ante la policía manifestó desconocer el apellido de ella y no recordar la fecha de la boda”

SAP Valencia (Sección 10ª), de 25 de noviembre de 2019, rec. nº 59/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/64ad2eb0789d4e72/20200303>

“La versión de los hechos que sostiene la apelante no quedó probada sin que puede apreciarse error alguno en la apreciación de la prueba que se hizo en la sentencia apelada. Las fotografías que se aportaron por los demandados nada acreditan, puesto que no consta la fecha en que fueron tomadas y, además, parece haber existido cierta relación entre los demandados, iniciada después de contraer matrimonio. Quedó probado que los litigantes contrajeron matrimonio sin intención de convivir ni iniciar una vida en común, sino cada uno de ellos con una finalidad distinta, él, con la de obtener un dinero, dado que estaba en desempleo, y ella, marroquí, con la de obtener la residencia legal en España pues había tenido problemas al respecto. Así lo manifestaron con toda claridad en las declaraciones que prestaron en sede policial (...) en el marco de una investigación policial con relación a una organización criminal dedicada al favorecimiento de la inmigración clandestina mediante falsificaciones documentales y matrimonios fraudulentos. (...) Dichas declaraciones se prestaron con la asistencia de Letrado colegiado en el Ilustre Colegio de Valencia y en las mismas consta con claridad no solo que se concertó el precio para el contrayente español sino también para el intermediario, a quien Dª Adelaida declaró que pagó 500 euros, siendo tal persona quién los puso en contacto y se encargó de realizar tramites administrativos. También declaró Dª Adelaida que concertó con D. Amadeo en pagarle 3.000 euros a cambio de casarse con ella, aceptando éste por su precaria situación económica, siendo significativo que en la declaración que este prestó ante la policía manifestó desconocer el apellido de ella y no recordar la fecha de la boda, narrando ambos, por separado y en días distintos, hechos sustancialmente iguales.” (F.J.1º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Matrimonio simulado: existencia: Es posible presumir la simulación cuando existen contradicciones no son puntuales, sino incompatibles con una relación matrimonial genuina, de modo que evidencian que, al tiempo de su celebración, el consentimiento matrimonial otorgado realmente no existió. Contradicciones que se producen en las vistas de un juicio iniciado por los contrayentes contra la negativa de inscripción registral del matrimonio, manifestando un desconocimiento mutuo en aspectos básicos de su vida personal o familiar, como sucede cuando el varón dice ignorar que la mujer estuviese embarazada al tiempo de casarse, cuando, en realidad, “no sólo es que estuviera en una fase incipiente de gestación sino que estaba ya embarazada de cuatro

meses y de baja por maternidad, situación que no podía ser desconocida por aquel que con ella se casaba y con quien tenía una relación de noviazgo según sus propias manifestaciones”.

SAP de Barcelona (Sección 18ª), de 29 de enero de 2020, rec. nº 553/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6acf667d12991260/20200224>

“(…) la prueba practicada en autos resulta por sí sola suficientemente reveladora de que el matrimonio no tuvo su causa en la voluntad de establecer y mantener una comunidad de vida e intereses, sino en otras razones que no corresponde a esta resolución analizar.

(…) Nótese que el matrimonio se contrae en mayo y que tres meses después ella, embarazada de 7 meses, vuelve a vivir a su casa. (...) Luego en la fecha en que contraen matrimonio no sólo es que estuviera en una fase incipiente de gestación sino que estaba ya embarazada de cuatro meses y de baja por maternidad, situación que no podía ser desconocida por aquel que con ella se casaba y con quien tenía una relación de noviazgo según sus propias manifestaciones.” (F.J.2º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Matrimonio simulado: existencia. Indicios que permiten deducir la falta de un auténtico consentimiento matrimonial: no se considera prueba suficiente de la convivencia el mero empadronamiento formal en el mismo domicilio, si no se aporta el contrato de arrendamiento de la vivienda u otros contratos o recibos de suministros básicos (como agua, luz y gas) a nombre de ambos o se acredita la existencia de cuentas bancarias conjuntas o individuales (de las que sea titular quien se pretende beneficiar de la simulación) donde se domicilia el pago de dichos servicios.

SAP de Tarragona (Sección 1ª), de 19 de febrero de 2020, rec. nº 510/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/392ca48c81f071bc/20200625>

“(…) llegamos a idéntica conclusión que el Juzgado de Instancia, que el matrimonio fue una mera formalidad sin verdadera voluntad de asumir esta institución, sino para aprovechar las ventajas de la apariencia matrimonial tratándose, por tanto, de un matrimonio simulado celebrado en fraude de Ley. Así:

(…) 1º.- Mas allá del dato importante de que, cinco años después de celebrarse el matrimonio la Sra. María Teresa se queda embarazada y tiene un hijo, Pedro, con el Sr. Rafael, quien acude a la vivienda de la demandada al menos de forma intermitente, lo primero que sorprende, de ser cierto que el matrimonio hubiera sido contraído con la intención de cumplir los deberes previstos en los arts. 67 y 68 Código Civil, es que ninguna prueba se haya aportado a las actuaciones demostrativa de las relaciones de noviazgo de la pareja, de los preparativos de toda índole para la celebración del matrimonio y del inicio de una vida en común (p.ej. testifical de amigos y familia de la pareja, compra de mobiliario para el hogar común, etc...). Esa escasez de prueba se une a otro dato importante: las contradicciones

sobre datos relativos a la celebración del matrimonio como el número de las personas que asistieron a la ceremonia, lugar de celebración del convite.

(...) 2º.- El volante de empadronamiento de los dos miembros de la pareja junto con el menor en el domicilio de la C/ DIRECCION001, núm. NUM000 de DIRECCION002 (Tarragona) de 7/02/2018, por sí solo no es prueba de la convivencia marital en él, máxime si tenemos en cuenta el dato constatado por los agentes de la Policía Nacional de que personados en este domicilio también se encontraba en el mismo el padre del menor Pedro.

(...) 3º.- No se aporta el contrato de arrendamiento de la vivienda, tampoco se aportan contratos y/o recibos de suministros básicos como agua, luz y gas en relación a dicho inmueble y a nombre de los presuntos contrayentes. Tampoco se acreditan cuentas bancarias conjuntas o individuales donde se domiciliaran dichos servicios o pagos de cargas familiares.

(...) 5º.- En definitiva, el examen de la prueba efectivamente practicada en este caso pone en evidencia contradicciones que los recurrentes no combaten específicamente sino que se limitan a restarles relevancia. Las explicaciones o intentos de justificación facilitadas por ambos no han resultado convincentes y en cambio arrojan confusión sobre datos de convivencia y actividades realizadas. Las contradicciones advertidas algunas ya inicialmente en el expediente de extranjería y finalmente en el acto de la vista del presente proceso, no son puntuales y son incompatibles con una relación matrimonial genuina y evidencian que, al tiempo de su celebración, el consentimiento matrimonial otorgado realmente no existió y que nos encontramos ante un matrimonio simulado. (F.J.3º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Matrimonio simulado: inexistencia: Importancia de la prueba testifical sobre la existencia de una relación entre los contrayentes, antes y después de la celebración del matrimonio, reflejada además en un extenso reportaje fotográfico.

SAP de Vizcaya (Sección 3ª), de 28 de febrero de 2020, rec. nº 497/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/48b4d08ae33461aa/20210209>

“En el presente caso como es de observar y así se recoge en la sentencia de la instancia, se ha practicado prueba testifical que viene en significar y justificar una tanto la Sra. Virginia como la Sra. Marí Jose, la existencia de una relación entre los actores, que son conocidos de vecindad y de relación laboral y ello en los propios términos que significa la sentencia recurrida. Igualmente se ha aportado un extenso reportaje fotográfico que contiene o refleja relaciones entre los actores anteriores y con posterioridad de la celebración del matrimonio.

(...) En definitiva, podemos significar como conclusión que no encontramos suficiente fundamento para considerar el matrimonio de los actores de conveniencia, pues como se significa en la sentencia recurrida y se comparte, las

contradicciones que se observa en el expediente administrativo no son de gran relevancia, y en todo caso no reveladoras de una actitud fraudulenta y además ello frente a la prueba aportada en el presente procedimiento.” (F.J.3º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Matrimonio simulado: inexistencia. Es improcedente la negativa de la DGRN a inscribir un matrimonio celebrado por poderes entre un contrayente español y otro colombiano entre los que existía una diferencia de edad de 40 años y que nunca se habían visto físicamente, los cuales habían decidido casarse a través de una llamada de wasap. Carácter decisivo de la prueba testifical de una previa relación de noviazgo y del carácter estable de esta, aunque la misma fuera a distancia, así como la falta de un móvil económico (el contrayente colombiano era Agente de Tránsitos en su país).

SAP de Asturias (Sección 5ª), de 14 de mayo de 2020, rec. nº 79/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4d88645b58d660ce/20200619>

“Como acertadamente se señala en la recurrida, el contenido de las actas de las audiencias reservadas no resulta base suficiente para considerar la simulación del matrimonio de los demandantes, antes al contrario, consta al folio 114 de los autos (página 43 de la entrevista reservada) que el encargado del Registro Civil de Langreo, tras la entrevista y la existencia de alguna omisión en las contestaciones, señala que "no he apreciado ninguna circunstancia de la que pudiera deducir que el matrimonio celebrado en Colombia y que se pretende inscribir en España pudiera ser de conveniencia". La discrepancia sobre alguno de los gustos personales y sobre el conocimiento del número de hermanos de ambas partes, que fueron convenientemente explicadas en el acto de la vista (habla Don Enrique de las hermanas de Don Ernesto con las que tiene relación), denotan que no estaban preparadas las respuestas, siendo así que la realidad de la relación fue puesta de manifiesto por los testigos que depusieron en el acto de la vista, que ha de ser relacionada con la ingente documental aportada por los demandantes, de la que se infiere la estabilidad de la relación y que precisamente, tras los años de noviazgo a distancia, fue ello lo que provocó optar por el matrimonio, sin que se observe móvil económico alguno, pues Don Enrique hubo de abandonar su trabajo en Colombia y no parece obtenga beneficio económico alguno (es Agente de Tránsito en Colombia, confróntese folio 159).” (F.J.4º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Matrimonio simulado: existencia. El proceso de nulidad instado por el Ministerio Fiscal puede continuar, aunque en el curso del mismo el matrimonio se haya disuelto por sentencia dictada en otro proceso de divorcio.

SAP de Barcelona (Sección 12ª), de 16 de julio de 2020, rec. nº 1078/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c83fb768f00a7364/20200826>

“(…) examinaremos el argumento relativo a la innecesaridad de la continuación del procedimiento por haberse dictado sentencia firme en el procedimiento de divorcio.

(…) Dicho alegato reconducible al artículo 22,1 LECivil no puede ser atendido por la distinta naturaleza de las pretensiones ejercitadas en uno y otro proceso: En el de nulidad se solicita la declaración con efectos retroactivos de que el matrimonio nunca existió lo que llevaría en caso de ser estimado a la ineficacia del proceso de divorcio, mientras que en el proceso de divorcio se parte de la base de que el matrimonio existió y era válido lo que precisamente es objeto de controversia en estos autos.” (F.J.2º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Liquidación de la sociedad de gananciales: no procede el ejercicio de la acción rescisoria por lesión, que se entiende renunciada, cuando los cónyuges dieron un valor a los bienes libremente aceptado por ambos, no siendo necesario que la renuncie conste de forma expresa en el convenio.

SAP (Sección 6ª) Sevilla 7 de febrero de 2019, rec. nº 10621/2017.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2e3238a6980a21a2/20190514>

“(…) los cónyuges valoraron de forma convencional todos los bienes. Tanto los inmuebles como el ajuar de las tres viviendas y los dos vehículos, todo ello con pleno conocimiento y conformidad de ambos, de manera que no es posible estimar que se haya producido lesión en más de una cuarta parte del valor de los bienes adjudicados porque falla la premisa, que es que la valoración no fue la de mercado sino que se trató de una valoración convencional. Ese es el sentido del pacto contenido en el convenio expresado en los siguientes términos: ‘...tras realizarse el pago de la deuda que tenía la sociedad legal de gananciales para con la esposa, tras practicarse la adjudicaciones de bienes y deudas que contienen los dos anteriores lotes y tras materializarse la compensación económica entre los lotes que también se ha expuesto, resulta finalmente que coinciden los haberes y los lotes netos que les corresponden a cada uno de los esposos, no habiendo por tanto ni excesos ni defectos de adjudicación entre ellos, quienes por lo tanto se declaran liquidados, pagados y compensados por todos los conceptos y a su entera satisfacción’. Lo que además se reitera en el anexo cuando se expresa que la liquidación y partición se ha hecho a plena conformidad de los cónyuges.

Como consecuencia de ello en la sentencia recurrida se ha entendido que los cónyuges renunciaron a la acción de rescisión por lesión, sin bien no conste de forma expresa en el convenio, lo que es posible, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo STS 30 de octubre de 2008.

Este Tribunal coincide con la apreciación de la Juzgadora a quo, y estima, que no procede la acción de rescisión por lesión porque debería haberse tenido en cuenta el valor real de todos los bienes adjudicados y no sólo del inmueble en cuestión

pero sobre todo a la vista del contenido de los documentos, en la que se expresó de forma clara la voluntad de los cónyuges, art 1281 del C. Civil que, como sostuvo la parte apelada, ha existido una transacción para liquidar el régimen económico ganancial, en el que las partes han convenido otorgar a los bienes un valor determinado con independencia del valor de mercado, por lo que el recurso ha de ser desestimado, confirmando la sentencia dictada” (F.D. 3º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: Notas características que debe reunir la convivencia marital para producir el efecto extintivo de la pensión compensatoria del artículo 101 del Código civil.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d3734909bb27f129/20200204>

SAP (Sección 1ª) Oviedo de 5 de julio de 2019, rec. nº 615/2019.

“(…) de los elementos probatorios obrantes en las actuaciones y arriba descritos la conclusión no puede ser otra que la de entender cumplidamente demostrada, como también hace la Sentencia recurrida, que la relación mantenida por Doña Raimunda con Don Balbino reúne las notas características arriba descritas para poder ser calificada como ‘vida marital’ o convivencia more uxorio, suficiente para producir el efecto contemplado en el art. 101 C.Civil de extinción de la pensión compensatoria, pues tuvo una duración suficiente (las observaciones del informe de detectives privados se extienden durante un período de 11 meses comprendidos entre agosto 2017 y julio 2018, a lo que se une la entrevista de la revista Vanitfair que data de abril 2016), se mantuvo estable durante ese tiempo, y se manifestó como tal al exterior en el ámbito de su círculo social (así de la documental extraída de las redes sociales y la prueba testifical). Debemos tener presente asimismo que las situaciones como las que nos ocupan suelen en la práctica disimularse con mayor o menor opacidad cuando de su revelación depende la extinción de algún derecho como puede ser el que ahora se discute, razón por la que los Tribunales deben acudir en tales casos a la prueba de presunciones para su acreditación, lo que en el supuesto examinado resulta innecesario al ser suficiente la prueba directa que obra en autos” (F.D.4º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: Liquidación de la sociedad de gananciales: no procede el ejercicio de la acción rescisoria por lesión, que se entiende renunciada, cuando los cónyuges dieron un valor a los bienes libremente aceptado por ambos.

SAP (Sección 1ª) Lugo 11 de febrero de 2020, rec. nº 497/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0d81f87fb519e759/20200506>

“Así, en relación con la renuncia al ejercicio de la acción rescisoria entre los cónyuges, aun cuando la dicción de las capitulaciones matrimoniales no recoge la

renuncia expresa a la referida acción, la aplicación de la doctrina jurisprudencial relativa a su validez (por todas STS (1ª) de 30.10.2008) nos hace coincidir con la interpretación dada en la sentencia apelada, porque consideramos que el acuerdo de liquidación firmado por los cónyuges parte de un valor libremente aceptado por ambos, quienes conocían todas las circunstancias de hecho relativas a su valoración, que necesariamente ha de implicar la renuncia por los dos cónyuges de la acción rescisoria fundada en una eventual lesión apreciada a partir de un diferente criterio de valoración al tenido en cuenta en la escritura pública” (F.D. 2º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: Liquidación de la sociedad de gananciales: no procede la acción de rescisión por lesión al constar renuncia expresa, clara y terminante en la escritura pública otorgada ante Notario.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c64179f7faf00ab8/20200810>

SAP (Sección 7ª) Oviedo de 11 de junio de 2020, rec. nº 630/2019.

“De igual modo debe decaer el recurso referido a la acción ejercitada con carácter subsidiario en la demanda, acción de rescisión por lesión del art. 1.074 del Código Civil, haciendo propios los razonamientos de la recurrida con cita de la STS de 30 de octubre de 2008 que analiza la validez de la renuncia anticipada a la acción rescisoria por lesión, recogiendo la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo al respecto, en relación con el OTORGAN PRIMERO de la escritura pública tantas veces citada, en la que se adjudica a la demandada la vivienda, valorando la adjudicación en 40.212 euros (en letras mayúsculas y en número) recogiendo ‘Lleva por consiguiente un exceso de adjudicación de VEINTE MIL CIENTO SEIS EUROS (20.106), que las retiene en su totalidad para hacer frente a las obligaciones que se derivan de la referida garantía hipotecaria, liberando de las mismas a DON Alejandro, que ACEPTA y manifiesta darse por satisfecho en el pago de todos sus derechos en la sociedad de gananciales’.

Renuncia expresa, clara y terminante, de la que es lógico entender, en términos de dicha doctrina jurisprudencial, que se ha renunciado a la rescisión por lesión al declararse en la escritura que nada tienen que reclamarse las partes intervinientes en aquella.

Y, a mayor abundamiento, como expusimos en el anterior Fundamento, no consta acreditado que el valor real o de mercado de la vivienda al momento de la firma del convenio, ni al otorgarse la escritura pública lo fuese en la cifra de 90.000 euros, al no haberse aportado informe sobre su tasación, fijándose en ambos casos en el que los otorgantes convinieron, lo único que consta a través de certificación catastral unida a la escritura, es su valor catastral 32.216,27 euros, inferior al establecido en aquella (40.212), así las cosas, no cabe apreciar lesión invocada como determinante de la rescisión de la partición realizada en la escritura pública de 16/10/16” (F.D.4º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: No atribución de la vivienda familiar a la madre custodia de los hijos, por vivir todos ellos en la casa de la abuela materna: la circunstancia del abandono de la vivienda por parte de la progenitora custodia para pasar a habitar junto con sus hijos en otra vivienda aun-que sea junto con un familiar pone de relieve que los menores tienen cubierta su necesidad de alojamiento sin precisar de la ocupación de la vivienda familiar.

SAP de Madrid (Sección 22ª) de 2 de marzo de 2020, rec n° 2013/2018

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bc092435de7a200c/20200617>

“(…) la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 CC (entre otras SSTs 1/4/2011, 14/4/2011, 30/9/2011).

Siendo el principio protegido por dicho precepto el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC).

No permitiendo el párrafo 1o del art. 96 CC imponer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en dicho artículo no es la propiedad de los bienes que constituyen la vivienda, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el Juez.

(…) cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre no reside en el domicilio familiar desde hace tiempo, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora los menores conviven con la titular de su guarda y custodia.” (F.D. 2º) [E.L.G].

Jurisprudencia: La litisexpensas del cónyuge que carece de bienes propios para litigar, pagadas con dinero de una cuenta ganancial, no constituyen activo de la sociedad de gananciales.

SAP de Cantabria (Sección 2ª) de 2 de marzo de 2020, rec n° 725/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f1c887f0c1b88de5/20200529>

“(…) no se pone en duda -no es objeto de controversia, como reconoce la esposa al oponerse a la impugnación- que existió una transferencia de la esposa a su letrada

por 1.600 euros el 27 de abril de 2016 para el pago de sus servicios profesionales en defensa de su cliente en el proceso de divorcio.

Olvida el impugnante el régimen legal previsto en el art. 1318. II CC cuando literalmente expresa que ‘Cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficientes, los gastos necesarios causados en litigios que sostenga contra el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad, o contra tercero si redundan en provecho de la familia, serán a cargo del caudal común y, faltando éste, se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de éste impida al primero, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la obtención del beneficio de justicia gratuita.’

Por tanto, no existiendo prueba suficiente de los medios exclusivamente privativos que la actora tuviera con liquidez suficiente como para destinarlos al litigio que iba a sostener y definitivamente sostuvo -lo que se ha trasladado también a la liquidación de patrimonio ganancial-, los gastos habidos en tal concepto pueden y deben ser costeados por el caudal común, como no de otra manera justifica el esposo que haya abonado los suyos.” (F.D. 10º) [E.L.G.].

Jurisprudencia: Pacto de libración de la condición de deudora hipotecaria indebidamente incluido en el convenio regulador, aprobado, sin embargo, judicialmente: procedencia de la ejecución, al haberse pactado que, en el caso en que no fuera posible la subrogación del marido en el préstamo, este le entregaría a la mujer una cantidad de dinero para que procediera a la amortización parcial de la hipoteca. Ante la imposibilidad alegada por el ejecutado de liberar a la ejecutante del préstamo hipotecario, entra en juego la obligación subsidiaria contraída por el ejecutado: la estipulación contenida en el convenio no tiene efectos frente a terceros y no puede inscribirse en el Registro de la Propiedad, pero sí tiene fuerza entre las partes, debiendo procederse al pago de la cantidad convenida.

AAP de Barcelona (Sección 12ª) de 5 de marzo de 2020, rec nº 286/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6b8834badf765597/20200528>

“La cuestión planteada se plantea con relativa frecuencia en la casuística forense, y se deriva de la incorrecta praxis profesional, imputable a los letrados que redactan los referidos pactos, de incluir en los convenios reguladores operaciones liquidatorias respecto de bienes inmuebles gravados con hipotecas que garantizan operaciones crediticias frente a terceros. En los casos en los que no se detecta por el juzgado la irregularidad mencionada el pacto queda incorporado a la parte dispositiva de la sentencia y presenta, como ocurre en este proceso, la apariencia de una subrogación que en ningún caso se ha perfeccionado.

(...) Este mismo tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre este particular, entre otras en la Sentencia de 3.10.2013, reiterada recientemente por la de 11.6.2016 que confirma la no aprobación de un convenio regulador con una

cláusula similar por cuanto la subrogación en las obligaciones del deudor derivadas de un crédito concertado con un tercero exige la aceptación de tal negocio jurídico por el acreedor, tal como establece el artículo 118 de la Ley Hipotecaria. En consecuencia con lo anterior, la aprobación de los referidos pactos adolece de un defecto esencial que impide su eficacia frente a terceros, y supone también la inviabilidad de la inscripción de tal pacto en el registro de la propiedad.

No obstante lo anterior, lo que las partes acordaron es plenamente eficaz como pacto entre los esposos y les obliga a responder frente al otro en los términos convenidos. Indudablemente no se está en presencia de la novación de la obligación hipotecaria, pero sí se perfeccionó entre ambos un pacto liquidatorio que es diferente a la obligación que ambos tienen concertada con la entidad bancaria que subsiste para ambos en tanto no se pague totalmente la deuda y se cancele la hipoteca, se acepte por el acreedor la novación de la obligación, o la subrogación propuesta por los deudores.

En el mismo sentido, la obligación del demandado de subrogarse en el crédito frente a la entidad bancaria, liberando de tal obligación a la esposa, es plenamente válida, eficaz y exigible, si bien, ante la persistencia respecto a su incumplimiento, podrá la actora ejercitar las acciones que dan protección a su derecho, bien solicitando la rescisión de la obligación por el incumplimiento notorio por parte del demandado y recuperando la parte de la finca transmitida, o bien reclamando contra el deudor los daños y perjuicios por tal incumplimiento.

(...) No obstante, en el caso que nos ocupa las partes no se limitaron a acordar la liberación de la Sra. Petra respecto al préstamo hipotecario. De forma subsidiaria acordaron que en el supuesto de que la Sra. Petra no quedara liberada del préstamo hipotecario el Sr. Segismundo debería abonarle la cantidad de 93.549,49 euros, cantidad que la Sra. Petra utilizaría para amortizar parcialmente el crédito con garantía hipotecaria suscrito con la entidad BBVA. Ante la imposibilidad alegada por el ejecutado de liberar a la ejecutante del préstamo hipotecario entre en juego la obligación subsidiaria contraída por el ejecutado. La estipulación contenida en el convenio tiene fuerza entre las partes, debiendo proceder al pago de la cantidad convenida.” (F.D. 2º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: No puede exigirse al otro progenitor el pago de la mitad de los gastos derivados de cursar estudios en una universidad privada, cuando se ha opuesto a los mismos.

SAP de Baleares (Sección 4ª) de 5 de marzo de 2020, rec nº 536/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/76204d008d65437f/20200609>

“(…) Como guía para poder determinar si un gasto que se produce una vez disuelto el matrimonio puede calificarse como ordinario o extraordinario, podemos citar lo señalado por el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de octubre de 2014, en la que

se indica: ‘Es cierto que tiene declarado la Sala, en su sentencia núm. 721/2011, de 26 de octubre Jurisprudencia citada a favor STS , Sala de lo Civil, Sección: 1a, 26/10/2011 (rec. 926/2010) Si durante la convivencia, los progenitores habían acordado que determinados gastos formaban parte de la educación integral de sus hijos, siempre que se mantenga el nivel económico que existía antes de la separación/divorcio, deben considerarse los gastos acordados como ordinarios.’

(...) Con arreglo a este criterio debe analizarse la petición de la parte demandante y apelante y la conclusión que se alcanza es la que expresa la juez *a quo* en la sentencia dictada en primera instancia. Es cierto que ambos progenitores estaban conformes en que sus hijos cursaran sus estudios en un colegio privado y al efecto se determinó una contribución para gastos escolares equilibrada a los ingresos de ambos. Este es el acuerdo que habían alcanzado las partes y se reflejó en la sentencia dictada para el divorcio, y también lo que las partes ratificaron en el procedimiento de modificación de medidas que concluyó con la sentencia dictada en fecha 5 de octubre de 2017.

El centro en el que la hija manifestó que deseaba iniciar sus estudios no guarda proporción con las previsiones que habían hecho las partes respecto a los gastos escolares, pues el importe de la matrícula anual asciende a la suma de 20.000 euros. No se ha justificado que sea un importe que entre dentro de los parámetros normales o habituales para la realización de unos estudios jurídicos, sin que sea posible acceder a otra universidad en la que pueda obtener una formación equivalente sin hacer frente un gasto tan elevado. Se trata de un gasto que debe ser considerado como extraordinario y que precisa el acuerdo de ambos progenitores para que queden vinculados a sufragarlo de forma conjunta.

Con independencia de cuál de los dos progenitores mantuvo una actitud más activa en la ayuda a su hija en la búsqueda del centro donde iniciar sus estudios universitarios, la Sra. Silvia fue siempre consciente de la oposición del Sr. Eleuterio a que la matrícula se hiciera en la universidad en la que finalmente se hizo, por lo que no puede reclamar el que el importe de la matrícula se abone de forma conjunta, en la proporción que, para los gastos escolares, se establece en la sentencia.” (F.D. 2º)

“(…) Los gastos derivados de la manutención de la hija que se encuentra cursando sus estudios superiores fuera de la Isla deben calificarse como ordinarios, pues se trata de cubrir sus necesidades. Son gastos necesarios para su sustento y alimentación mientras desarrolle esa actividad de formación. Ambos progenitores están conformes en que la hija se desplace fuera de su lugar de residencia habitual para realizar tales estudios. No existe controversia sobre esta cuestión.” (F.D. 3º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: Reducción de la pensión compensatoria en la misma cuantía (del 30%) en que resultan disminuidos los ingresos del deudor como consecuencia de su jubilación: es irrelevante que el actor se haya prejubilado anticipadamente, opción cuyo ejercicio no puede ser reprochado a la

edad alcanzada y número de años cotizados, tras un pro-longado periodo de prestación activa de servicios. Efectos de la reducción a partir de la fecha de la sentencia estimatoria de primera instancia (art. 774.5 LEC)

SAP de Madrid (Sección 2ª) de 6 de marzo de 2020, rec nº 144/2018

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6fa066acb558bb61/20200611>

“(…) Considera la Sala acertada la decisión del Juez ‘a quo’ de acceder a la pretensión aminoratoria, al detectarse por consecuencia de la jubilación del obligado una efectiva disminución de sus emolumentos respecto de los que percibía, no al tiempo del dictado de la sentencia de divorcio, sino al de la última resolución recaída en proceso modificatorio, 2 de junio de 2013, punto cronológico del que ha de partirse a fines de contraste, debida a causas ajenas a su voluntad, sobrevenidas, y definitivas, no coyunturales o episódicas, sino estructurales y definitivas, en términos previstos por el legislador y arriba expuestos para operar el cambio.

(…) No obstante, no llega a ser tan significativa la disminución de sus ingresos como para dejar contraída repetida pensión a tan solo 180 € mensuales, toda vez que, a la vista del salario que generó en el año 2.012 y la actual pensión por jubilación, parámetros sobre los que ha de efectuarse el contraste, las diferencias a la baja son equivalentes a un 30 %, proporción en la que consideramos ha de aminorarse el beneficio, única reducción que ha de experimentar la pensión en aras a adaptarla a la actual capacidad económica del obligado.

(…) Permítase hacer referencia al criterio que reiteradamente se viene manteniendo por la jurisprudencia en esta materia de pensión compensatoria que establece el artículo 97 del Código Civil, al señalar que el destino de este beneficio, no es otro que colocar al consorte desfavorecido con la quiebra del matrimonio, en igual situación frente al empleo o la posibilidad de obtener recursos para el sustento, en que se encontraba antes de contraerlo, significando que la pensión compensatoria no es de automática concesión a la separación o al divorcio, ni un mecanismo igualatorio de economías dispares (...)

(…) Para concluir permítasenos indicar que si bien lo aquí acordado no coincide con lo solicitado por Da. Elena , no por ello incurrimos en incongruencia ni ultra ni extrapetita, a tenor del aforismo doctrinal "quien pide lo más, también pide lo menos", que es lo aquí acontecido, aplicando al tiempo lo dispuesto en el artículo 218.1, segundo párrafo, de la L.E.Civil, en cuya virtud, el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes, consagrando el principio ‘iura novit curia’, así como otro conocido aforismo doctrinal ‘da mihi factum, dabo tibi ius.’” (F.D. 3º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: Reducción de la cuantía de la prestación, al haber sufrido el deudor un empobrecimiento significativo superior al 15% como consecuencia de la depreciación de la libra esterlina respecto del euro. Las Tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el CGPJ no son vinculantes, sino meramente orientadoras.

SAP de Cantabria (Sección 2ª) de 9 de marzo de 2020, rec nº 572/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/91e24594c96c870e/20200807>

“De conformidad con el art. 775 LEC la solicitud de modificación de las medidas definitivas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, está supeditada a que varíen las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas, que en este caso habrá que entender que consistieron en las posibilidades económicas del Sr. Candido.” (F.D. 2º)

“Una nueva valoración de la prueba practicada, y salvando por el interés del menor que buena parte de la documentación presentada está redactada en inglés sin aportar la correspondiente traducción (...) pone de manifiesto lo siguiente:

a) En el año fiscal británico abril 2014-2015, los ingresos salariales brutos del demandante (Total Gross) como empleado de British Airways ascendieron a 35.798,47 libras esterlinas, según resulta de la nómina del 31 de marzo de 2015, doc. 11 de los de la demanda.

b) En el año fiscal británico abril 2018-2019, esos ingresos ascendieron a 34.231,76 euros según resulta de la nómina del 31 de enero de 2019, aportada en el acto del juicio, que refleja un Total Gross de 28.987,70 libras esterlinas, y a la que se ha de adicionar lo correspondiente a los meses de febrero y marzo, que se estima que coincide con las mensualidades anteriores (2.622,03 libras esterlinas brutas mensuales.

c) Es un hecho público la devaluación de la moneda británica respecto del euro en los últimos años, registrando el boletín estadístico del Banco de España que el tipo de cambio euro-libra esterlina era en abril de 2015 de 0,72116, y en abril de 2019 de 0,86179.

Consecuentemente con lo anterior, no se comparte el motivo del recurso de la Sra. Nieves, procediendo a su desestimación.” (F.D. 3º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: La convivencia marital con otra persona, que es causa legal de extinción de la pensión compensatoria de acuerdo con el art. 101 CC, puede también operar como causa para su no concesión. Falta de prueba de dicha convivencia marital: la audiencia o exploración del menor es el mecanismo ideado por el legislador para garantizar el derecho de aquel a ser oído y escuchado (art. 9 Ley Orgánica 1/1996, art. 770 LEC), pero no es propiamente una prueba testifical, y

sus manifestaciones no son pertinentes en lo relativo a cuestiones que, como la pensión compensatoria, no le afectan.

SAP de Cantabria (Sección 2ª) de 9 de marzo de 2020, rec nº 627/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/740558f8c679be4c/20200807>

“Partiendo de la prueba practicada, no puede sino concluirse que efectivamente existió una especial dedicación de la Sra. Candida al cuidado de su hijo, al menos hasta que éste cumplió los seis años de edad (...) Pero lo cierto y relevante es que esa principal dedicación de la ex esposa hace varios años que concluyó por lo que cabe concluir que los efectos negativos que la misma pudo tener para la señora Candida en lo relativo a la obtención de mejores condiciones laborales, han ido disminuyendo con el paso del tiempo. Por esta razón, se estima adecuado reducir el plazo de tres años de percibo de la pensión compensatoria a uno sólo, lo que supone la extinción de la misma el próximo 30 de abril de 2020.

(...) la falta de una búsqueda activa de empleo, es oportuno recordar que "evitar la pasividad en la mejora de la situación económica, combatir el desentendimiento o inactividad del acreedor en orden a obtener una ocupación remunerada, buscar o aceptar una actividad laboral", "(potenciar) el afán de reciclaje o reinserción en el mundo laboral", fue un argumento empleado por el Tribunal Supremo (p.e. STS 113/2008, de 21 de noviembre) para justificar en su momento la procedencia de pensiones compensatorias de carácter temporal, pero no constituye por sí ni causa de denegación, ni siquiera de extinción, de la pensión compensatoria, sin perjuicio de que pueda proceder la finalización de la misma por el transcurso de un plazo, más o menos prolongado según las circunstancias, que suponga la dilución del desequilibrio que justificó su establecimiento.

Y en lo referente a la alegada convivencia marital con otra persona, aunque la misma -que es expresa causa legal de extinción de la pensión compensatoria de acuerdo con el art. 101 CC- puede operar efectivamente como justificante para su no establecimiento, acontece en este caso que esa convivencia no se ha demostrado suficientemente. (...) Por último, ante las alegaciones del recurrente relativas a la convivencia de la madre con otra pareja, es oportuno señalar que este tribunal estima que la audiencia o exploración del menor es el mecanismo ideado por el legislador para garantizar el derecho de aquél a ser oído y escuchado (art. 9 Ley Orgánica 1/1996, art. 770 LEC) pero no es propiamente una prueba testifical, y sus manifestaciones no son pertinentes en lo relativo a cuestiones que, como la pensión compensatoria, no le afectan.

Finalmente, la asunción con bienes propios del Sr. Leoncio de lo que parecen cargas de la sociedad de gananciales, no justifica, por principio, la supresión o reducción de la pensión compensatoria, sino un derecho de reintegro al tiempo de la liquidación del régimen económico matrimonial.” (F.D. 2º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: Estimación de la demanda de extinción de pensión compensatoria denegada 3 años antes, por la circunstancia de que, si bien el deudor había cambiado de trabajo y, con ello, reducido su salario (50.000 euros brutos anuales frente a los anteriores 60.404,58), sin embargo, había percibido una indemnización (de entre 60.000 y 70.000 euros) de su antigua empresa, que le permitió mantener durante cierto tiempo su capacidad económica. Reducción de la capacidad económica del marido en el momento de presentar la segunda demanda; constatación del largo período de tiempo durante el que se viene percibiendo la pensión (15 años, frente a los 8 que había durado el matrimonio) y de la capacidad laboral de la acreedora, que se encuentra trabajando, aunque lo haga con horarios reducidos.

SAP de Madrid (Sección 22ª) de 9 de marzo de 2020, rec nº 1859/2018

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/32ef2bd9a34b07a1/20200617>

“(…) el art. 100 del CC dispone que fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o divorcio, solo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge. La STS de 27 de octubre de 2011, establece: ‘las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Cuando ello ocurra el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir total o parcialmente.’” (F.D. 2º)

“Del examen de los datos contables obtenidos a través del Punto Neutro Judicial se advierte que el Sr. Sabino en el ejercicio 2016 obtuvo por rendimientos de trabajo unos ingresos brutos de unos 34.400 euros anuales, siendo acusadamente inferiores los de la Sra. Bibiana.

No obstante lo anterior no puede desconocerse que además del tiempo transcurrido desde dicho procedimiento, la propia Sentencia de Apelación en el Fundamento Jurídico Segundo señala que si bien Don Sabino había cambiado de trabajo en la empresa actual percibía la cantidad de 50.000 euros brutos anual frente a los 60.404,58 euros/brutos anuales que percibía de la anterior pero que según declaraciones del propio Sr. Sabino había recibido de la primera entre 60.000 y 70.000 euros, añadiendo la Sentencia de Apelación que ello le permite mantener durante cierto tiempo la misma capacidad económica.

Expuesta lo anterior es claro que la capacidad económica del Sr. Sabino se ha reducido no basta sino comparar los ingresos que percibía al tiempo de desestimarse la pretensión de extinción de la compensatoria con los actuales, tampoco puede desconocerse el periodo de tiempo que la acreedora de la pensión lleva percibiendo la misma (unos 15 años) habiendo durado el matrimonio unos 8 años, la Sra. Bibiana tiene capacidad laboral, se encuentra trabajando aunque lo haga con horarios reducidos, circunstancias de las que se infiere que el desequilibrio económico advertido al tiempo de la ruptura matrimonial se ha superado, en consecuencia se establece la extinción de la pensión compensatoria.” (F.D. 3º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: Modificación de custodia monoparental materna a compartida: el menor ha tenido un hermano de vínculo sencillo por parte de padre y el régimen de guarda y custodia compartida, al margen de su abstracta viabilidad y de ser el más aconsejable para el interés del menor, refuerza los vínculos de relación con dicho hermano.

SAP de Cantabria (Sección 2ª) de 10 de marzo de 2020, rec nº 918/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/69f76704fd8ae6d9/20200807>

“Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013: ‘se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel’. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014)” (F.D. 2º)

“En el supuesto que nos ocupa el informe del equipo psicosocial obrante a los folios 81 y siguientes de las actuaciones pone de manifiesto que no se detectan en ninguno de los progenitores limitaciones relevantes que afecten a la capacidad para ejercer la guarda y custodia del menor. (...)

A tal informe ha de añadirse que el menor ha tenido un hermano de vínculo sencillo en relación con el padre y que el régimen de guarda y custodia compartida, al margen de su abstracta viabilidad y de ser el más aconsejable para el interés del menor, refuerza los vínculos de relación con dicho hermano por lo que procede confirmar la resolución recurrida.” (F.D. 2º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: Extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido a la mujer hace más 20 años, sin limitación de tiempo, por ser custodia de los hijos menores de edad en el momento de la asignación. Habida cuenta del tiempo transcurrido y habiéndose liquidado la sociedad de gananciales (hace ya más de cinco años), atribuyéndose al marido un 80% de la vivienda y un 20% a la mujer, se ha agotado cualquier duración razonable de esa atribución de uso. El hecho de que la situación económica de la esposa siga siendo precaria y peor que la del demandante, o que actualmente esté en tratamiento de un tras-torno mixto reactivo a un problema de relación, no

permiten perpetuar indefinidamente lo que por de-finición debe ser temporal (no hay ya hijos de menores de edad, aunque uno de ellos siga habitando en la vivienda).

SAP de Cantabria (Sección 2ª) de 10 de marzo de 2020, rec n° 56/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/016d255deba49c16/20200807>

“Debe decirse que no resulta reconocible en la sentencia de separación la concesión a los hijos -entonces ya mayores de edad-, de un derecho de uso de la vivienda familiar al margen de la atribución de uso a la esposa; aunque en su literalidad el auto de medidas provisionales de 8 de octubre de 1999 confirmado de 18 de enero de 2000 en la reprodujo la dicción del art. 96 CC al atribuir el uso de la vivienda a la esposa y a los hijos, es patente que ello no supuso la atribución a estos de un derecho de uso autónomo y ejercitable frente a sus progenitores, precisamente por el mismo argumento que esgrime la parte en esta alzada para sostener que esta sentencia no puede afectarles, pues no eran parte en aquel proceso matrimonial seguido, como es lógico y correcto, entre los cónyuges, únicos a los que afectaban sus pronunciamientos.

(...) En el presente caso, por tanto, aun cuando en la sentencia de separación no se concretara límite temporal alguno, no por ello puede interpretarse como una atribución vitalicia del uso; y habida cuenta del tiempo transcurrido - más de veinte años-, y el resultado expuesto de la liquidación de la sociedad de gananciales - hace ya más de cinco años-, aun cuando en efecto se considere que el interés más necesitado de protección en su momento fue el de la esposa, no puede sino considerarse que se ha agotado cualquier duración razonable de esa atribución de uso y es de todo punto necesario poner fin a la misma (...) El hecho de que la situación económica de la esposa siga siendo precaria y peor que la del demandante, o que actualmente esté en tratamiento de un trastorno mixto reactivo a un problema de relación, no permiten perpetuar indefinidamente lo que por definición debe ser temporal, ni alargar más allá de lo que viene acordado esa situación de uso exclusivo.” (F.D. 2º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: Denegación de solicitud de un progenitor de cambio de centro escolar elegido por ambos padres durante su convivencia, basado en el deseo del menor de cambiar de colegio, argumentando que se siente solo entre sus compañeros, por no tener un grupo de trabajo, ni tener con quien co-municarse, diciendo confiar en que en otro centro escolar los alumnos serán distintos y que allí ya conoce a algunos compañeros. Permanecer en el mismo centro escolar, sin que exista informe alguno de su tutor u otro especialista que lo desaconseje, evita cambios que no tienen por qué resultar beneficiosos para el menor y problemas de adaptación, máxime si estamos hablando de que solo le queda un curso escolar para terminar este ciclo formativo. No existe prueba alguna que determine que el centro escolar propuesto por el demandante tenga una formación que sea más adecuada para el menor o se ajuste mejor a sus actuales necesidades, pudiendo más responder su petición a una decisión mudable de su hijo.

AAP de Barcelona (Sección 12ª) de 12 de marzo de 2020, rec nº 1224/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/584cc4235d3d59ef/20200608>

“La potestad parental es una función inexcusable que los progenitores ejercen personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo. La regla general es que los progenitores deben ejercer conjuntamente esta potestad, sin embargo en caso de desacuerdo ocasional podrán acudir a resolver su controversia ante la autoridad judicial.” (F.D. 2º)

“No existe prueba alguna que determine que el centro escolar propuesto por el Sr. Pelayo tiene una formación que sea más adecuada para el menor o se ajuste mejor a sus actuales necesidades, pudiendo más responder su petición a una decisión mudable de su hijo. No se aporta dato objetivo alguno que aconseje modificar el centro escolar al que ha acudido hasta ahora el menor. Procede por ello confirmar la resolución recurrida y mantener en la madre la decisión del centro escolar al que acudirá Pelayo el próximo curso escolar.

(...) Debe señalarse finamente que siendo importante en la educación de los hijos la elección del centro escolar al que asistan, en su educación y formación influyen también otras muchas circunstancias y entre ellas una de las más importantes es que los padres, aun cuando haya cesado la convivencia entre ellos por la ruptura conyugal o de pareja, mantengan un alto nivel de colaboración en todas las cuestiones que afectan a los menores, sean capaces de pactar los modelos educativos en los respectivos hogares y perciban los hijos que sus progenitores comparten los criterios relativos al ejercicio conjunto de la parentalidad.

En consecuencia con lo anterior se requiere a ambos litigantes para que, en beneficio de su hijo, superen la etapa de enfrentamientos y realicen un esfuerzo para alcanzar los consensos necesarios en todas las decisiones que afecten al menor. El no hacerlo supondrá con total seguridad efectos perniciosos en el desarrollo de la personalidad y evolución de su hijo.” (F.D. 3º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: Sentencia que impone el pago de pensión compensatoria y de alimentos, no dictada el primer día del mes. Procedencia de la reclamación de la cantidad proporcional correspondiente a los días posteriores de dicho mes: si la sentencia no se dicta el día uno del mes ello no implica que no deban abonarse las cantidades que corresponden a los días transcurridos del mes en que se dicta la sentencia; por esos días se abonará la parte proporcional correspondiente, y son cantidades que se obtienen con una simple operación aritmética.

AAP de Barcelona (Sección 12ª) de 12 de marzo de 2020, rec nº 1238/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9275754a8526023e/20200608>

“(…) Si la sentencia no se dicta el día uno del mes ello no implica que no deban abonarse las cantidades que corresponden a los días transcurridos del mes en que se dicta la sentencia. Por esos días se abonará la parte proporcional correspondiente, y son cantidades que se obtienen con una simple operación aritmética. Y debe abonarse tanto la pensión alimenticia como la prestación compensatoria. (…)” (F.D. 2º)

“Como ha expresado reiteradamente este tribunal, la prescripción de la obligación de pagar pensiones alimenticias que establece el artículo 121-21.a) del CCCat debe ser apreciada cuando en el momento en el que se presentó la demanda ejecutiva reclamando lo establecido en concepto de alimentos por resolución judicial ya había transcurrido el plazo de prescripción previsto en el precepto, siempre que no se probara la interrupción de tal instituto por la parte ejecutante, y que fuese alegada oportunamente dicha circunstancia por la parte ejecutada.

(…) aplicado este criterio al caso que nos ocupa, la inacción de la ejecutante en los tres años anteriores al momento en el que no entra en juego el plazo de prescripción (esto es, hasta los tres años anteriores a la reclamación origen de las presentes actuaciones) debe llevar a declarar prescritas las pensiones no reclamadas hasta este momento, es decir, procede declarar prescritas las pensiones anteriores al mes de marzo de 2016. Por ello debe declararse improcedente la reclamación de la cantidad de 257 euros, que deberá descontarse de la cantidad por la que inicialmente se despachó la ejecución.” (F.D. 3º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: Denegación de la petición de la abuela de ampliar las vistas a sus nietos, que pueden dar lugar a injerencias impropias en el entorno familiar de los niños, llegándose a proponerse, incluso, comunicación telefónica con los nietos cuando la abuela lo considere oportuno. Existencia de un con-flicto familiar al que no ha sido en absoluto la abuela, quien ha dado lugar a que su nieto, menor de edad, se sienta in-meroso en un conflicto de lealtades, lo que le genera inquietud y malestar. Necesidad de preservar el bienestar emocional del menor, evitando se posicionen y se vea afectado negativamente en su desarrollo psicoeducativo, riesgo que derivaría de suscitarse sentimientos de inseguridad provocados por la desautorización por parte de su abuela de la que debe ser para él figura de autoridad: la progeni-tora, cuyas pautas educativas no se deben cuestionar.

SAP de Madrid (Sección 22ª) de 13 de marzo de 2020, rec nº 1000/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/acb21ef689237e64/20200617>

“En efecto, obra en las actuaciones dictamen pericial psicosocial emitido por las profesionales Psicóloga y Trabajadora Social integrantes del Equipo Técnico adscrito al Juzgado de origen (…)

Del mismo se desprende la existencia de un conflicto familiar al que no ha sido en absoluto ajena Da. Estefanía, quien ha dado lugar a que su nieto Anibal , menor de

edad, hijo de la demandada, se sienta inmerso en un conflicto de lealtades, lo que le genera inquietud y malestar que le ha de ser evitado.

Se indica en meritado informe la necesidad de preservar el bienestar emocional de Anibal , evitando se posicione y se vea afectado negativamente en su desarrollo psicoeducativo, riesgo que derivaría de suscitarse sentimientos de inseguridad provocados por la desautorización por parte de su abuela de la que debe ser para el figura de autoridad: la progenitora, cuyas pautas educativas no se deben cuestionar, como no debe ser instrumentalizado el descendiente al que nos venimos refiriendo.

Y se añade, en lo que respecta a la niña más pequeña, Paloma, para quien esta abuela resulta una práctica desconocida por la escasa o nula relación pasada mantenida, la necesidad de que las comunicaciones se verifiquen de manera progresiva y a presencia de los progenitores, como figuras de referencia y de apego seguro, a fin de que surja vínculo abuela nieta, sugiriéndose el contacto no solo con esta niña, sino también con otros dos menores más, igualmente nietos de la apelante, para con los que no ha interesado se instauren visitas.

La Juez "a quo" se hace eco de dichas recomendaciones de profesionales absolutamente objetivas y asepticas en fundamentos jurídicos razonables, modulados, prudentes y considerados para con el favor filii, careciéndose por la Sala de razones para, obviando todo ello, sustituir su criterio por el subjetivo e interesado de la parte, cuya solicitud de visitas más amplias no tiene base en el superior interés de los menores, sino en el propio de ver satisfechas sus expectativas como abuela e imponer su particular punto de vista, deduciendo una propuesta de visitas excesivas en las condiciones enjuiciadas, que pueden dar lugar a injerencias impropias en el entorno familiar de los niños, pues adviértase que llega a proponerse incluso comunicación telefónica con los nietos cuando la abuela lo considere oportuno.

Debe corroborarse el pronunciamiento combatido, como correcto, ajustado al ordenamiento jurídico y doctrina que lo interpreta, sin que se advierta cometido error alguno de valoración del material probatorio obrante en autos, o de aplicación o interpretación de la noma en vigor por parte de la Juez "a quo", como tampoco infracción de precepto material, formal o sustantivo.” (F.D. 5º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: Vencimiento del plazo de duración de 5 años judicialmente fijado para el derecho de uso de la vivienda familiar, sin haber solicitado su prórroga. Imposibilidad de oponerse a la ejecución con el argumento de que sigue de medios para procurarse otra vivienda y que su interés es el más digno de protección.

AAP Barcelona (Sección 12ª) de 13 de marzo de 2020, rec nº 993/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/93e694d650eeb8e8/20200624>

“Frente a la referida resolución, la ejecutada y actora incidental Sra. Caridad, interpone recurso de apelación mediante el que reitera que se encuentra en una situación económica complicada que le impide dejar la vivienda familiar al no poder acceder a una de alquiler por falta de recursos económicos suficientes, por lo que consta acreditado en las actuaciones que la ahora ejecutada y recurrente es la más necesitada de protección.” (F.D. 1º)

“Es objeto de ejecución en las presentes actuaciones la Sentencia de la Sección 12a de la A.P. de Barcelona, de fecha 8 de junio de 2.011, en la que entre otros pronunciamientos, estima en parte el recurso de apelación y atribuye a la recurrente Doña Caridad, el uso de la vivienda que constituyó el domicilio familiar de los ahora litigantes, atribución que se realiza durante el plazo de cinco años sin perjuicio de prórroga, al tratarse de la más necesitada.

Pues bien, cuando se presenta la demanda inicial de las presentes actuaciones en fecha 18 de octubre de 2.016, había finalizado el plazo por el que se atribuye el uso de la vivienda familiar sin que la ahora ejecutada y recurrente haya solicitado la prórroga del derecho de uso que le fue atribuido en la referida sentencia de 8 de junio de 2.011, por lo que no cabe duda de que procede acordar el despacho de la ejecución en la forma que fue interesada por la parte ejecutante, por lo que debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución recaída en la primera instancia puesto que efectivamente no se alega ninguna de las causas de oposición previstas en el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y además, la sentencia ejecutada da completa cobertura al despacho de la ejecución que tiene lugar en las presentes actuaciones ya que ha finalizado la atribución de uso de la vivienda familiar que contiene la sentencia que es objeto de ejecución en las presentes actuaciones.” (F.D. 2º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: La vivienda forma parte de la pensión de alimentos, por lo que no es necesario fijar una cantidad específica para el pago del alquiler, pues la pensión de alimentos ya engloba dicho gasto. Desproporción de la cuantía de la pensión de alimentos de 1900 euros mensuales fijada en favor de un niño de 5 años, que estudia en una escuela pública y tiene las necesidades propias de un niño de su edad, trabajando su madre y percibiendo este unos ingresos de unos 900 euros al mes. Establecimiento de una pensión de 500 euros mensuales, a cargo del padre, que está de baja por enfermedad cardíaca y cobra 1.200 euros de la mutua.

SAP de Baleares (Sección 4ª) de 23 de marzo de 2020, rec nº 95/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0bdc4487b7363921/20200615>

“Sabido es que la cuantía de la pensión de alimentos a favor del hijo debe ser proporcionada a las necesidades de éste y a las posibilidades económicas del alimentante (art. 146 cc) y que por alimentos se entiende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia sanitaria, comprendiendo también la educación e instrucción del alimentista mientras sea

menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable (Art. 142 CC).

(...) la vivienda o habitación como dice el Art. 142 cc, forma parte de la pensión de alimentos de ahí la innecesariedad de fijar una cantidad específica para el pago del alquiler, pues la pensión de alimentos ya engloba dicho gasto.” (F.D. 3º)

“Una vez analizada la prueba practicada en primera instancia, visionado el acto del juicio y tras la prueba practicada en esta alzada, esta Sala considera que ciertamente la pensión de alimentos establecida de 1900 euros para un niño de 5 años en la actualidad es desproporcionada con las circunstancias concurrentes.

Íñigo acude a un colegio público y tiene las necesidades propias de un niño de su edad.

La madre del menor trabaja y tiene unos ingresos de unos 900 euros al mes.

Aun cuando consideramos excesiva la suma fijada por la sentencia apelada, máxime cuando en la actualidad el apelante está de baja por presentar enfermedad cardiaca y cobra una pensión de la mutua de 1200 euros, lo cierto es que tampoco podemos aceptar, por insuficiente y también desproporcionada la postulada por el señor Everardo de 200 euros al mes. Por ello consideramos ajustada a las circunstancias y al bienestar del menor que el padre pague la suma de 500 euros al mes, pagaderos y actualizables en la forma dicha por la sentencia recurrida.” (F.D. 4º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: Modificación de custodia monoparental materna a compartida, a pesar de existir procedimientos penales iniciados a instancia de la madre, que concluyen con la absolución del padre o el sobreseimiento, generando una falsa situación de conflictividad. No puede admitirse la generación de forma uni-lateral de un marco de conflictividad que únicamente responda a intereses espurios o de satisfacción de la aspiración de una parte de quedarse con los hijos, para imponer a la contraria un régimen que en esencia no es sino contrario a los intereses de los menores.

SAP de La Rioja (Sección 1ª) de 26 de marzo de 2020, rec nº 448/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/33e5251b98884f2d/20200527>

“Se observa por lo tanto que es esencialmente una de las partes la que acude a la vía penal, y de lo indicado también se observa que tal vía penal se concluye con la absolución o el sobreseimiento de la contraria, lo que implica siempre una vía unilateral que es rechazada, que no debe ser tenida en consideración, puesto que es fácilmente utilizable de una manera indiscriminada para generar una falsa situación de conflictividad.

De igual manera esta vía unilateral también se observa en el comportamiento de Pilar, no en vano resulta que en un inicio de la ruptura sentimental se pactó entre ambos un modo de relacionarse con los hijos que por semanas se ajustaba al

régimen régimen de la custodia compartida siendo que tal régimen pactado finalizó igualmente por la decisión de Pilar quien entendió que tal régimen era perjudicial para los menores.

No puede admitirse la generación de forma unilateral de un marco de conflictividad que únicamente responda a intereses espurios o de satisfacción de la aspiración de una parte de quedarse con los hijos, para imponer a la contraria un régimen que en esencia no es sino contrario a los intereses de los menores.” (F.D. 1º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: A efectos de pedir la reducción de la cuantía de la pensión de alimentos no basta con la sola certificación del SEPE de no percibir prestación alguna, más aún cuando pese a los años transcurridos desde que perdió el negocio y sin trabajar, no ha pedido modificación de esa pensión convenida en su día. El negocio familiar estuvo funcionando siendo el sos-tén de la familia hasta que se separaron, y no deja de ser significativo que asumida una concreta obligación de pago de pensión y teniendo la casa familiar hipoteca, el negocio se tiene que cerrar y que desde entonces el demandante no haya trabajado, lo que hace alumbrar dudas sobre la realidad de esa si-tuación.

SAP de Córdoba (Sección 1ª) de 15 de abril de 2020, rec nº 1333/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/49ae294fc2359a00/20200730>

“(…) no parece lógico que lo que se le pueda exigir a quien pide esa modificación a la baja de la pensión que tiene fijada, cumpla con la sola certificación del SEPE de no percibir prestación alguna, más aun cuando pese a los años transcurridos desde que perdió el negocio y sin trabajar, no ha pedido modificación de esa pensión convenida en su día (…)

No se trata, pues, de que se le exija la prueba de un hecho negativo, de no trabajar, pero sí de un mayor esfuerzo probatorio sobre las concretas circunstancias actuales en contraposición a las que tenía cuando las partes se separaron, debiéndose de señalar aquí que la crisis de la construcción venía de años antes, sobre 2008, y el negocio familiar estuvo funcionando siendo el sostén de la familia hasta que se separaron, y no deja de ser significativo es que asumida una concreta obligación de pago de pensión y teniendo la casa familiar hipoteca, el negocio se tiene que cerrar, no pudiéndose pensar en algo que surgió de la nada, sino en algo que se veía venir desde antes, lo que hace alumbrar dudas sobre la realidad de esa situación, y que desde entonces no haya trabajado (…)” (F.D. 2º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: No procede el cambio a otro centro escolar, en el que cursa estudios una hermana solo de madre, con el fin de evitar el trastorno, tiempo y riesgos para una menor de 6 años, que durante cinco días a la semana se vería sometida a un traslado a un centro escolar, que se encuentra en las afueras de la ciudad y para lo que se tendría que levantar a las seis o seis y media de la mañana. Falta de acreditación de que el nuevo cen-tro escolar ofrezca una mayor calidad

educativa, por lo que no se debe imponer un cambio cuando consta la adecuada integración de la menor al centro al que acude.

AAP de Córdoba (Sección 1ª) de 21 de mayo de 2020, rec n° 12/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/86c9dae5a13985aa/20200730>

“(…) lo relevante en este tipo de controversias no es el deseo de los progenitores, por bien intencionado que pudiera parecer, sino determinar cuál sea objetivamente lo mejor en interés del menor en relación a la singular cuestión controvertida entre sus progenitores.” (F.D. 2º)

“Presupuesto lo anterior y en la revisión que comporta la alzada de todo lo actuado en la instancia, no apreciamos error alguno en la resolución de instancia, pues la atribución al padre de la facultad de decidir a que centro escolar acudirá Felicidad se resuelve sobre "el superior beneficio de la menor", evitando el propio trastorno, tiempo y riesgos para una menor de 6 años que durante cinco días a la semana se vería sometida a un traslado a un centro escolar que se encuentra en las afueras de la ciudad y para lo que se tendría que levantar a las seis o seis y media de la mañana.

En conclusión, es absolutamente correcta la decisión de la Juez de instancia, cuyos razonamientos no son desvirtuados en la alzada. En la misma se ha dado prioridad al superior interés de la menor sin que conste que el nuevo centro escolar ofrezca una mayor calidad educativa, por lo que no se debe imponer un cambio cuando consta la adecuada integración de la menor al centro al que acude.” (F.D. 3º) [E.G.L.].

Jurisprudencia: La pensión alimenticia de los hijos debe abonarse desde la fecha de suscripción del convenio regulador. No son pagos indebidos, ni cantidades compensables, las pensiones de alimentos pagadas en cumplimiento de un convenio regulador que todavía no ha sido homologado judicialmente.

AAP Madrid (Sección 24ª), de 22 de abril de 2020, rec. n° 1248/2019

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9cc13834bd732ca0/20201124>

“(…) Es reiterada la jurisprudencia que señala que la pensión alimenticia de los hijos debe abonarse desde la fecha de suscripción del convenio regulador.

(…) el convenio regulador se configura como un contrato de derecho de familia cuya eficacia se halla supeditada a la aprobación judicial, ello no obsta a su validez como contrato cuanto reúna los requisitos generales para todos los contratos, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes, y que de hecho se había venido cumpliendo antes de su homologación, sin que pueda considerarse como un pago indebido ni en consecuencia, compensable.” (F. D. 3º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Traslado de domicilio por el progenitor custodio: Teniendo la madre atribuido el ejercicio exclusivo de la patria potestad, puede esta decidir, sin consentimiento del padre, el traslado de los menores y la consiguiente fijación de un nuevo domicilio en Estados Unidos.

AAP Madrid (Sección 24ª), de 12 de mayo de 2020, rec. n° 1314/2019

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eae407fd7995390e/20201123>

“(…) Se impugna en esta alzada el auto de instancia, en cuanto acuerda no declarar ilícito el traslado de los dos hijos de ambos litigantes de España a Estados Unidos.” (F. D. 1º)

“(…) La facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores forma parte del contenido de la potestad que corresponde a ambos progenitores, salvo excepciones. En el presente caso, concurre una de esas excepciones ya que existe una resolución judicial dictada por el tribunal competente del Estado de residencia habitual de los menores, en este caso España, donde nacieron y han residido hasta su traslado a Estados Unidos, que atribuye a la madre no solo la guarda y custodia de los menores, sino el ejercicio exclusivo de la patria potestad.

(…) teniendo la madre atribuido el ejercicio exclusivo de la patria potestad, resulta acertada la decisión adoptada por la Juez a quo de considerar que la madre podía decidir sin consentimiento del padre, el traslado de los menores, y la consiguiente fijación de un nuevo domicilio en Estados Unidos. Por ello, debe entenderse que la providencia en que se le aclara que puede sacar el pasaporte no tiene más virtualidad que esclarecer lo que ex lege no requiere de aclaración y es que al tener el ejercicio exclusivo de la patria potestad, no requiere de consentimiento paterno para obtener el pasaporte de los menores conforme al Real Decreto 411/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características, ‘Para la expedición del pasaporte a los menores de edad o personas incapacitadas, deberá constar el consentimiento expreso de quienes tengan atribuido el ejercicio de la patria potestad o tutela con la indicación, por su parte, de que su ejercicio no se encuentra limitado para prestarlo, debiendo en caso contrario suplir su falta con autorización judicial?’ (F. D. 2º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Falta de legitimación de la abuela para pedir la custodia y tutela de un menor por la vía de los arts. 103 CC y 748.4º LEC.

AAP Madrid (Sección 24ª), de 14 de mayo de 2020, rec. n° 1687/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/040c23a08779d6dc/20201123>

“(…) El auto apelado inadmite a trámite la demanda considerando que la demandante, abuela del menor, ‘carece de legitimación activa para ejercitar la acción pretendida que no es sino el establecimiento de medidas paterno filiales respecto de su nieto (guarda y custodia, patria potestad, visitas y pensión), amparando su derecho en el tenor literal del art. 103 CC , pero obviando que dicho precepto se limita a contemplar una medida excepcional dentro del seno de un procedimiento instado y seguido entre los progenitores, únicos legitimados para ello, al tratarse de medidas derivadas de la nulidad, separación o divorcio, y como se desprende igualmente del art. 748.4 LEC que habla de controversias entre progenitores, no siendo por tanto ésta la vía para obtener el pronunciamiento pretendido, sobre todo cuando pretende que se le atribuya la patria potestad sobre un menor, ejercicio que tan solo puede corresponder a sus progenitores, a tenor del art. 154 CC , sin perjuicio de los supuestos contemplados en el art. 170 del CC , que no es la acción instada en la presente demanda’.” (F.D 1º).

“(…) Los motivos de apelación alegados por la recurrente deben ser desestimados. De un lado, la demanda rectora de los presentes autos se limita a solicitar la guarda y custodia del menor a favor de su abuela, no solicitándose la privación de la patria potestad, por lo que la resolución apelada no incurre en vulneración de la jurisprudencia que cita, ya que la demanda no solicita la atribución de la guarda y custodia tras privar de la patria potestad a los progenitores conforme al artículo 170 del Código Civil.

Para que pueda otorgarse a la abuela la tutela sobre el menor es preciso que previamente se suspenda o prive en el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores. No es posible tutelar a un menor que está sometido a patria potestad y no ha sido declarado en situación de desamparo (artículo 222 del Código Civil). Y no es posible declarar al niño en situación de desamparo porque se halla precisamente al cuidado de su abuela, y por lo tanto debidamente protegido (artículo 172.1.2 del Código Civil). En conclusión, la suspensión de la patria potestad o la privación de la misma son presupuesto previo e ineludible para la atribución de la guarda y custodia y la tutela del menor.” (F.D 3º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Sociedad de gananciales. No tiene carácter ganancial el negocio de asesoría del marido, dado su carácter personal, alejado de una estructura de empresa: de la prueba se desprende que lo que prevalece es la formación profesional de asesor del marido sobre el elemento organizativo y que cuenta con un pequeño local alquilado y el auxilio de una persona, prestando un asesoramiento “intuitu personae” a sus clientes.

SAP Almería (Sección 1ª) de 19 de mayo de 2020, rec. nº 578/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/95ec4def9672c64c/20201221>

“(…) asiste la razón al recurrente sobre el carácter personal del negocio alejado de una estructura de empresa, de la prueba se desprende que lo que prevalece es la

formación profesional de asesor del actor sobre el elemento organizativo, cuenta con un pequeño local alquilado y el auxilio de una persona, prestando un asesoramiento *intuitu personae* a sus clientes. La STS de 10-11-17 n° 603/17, destaca: ‘Desde esta perspectiva quedan fuera del art. 1347.5.º CC el mero ejercicio profesional y la prestación de servicios que, aun iniciados durante la vigencia de la sociedad, no se organicen de modo semejante al de los empresarios, porque si bien durante la vigencia de la sociedad sus rendimientos son comunes, por su propia naturaleza no pueden serlo los meros servicios intelectuales o materiales de un profesional que se prestan *intuitu personae*’. Lo cierto es que no se ha practicado prueba de lo contrario, no se acredita una estructura y organización de empresa. Por consiguiente, el negocio de asesoría debe quedar fuera del activo de la sociedad de gananciales.’ (F.D 3º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Limitación de la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar a la madre con el que el hijo mayor de edad convive al estricto periodo de duración de la medida cautelar penal de alejamiento, y no al plazo más genérico de cualquier orden de alejamiento que pueda imponerse.

SAP Almería (Sección 1ª), de 20 de mayo de 2020, rec. n° 302/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fb0d3e5d09e77042/20201221>

“(…) La sentencia recurrida ha tenido en cuenta que se trata de un matrimonio en que la esposa es la persona más necesitada de protección, por estar en paro y solo percibir una ayuda de unos 426 euros, convivir con un hijo mayor y tener una orden de alejamiento, razón por la que estima oportuno otorgar el uso de la misma a la esposa, mientras exista una orden de alejamiento del marido.” (F.D. 1º)

“(…) es evidente que el esposo recurrente tiene razón en cuanto que atribuir la vivienda por todo el tiempo que dure la orden de alejamiento puede resultar excesivo, sobre todo porque en sentencia firme puede también adoptarse la medida, hasta ahora cautelar, como definitiva y por plazos más extensos (…)

(…) En consecuencia se estima ponderado limitar el plazo de atribución de la vivienda al periodo de duración de la medida cautelar penal de alejamiento y no al plazo más genérico de cualquier orden de alejamiento que pueda imponerse y mientras esta dure.” (F.D. 2º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Estimación de la oposición a la ejecución formulada por el marido, requiriendo a la mujer a fin de que diera cumplimiento a la obligación de hacer, contraída en el convenio regulador, de vender la vivienda familiar: no puede valorarse como conducta obstruccionista de la ejecutada, constitutiva de incumplimiento, su negativa a negociar la venta a través de una agencia inmobiliaria, por no haberse pactado por las partes la exclusividad de este tipo de negociación.

AAP Madrid (Sección 24ª), de 10 de junio de 2020, rec. n° 1029/2019.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c8c802766918212e/20201120>

“(…) Por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Móstoles se dictó Auto en fecha 26 de julio de 2.018 acordando estimar íntegramente la oposición a la ejecución formulada por la representación procesal de la ejecutada Doña Teresa contra el Auto de 29 de enero de 2.018 que acordó despachar ejecución contra la misma a instancia de la representación procesal de Don Juan Enrique requiriendo a la ejecutada a fin de que diera cumplimiento a la obligación de hacer contraída en el convenio regulador de los efectos del divorcio en lo relativo a la venta de la vivienda que fuera familiar, razonándose en el Auto como de lo actuado no resultaba acreditado el incumplimiento denunciado por la parte ejecutante, así como no ser la ejecución el cauce adecuado para obtener el resultado que dicha parte pretendía. Frente a tal resolución la parte ejecutante interpone recurso de apelación alegando como primer motivo de recurso, la adecuación (…)” (F.D. 1º)

“(…) Para la resolución de los motivos de recurso debemos partir de la doctrina jurisprudencial existente, emanada de nuestro Tribunal Supremo, constante y pacífica desde diciembre de 1988 que dice ‘la ejecución de cualquier resolución judicial ha de acomodarse a los términos que se desprenden de la literalidad de su parte dispositiva de manera que el desarrollo de su ejecutabilidad no debe originar ningún problema interpretativo’.

(…) Aplicando todo lo anterior al caso que nos ocupa esta Sala, tras la lectura detallada de la cláusula quinta del convenio regulador de los efectos del divorcio cuya ejecución se pretende no ha encontrado en su redacción obligación alguna contraída entre las partes de realizar la venta de la vivienda a que ambos se comprometían únicamente y exclusivamente por medio de una agencia inmobiliaria.

(…) Partiendo de lo anterior esta Sala comparte con el juzgador de instancia el razonamiento que le lleva a estimar la oposición a la ejecución pues no puede valorarse como conducta obstruccionista de la ejecutada constitutiva de incumplimiento su negativa a negociar la venta a través de una agencia inmobiliaria pues, no habiendo sido pactado por las partes la exclusividad de este tipo de negociación, es claro que la voluntad manifestada por la ejecutada de llevarlo a cabo de manera particular no puede en ningún caso interpretarse como incumplimiento por su parte, pues a lo que únicamente se obligaron las partes en la ya repetida cláusula fue a la venta de la vivienda que fuera familiar y a realizar para ello las actuaciones necesarias tendentes a formalizar la venta, pero no a la forma de publicitar, tramitar y negociar la venta en cuestión.

(…) En su consecuencia, el recurso interpuesto no puede prosperar, debiendo confirmarse la resolución apelada” (F.D. 3º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Es posible que la prestación voluntaria de alimentos se prolongue más allá del divorcio cuando así se ha pactado. Prolongación de la prestación hasta el momento fijado por la sentencia para la liquidación de la sociedad de gananciales (interpretación de la voluntad de las partes).

SAP Alicante (Sección 4ª), de 9 de julio de 2020, rec. nº 365/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/48072e0aa59842dd/20201105>

“(…) la Jurisprudencia permite que lo pactado acerca de los alimentos se prolongue más allá del divorcio cuando así se ha pactado. Se considera que esto es lo que ocurre en el caso sometido a revisión. Incluso viene a reconocerlo la propia parte demandada cuando afirma en su contestación cuando vincula su decisión de dejar de cumplirlo con el reparto de bienes gananciales.

Por otra parte, ninguna de las circunstancias concurrentes permite suponer que la prestación se hubiese acordado con carácter indefinido. Esto resultaría contradictorio con la situación existente cuando se pactó, con el amplio acervo patrimonial del que disponía la sociedad de gananciales y con la innecesariedad de dicha prestación una vez que fuese liquidada. Por consiguiente, puesto que la sentencia de divorcio compele a los litigantes a hacerlo en un plazo de un año tras haber sido dictada, se considera que lo más procedente es que su pronunciamiento, que goza de efecto de cosa juzgada, se aplique para la resolución de la controversia que da origen a este pleito e igualmente se acuerde la vigencia de la pensión de alimentos hasta ese momento, tras lo cual se extinguiría.” (F.D. 3º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Sociedad de gananciales. No constituye crédito de la misma la parte de la indemnización por despido improcedente correspondiente a los años trabajados por el marido durante la vigencia de la sociedad, al haber sido invertida en la compra de una licencia de taxi incluida como parte del activo ganancial: la parte ganancial de la indemnización ha sido sustituida por la cuota del bien ganancial adquirido con ella y, de aceder a las pretensiones de la apelante, se incurriría en una evidente duplicidad.

SAP Alicante (Sección 4ª), de 9 de julio de 2020, rec. nº 652/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3487e4461ae70971/20201103>

“(…) Como recoge la sentencia dictada en la instancia, D. Avelino estuvo trabajando para la mercantil Hostmur SL desde el 15 de noviembre de 1990, antes de contraer matrimonio, hasta el 9 de febrero de 2011, dictándose Sentencia de 17 de octubre de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Elche, (procedimiento nº 390/2011) en la que se acordaba una indemnización a su favor. La sentencia establece que, en atención a los 20 años y 2 meses trabajados, y que la fecha de la disolución del matrimonio es el 3 de abril de 2018, la parte correspondiente a la vigencia del matrimonio será un 36,36%, y la parte privativa un 63,64%, lo que

supone que 9.231,05 euros son privativos del esposo, como bien ha reconocido la sentencia de la instancia. Pero tampoco puede tener una favorable acogida la solicitud de que se incluya en el activo un crédito de la sociedad frente al Sr. Avelino por el importe correspondiente a ese 36,36% de la indemnización percibida.” (F.D. 1º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Anulación por dolo del contrato de compraventa de participaciones sociales hecha (en fase de divorcio) por la mujer en favor del marido que quedó como socio único de la misma, procediendo a su descapitalización en favor de la sociedad que creó en su propio beneficio. Informaciones contables inexactas sobre el verdadero valor del patrimonio neto contable de la sociedad, que condujeron a pactar un precio de venta inferior a más de la mitad del valor teórico contable de las participaciones. Efectos de la restitución: careciendo de valor real las participaciones al momento de dictarse la sentencia de anulación, el comprador no debe devolver estas, sino su valor al tiempo de ser adquiridas, pues dicha situación fue provocada consciente y voluntaria-mente por el marido para descapitalizar la mercantil de la que ambos eran socios.

SAP Alicante (Sección 4ª), de 9 de julio de 2020, rec. nº 263/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/614954c8edd1a5b7/20201105>

“(…) de aceptarse las tesis del recurrente la declaración de nulidad acordada nos llevaría a una situación de enriquecimiento injusto del propio demandado, pues en ese caso la actora debería devolverle a él los 35.006,30 euros que le fueron abonados por la venta de sus acciones y por su parte el Sr. Carlos Miguel devolvería las participaciones que le vendieron, las cuales carecen de valor alguno cómo se ha puesto de manifiesto anteriormente, ya que no debe olvidarse que esta situación fue provocada consciente y voluntariamente por el demandado y planeada para descapitalizar la mercantil Afro Line de la que era socia la actora y así de esta manera obtener la venta de las acciones obteniendo por ello no solo un beneficio en aquel momento, sino beneficiando a la propia sociedad que había creado en su propio beneficio. Por tanto, el recurso debe ser desestimado” (F.D. 2º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Privación de la patria potestad: Padre que no se ha preocupado de la menor y no ha tenido ningún contacto personal con ella, a la que, prácticamente no conoce; no ha colaborado de ninguna forma económicamente para atender a sus necesidades, más allá de haber abonado alguna mensualidad de la pensión de alimentos; no ha demostrado interés y participación en la educación y formación de su hija; no tiene un domicilio estable ni en España, ni en Francia, donde busca trabajo o en Argelia, de donde es natural.

SAP Alicante (Sección 4ª), de 23 de julio de 2020, rec. nº 583/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5af98c61066595e6/20201106>

“(…) Se solicita en el recurso que ahora se examina por el Sr. Juan Francisco que no se otorgue el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre sobre su hija al mantener que no existen pruebas suficientes que permitan, en aplicación de los artículos 156 y 170 del Código Civil, decretar ese ejercicio con exclusión del padre, pues mantiene que no hay desatención para con la niña solicitando que sea atribuida de forma conjunta.”

“(…) El interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental, debiendo presidir cualquier interpretación y decisión que le afecte durante su minoría de edad. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses.

En el caso de autos, no puede ignorarse que el padre se ha desentendido por completo de la menor (...), no habiéndose preocupado de ella ni tenido ningún contacto personal con ella, prácticamente no conoce a su padre ni este ha colaborado de ninguna forma económicamente para atender a sus necesidades más allá de haber abonado alguna mensualidad, no ha demostrado interés y participación en la educación y formación de su hija; no tiene un domicilio estable ni en España, ni Francia donde busca trabajar o en Argelia de donde es natural. Por otro lado, es destacable de cara a ese desinterés por la menor, la situación de rebeldía del demandado ante este procedimiento en el que solo comparece para oponerse a la sentencia. Por estos motivos se comparte la decisión adoptada en la instancia por entender que es lo mejor para la hija de los litigantes.” (F.D. 1º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Denegación de un régimen de visitas de dos días al año en favor del padre: La reaparición repentina en su vida dos veces al año en nada garantiza el interés y protección de la menor, y, especialmente, su estabilidad emocional, pues primero tendrán que conocerse y luego hablar y comunicarse y siempre, y, en cualquier caso, valorando la oportunidad de establecer unos vínculos hasta ahora inexistentes, siempre que ello sea posible y positivo para la menor.

SAP Alicante (Sección 4ª), de 23 de julio de 2020, rec. nº 583/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5af98c61066595e6/20201106>

“(…) La reaparición repentina en su vida dos veces al año en nada garantiza su interés y protección, y especialmente su estabilidad emocional, pues primero tendrán que conocerse y luego hablar y comunicarse y siempre, y en cualquier caso, valorando la oportunidad de establecer unos vínculos hasta ahora inexistente, siempre que ello sea posible y positivo para la menor, teniendo en cuenta el efecto que ha producido el transcurso del tiempo en su desarrollo, conforme a los criterios que en interpretación y aplicación del interés superior del menor se establecen en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Por ello la adopción de la medida como se establece

en la sentencia, y solicitó el Ministerio Fiscal, es lo más ajustado a las necesidades de la niña en el momento actual, por lo que la sentencia debe ser íntegramente confirmada.” (F.D. 3º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: No obsta a la custodia compartida que uno de los progenitores trabaje y el otro no a causa de una invalidez, como tampoco que la madre, por su profesión, tenga que hacer guardias nocturnas, cuando en absoluto se ha probado que la menor pueda haber quedado desatendida, sin perjuicio que ocasionalmente pueda necesitar el apoyo familiar o de terceras personas, lo que es cuestión habitual y normalizada en nuestra sociedad.

SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), de 30 de julio de 2020, rec. nº 156/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/221ccdcead11d7bc/20201006>

“(…) Se alude en el recurso a que la profesión de la apelada le obliga a hacer guardias nocturnas. Pero este tribunal entiende que ello no es motivo para denegar una compartida cuando en absoluto se ha probado que la menor pueda haber quedado desatendida, sin perjuicio que ocasionalmente pueda necesitar el apoyo familiar o de terceras personas, lo que, como ya se ha expresado, es cuestión habitual y normalizada en nuestra sociedad.

Este punto debe relacionarse con el mayor tiempo que la apelante pueda disponer por esta en situación de invalidez, extremo que en absoluto es determinante para acordar una custodia monoparental. Ambos progenitores tienen el derecho-deber de estar y cuidar a la menor con independencia que una de ellas trabaje y la otra no.” (F.D. 3º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Tenencia de perro por parte de un progenitor y sensibilización de la menor a epitelio de dicho animal, sin que se haya probado que sea la causa única de la alergia: no es obstáculo a la custodia compartida, sin perjuicio que deban adoptar todas las medidas necesarias para evitar una afección de la misma, medidas, que, por otra parte, deben ser las mismas que adoptaran ambas partes cuando duraba la convivencia, - pues no se ha probado que la tenencia del perro sea posterior a la separación.

SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), de 30 de julio de 2020, rec. nº 156/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/221ccdcead11d7bc/20201006>

“(…) Una cuestión esencial es si la enfermedad padecida por la menor, concretamente alergia, pueda ser incompatible con que la apelada tenga un perro. Es cierto que consta en autos tal padecimiento, y se especifica que tiene sensibilización a epitelio de perro (folios 95 y siguientes), pero tampoco implica que no pueda la apelada tener en su compañía a la menor, sin perjuicio que deba adoptar todas las

medidas necesarias para evitar una afección de la misma, medidas, que, por otra parte, deben ser las mismas que adoptaran ambas partes cuando duraba la convivencia, pues no se ha probado que la tenencia del perro sea posterior a la separación.” (F.D. 3º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Gasto extraordinario: lo es el farmacológico, aun no previsto como tal en el convenio regulador, como consecuencia de una enfermedad (trastorno de hiperactividad) diagnosticada 4 años después de la ratificación del mismo, pues tal gasto surgió de forma imprevisible y no puede considerarse como un gasto habitual, ni común, que quede cubierto con el importe de la pensión ordinaria de alimentos. Falta de acreditación de la cuantía de los gastos reclamados, al presentarse solamente el ticket de compra correspondiente a un mes, cuando se reclaman los correspondientes a 19 meses: la naturaleza extraordinaria del gasto exige a quien lo reclama un plus de celo y corrección en la información y acreditación que debe trasladar al otro progenitor que le permita conocer, sin ningún género de duda, la existencia real del gasto y el importe del mismo, requisito no cumplido por el ejecutante.

AAP Madrid (Sección 24ª), de 8 de septiembre de 2020, rec. nº 239/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1669807473e32a26/20201120>

“(…) En el caso que nos ocupa las partes pactaron un Convenio Regulador en el mes de mayo de 2.011 en el que expresamente convinieron en su estipulación cuarta atribuir naturaleza extraordinaria ‘... a los gastos sanitarios que no se hallen cubiertos por la Seguridad Social ...’ y, si bien no se incluyeron expresamente por las partes los gastos farmacológicos que pudieran derivarse de las dolencias que pudiera padecer el hijo menor, lo cierto es que en aquel momento desconocían el trastorno de hiperactividad que le fue diagnosticado en el año 2.015, esto es, cuatro años después de la ratificación del citado Convenio Regulador, compartiendo por ello esta Sala el razonamiento contenido en el Auto disentido declarando la naturaleza extraordinaria del gasto farmacológico que precisa el hijo de las partes para el correcto tratamiento de su padecimiento pues tal gasto surgió de forma imprevisible en atención a ese diagnóstico, viene siendo efectuado en beneficio e interés del hijo y no puede considerarse como un gasto habitual ni común que quede cubierto con el importe de la pensión ordinaria de alimentos.

(…) Resuelto lo anterior, procede entrar a resolver sobre la segunda cuestión objeto de recurso referido al importe total por el que ha sido despachada la ejecución por este concepto. Así, el ejecutante reclama a la ejecutada el pago del 50 % de la cantidad total de 1.560,49 € (esto es, 780,24 €) que afirma haber abonado a razón de 342,05 € por las medicinas compradas por su parte durante los meses de febrero a diciembre del año 2.015, 471,72 € correspondientes a los doce meses del año 2.106, 471,72 € referidos a los doce meses del año 2.017 y 275 € correspondientes a los meses de enero a julio de 2.018; sin embargo, para acreditar el pago por su parte de la totalidad del tratamiento del menor durante los meses que reclama únicamente ha aportado un ticket de farmacia por importe de 39,31 € (Documento

nº 13), ticket cuya fecha es de 16 de marzo de 2.018, prueba absolutamente insuficiente a juicio de esta Sala para declarar probado el pago total que afirma haber realizado.

En efecto la naturaleza extraordinaria del gasto exige a quien lo reclama un plus de celo y corrección en la información y acreditación que debe trasladar al otro progenitor que le permita conocer, sin ningún género de duda, la existencia real del gasto y el importe del mismo, requisito no cumplido por el ejecutante en el caso que nos ocupa.

(...) En suma la insuficiencia probatoria expuesta implica la necesidad de estimar parcialmente el recurso de apelación en el sentido de declarar probado únicamente el pago por el ejecutante de la cantidad de 39,31 € que figura en el documento nº 13 por él aportado junto con la demanda de ejecución, debiendo, en su consecuencia continuar la ejecución por el concepto de gasto extraordinario en la cantidad de 19,65 € correspondientes al 50 % del importe total acreditado del gasto farmacológico controvertido.” (F.D. 2º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Los gastos de educación previsibles, periódicos y no excepcionales, sean del ciclo que sean, son gastos de alimentos, no extraordinarios. El hecho de que la hija quiera estudiar en una Universidad privada no convierte a los gastos en extraordinarios, sino que puede fundar, en su caso, la modificación de medidas pertinente para solicitar un aumento de la pensión de alimentos, al haber una modificación sustancial de las circunstancias, por cuanto la cuota universitaria es alimento.

AAP Madrid (Sección 24ª), de 18 de septiembre de 2020, rec. nº 299/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7c6fec6cdda43d7e/20201120>

“(…) Los gastos de educación previsibles, periódicos y no excepcionales, sean del ciclo que sean, son gastos de alimentos, no extraordinarios. El hecho de que la hija quiera estudiar en una Universidad privada no convierte a los gastos en extraordinarios, como apunta la juzgadora a quo, sino que puede fundar, en su caso, la modificación de medidas pertinente para solicitar un aumento de la pensión de alimentos, al haber una modificación sustancial de las circunstancias, por cuanto la cuota universitaria es alimento.” (F.D. 8º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Estimación de desahucio por precario entablada por la propietaria de la vivienda contra quien había convivido durante más de treinta años: falta de título del demandado, al no aplicarse analógicamente el art. 96.III CC a las uniones de hecho.

SAP Alicante (Sección 5ª), de 22 de septiembre de 2020, rec. nº 136/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ef81bb231c234fd4/20201127>

“(…) Contra la sentencia recaída en primera instancia, que estimó la acción de desahucio por precario entablada por Asunción, propietaria de los inmuebles, se alza D. Rogelio solicitando su revocación, por entender que disfruta de la vivienda con título suficiente, basado en la convivencia durante más de 30 años con la titular de la misma y que es el interés más necesitado de protección en la disolución de la pareja.” (F.D. 1º)

“(…) No puede equipararse, por lo tanto, los derechos del conviviente de hecho con los que la ley otorga a aquellos entre los que existe vínculo matrimonial, dejándose las consecuencias de dicha convivencia a la autonomía de la voluntad de aquellos que libremente deciden convivir sin contraer matrimonio. Por ello, no teniendo el demandado título alguno para ocupar la vivienda cuyo uso se le cedió en su día por la demandante, reclamada la devolución del mismo, procede acceder a dicha reclamación.” (F.D. 3º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Existencia de custodia monoparental materna respecto de una hija y de custodia compartida respecto de otra: Atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar a la madre hasta la mayoría de edad de las hijas.

SAP Valencia (Sección 10ª), de 6 de octubre de 2020, rec. nº 286/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/44b497d7f716c3f0/20201125>

“(…) En el presente caso a la vista de que se atribuye la custodia de una de las hijas a la madre, y se atribuye la custodia compartida de la otra no cabe duda que en atención al interés más necesitado de protección debe atribuirse el uso de la vivienda familiar a la madre, puesto que es en ella donde las hijas van a pasar más tiempo, estableciéndose como límite temporal de dicha atribución la mayoría de edad de las hijas.” (F.D. 4º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Compensación de la mitad de gastos extraordinarios de cargo del ejecutante que reclama pensión de alimentos fijada judicialmente. Pueden ser compensados tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios, con la única diferencia de que en el primer caso todo lo pagado será compensable mientras que en el segundo la compensación no comprenderá la cuota que represente la contribución obligatoria de quien realizó el gasto. No es exigible que el gasto extraordinario a compensar sea declarado procedente en el procedimiento previo del art. 776.4º LEC, de manera que las eventuales discrepancias de las partes sobre dicho carácter habrán de ser ventiladas dentro de la misma oposición a la ejecución instada de contrario.

AAP Alicante (Sección 4ª), de 7 de octubre de 2020, rec. nº 77/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/25a32185c2e41e62/20201130>

“(…) En la ejecución despachada en la instancia en reclamación de pensión de alimentos fijada en una orden de protección el Juzgado ha desestimado la excepción de pluspetición con la que el demandado pretendía la compensación de la suma de 146,17 euros abonados por él en exceso respecto de su obligación de pagar por mitad los gastos de comedor escolar y que por tanto eran de cuenta de la demandante. El auto de instancia ha desestimado la oposición con razonamientos no concordantes con el reiterado criterio de este tribunal.” (F.D. 1º).

“(…) Siempre que merezcan la conceptualización de alimentos, pueden ser compensados tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios, con la obvia y única diferencia de que en el primer caso todo lo pagado será compensable mientras que en el segundo la compensación no comprenderá la cuota que represente la contribución obligatoria de quien realizó el gasto. Lo que en ningún caso cabe exigir es que el gasto extraordinario a compensar sea declarado procedente en el procedimiento previo del art. 776-4 LEC, porque ello equivaldría en realidad a denegar la posibilidad de alegar la compensación como excepción, de manera que las eventuales discrepancias de las partes sobre dicho carácter habrán de ser ventiladas dentro de la misma oposición a la ejecución instada de contrario.” (F.D. 2º). [M.S.B.]

Jurisprudencia: El mero cambio de residencia del padre a la localidad donde viven los hijos no es causa suficiente para pedir un régimen de custodia compartida, cuando, durante más de seis años y medio, la convivencia y el contacto con los hijos han sido muy reducidos, siendo la madre la que ha convivido en exclusiva con ellos y quien se ha ocupado de su cuidado, y educación. Consta igualmente el claro rechazo de los tres menores al cambio de custodia propuesto, menores que resulta tienen ya 14 años (ellos) y 15 (ella), es decir, una edad en la que su opinión debe ser tomada muy en cuenta.

SAP Murcia (Sección 5ª), de 20 de octubre de 2020, rec. nº 210/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fec62340039a95c4/20201123>

“(…) Sin desconocer la tendencia jurisprudencial hacia la custodia compartida como regla general que, como no podía ser de otra forma, este tribunal ha venido aplicando profusamente, entendemos que en el presente caso se da una serie de circunstancias que justifican una solución diferente a dicha regla general. La primera de ellas, es que no estamos ante un supuesto, podríamos llamar usual, en el que el matrimonio entra en crisis, la pareja se separa de hecho y tras un periodo de tiempo variable, se inicia el procedimiento judicial de divorcio, sino que en el presente caso, con anterioridad a la crisis matrimonial y a la presentación de la demanda de divorcio, el matrimonio ya llevaba separado unos cuatro años, al marcharse el esposo a (...) a desarrollar su actividad laboral y quedarse la esposa en Murcia con

los tres hijos comunes, período de tiempo éste en el que el padre volvía cada 15 días al domicilio conyugal a pasar el fin de semana. Luego, tras la sentencia de divorcio (en enero de 2017) se estableció un régimen de visitas a favor del padre consistente en los fines de semana alternos y vacaciones por mitad. Al poco tiempo (en 2018), el padre vuelve a Murcia (...) a desarrollar su actividad laboral, solicitando la modificación de medidas, sobre todo, el cambio a un régimen de custodia compartida. Es decir, sin entrar a valorar si el cambio de residencia (principal cambio de circunstancias que justificaría la modificación solicitada) ha sido voluntario o no, lo cierto es que desde marzo de 2014 hasta la actualidad (más de seis años y medio), la convivencia y el contacto del padre con los hijos ha sido muy reducido, siendo la madre la que ha convivido en exclusiva con ellos y quien se ha ocupado de su cuidado, educación, etc.

Derivado, en parte, de lo anterior, tenemos las conclusiones de la pericial psicológica a que se refiere la sentencia apelada como principal motivo para denegar el cambio a un sistema de custodia compartida (...)

(...) el informe no solo opta por mantener la situación de custodia exclusiva de la madre, sino que incluso recomienda que la familia reciba asesoramiento psicológico que favorezca una mejora de las relaciones entre el padre y los hijos por el bien de éstos, constatando igualmente el claro rechazo de los tres menores al cambio de custodia propuesto, menores que resulta tienen ya 14 años (ellos) y 15 (ella), es decir, una edad en la que su opinión debe ser tenida muy en cuenta.” (F.D. 1º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: La suspensión del régimen de custodia compartida respecto de un menor de mayor de 13 años de edad con una orden de alejamiento durante tres meses (por una supuesta agresión de la que resultó con lesiones en ojo y nariz), no significa que deba también suspenderse automáticamente respecto de otro menor de 10 años, con el que no ha habido ningún incidente, que ha relatado que se encuentra conviviendo semanalmente con su padre y que ha visto el remordimiento de este por los hechos pasados.

AAP Valencia (Sección 10ª), de 26 de octubre de 2020, rec. nº 347/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f70ec5cd74d60917/20201125>

“(...) Por la progenitora se insta el presente procedimiento de medidas del art. 158 para que se deje en suspenso la guarda y custodia compartida de su hijo Cirilo, de 10 años de edad, acordada en el convenio regulador (...). Fundamenta su pretensión en que el menor se encuentra en una situación de riesgo si sigue viviendo con el padre, toda vez que al mismo se le ha suspendido la guarda conjunta de su hermano mayor de 13 años de edad con una orden de alejamiento durante tres meses, por una supuesta agresión de la que resultó con lesiones en ojo y nariz.” (F.D. 2º)

“(...) El auto recurrido desestima la pretensión de la progenitora y oficia al colegio de psicólogos para que nombre un Coordinador de parentalidad.” (F.D. 2º)

“El recurso no puede prosperar, es evidente que no puede ser maltratado un hijo y que dicha conducta se encuentra tipificada en el Penal. Pero lo que se pretende es extender la situación de riesgo sobre el hermano menor, con el que no ha habido ningún incidente, quien ha relatado que se encuentra conviviendo semanalmente con su padre, manteniendo la custodia compartida, y que ha visto el remordimiento que acusa su padre por el hecho de los incidentes de noviembre pasado. Se participa, en consecuencia, de la decisión acordada, y procede la desestimación del recurso” (F.D. 3º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Atribución de la custodia monoparental al padre: Madre que ha propiciado la delegación de sus funciones parentales en los abuelos maternos, anteponiendo su vida en pareja a la obligación de ejercer con su hija las funciones parentales; preocupante absentismo escolar de la hija y manipulación de la menor por parte de la madre en contra del padre.

AAP Valencia (Sección 10ª), de 28 de octubre de 2020, rec. nº 376/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4565b2987b93bd21/20201125>

“(…) En autos de medidas solicitadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil se ha dictado resolución en la primera instancia por la que se atribuye la guarda y custodia de la menor, Salvadora, a su progenitor, estableciéndose un régimen de visitas a favor de la madre y de los abuelos maternos tuteladas y supervisadas por el PEF, con fijación de una pensión por alimentos con cargo a la Sra. Pilar. Contra dicha resolución se alza, por vía de recurso de apelación, la representación procesal de Pilar (…).” (F.D. 1º)

“(…) Es por ello que la Sala, examinado que ha sido el contenido de las actuaciones en uso de la función revisora que le es propia, ha de dar por reproducidos los acertados razonamientos jurídicos contenidos en la resolución apelada, motivación que se considera suficiente a los efectos de su confirmación y que no queda desvirtuada por las alegaciones de la parte apelante, sin perjuicio de lo cual se añaden las consideraciones que siguen en contestación al recurso de apelación y que se estiman de especial trascendencia en el caso de autos:

I/ El acta de audiencia de la menor pone de manifiesto la preocupante situación de absentismo escolar en la que se encontraba Salvadora, así como el incumplimiento del régimen de visitas con el padre, circunstancias ambas que venían propiciadas y consentidas por la progenitora en contra de los más elementales deberes que el ejercicio de la guarda y custodia de un menor exigen.” (F.D. 2º)

“(…) III/ Del contenido del informe psicosocial resultan que la madre ha propiciado la delegación de sus funciones parentales en los abuelos maternos, anteponiendo la Sra. Pilar su vida en pareja a la obligación de ejercer con su hija las funciones parentales. Y se añade que las causas por las que Salvadora justifica el rechazo a su padre y al resto del entorno paterno resultan contradictorias y evidencian sugestión e influencia materna, con argumentos prestados y un lenguaje

adulto impropio de su edad. Añade que concurre un proceso de graves interferencias parentales, enquistado en el tiempo y todo indica que la principal artífice es la progenitora, considerando conveniente el cambio de colegio de Salvadora a uno en las cercanías del entorno paterno.

IV/ Habida cuenta las circunstancias en la que está implicada la menor, no es posible sustraerse a las recomendación final del informe del equipo psicosocial: resulta aconsejable la instauración de la custodia paterna (con apoyo y supervisión de su familia); la relación materno-filial requiere el establecimiento de visitas tuteladas desde el PEF, a fin de evitar que la progenitora interfiera y manipule a la menor en contra del progenitor; y, en relación con la menor, se recomienda que Salvadora reciba intervención psicológica clínica, puesto que las interferencias parentales graves se pueden considerar como una forma de maltrato psicológico hacia la niña y por ello precisa apoyo psicológico para afrontar la situación y facilitar a la niña la comprensión de lo sucedido.” (F.D. 2º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Delito de impago de pensión de alimentos: legitimidad del progenitor con el que vive el hijo mayor de edad para denunciar el impago de la pensión de alimentos y posibilidad de subsanar el defecto de legitimación por la asunción por parte del alimentista mayor de edad de la denuncia en sede judicial.

STS (Sala 2ª) de 29 de octubre de 2020, rec. nº 5616/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3468d30c1d2ecb1c/20201112>

“(…) En consecuencia, entendemos que el término ‘persona agraviada’, en una interpretación teleológica y amplia del término contenido en el artículo 228 CP, incluye tanto a los titulares o beneficiarios de la prestación económica debida, como al progenitor que convive con el hijo o hija mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada, y ello porque los mismos, tal y como ha reconocido de forma reiterada la Sala Civil del Tribunal Supremo, tienen un interés legítimo, jurídicamente digno de protección. Además, no existe duda de que el progenitor conviviente con el alimentista es una de las personas que soporta las consecuencias inmediatas de la actividad criminal, llevada a cabo por el otro progenitor que impaga la pensión alimenticia a los hijos, por lo que debe ser considerado agraviado a los efectos de tener legitimación para formular la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal.

(…) En consecuencia, es jurisprudencia reiterada de esta Sala que es posible la subsanación del defecto procesal, mediante la asunción por parte del alimentista mayor de edad y en sede judicial de la denuncia formulada por su progenitor.

(…) Por tanto, aunque Hernán era mayor de edad en el momento de interposición de la denuncia, su madre se encontraba legitimada para presentar la misma por esa especial protección que necesita el alimentista; además, cualquier duda al respecto

quedó subsanada con la ratificación en autos de la denuncia presentada por Rosario, por parte de Felicísimo, por lo que el motivo no puede prosperar.

El motivo se desestima” (F.D. 3º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Pensión de alimentos: se devenga desde la interposición de la demanda, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas, para evitar un doble pago, ya que dichas medidas solo constituyen un estatuto jurídico provisional.

STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 2020, rec. nº 3353/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/92ddc8194aee4f/20201125>

“(…) La interrogante surge cuando la pensión alimenticia a favor de los hijos se determina como medida definitiva, consecuencia del divorcio, en la sentencia que disuelve el matrimonio, pero le había precedido un auto de medidas previas o provisionales que establecía y concretaba tal obligación.

La respuesta la ofrece, de modo frontal, la sentencia 86/2020 de 6 de febrero, que sienta lo siguiente:

“No puede entenderse que la sentencia de primera instancia haya recaído en un proceso diferente al de medidas provisionales previas, pues estas son unas medidas cautelares previas y conexas con el procedimiento principal (arts. 771.5 y 772.1 LEC). Por ello, tratándose del mismo proceso ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial, en el sentido que los alimentos fijados en la sentencia de primera instancia, se devengan desde la interposición de la demanda, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas, para evitar un doble pago, ya que dichas medidas solo constituyen un estatuto jurídico provisional.” (F.D. 8º). [M.S.B.]

Jurisprudencia: Legitimación del progenitor con el que convive el hijo mayor de edad: desaparece una vez que el hijo ya ha alcanzado su autonomía económica, aunque luego la reduzca o la pierda: tiene la plenitud de derechos civiles, por su mayoría de edad, y está capacitado para reclamar sus propios derechos, sin que el progenitor con el que convive, en este caso la madre, pueda seguir sustituyendo al hijo.

AAP Barcelona (Sección 12ª), de 12 de noviembre de 2020, rec. nº 81/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8cb9de52b323413f/20201209>

“(…) En el momento en que el hijo mayor de edad está en disposición de tener ingresos propios, y en este caso por disponerlo así el título que dichos ingresos sean superiores al salario mínimo interprofesional, como aquí ocurrió, cesa esa

obligación de contribuir al otro progenitor, y en consecuencia éste pierde la legitimidad para reclamarla, dado que ya no es acreedor, sin perjuicio de que si el propio hijo ya mayor de edad se encontrara en situación de necesidad puede él personalmente solicitar alimentos a sus progenitores.” (F.D. 2º)

“(…) La obligación alimenticia una vez extinguida, no renace ante nuevas circunstancias similares a las previstas para el establecimiento de la pensión, pues en el ínterin ha sucedido una circunstancia especialmente trascendente y es que el beneficiado ya ha alcanzado su autonomía económica aunque luego la reduzca o la pierda, como ocurre con multitud de ciudadanos, y sobre todo tiene la plenitud de derechos civiles, por su mayoría de edad, y está capacitado para reclamar sus propios derechos, sin que el progenitor con el que convive, en este caso la madre, pueda seguir sustituyendo al hijo.

Finalmente señalar que cuando se está pretendiendo la ejecución forzosa de una obligación alimenticia, y efectivamente se acredita que dicha obligación perdió su eficacia porque el hijo tenía la capacidad de generar sus propios recursos para su subsistencia, se debe concluir que el derecho a ejecutar la sentencia por parte del progenitor acreedor se está ejercitando de forma abusiva y, ese abuso en la pretensión ha de poder valorarse por el Juez pues aunque no tiene encaje en las causas de oposición concretas previstas en el art. 556.1 de la LEC, sí lo tiene en el art. 7.2 del Código Civil y el art. 11.2 de la LOPJ que obliga a los Jueces y Tribunales rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.” (F.D. 3º) [M.S.B.]

Jurisprudencia: Liquidación de la sociedad de gananciales: validez del pacto de renuncia a la acción de rescisión contenida en el convenio regulador de divorcio.

SAP Málaga (Sección 6ª) de 26 de noviembre de 2020, rec. nº 898/2019.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eeeb5df5f509ae00/20210326>

“(…) procede la confirmación de la sentencia en cuanto que declara la validez de la renuncia que hicieron los ex cónyuges en la liquidación de la sociedad de gananciales de no tener nada más que reclamarse en el futuro, pues en este caso, al igual que los analizados por las Sentencias del Tribunal Supremo referidas, se trataba de dar una rápida solución a las consecuencias económicas de la ruptura conyugal que se produce cuando el esposo debe ingresar en prisión, surgiendo la necesidad de proveer económicamente las necesidades de la hija en el tiempo en que el padre va a estar privado de libertad, siendo inverosímil que las partes tuvieran un conocimiento erróneo o equivocado de los bienes a repartir, del valor que se estaba dando a los mismos, y de las consecuencias de su renuncia” (F.D. 3º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: Liquidación de la sociedad de gananciales: renuncia tácita a la acción de adición o complemento del art. 1079 CC.

SAP Valencia (Sección 10ª) de 25 de enero de 2021, rec. nº 627/2020.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/683bfe284cd13024/20210326>

“(…) el hecho de que las partes renunciaran a las acciones o reclamaciones derivadas de las operaciones efectuadas no es un argumento válido para la desestimación de la demanda, conforme a lo expresado por las sentencias del Tribunal Supremo arriba especificadas, y las de esta misma sección, también citadas. Sin embargo, sí es una razón de peso que justifica la desestimación de la demanda el hecho de que la demandante compareciera ante Notario para formalizar la escritura de formalización del préstamo hipotecario el día 22 de mayo de 2.006, que tenía por finalidad el ‘negocio/profesión’, se entiende del demandado, es decir, el negocio o profesión de taxista, pues la actora no ha acreditado que se refiriera a otra actividad, una comparecencia producida en una fecha, y para la formalización de un préstamo con una cuantía, compatibles con la adquisición de la licencia de taxi. Precisamente esta comparecencia, que demuestra que la demandada conocía la existencia de la licencia de taxi, constituye a juicio de la sala un acto concluyente ‘claro e inequívoco’, como exige el Tribunal Supremo, que supone, unida a la no inclusión del bien en el convenio regulador del divorcio, una renuncia tácita a esa inclusión del bien en el activo de la sociedad de gananciales. Una renuncia que por reunir los requisitos del artículo 6-2 del Código Civil, es admisible, lo que lleva a la desestimación del recurso de apelación” (F.D.2º) [J.B.D.].

Jurisprudencia: La falta de relación entre hija y padre, con caracteres de principal, relevante, acreditada, duradera en el tiempo e imputable en exclusiva a la voluntad de la hija determina la extinción de la obligación de prestar alimentos que recaía sobre el padre.

SAP Navarra (Secc. 3ª) de 27 de octubre de 2020, rec. nº 265/2020.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1f2d5c605e04a3a4/20210128>

“(…) dado que desde el año 2014 no ha habido relación alguna entre el padre y su hija y dicha ausencia de relación se considera imputable a Nuria se pide en la demanda que se acuerde la extinción de la pensión de alimentos que la parte actora abona a la señora Enma, para la hija común Nuria.

(…) La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda de modificación de medidas y, en consecuencia, acordó no haber lugar a la extinción de la pensión alimenticia establecida favor de Nuria” (F.D.1º).

“Para lo que constituye realmente objeto del proceso y del recurso la Sala sigue, (...) la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 104/2019 de 19 febrero, a cuya doctrina se remite, destacándose

(...) a los efectos del recurso que la supresión de alimentos a los hijos por falta de relación entre el progenitor y estos, precisa que la misma sea imputable a los hijos, con la caracterización de principal, relevante e intensa” (F.D. 3º).

“(…) Siendo todo esto así resulta probado que existe una absoluta falta de relación entre Nuria y su padre que posee las condiciones de principal, relevante, acreditada y duradera en el tiempo e imputable en exclusiva a su voluntad lo que implica la asunción de las consecuencias de sus actos y de las decisiones libérrimamente adoptadas por parte de persona mayor de edad. Por lo que procede estimar la demanda y acordar la extinción de la pensión alimenticia que Nuria viene percibiendo de su padre desde la fecha de esta sentencia” (F.D.4º) [S.R.LL.].

Jurisprudencia: La situación excepcional derivada de la COVID´19 puede requerir de modificaciones puntuales en la residencia de los menores que no implican situación de riesgo para los mismos.

AJPII de Tafalla, de 11 de diciembre de 2020.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f0853efbaf401e17/20210129>

“(…) Las partes quien ostentan la custodia compartida de los dos menores que acuden a un centro de DIRECCION002 (CEIP DIRECCION005). Decidieron de mutuo acuerdo que se fijara la residencia del padre en Pamplona y de la madre en DIRECCION003, y no habiéndose solicitado su cambio y decidido en procedimiento judicial de modificación de medidas, es en Pamplona donde los menores legalmente tienen fijado su domicilio Dicho lo anterior, según lo expuesto por el padre su casa está en DIRECCION001, y en Pamplona residía junto a sus padres e hijos durante la semana que tenía la custodia de los menores. Es ahora y por las excepcionales circunstancias que vivimos a raíz de la crisis sanitaria generada por el COVID 19, que ha decidido trasladarse a DIRECCION001 junto a sus hijos, para evitar cualquier riesgo a sus padres.(…) El hecho de que exista otra casa en DIRECCION001 donde pueden vivir los abuelos, no puede suponer que tengamos que ‘echar’ a estos (personas de avanzada edad y de riesgo) de su casa en Pamplona, para que vivan en una casa de un huerto, de la que no conocemos siquiera las condiciones que tiene. Casas que normalmente están preparadas para pasar temporadas cortas y en momentos en el que el tiempo es menos frío que el que nos encontramos Por otra parte, ninguna de las partes ha alegado que dicha circunstancia este suponiendo un perjuicio para sus hijos o que se haya visto entorpecido el cumplimiento del régimen de visitas y de custodia fijado en Sentencia. Del escrito de la parte actora se entrevé una rigidez en sus posiciones (exigiendo en todo caso el cumplimiento estricto de la Sentencia), no propio de un procedimiento de familia, máxime en este caso donde tienen acordado un régimen de custodia compartida, y la crisis sanitaria que estamos viviendo. (...) Por lo expuesto, se accede a que mientras las circunstancias excepcionales se mantengan el padre puede residir en su domicilio en DIRECCION001 durante el tiempo en

que tenga la custodia de sus dos hijos. Siempre que no entorpezca el régimen de custodia y visitas fijado en Sentencia, así como las actividades (escolares y extraescolares) que los menores venían haciendo hasta ahora” (F.D.2º). (S.R.LL.).

Jurisprudencia: El estado de alarma derivado de la Covid´19 sólo suspenderá el régimen de visitas en caso de riesgo para los menores al amparo del art. 158 CC.

AJPI Santa Cruz de Tenerife de 7 de abril de 2020.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/82f38860673c404b/20200417>

“El pasado 14 de marzo de 2.020 se declaró el Estado de Alarma en España para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Entre las medidas adoptadas se establece que durante la vigencia del Estado de Alarma, las personas solamente podrán circular de manera individual por las vías de uso público para la realización de determinadas actividades, excepto, entre otras causas, cuando sea necesario acompañar a mayores, menores, personas con discapacidad o por causas justificadas (art. 7 RD 463/2020, de 14 de marzo).

Con fecha 20 de marzo de 2.020 la Comisión Permanente del C.G.P.J. emitió un Informe en el que establece que, siempre que no haya acuerdo entre los progenitores, corresponderá a cada Juez decidir en el caso concreto sobre la modificación del régimen de custodia, visitas y estancias acordados en los procedimientos de Familia, y así establece literalmente: ‘El órgano de gobierno de los jueces señala que las medidas adoptadas judicialmente en los procedimientos de familia no quedan afectadas por la regla general de suspensión de plazos y actuaciones procesales durante el estado de alarma, ya que si bien no se encuentran en sí mismas entre aquellas actuaciones esenciales cuya realización ha de asegurarse, una vez adoptadas se sitúan en el plano de la ejecución de las resoluciones judiciales que las hayan acordado y entran dentro del contenido material de las relaciones entre los progenitores en relación con los hijos menores que surgen como consecuencia de la nulidad matrimonial, separación o divorcio y de las decisiones judiciales que fijen las condiciones del ejercicio de la patria potestad, de la guarda y custodia y del régimen de visitas y estancias’.

También señala que las Juntas sectoriales de Jueces pueden adoptar acuerdos para unificar criterios y establecer pautas de actuación conjuntas. La Junta sectorial de Jueces de Primera Instancia (con competencias en materia de familia) de Tenerife en fecha 23 de marzo de 2020 acordó con carácter general la vigencia de las medidas acordadas en los procesos de familia, con las siguientes excepciones: a) intercambios o visitas que impliquen desplazamientos o traslados del menor a otra isla, provincia o comunidad autónoma; b) visitas cuya ejecución precise la intervención de los servicios del Punto de Encuentro de Familia; c) en caso de grave riesgo para la salud del menor y/o los progenitores, por motivo de existencia de sintomatología o haber dado positivo al test de Covid-19. Asimismo, la Junta

sectorial acuerda que los incumplimientos de los regímenes de guarda, custodia y visitas de menores acordados judicialmente durante el período de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de sus sucesivas prórrogas, podrán dar lugar, en su caso, al correspondiente procedimiento de ejecución. En su consecuencia, y como regla general, las incidencias relativas a dichos incumplimientos, no se entenderán incluidos en las solicitudes de medidas urgentes formuladas al amparo del art. 158 CC, las cuales se limitan a los supuestos de concurrencia de riesgo para el menor, que deberán justificarse debidamente con la solicitud correspondiente” (F.D.1º).

“En el presente caso, la parte promotora del expediente no concreta una situación de riesgo para los menores, por lo cual, su petición no se encuentra amparada por el art. 158 CC pero es que además, en su escrito de 6 de abril expone un incumplimiento del régimen de custodia y visitas acordado (si bien no se aporta resolución judicial alguna), supuesto que en su caso, daría lugar a un procedimiento de ejecución. En consecuencia, se inadmite a trámite la solicitud de suspensión del régimen de visitas” (F.D.2º).

Jurisprudencia: En aplicación del derecho foral aragonés la especial dedicación de la madre a las niñas desde su nacimiento y nula voluntad de la hija de convivir con su padre, que determinó su tratamiento médico psicológico, fijan la decisión de una custodia individual materna porque atiende al interés de la menor, que incluye a la salud como uno de los elementos a proteger.

STSJ Zaragoza (Sala Civil y Penal) de 25 de noviembre de 2020, rec. nº 30/2020

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cc8530d1f625b5f1/20210122>

“En el caso sometido a la jurisdicción de este tribunal, la audiencia ha optado razonadamente por la custodia individual materna, en atención a las pruebas practicadas y a su valoración, para lo cual razona suficientemente sobre la decisión adoptada.

Los alegatos del recurrente en cuanto a este motivo se centran en discrepar de esa valoración de la prueba, en materias como la conciliación de la vida familiar y la laboral, la dedicación a las menores de cada uno de los progenitores y la concurrencia de los elementos que el art. 80.2 cita. Olvida que el recurso de casación requiere respeto a los hechos probados y a la valoración de la prueba, y que solo mediante la introducción de un motivo concurrente de infracción procesal hubiera sido posible reexaminar la valoración de la prueba, en los márgenes que lo permite el art. 469 LEC.

(...) La sentencia recurrida se refiere extensamente a dos factores: la atención de la madre a las niñas y la difícil relación de Florencia con su padre.

De ellos, el primero es atendible conforme al apartado f) del precepto que examinamos, que fue introducido por el legislador en la última reforma del CDFIA, y del que resulta la especial dedicación de la madre a las niñas desde su nacimiento.

El segundo es de especial consideración, pues a la vista de la exploración de la hija mayor se desprende no solo la nula voluntad de convivir con su padre, que podría ser entendida como una opinión expresada en razón a su estado de ánimo o de situaciones puntuales de divergencia, sino también la afectación psicológica producida en la niña, que dio lugar a intervención y tratamiento médico. En esas condiciones, la decisión de custodia individual de la madre es ajustada a la norma, porque atiende al interés de la menor, que incluye a la salud como uno de los elementos a proteger.

Por ello el motivo ha de ser forzosamente desestimado” (F.D.4º).

“Vulneración del principio de proporcionalidad en la contribución a los gastos.

El art. 82 del CDFFA previene que ambos progenitores contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo (apartado 1), que la contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres (apartado 2), y que los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles (apartado 4).

La decisión adoptada ha tenido en cuenta lo resuelto sobre el sistema de custodia establecido, de modo que es la madre la que ha de asumir la atención y cuidado diarios de las hijas, por lo que el padre debe contribuir a los gastos derivados de la crianza y educación.

Atendidos los datos de ingresos de uno y otro, que resultan fijados en la sentencia recurrida en las cantidades de 1.542 euros Don Nicanor y entre 1.000 y 1.200 euros los de Doña Belinda , cuando está trabajando, y a la estabilidad laboral de aquél frente a la interinidad profesional de ésta, hechos que no pueden someterse a discusión en un recurso de casación, la determinación concreta de las cantidades a pagar por concepto de alimentos corresponde a las facultades discrecionales de los tribunales de instancia, no revisables en casación salvo por razones de evidente falta de proporcionalidad, que no concurren en la decisión adoptada por la sentencia recurrida -en este sentido, sentencia de esta Sala de 31 de octubre de 2018, entre otras-. El juicio de proporcionalidad realizado en el caso no es arbitrario y no vulnera las normas cuya infracción se denuncia en el motivo” (F.D.5º) [S.R.LL.].

2. OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

Jurisprudencia: La recurrente no fue parte en el contrato ni se previó en el mismo que fuera ella quien formalizara la transmisión de determinados inmuebles como parte del precio, lo que le impide el ejercicio de derechos derivados del referido contrato (artículo 1257 CC); y tampoco cabe hablar de un pago por tercero amparado en el artículo 1158 CC; El artículo 10 LEC refiere la posición de parte procesal legítima únicamente a quien, por su relación con el objeto del proceso -consumación,

en este caso, de un contrato de compraventa- está facultado para exigir el cumplimiento de obligaciones derivadas del mismo, lo que únicamente corresponde -como comprador- a la codemandante.

STS (Sala 1ª) de 5 de octubre de 2020, rec. nº 4686/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f1b0585a909a95a5/20201016>

“Las entidades Salvatierra Agraria S.L. y Orozcosanz 2003 S.L. formularon demanda de juicio ordinario sobre cumplimiento de contrato de compraventa contra don Luis Ángel. Por el demandado se alegó la falta de legitimación activa de Orozcosanz 2003 S.L. y la excepción de cosa juzgada. La sentencia de primera instancia estimó la demanda en lo que se refiere a la demandante Salvatierra Agraria S.L. y declaró la validez del contrato de compraventa de 13 de noviembre de 2006, condenando al demandado a pasar por esa declaración y, en su virtud, a otorgar escritura pública de compraventa de dos locales comerciales, en su condición de adquirente de los mismos; por el contrario, desestimó la demanda en cuanto a la demandante Orozcosanz 2003 S.L. por falta de legitimación activa. Recurrió en apelación la demandante Orozcosanz 2003 S.L. y la sentencia de segunda instancia, de fecha 28 de julio de 2017, desestimó el recurso argumentando que tanto Salvatierra S.L. como; Orozcosanz 2003 S.L. pertenecen a la familia del Sr. Eulalio, pero es lo cierto que el Sr. Eulalio celebró el contrato de compraventa de terrenos al demandado (contrato de fecha 13 de noviembre de 2006) únicamente en nombre de Salvatierra Agraria S.L., siendo parte del precio convenido la transmisión de los dos locales comerciales objeto del presente proceso.

La entidad Orozcosanz 2003, SL formula recurso extraordinario por infracción procesal y de casación” (F.D. 1º).

“Recurso extraordinario por infracción procesal

(...) Se formula por un solo motivo, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC por infracción del artículo 10 LEC, en relación con el artículo 24 CE por cuanto se ha denegado la legitimación activa ostentada por la parte recurrente. (...)El motivo ha de ser desestimado ya que la recurrente no fue parte en el contrato ni se previó en el mismo que fuera ella quien formalizara la transmisión de determinados inmuebles como parte del precio, lo que le impide el ejercicio de derechos derivados del referido contrato (artículo 1257 CC); y tampoco cabe hablar de un pago por tercero amparado en el artículo 1158 CC, cuestión que no se ha planteado, ya que viene a exigir ahora del demandando el otorgamiento de escrituras públicas y el pago de determinada cantidad en concepto de IVA, circunstancias que exceden de lo que significaría un simple pago por tercero.

El artículo 10 LEC refiere la posición de parte procesal legítima únicamente a quien, por su relación con el objeto del proceso -consumación, en este caso, de un contrato de compraventa- está facultado para exigir el cumplimiento de obligaciones

derivadas del mismo, lo que únicamente corresponde -como comprador- a la codemandante Salvatierra Agraria S.L.” (F.D. 2º).

“Recurso de casación

(...) El motivo primero se formula por infracción del artículo 7.1 CC y de la doctrina de los actos propios (...) por cuanto se ha negado la vinculación del demandado a los actos propios que ha venido observando en otras transmisiones de inmuebles anteriores, que fueron entregados como parte del precio del contrato de compraventa inicial, consintiendo el demandado que fuera la entidad ahora recurrente quien otorgara las escrituras de compraventa a favor de terceros designados por el demandado. Las sentencias de esta Sala núm. 201/2015, de 9 de abril, y 519/2015, de 6 de octubre, resumen la jurisprudencia recaída sobre la cuestión en el siguiente sentido:

‘La doctrina de los propios actos, como dice la sentencia de esta Sala núm. 936/2006 de 6 octubre , tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe (Sentencias de 25 de octubre y 28 de noviembre de 2000) pues se falta a la buena fe en sentido objetivo, es decir, como exigencia de lealtad y honestidad en los tratos y en el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 Código Civil) cuando se va contra la resultancia de los propios actos (Sentencias de 16 de julio y 21 de septiembre de 1987 , 6 de junio de 1992, etc.), pero ello exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, esclarecer, modificar o extinguir una determinada situación que afecta jurídicamente a su autor, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, de modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, con el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior (Sentencias de 9 de mayo de 2000, 27 de febrero, 16 de abril y 24 de mayo de 2001, 25 de enero de 2002, entre otras muchas), por lo que no es de aplicación cuando los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo o inconcreto (Sentencias de 23 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999) o carecen de trascendencia para producir el cambio jurídico (Sentencias de 28 de enero de 2000, 7 de mayo de 2001, 25 de enero de 2002) y, aún menos, cuando el cambio de actitud obedece a una reacción ante nuevos hechos o actos ‘.

La situación ahora contemplada no encuentra encaje jurídico en la mencionada doctrina ya que demandan ambas entidades, Salvatierra Agraria S.L. y Orozcosanz 2003 S.L. cuya conexión no se discute, con unas mismas pretensiones en relación con un contrato celebrado únicamente entre la primera y el demandado.(...) Pretender, como hace la recurrente, que esa condena se extienda también a su favor supone tergiversar el sentido de las obligaciones contraídas, debiendo afirmarse que ningún acto propio del demandante admitiendo la dación en pago del precio por parte de un tercero le obliga a soportar una condena frente a las dos entidades demandantes, las cuales habrán de resolver entre ellas la cuestión atendiendo a sus particulares relaciones” (F.D. 3º)

“El segundo motivo se refiere a la infracción del artículo 1282 CC, según el cual los contratos habrán de interpretarse conforme a los actos anteriores, posteriores y

coetáneos al contrato, en tanto que –según afirma la recurrente- se le deslegitima como parte ‘pese a haber intervenido en todos los actos de pago del precio’, mediante entrega de inmuebles, otorgando las escrituras de compraventa a favor de las personas designadas por el demandado. (...) esta sala ha reiterado en su jurisprudencia el valor de los actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato como elemento de interpretación, lógicamente se refiere a los actos que ligan a las propias partes intervinientes en el contrato a interpretar, sin referencia a los actos que afectan a terceros, pues precisamente esos actos sirven para revelar la intención de las partes al contratar y solo a ellas pueden afectar” (F.D.4º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: El contrato se configura unitariamente y no como la suma de tantas compraventas como objetos (créditos) comprende. Las partes contemplan un único objeto (la totalidad de la cartera) y un único precio, dando nacimiento a un único contrato en el que no se tiene cuenta, aisladamente, la individualidad de los diferentes derechos o créditos que se venden. Supuesto que encaja en el art. 1532 CC y no en el art. 1535 CC.

STS (Sala 1ª) de 5 de octubre de 2020, rec. nº 92/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/03c81aa5cc80a7dc/20201020>

“(…) Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes hechos fijados 1.- El 3 de noviembre de 2016, Bankia, S.A. transmitió a Gescobro Collection Services, S.L.U., mediante póliza intervenida por notario, una cartera de créditos entre los que figuraba el derivado de un préstamo con garantía personal concedido al demandante el 27 de diciembre de 2010.

2.- Bankia formuló demanda de ejecución de títulos no judiciales contra el demandante, por razón del citado préstamo, en reclamación de 378.418,49 euros de principal, intereses y costas. En el momento de interponer la demanda rectora de este procedimiento, se encontraba pendiente de resolución un recurso de apelación frente al auto dictado en aquel procedimiento de ejecución, seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Burgos, de fecha 31 de marzo de 2015, en pieza de oposición a la ejecución (en la que se ventilan, entre otras, posibles causas de extinción del crédito - pago o compensación -). (...)

5.- El Sr. Inocencio, deudor en el contrato de préstamo suscrito el 27 de diciembre de 2010, crédito incluido en la ‘Cartera de Créditos’ transmitida, en su condición de deudor cedido, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia y Gescobro Collection Services, en la que solicitaba declaración judicial de su derecho a extinguir dicho crédito con motivo de su cesión onerosa, reembolsando al cesionario ‘el precio-valor por el que se ha producido la transmisión de ese crédito, las costas que se le hubiesen ocasionado y los Intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho, que se determinarán en periodo probatorio o, en su defecto, en ejecución de Sentencia’.

6.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, argumentando, en esencia, que: (i) el supuesto de hecho del caso es el de una transmisión en bloque de créditos; (ii) el art. 1535 CC se refiere a los supuestos de cesión de crédito en singular; (iii) el art. 1532 CC, al regular la venta de derechos o bienes en globo, limita la responsabilidad del cedente del todo en general, pero no de las partes que lo integren; (iv) la analogía con el supuesto del art. 25.7 LAU que excluye el retracto arrendaticio cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con otras viviendas y locales del arrendador que formen parte del mismo inmueble; (v) el Tribunal Supremo, en sentencias de 31 de octubre de 2008 y 165/2015, de 1 de abril, ha fijado doctrina legal en el sentido de que no procede el retracto de crédito litigioso cuando éste ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por su sucesión universal, no de forma individualizada; (vi) en el mismo sentido cita la doctrina de diversas Audiencias Provinciales, especificando que aunque la sentencia 165/2015 se refiera a supuestos de segregación de sociedades mercantiles, lo determinante es que no exista una individualización del precio pagado por los elementos que componen el activo transmitido, por tratarse de un precio conjunto y único.

7.- Recurrída la sentencia de primera instancia por el demandante, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, (...) confirma la sentencia del juzgado, y concluye que estamos ante una cesión en bloque o en globo de un conjunto total y no de una suma de créditos individualizados, por lo cual no existe transmisión de un crédito individualizado, ni existe un precio concreto o individual para cada crédito cedido y, en consecuencia, no procede la aplicación del art. 1535 CC, pues no es posible la extinción del crédito cedido mediante el reembolso del precio pagado, ya que el precio pactado es alzado o global por una cartera de créditos que constituye un todo.

8.- El demandante ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en tres motivos, y un recurso de casación fundado en un motivo, que han sido admitidos en la instancia” (F.D. 1º).

“Recurso de casación. Formulación y admisibilidad del único motivo.

1.- El motivo denuncia la vulneración del art. 1535 CC y la jurisprudencia dictada sobre el mismo, y se introduce con el siguiente encabezamiento:

"Se formula al amparo del motivo 2º del artículo 477.2.2º de la Ley de enjuiciamiento civil, denunciando la infracción del artículo 1.535 del Código civil, y de la jurisprudencia existente al respecto en aplicación de dicho precepto y de la jurisprudencia existente al respecto, al estar ante la venta y/o cesión de un crédito individualizado, y al encontrarnos igualmente ante un crédito litigioso, procedía la estimación de la acción conocida como ‘retracto de crédito litigioso’, ejercitada en la demanda".

2.- En su desarrollo se citan como infringidas las sentencias de esta Sala 976/2008, de 31 de octubre y diversas sentencias de Audiencias Provinciales, y argumenta, en síntesis, que la sentencia impugnada confunde la transmisión de varios o muchos

activos con una cesión global o con sucesión universal, sin reparar en que en el presente caso estamos ante un supuesto de cesión o transmisión de muchos activos pero perfectamente individualizados, y no ante una cesión global ni ante una sucesión universal; confusión que lleva a la Audiencia al error de excluir la aplicación del art. 1535 CC. (...)” (F.D. 8º).

“Decisión de la Sala (i). La interpretación jurisprudencial del art. 1535 del Código civil. Ámbito de aplicación de la norma. Delimitación del supuesto de hecho habilitante. Ratio de la norma.

1.- Para dar respuesta al motivo debemos partir de la interpretación jurisprudencial del art. 1535 CC, de la ‘ratio’ del precepto, y del fundamento y naturaleza jurídica del derecho que atribuye al deudor cedido.

Esa doctrina jurisprudencial fue sistematizada y actualizada en nuestra reciente sentencia 151/2020, de 5 de marzo, en la que se fijaban los siguientes criterios en cuanto al ámbito de aplicación de la norma, su origen, fundamento y ‘ratio legis’.

2.- Ámbito de aplicación del art. 1535 CC.

2.1. El art. 1535 del Código civil establece:

‘Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.

‘Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo.

‘El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago’.

2.2. La sentencia de esta sala 690/1969, de 16 de diciembre, definió el crédito litigioso de la siguiente forma: ‘aunque en sentido amplio, a veces se denomina "crédito litigioso" al que es objeto de un pleito, bien para que en este se declare su existencia y exigibilidad, o bien para que se lleve a cabo su ejecución, sin embargo, en el sentido restringido y técnico que lo emplea el artículo 1.535 de nuestro Código Civil, ‘crédito litigioso’, es aquél que habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible; es decir, el que es objeto de una "litis pendencia", o proceso entablado y no terminado, sobre su declaración’ (...)

2.5. Finalmente, desde el punto de vista de la delimitación negativa del derecho, quedan excluidos del mismo los supuestos de cesión en globo oalzada a que se refiere el art. 1.532 CC, cuestión nuclear a la que se circunscribe el motivo del presente recurso (toda vez que en la presente litis, tal y como ha llegado configurada a esta sede casacional, no se discute el carácter litigioso del crédito, ni el carácter

oneroso de la transmisión), para cuya resolución es aconsejable profundizar en el origen, fundamento y naturaleza del denominado ‘retracto de crédito litigioso’.

3.- Origen, fundamento y naturaleza del denominado ‘retracto de crédito litigioso’ o ‘retracto anastasiano’.

3.1. En cuanto a su origen histórico, como afirmamos en la sentencia 976/2008, de 31 de octubre, la normativa de los arts. 1.535 y 1.536 CC, en los que se regula el alcance de la facultad de un deudor de extinguir un crédito litigioso en caso de venta del mismo, mediante el reembolso al cesionario del precio, costas e intereses: ‘tiene como antecedentes el Derecho Romano y concretamente la Ley Anastasiana (Anastasio a Eustatio, Ley 22, Tít. XXXV, Lib. 4º del Código, del Corpus Iuris Civilis), que se justificó por Justiniano (Ley 23) por razones de humanidad y de benevolencia (‘tam humanitatis quam benevolentiae plena’), y se resume (Ley 24; Epítome tomado de las Basílicas) en que ‘el que dio cantidades para que se cediesen acciones no consiga de las acciones cedidas nada más que lo que por ellas hubiera dado”, y el Proyecto de 1.851 (arts. 1.466 y 1.467)’ (...)

3.3. Es, pues, una figura controvertida en la doctrina, abandonada por los Códigos europeos más modernos, de aplicación práctica problemática y con escaso tratamiento en la jurisprudencia. Sin embargo, su introducción en el Código civil español, por inspiración del Código napoleónico, respondió a un doble fundamento que era el mismo a que respondía el ‘retracto anastasiano’ en el Derecho Romano: desincentivar a los especuladores de pleitos (que adquieren del demandante derechos judicialmente discutidos a bajo precio para reclamar después dichos derechos de los demandados) y reducir la litigiosidad (‘cortar pleitos’ en sintonía con la general enemiga y repugnancia del Derecho Romano respecto de los ‘compradores de pleitos’ - vid. sentencia 976/2008 -).

3.4. Como señalamos en la sentencia 151/2020, de 5 de marzo, la controversia sobre esta figura ha alcanzado también a su naturaleza jurídica, discutiéndose si se trata de un verdadero retracto legal (art. 1.521 CC) o bien una facultad atribuida ex lege al deudor para realizar un pago parcial de su deuda con plenos efectos liberatorios o, dicho de otro modo, una suerte de quita autorizada por la ley, esto es, un privilegio legal que permite al deudor extinguir la deuda no por el importe de lo adeudado, sino por el precio de la cesión (art. 1.156 CC). Incluso calificado este derecho como retracto responde a una marcada finalidad extintiva, que se cumple porque al subrogarse en su virtud el deudor en la posición activa del crédito, este se extingue por confusión. (...)

3.5. Las similitudes funcionales con el retracto dan pie a la sentencia de primera instancia, invocada por la Audiencia, para citar como argumento coadyuvante la analogía con la regulación de los retractos arrendaticios, y en concreto el paralelismo entre la exclusión del ‘retracto’ en el caso de las cesiones de créditos en globo o a precio alzado (art. 1.532 CC) y en el caso de las ventas conjuntas de la vivienda arrendada con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble (art. 25.7 Ley 29/1994, de 24 de noviembre). En este sentido, y en relación con la citada exclusión, la sentencia 221/2017, de 17

de mayo, afirmó: '[...] se entiende que el retracto arrendaticio como tal excepción que es a la libertad de contratación - nunca ha sido impuesto por el Código civil - habrá de interpretarse, si no restrictivamente, sí en sus justos términos'.

4.- Carácter de norma excepcional del art. 1.535 del Código civil. La 'ratio' del precepto.

4.1. La regla general en nuestro Derecho es la libre transmisibilidad de todos los derechos y obligaciones, salvo pacto en contrario. Así resulta del art. 1.112 CC, conforme al cual "Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario"; de lo que es una manifestación más la regulación del Código sobre la cesión de créditos contenida en sus arts. 1.526 y siguientes. (...)

4.3. Por tanto, el denominado retracto de crédito litigioso constituye una excepción al régimen general de la cesión de créditos, y como tal requiere una interpretación estricta acorde con dicho carácter excepcional.

Como declaramos en la sentencia 151/2020, de 5 de marzo, que la regulación contenida en el art. 1.535 CC es excepcional, integrando una norma especial o privilegiada, resulta también de las siguientes consideraciones:

1.º Frente al régimen general del art. 1.157 CC, conforme al cual 'no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía', en este caso se entiende pagada la deuda mediante la ejecución de una prestación distinta (cuantitativamente inferior) a aquella en que consistía la obligación.

2.º Frente al régimen general de las obligaciones de los arts. 1.166 y 1.169 CC, conforme a los cuales 'el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida' y, salvo pacto en contrario, "no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación', en el caso de la cesión de créditos litigiosos se autoriza legalmente la extinción de la totalidad de la deuda mediante su pago parcial.

3.º Frente al criterio general del art. 1.127 CC, según el cual 'siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro', la aplicación del régimen del art. 1.535 CC a un préstamo de amortización en plazos sucesivos, que no haya sido declarado vencido anticipadamente en su totalidad, extinguiendo anticipadamente el préstamo, supondría excepcionar aquel precepto (incluso sin que concurran las circunstancias que determinan la aplicabilidad de la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuyo art. 23 atribuye novedosamente al prestatario incluido en su ámbito de aplicación el derecho al reembolso anticipado).

4.º Frente al régimen especial de las quitas parciales previstas por las más recientes regulaciones, vinculadas a la especial protección de la vivienda habitual, cuando se trata de deudas garantizadas mediante hipoteca constituida sobre la misma, en relación con la deuda remanente tras la ejecución de la vivienda (vid. 579.2, a) LEC), o en relación con las situaciones de insolvencia que afecten a personas y familias en situación de vulnerabilidad social (vid. ‘Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual’, regulado en el anexo del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo), el art. 1.535 CC no limita su ámbito de aplicación a la protección de la vivienda habitual ni a personas físicas en riesgo de exclusión social.

5.º Con independencia de las reservas antes apuntadas sobre una asimilación completa de la facultad de extinción del crédito cedido en las condiciones fijadas por el art. 1.535 CC a los derechos de retracto legal (art. 1.521 CC) no puede desconocerse, como se ha señalado, su estrecha proximidad institucional a esta figura jurídica, incluyendo su virtualidad limitativa de la libre transmisibilidad de los bienes o derechos afectados en cada caso para su titular.(...)” (F.D. 9º).

“Decisión de la Sala (iii). La calificación del contrato como venta en globo o por precio alzado.

Inaplicabilidad de la facultad del art. 1535 CC en el caso. Desestimación del motivo.

1.- El demandante afirma en su recurso que ‘son hechos probados en la sentencia recurrida, que esta parte no cuestionará en el presente recurso de casación, los siguientes: 1º.- Que se ha producido la venta de una cartera de créditos individualizados’.

Con ello parte de una premisa errónea, que altera la base fáctica realmente fijada en la instancia. Lo que realmente afirma la Audiencia en la sentencia impugnada es que lo vendido fue una cartera o conjunto de créditos por un precio alzado que se valora en conjunto, sin precio individualizado (...)

2.- Operación que la Audiencia sitúa acertadamente en el contexto de las actuaciones de saneamiento y liberación de los balances de las entidades de crédito de créditos morosos a que antes nos referimos: ‘Como es sabido es práctica habitual de las entidades financieras que cedan o transmitan una cartera o conjunto de créditos morosos, es decir impagados a su vencimiento y de difícil cobro, ora a fondos de inversión, ora entidades especializadas en la gestión del cobro de créditos morosos. Tales operaciones tienen la finalidad que la entidad financiera cedente o transmitente libere su balance de créditos morosos cuyo cobro entraña dificultades. Y ello con el objeto de reducir el impacto negativo que tales créditos tienen en su contabilidad y mejorar sus ratios financieros e índices de morosidad. Los créditos que se ceden de ordinario son créditos morosos, impagados a la fecha de su vencimiento o que se han vencido de forma anticipa por impago de las cuotas pactadas, siendo de ordinario los deudores insolventes por lo que el cobro de su importe es cuestionable, de tal forma que puede señalarse que una gran parte de los créditos cedidos son créditos fallidos en los que no se va a poder cobrar ningún

importe, en otros sólo se podrá cobrar una parte del importe, y en los menos se podrá cobrar el total, y ello sin que a priori se pueda saber el importe que va a poder cobrarse, por lo cual es sumamente difícil valorar los créditos de forma individualizada, siendo tal valor dado no tanto por su importe sino por la solvencia del deudor, pues es esta la que determina las posibilidades de cobro’.

3.- Que la calificación del contrato hecha por la Audiencia como compraventa de cartera de créditos en globo y por precio alzado es correcta, lo acredita la lectura de las estipulaciones pactadas por las partes. En efecto, la calificación del contrato como ‘compraventa de cartera de créditos’, hecha por las partes y asumida por el juzgado y por la audiencia, como una venta conjunta y por precio alzado, es la que se corresponde con su contenido, por razón del objeto y causa sobre el que se proyecta el consentimiento de las partes (...)

5.- La calificación del contrato como venta en globo y a precio alzado, en consecuencia, debe mantenerse. Cabe recordar, como declaramos en la sentencia 198/2012, de 26 de marzo, entre otras muchas, que la interpretación de los contratos constituye función de los tribunales de instancia, por lo que la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario. El único objeto de discusión a través del recurso de casación sobre la interpretación contractual, no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino a la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico (...)

Esta interpretación no puede quedar desvirtuada por el hecho de que los créditos que forman parte de la cartera estén identificados (a través de los datos incluidos en el CD que complementa el documento de formalización de la compraventa), pues toda compraventa comporta la obligación de entregar ‘cosa determinada’ (art. 1445 CC), lo que exige su identificación directa o indirecta, pero no impide que la venta sea no de un único objeto, sino de un conjunto unitario, dentro del cual se identifiquen sus partes integrantes, sin por ello perder su carácter unitario (art. 1532 CC). Tampoco puede enervar la conclusión anterior el hecho de que las partes hayan incorporado, dentro de la cláusula genérica de limitación de responsabilidad del cedente, la mención relativa a su exoneración para el caso de que alguno de los deudores cedidos pretendiese ejercitar la facultad del art. 1535 CC, pues éste es un precepto de carácter imperativo, que configura y delimita directamente tal facultad, al margen de la voluntad de las partes.

6.- Despejada la anterior cuestión, no queda sino confirmar la conclusión de la Audiencia. Como dijimos en la sentencia 151/2020, de 5 de marzo, ‘desde el punto de vista de la delimitación negativa del derecho [de retracto de crédito litigioso], quedan excluidos del mismo los supuestos de cesión en globo o alzada a que se refiere el art. 1.532 CC’.

Como ha destacado la doctrina civilista al interpretar el art. 1532 CC, este comprende dos tipos de compraventas distintos, unificados por el dato común de

tratarse de la venta de conjuntos de objetos. En este sentido se advierte que el Código al hablar de ventas hechas ‘alzadamente o en globo’ no usa dos expresiones para una sola forma de enajenación, sino para dos maneras diferentes de venta. Una cosa es vender ‘en globo’, esto es sin enumerar o detallar las cosas, y otra vender ‘alzadamente’, es decir por un solo y único precio.

La compraventa de una pluralidad de objetos puede configurarse como una mera suma de tantos contratos como objetos, aunque se celebren simultáneamente y se formalicen en un mismo documento. Frente a este tipo de modalidad contractual, la compra de una pluralidad de objetos puede formalizarse diversamente como un contrato único, bien por configurarse el precio unitariamente para todos los objetos, bien por considerarse unitariamente estos últimos, o por ambas cosas.

Como ha señalado la doctrina, a estas dos últimas modalidades de compraventa se refiere el art. 1532 CC.

En la modalidad de la venta por precio alzado, que tiene por objeto la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, lo determinante es que no contempla individualizadamente cada uno de estos derechos, rentas o productos, sino el conjunto de todos ellos, en función de lo cual se fija un precio alzado. En el presente caso, el contrato se configura unitariamente y no como la suma de tantas compraventas como objetos (créditos) comprende. Las partes contemplan un único objeto (la totalidad de la cartera) y un único precio, dando nacimiento a un único contrato en el que no se tiene cuenta, aisladamente, la individualidad de los diferentes derechos o créditos que se venden. Supuesto que encaja en el art. 1532 CC y no en el art. 1535 CC.

7.- Esta conclusión se apoya, además, en las siguientes razones: (i) el carácter de norma excepcional del art. 1535 CC; (ii) la falta de coincidencia de la ‘ratio legis’ de este precepto (prevención de la especulación de pleitos) y finalidad que podría cumplir en un supuesto como el de la litis, en el que el objetivo de la operación es el saneamiento de los balances de la entidad cedente al transmitir créditos en situación de impago y/o con deudores en situación concursal; (iii) la imposibilidad de determinar, sin alterar la voluntad de las partes, un precio individual para cada crédito integrado en la cartera cedida y, por tanto, la inviabilidad de que el deudor/retrayente se subroge en la misma posición contractual del cesionario; (iv) la identidad de razón que se observa, por la razón antes apuntada, esto es, imposibilidad de subrogación en la posición contractual del cesionario, para excluir del ámbito de aplicación del art. 1535 CC los casos de traspaso en bloque a consecuencia de una segregación de una parte del patrimonio de la sociedad acreedora que conforma una unidad económica, al amparo del art. 71 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (sentencia 165/2015, de 1 de abril) - unidad del negocio jurídico y ausencia de individualización de los créditos; además de que en este caso no recibe la sociedad segregada una contraprestación en dinero, sino acciones, participaciones o cuotas de la beneficiaria -; (v) la analogía con la regulación del art. 25.7 LAU respecto de la exclusión del retracto arrendaticio por el inquilino de una vivienda en caso de transmisión completa del edificio en que se ubica aquella; (vi) la propia literalidad

del art. 1535 CC, que habla de venta de ‘un crédito’ en singular; (vii) el carácter unitario del consentimiento, respecto del objeto y de la causa del contrato, que se basa en una valoración conjunta de los beneficios, costes y riesgos de la operación, en la que el aleas de la imposibilidad o mayor dificultad de cobro de unos créditos se compensa con la de otros de menor riesgo; y (viii) finalmente, la consideración de que, atendiendo a criterios de economía de escala, el aumento del volumen de la operación (que inversamente reduce los costes de transacción) disminuye el precio unitario de la misma, por lo que dicho precio nunca coincidiría con la suma del precio de los créditos individualmente cedidos, en caso de su venta aislada o separada.

8.- Todo lo cual necesariamente conduce a la desestimación del motivo” (F.D. 11º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: El Project Manager suele caracterizarse por asumir la gestión única de todas las fases del proyecto, la coordinación de todos los agentes intervinientes, la participación en el estudio de viabilidad, y la vigilancia del proceso constructivo. Así configurado el gestor de proyecto se sitúa en una posición intermedia entre el promotor y la dirección facultativa.

STS (Sala 1ª) de 15 de octubre de 2020, rec. nº 4252/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8b64458e378c1516/20201026>

“Los presentes recursos se interponen contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte demandante, la mercantil JPL Nazul S.L., interpuso demanda frente a la entidad Ideapsa, S.A., Cotea Obras, S.L. D. Ángel Jesús y D. Luis Enrique , en ejercicio de acción basada en el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por cada uno de los demandados en relación con un contrato de arrendamiento de obra para la construcción de una vivienda en Paracuellos de Jarama y en infracción de la LOE, como posteriormente se concretará.

Alegó la demandante en su escrito de demanda, que la mercantil Ideapsa S.A. asumió la promoción y construcción de una vivienda unifamiliar propiedad de la demandante, a partir de un contrato de ‘Project Management’ que tal mercantil firmó con la mercantil Centro Ginecológico Goya, S.L., por el cual Ideapsa S.A. se haría cargo de llevar a buen fin la construcción de la vivienda, para lo cual se encargaba de seleccionar la empresa constructora, que resultó ser Cotea Obras, S.L. y los distintos subcontratistas, así como al arquitecto D. Ángel Jesús , para la redacción del proyecto de ejecución de la vivienda, y a D. Luis Enrique, como arquitecto técnico, para la dirección facultativa de dirección de obras. Una vez transcurrido el plazo de construcción, se alegó que había resultado pericialmente acreditada la existencia de daños, en su mayor parte imputables a la mala ejecución de las obras, y a la falta de control y supervisión de las mismas (...)

Frente a tal pretensión cada una de las mercantiles demandadas y los dos arquitectos, superior y técnico, manifestaron su oposición a las cantidades reclamadas por la parte demandante.(...)

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la demandante, JPL Nazul S.L.

Dicho recurso fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.ª, de fecha 26 de mayo de 2017, la cual estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de estimar parcialmente la demanda. Absolvió a D. Ángel Jesús de la demanda interpuesta en su contra, con todos los pronunciamientos favorables y declaró que la demandada Ideapsa S.A., debía abonar a la actora la cantidad de 15.682,16 euros, en concepto de cantidad pagada como honorarios por las certificaciones en exceso facturadas a la actora, más los intereses legales; condenó a Ideapsa S.A. y a Cotea Obras S.L. a abonar de forma solidaria y conjunta a la actora la cantidad de 90.127,35 euros, en concepto de excesos de medición certificados, más intereses legales. Asimismo, condenó de forma solidaria y conjunta a Ideapsa S.A., Cotea Obras S.L. y D. Luis Enrique a pagar a la actora la cantidad de 103.668,71 euros, en concepto de reparación de las deficiencias de ejecución de las que deben responder los tres codemandados y tanto Ideapsa S.A. como Cotea Obras, S.L. responden con carácter solidario del pago de 4.072,01 euros, por la deficiente instalación de una de las partidas apreciadas en el informe pericial, relativa a la instalación de la moqueta. Impone a cada parte las costas causadas a su instancia, y las comunes por mitad, debiendo abonar la parte demandante las costas causadas a D. Ángel Jesús. (...)

Contra dicha resolución se ha interpuesto recurso de casación por Ideapsa S.A. y por D. Luis Enrique los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. El escrito de interposición, en cuanto al recurso de casación, de Ideapsa, S.A., se articula en dos motivos.

En el motivo primero, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con los artículos 8 y 9 de la misma norma, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita como opuesta a la recurrida la sentencia núm. 761/2015, de fecha 16 de enero, del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

A lo largo del motivo aduce, en su condición de Project Manager (gestor de proyectos), su falta de legitimación Pasiva (...)

Por último, en el motivo segundo, tras citar como preceptos legales infringidos el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con los artículos 8 y 9 de la misma norma, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita como opuestas a la recurrida la sentencia núm. 761/2015, de fecha 16 de enero, del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y ello por la inaplicación del artículo 1709, en relación con los artículos 1710, 1714 y 1717 del Código Civil, con oposición a las

sentencias todas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, 8175/1992, de 27 de noviembre, 18470/1992, de 4 de diciembre, 9252/1992, de 21 de diciembre, 1575/1990, de 21 de febrero, 2422/1994, de 13 de abril, 8157/1994, de 13 de diciembre, 10335/1995, de 21 de marzo, y 17736/1993, de 5 de noviembre, entre otras, denunciando también por inaplicación el art. 1259 del Código Civil y su jurisprudencia representada entre otras por la 17736/1993, de fecha 5 de noviembre. (...)

El escrito de interposición, en cuanto al recurso de casación interpuesto por D. Luis Enrique, se articula en un único motivo de casación. En dicho motivo se denuncia la infracción de la doctrina del enriquecimiento injusto, alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a cuyo fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala núm. 559/2010, de 21 de septiembre, rec. 1834/2006; núm. 148/1976, de 18 de mayo, y la núm. 529/2010, de veintitrés de julio, rec. 1926/2006 (...)

Recurso extraordinario por infracción procesal de D. Luis Enrique” (F.D. 1º).

“Motivo único.- ‘Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, tal y como se establece en el art. 469.1.2.º LEC, y en concreto violación del art. 218 LEC’.

Se desestima el motivo.

Se alega incongruencia omisiva (art. 218 LEC) en la sentencia de apelación, al no resolver sobre la alegación planteada por el Sr. Luis Enrique sobre enriquecimiento injusto, cuestión que se planteó en la oposición a la apelación.

Debe rechazarse el motivo, dado que la alegación sobre enriquecimiento injusto en la oposición a la apelación, en tanto se estimaron la mayor parte de las peticiones del demandante, fue tácitamente rechazada” (F.D. 2º).

“Motivo único. En base al art. 477.3 LEC, por interés casacional en tanto vulnera la doctrina relativa al enriquecimiento injusto o sin causa recogida en las STS, Sala 1.ª 559/2010, de 21 de septiembre, rec. 1834/2006; 148/1976, de 18 de mayo; 529/2010, de 23 de julio, rec. 1926/2006’.

Se desestima el motivo.

Se alega por el recurrente que el promotor (JPL Nazul S.L.) no había desembolsado la totalidad del precio de la obra encargada, con lo que si percibe la indemnización de daños y perjuicios concedida, se provocaría un enriquecimiento injusto.

Tal planteamiento debe rechazarse dado que:

1. El arquitecto técnico no es acreedor del promotor, dado que percibió todos sus honorarios.
2. De existir un acreedor sería el contratista y este se limitó a reclamar 11.000 euros en reconvención, que fue estimada en ese sentido.

3. No consta la existencia de la astronómica deuda que alega el recurrente entre promotor y contratista, dado que este solo reclama y obtuvo 11.000 euros.

4. Por tanto, no cabe enriquecimiento injusto, dado que no hubo empobrecimiento del ahora recurrente. (...)” (F.D.3º).

“Recurso de casación interpuesto por Ideapsa. Motivo primero. ‘El promotor (actora/propietario) es responsable solidario con todos los agentes de la edificación según la LOE y la jurisprudencia. ¿Ser además propietario excluye esta responsabilidad solidaria consecuencia de su participación en la edificación? Así parece en este caso, pues no se declara tal responsabilidad solidaria. La figura del Project Manager o asesor técnico es una obligación de medios o de resultado al fin de determinar su responsabilidad.

‘Se denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con los arts. 8 y 9 de la misma norma, oponiéndose a la sentencia núm. 761/2015, de 16 de enero, del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, entre otras’.” (F.D. 4º).

“Decisión de la sala.

Se desestima el motivo.

Se pretende por el recurrente que debería haberse declarado la responsabilidad solidaria del promotor.

Se ha declarado probado en la sentencia recurrida que JPL Nazul S.L. es propietaria de la parcela y promotora de la obra acometida, al haberse iniciado la edificación en régimen de autopromoción, por lo que el demandante, aun no pudiendo considerarse un tercer adquirente, sí es el beneficiario directo de la obra y le quedan a salvo las acciones que ejercita contra los que considera agentes de la edificación, responsables de la deficiente ejecución (art. 17 LOE)” (F.D. 5º).

“Motivo segundo. "El promotor (actora/propietario) es responsable solidario con todos los agentes de la edificación según la LOE y la jurisprudencia. ¿Su mandatario lo es también, pues contrata a un tercero que sí es declarado agente de la edificación? ¿Tiene acción directa el mandante (actora) sobre el tercero contratado por el mandatario? El mandatario no ha sido demandado.

‘Se denuncia nuevamente la infracción por aplicación indebida del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con los artículos 8 y 9 de la misma norma, oponiéndose a la sentencia núm. 761/2015 de fecha 16/01/2015 del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y ello por la inaplicación del artículo 1709, en relación con los artículos 1710, 1714 y 1717 del Código Civil, con oposición a las sentencias todas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, 8175/1992 de 27 de noviembre de 1992, 18470/1992 de 4 de diciembre, 9252/1992 de 21 de diciembre, 1575/1990 de 21 de febrero de 1990, 2422/1994 de 13 de abril de 1994, 8157/1994 de 13 de diciembre de 1994, 10335/1995 de 21 de marzo de 1995 y 17736/1993 de 5 de noviembre de 1993, entre otras, e inaplicación del art.

1259 del Código Civil y su jurisprudencia representada entre otras por la 17736/1993 de fecha 5 de noviembre de 1993, todo lo anterior en relación con los artículos 10, 416, 3.º y 418, de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (F.D. 6º).

“Decisión de la sala. Legitimación.

Se desestima el motivo.

Son muchas las cuestiones que incluye el recurrente en este motivo, por lo que dejaremos para un posterior análisis la figura del ‘Project Manager’.

Ante todo, esta sala debe partir de que el marco jurídico que la parte demandante fija es el de la LOE, de forma que ya en segunda instancia no funda sus pretensiones en la responsabilidad contractual, por lo que las acciones que le pudieran competir al demandante en cumplimiento del contrato firmado no obtendrán respuesta de esta sala, al no haberse esgrimido en fase de apelación.

Empieza el recurrente por alegar que debería haber sido llamado al procedimiento el Centro Ginecológico, que debió ser condenado solidariamente con el promotor.

Clarificando la presente cuestión esta sala debe declarar que fue Centro Ginecológico quien firmó el contrato de ‘Project Management’ de 19 de diciembre de 2005 con Ideapsa (...) en la sentencia recurrida se declara, con acierto, que JPL Nazul S.L. está legitimada por las siguientes razones:

1. Por ser la promotora y propietaria de la obra y solar.
2. Porque la mayor parte de los honorarios de Ideapsa S.A. los pagó JPL Nazul S.L.
3. JPL Nazul S.L. fue la que contrató a los arquitectos y constructora que le propuso Ideapsa S.A.
4. Pese a que el contrato lo firmo Centro Ginecológico Goya S.L., la relación contractual de Ideapsa S.A. fue con JPL Nazul S.L., pues Centro Ginecológico Goya S.L. suscribió el contrato para que Ideapsa S.A. asesorara a JPL Nazul S.L. (promotora y propietaria).
5. JPL Nazul S.L. y Centro Ginecológico Goya S.L. comparten el mismo administrador (fundamento de derecho cuarto de la sentencia del juzgado, hecho no controvertido).

Por ello no se aprecia infracción de los arts. 8 y 17 de la LOE.

Por otro lado no puede exigirse a JPL Nazul S.L. que demandase a Centro Ginecológico Goya S.L., dado que actuaba por cuenta de JPL Nazul S.L. con identidad de objetivos y sin extralimitación en el mandato, por lo que ningún sentido tenía la llamada al procedimiento de Centro Ginecológico, al no intervenir autónomamente en el proceso constructivo.

Por tanto, debemos declarar que JPL Nazul S.L. no tenía obligación legal de demandar a Centro Ginecológico Goya S.L.” (F.D. 7º).

“La figura del ‘Project Manager’ (gestor de proyectos) como agente de la edificación.

La doctrina más autorizada entiende que el despliegue de las distintas actividades a las que ordinariamente se obliga el gestor de proyectos le hace participar y coincidir en obligaciones que tradicionalmente, y según la legislación vigente, han sido adjudicadas a otros agentes de la edificación. Al no tratarse de una profesión reglada, carecemos de una definición o concepto. Lo que refuerza la idea de que las competencias asumidas dependerán en cada caso del propio contrato de Project management. Lo anterior no excluye que en la práctica estos contratos suelen atribuir al gestor de proyectos la dirección y coordinación de los recursos humanos y materiales, a lo largo de todo el ciclo de vida del proyecto, mediante el uso de las más modernas técnicas de dirección para conseguir los objetivos prefijados de configuración, alcance, coste, plazo y calidad, y la satisfacción de las partes interesadas en el proyecto. El Project Manager suele caracterizarse por asumir la gestión única de todas las fases del proyecto, la coordinación de todos los agentes intervinientes, la participación en el estudio de viabilidad, y la vigilancia del proceso constructivo. Pero conviene insistir en que hay que acudir a cada contrato para precisar las competencias atribuidas al gestor de proyectos. (...)

Más que sustitución de la función del arquitecto, el promotor pretende, a través de la figura del gestor, sustituir su propio papel en el proceso edificatorio, en cuanto toma de decisiones o contratación, control o vigilancia.

Así configurado el gestor de proyecto se sitúa en una posición intermedia entre el promotor y la dirección facultativa” (F.D. 8º).

“Ideapsa S.A. como ‘Project Manager’ o gestor de proyectos. (...) En este caso, para determinar el papel que Ideapsa S.A. ocupó en el proceso de edificación y, en consecuencia, su responsabilidad, deberá atenderse al contrato que suscribió y las funciones que en él se le asignaron.

Responderá del incumplimiento de sus obligaciones respecto de la ejecución del edificio, es decir, la responsabilidad del art. 17 LOE, en la medida en que tales defectos le son imputables, atendidas las funciones que tenía encomendadas.

En el presente procedimiento Ideapsa S.A. como ‘Project Manager’ o gestor de proyectos se comprometió en el contrato mencionado a:

- a) La ‘dirección técnica de las obras’.
- b) La dirección del proyecto.
- c) Asesoramiento en contratación de arquitecto, aparejador, encargado técnico de obra, subcontratistas, cálculo de estructuras.

d) Soporte técnico, jurídico y fiscal.

e) Gestiones con proveedores.

f) Obtención de licencias.

Y por estas funciones percibía los correspondientes honorarios (...)

De todo ello se deduce que Ideapsa S.A. no era un mero gestor de documentación, sino que gozaba de poder decisorio delegado por el promotor, controlando la dirección técnica de la obra, y verificaba las certificaciones de obra.

Como tal gestor de proyectos participaba de funciones propias del promotor, dirección económica, dirección de ejecución y del control de calidad, pero con tal autonomía y sustantividad que podemos concluir que como gestor de proyectos, dados los compromisos adquiridos, reunía, en este caso, las características de un agente de la edificación con entidad propia (art. 8 LOE).(…)

En el presente procedimiento resulta que Ideapsa S.A. interviene activa y decisoriamente en el proceso de edificación, por lo que como agente de la edificación responde ante el propietario de la edificación, que a su vez era promotor, por la falta de control sobre los que debería supervisar en el proceso de ejecución de la obra.

Esas obligaciones de Ideapsa S.A. eran sin duda un compromiso contractualmente asumido, pues como el propio contrato establecía se obligaba a velar por la ‘ejecución completa del presente proyecto’.

Por tanto, la Audiencia Provincial no infringió las normas invocadas” (F.D. 9º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: Para que empiece a correr el plazo de la prescripción es preciso, por tanto, no solo que la pretensión haya nacido, sino también que sea jurídicamente exigible. Cuando, por acuerdo de las partes, la exigibilidad de un crédito se somete a término, el momento inicial del cómputo de la prescripción no puede situarse antes de que llegue el mismo, porque con anterioridad a ese momento la deuda no resulta exigible y, en la terminología del art. 1969 CC, la acción no podía ejercitarse.

STS (Sala 1ª) de 20 de octubre de 2020, rec. nº 2701/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/82b1f618a076a0af/20201102>

“Se plantea como cuestión jurídica cuándo se inicia el cómputo del plazo de prescripción para exigir un crédito cuando acreedor y deudor acordaron que la deuda se incluiría en el pasivo de la herencia del deudor. Son antecedentes necesarios relevantes para la resolución del recurso los siguientes.

1. D.^a Purificación falleció el 3 de abril de 2008. Tras la renuncia del contador partidor, y ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre los herederos, el 9 de junio de 2016, D.^a Matilde , hija de la causante, presenta escrito de solicitud de división judicial de la herencia.

En la junta de herederos celebrada ante el letrado de la Administración de Justicia no se alcanzó acuerdo, entre otros extremos, sobre la inclusión en el pasivo del inventario de un crédito a favor de D.^a Luz , una de las hermanas coherederas, por lo que el procedimiento de división de la herencia continuó tramitándose en un juicio verbal.

2. El juzgado de primera instancia dicta sentencia por la que declara que procede incluir en el inventario, como pasivo, ‘el importe correspondiente a las obras ejecutadas por la sociedad de gananciales integrada por D.^a Luz y su esposo en relación con la vivienda sita en la Calle DIRECCION000 n.º NUM000 de Manises’.

El juzgado desestima la prescripción alegada por D.^a Matilde , hermana de D.^a Luz , porque considera que el plazo de quince años para el ejercicio de la acción de D.^a Luz dirigida a exigir el importe de las mejoras efectuadas en un inmueble que pertenecía a la causante debe computarse desde la interposición de la demanda de división del patrimonio hereditario.

El juzgado basó su decisión en un documento suscrito el 25 de marzo de 1990 por la causante, su hija D.^a Luz y el marido de esta, D. Constancio , en el que se hacía constar que D.^a Luz y D. Constancio habían realizado obras de inversión de tal magnitud en la vivienda Calle DIRECCION000 n.º NUM000 de Manises que han supuesto un incremento patrimonial de elevada cuantía, por lo que era deseo de D.^a Purificación dejar constancia y reconocimiento del capital invertido por los cónyuges en el inmueble así como que se reconocieran las cantidades que se mencionaban en el documento como pasivo en su herencia. (---)

3. D.^a Matilde interpuso recurso de apelación basado, resumidamente, en la siguientes razones: el art. 1063 CC es inaplicable por cuanto que las obras se realizaron antes del fallecimiento de la madre, por lo que no se trataba de gastos sobre bienes hereditarios; la deuda, caso de haber existido por reconocimiento en 1990,(...)

5. D.^a Luz interpone recurso de casación” (F.D. 1º).

2. Planteamiento del primer motivo. Denuncia infracción del art. 1063 CC y en su desarrollo argumenta que los gastos realizados por la recurrente se dirigieron a incrementar el valor de un inmueble de la comunidad hereditaria, por lo que debe reconocerse un crédito a la heredera que realizó el gasto para garantizar la igualdad deseada por la causante y evitar un enriquecimiento injusto de la heredera a la que se ha adjudicado el inmueble.

El motivo se desestima por lo que se dice a continuación.

3. Desestimación del primer motivo. El juzgado introdujo la cita del art. 1063 CC como fundamento del reconocimiento del crédito a favor de D.^a Luz , pero este argumento no es correcto porque, como bien dice la sentencia de la Audiencia, este precepto no es aplicable al caso.

El art. 1063 CC permite a un coheredero que haya poseído bienes de la herencia, por tanto una vez causada esta, exigir que la liquidación de las situaciones posesorias anteriores a la partición se lleve a cabo mediante la inclusión en el inventario de las partidas que se mencionan (rentas y frutos de los bienes hereditarios percibidos por cada uno de los coherederos, así como las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos bienes).

La liquidación de los gastos efectuados en los bienes hereditarios, después de la apertura de la sucesión, es posible en sede de operaciones particionales, tal y como recuerdan las sentencias de esta sala 499/2010, de 19 julio, y las sentencias de 25 de julio de 2002 (Rc. 479/1997) y de 25 de mayo de 1992 (Rc. 398/1990).

En el caso, no estamos ante gastos efectuados en un bien hereditario, sino ante la reclamación de un crédito nacido antes del fallecimiento de la madre, por gastos e inversiones efectuados por una de las hijas en un bien propiedad de su madre. El hecho de que ese bien siguiera perteneciendo a la madre en el momento de su fallecimiento y que, en consecuencia, se integrara en el activo de su herencia, no convierte a los gastos hechos en ese bien con anterioridad al fallecimiento en gastos en un bien hereditario en el sentido del art. 1063 CC.

El primer motivo, por ello, se desestima, pues no hay infracción del art. 1063 CC, ya que la norma que contiene no es de aplicación al caso.

4. Planteamiento del segundo motivo. Denuncia infracción del art. 1969 CC en relación con el art. 1964 CC.

En el desarrollo del motivo se explica que, al considerar que el plazo para reclamar la cuantía de las obras de mejora computa desde la fecha del documento privado de 25 de marzo de 1990 formalizado entre la causante, su hija y el esposo de esta última, la sentencia recurrida infringe el art. 1969 CC. (...)

El motivo va a estimarse por lo que se dice a continuación.

5. Estimación del segundo motivo. El motivo se va a estimar porque, partiendo de los hechos probados en la instancia, la sentencia aplica de manera incorrecta el art. 1969 CC.

El art. 1969 CC contiene una regla general, acompañada de otras reglas especiales, acerca de la determinación del momento inicial del cómputo de la prescripción. Conforme al art. 1969 CC, ‘el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día que pudieran ejercitarse’. Para que empiece a correr el plazo de la prescripción es preciso, por tanto, no solo que la pretensión haya nacido, sino también que sea jurídicamente exigible. Cuando, por acuerdo de las partes, la exigibilidad de un

crédito se somete a término, el momento inicial del cómputo de la prescripción no puede situarse antes de que llegue el mismo, porque con anterioridad a ese momento la deuda no resulta exigible y, en la terminología del art. 1969 CC, la acción no podía ejercitarse

En el caso, en el documento suscrito en 1990 por D.^a Purificación y D.^a Luz (y su marido), se fijó un término certus an et incertus quando porque, al acordar que el crédito que se reconocía a favor de la hija y su marido se incluiría en el pasivo de la herencia de la madre, se retrasó la facultad de exigir el cumplimiento al momento de su fallecimiento y posterior liquidación y partición de su herencia. Por ello, el razonamiento de la sentencia de la Audiencia, al considerar que en el momento del fallecimiento de la causante la deuda a que se refiere el documento de 1990 había prescrito no es correcto pues, por lo dicho, hasta el fallecimiento de la madre deudora no podía computarse el plazo de prescripción (...)

Resulta igualmente evidente que, nacido el crédito y fijada su exigibilidad en el documento suscrito en 1990, no era preciso que la causante hiciera mención en su testamento a dicho crédito, pues la herencia comprende todos los bienes, derechos y las obligaciones de una persona que no se extingan por la muerte (art. 659 CC).

En el caso, la pretensión de D.^a Luz no estaba prescrita cuando falleció la madre, sino que fue entonces cuando la pudo hacer valer (...)

El motivo segundo, por ello, se estima.

6. Al estimar el recurso de casación anulamos la sentencia recurrida y, en su lugar, por las razones expuestas en esta sentencia, mantenemos el fallo de la sentencia del juzgado que, en el procedimiento de división judicial de la herencia de la causante D.^a Purificación, declaró la procedencia de incluir en el inventario, como pasivo, el importe correspondiente a las obras ejecutadas por la sociedad de gananciales integrada por D.^a Luz y su esposo en relación con la vivienda sita en la Calle DIRECCION000 n.º NUM000 de Manises” (F.D. 2º) [P.M.R.].

Jurisprudencia: Arrendamiento de vivienda celebrado bajo la vigencia de la Ley 4/2013, de 4 de junio. Arrendamiento no inscrito y, en consecuencia, extinguido, por adjudicación a tercero de la vivienda arrendada en procedimiento de ejecución hipotecaria. El arrendatario se convierte en mero precarista, por lo que el adjudicatario no puede reclamarle el pago de rentas en virtud de un contrato que ha dejado de existir, sin perjuicio de la posibilidad de reclamarle los perjuicios sufridos por la ocupación del inmueble.

STS (Sala 1ª) de 1 de marzo de 2021, rec. nº 1105/2020.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ea2648e5865e41f6/20210315>

“(…) tras la reforma del art. 13 de la LAU por la ley 4/2013, se establece expresamente que el contrato de arrendamiento quedará extinguido (art.13.1

párrafo I) y que el art. 7.2 de la precitada disposición señala, por su parte, que el contrato deja de surtir efectos con respecto al tercero adquirente, si no está inscrito el arrendamiento en el Registro de la Propiedad, como es el caso que nos ocupa.

(...) En este caso, se daría el supuesto contemplado de la pérdida por extinción del título que legitimaba la posesión de los demandados que, en consecuencia, se hallarían en situación de precario. Todo ello debe entenderse, como ya señalamos en la sentencia 577/2020, sin perjuicio de que el adjudicatario y el arrendatario concierten un nuevo contrato de arrendamiento. En el presente caso concurre la circunstancia, contraria a la idea de la eventual existencia de ese nuevo contrato, de que, desde la enajenación forzosa del inmueble y su adquisición por la sociedad demandante, los demandados no han abonado la renta a la nueva entidad propietaria del inmueble, la cual tampoco consta la exigiese antes de la formulación de la demanda.

(...) tampoco impide esta situación de ineficacia sobrevenida del título de ocupación la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento entre el nuevo propietario y el anterior arrendatario, si ello conviene a ambos. Lo que no cabe es que ante el impago de la renta arrendaticia iniciado con el cambio de propietario por la adjudicación de la finca en ejecución hipotecaria y el aquietamiento durante un periodo de más de dos años y medio del nuevo propietario sin instar el desahucio ni reclamar las rentas atrasadas, se pretenda que reviva una relación arrendaticia que feneció automáticamente por ministerio de la ley al consumarse la enajenación forzosa de la finca.

(...) no cabe fundar la demanda de reclamación de las rentas en un contrato de arrendamiento extinguido, sin que, por lo tanto, existan vínculos contractuales arrendaticios entre la sociedad demandante y los anteriores arrendatarios demandados, sin perjuicio de las otras alternativas con las que contaba la sociedad accionante para reclamar los perjuicios sufridos por la ocupación del inmueble.” (F.D. 3º)

Jurisprudencia: Validez del arrendamiento con opción de compra, celebrado entre profesionales del sector (de adquisición, tenencia, venta, explotación y arrendamiento de inmuebles), prorrogable indefinidamente por anualidades, a voluntad del arrendatario, anterior propietario de la vivienda arrendada. No nos encontramos ante una mera prestación arrendaticia sino ante una relación comercial coligada, que ha de analizarse como un todo y con prestaciones enlazadas bajo la mutua dependencia, hasta el punto que constituyen una unidad funcional que no puede desarticularse, so riesgo de alterar la voluntad de los contratantes, siendo ambos profesionales del sector.

STS (Sala 1ª) de 9 de marzo de 2021, rec. nº 3108/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c09b29fec0b80053/20210322>

“En la sentencia de la Audiencia Provincial se estima la acción de extinción del contrato de arrendamiento al entender que el contrato no puede tener duración indefinida en aplicación del art. 1543 del C. Civil.

Esta sala, ante la peculiaridad del contrato analizado, ha de declarar que nos encontramos ante un contrato de naturaleza compleja, que excede del ámbito de un arrendamiento típico, dado que la hoy arrendataria transmitió la propiedad del inmueble al actual propietario (demandante) dos días antes de que la sociedad ahora demandante le arrendase el inmueble con opción de compra y con una prórroga convencional que solo podía ser rescindida por la arrendataria.

Por tanto, no nos encontramos ante una mera prestación arrendaticia sino ante una relación negocial coligada que ha de analizarse como un todo y con prestaciones enlazadas bajo la mutua dependencia hasta el punto que constituyen una unidad funcional que no puede desarticularse so riesgo de alterar la voluntad de los contratantes, siendo ambos profesionales del sector (art. 1255 del C. Civil).

De lo expuesto se deduce que el haberse pactado la prórroga convencional al exclusivo criterio de la arrendataria no supone quebranto legal alguno, sino que constituye una facultad pactada con el arrendador dentro del marco de una previa venta al mismo del inmueble, y de la pendencia de una opción de compra que podría, en su caso, ejercer la arrendataria sobre la vivienda que ya fue de su propiedad con anterioridad, pacto establecido entre profesionales del sector.

En base a ello debe estimarse el recurso de casación y asumiendo la instancia desestimar la demanda (...)” (F.D. 3º)

Jurisprudencia: Saneamiento por evicción: es una garantía que presupone el cumplimiento por parte del vendedor de la obligación de entrega de la posesión de la cosa vendida al comprador. Compra de una finca, de la que fue desposeído por uno de los herederos del vendedor, contra quien se ejerció la acción reivindicatoria que no prosperó, al demostrar este ser propietario de una finca mayor, que incluía aquella, cuyo dominio adquirió de un tercero, que, a su vez, traía causa del verdadero dueño la misma. Requisitos: Es indiferente que la sentencia firme que provoca el efecto de la privación del dominio de la cosa comprada sea el resultado de una acción promovida por un tercero, o por el propio comprador, como sucedió en este caso, al haber sido previamente despojado el demandante de la posesión, acto frente al que reaccionó, interponiendo una acción reivindicatoria. Para el éxito de la acción de saneamiento, no es necesario haber acumulado a la previa acción reivindicatoria la acción de declaración de nulidad del título del demandado: cuando los títulos invocados por el demandante y por el demandado derivan de documentos independientes entre sí y contradictorios es innecesario acumular la acción de nulidad del título que se erige en causa obstativa del éxito de la acción reivindicatoria: en estas situaciones, lo relevante es que el fracaso de la acción reivindicatoria determine la eficacia enervante del título del demandado frente al actor.

STS (Sala 1ª) de 23 de marzo de 2021, rec. nº 2759/2018

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5a242e1426c68a08/20210408>

“la jurisprudencia admite la acción de saneamiento por evicción con independencia de que la ‘sentencia firme’ que provoque el efecto de la pérdida o privación del dominio de la cosa comprada sea el resultado de una acción promovida por un tercero, o por el propio comprador, como sucedió en este caso al haber sido previamente despojado el demandante de la posesión, acto frente al que reaccionó interponiendo una acción reivindicatoria.

(...) La compraventa obliga al vendedor a proporcionar la posesión pacífica y útil de la cosa y le impone la responsabilidad por evicción, que funciona como garantía.

(...) Los arts. 1475 y 1480 CC exigen como presupuesto material de la evicción que los compradores hayan sido privados de todo o parte de la cosa comprada, por sentencia firme dictada en un proceso en el que se hubiera ejercitado una acción apta para fundar la privación de la cosa.

(...) Como explica la sentencia de esta Sala Primera de 27 de mayo de 1982:

(...) “en el modelo de la compraventa romana, que sigue el Código civil español, mediante la tradición "el vendedor cumple su obligación de momento con desprenderse, desapoderarse o desinvertirse del poder o señorío que pudiese tener sobre las cosas tradidas, atribuyéndolo, invistiéndolo, incorporándolo o traspasándolo a la persona del comprador, pues una cosa es afirmar que un negocio jurídico tiene finalidad traslativa del dominio y otra que un negocio sea de transmisión del dominio”.

(...) El demandante compró la finca litigiosa en 1996. En 2010 fue desposeído de la finca por el demandado, hijo y heredero del vendedor. En 2011 ejercitó una acción reivindicatoria frente a éste y su esposa. En ese procedimiento se consideró acreditado que la porción de terreno adquirida por el actor formaba parte de otra finca mayor, cuya propiedad no correspondía al vendedor, sino a un tercero, y que, después de varias transmisiones intermedias, terminó siendo vendida en 2005 al demandado. La sentencia de la Audiencia que desestimó la apelación del demandante quedó firme.

(...) Como señala acertadamente el demandante en su recurso, la sentencia impugnada parece partir erróneamente de la tesis de la necesidad de acumular a la previa acción reivindicatoria la de declaración de nulidad del título del demandado, para el éxito de la acción de saneamiento. Esta tesis no es conforme con la jurisprudencia de esta sala. Como recordamos en la sentencia 717/1999, de 30 de julio:

(...) ‘Como estableció ya la sentencia de 23 de octubre de 1957 ‘la nulidad del título del demandado no es obligado declararla previamente, cuando es consecuencia necesaria e ineludible del ejercicio de la acción reivindicatoria’, lo que viene a reiterarse en sentencia de 21 de diciembre de 1984 al decir que ‘la doctrina que proclama que si el poseedor demandado tiene un título más o menos firme no puede entablarse con éxito la acción declarativa o la reivindicatoria sin atacar previamente, o la vez, la eficacia del mismo, admite numerosas excepciones, entre

otras, cuando el título del demandante es anterior al del demandado, cuando la nulidad del título en cuya virtud posee y en el cual funda su derecho el demandado es consecuencia implícita e indispensable de la acción ejercitada, cuando los respectivos títulos se derivan de documentos independientes entre sí, cuando se discuten cuestiones de preferencia o no sean contradictorias (sentencias de 8 de julio de 1954, 13 noviembre de 1959 y 29 de noviembre de 1961), y, también, en los casos en los que la cuestión planteada no se inscribe en el círculo de las nulidades documentales por falta de alguno de los requisitos del contrato o por adolecer de vicios que los invalidan’.

(...) En el caso, los títulos invocados por el demandante y por los demandados son títulos que se derivan de documentos independientes entre sí y contradictorios, lo que hace innecesario acumular la acción de nulidad del título que se erige en causa obstativa del éxito de la acción reivindicatoria. En estas situaciones lo relevante es que el éxito de la acción reivindicatoria determina la nulidad o ineficacia enervante del título del demandado frente al actor, e inversamente su fracaso presupone la validez o mejor derecho de aquel título frente al de éste.

(...) Todo lo anterior conduce a la estimación del recurso de casación y, en consecuencia, a la revocación de la sentencia impugnada.” (F.J.7º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Enervación de la acción de desahucio por impago de rentas: el requerimiento de pago del art. 22.4 LEC a efectos de evitar la enervación ha de serlo por impago de renta o cantidades asimiladas, ha de ser fehaciente y con la claridad suficiente. No puede evitar la enervación el requerimiento que no hace referencia alguna a los conceptos ni a las cantidades concretas adeudadas, limitándose a pedir que se pague “la renta convenida y los atrasos correspondientes

STS (Sala 1ª) de 29 de marzo de 2021, rec. nº 6505/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6dbc2e4ba5b3483d/20210419>

“Esta sala en sentencias 357/2010, de 15 de junio, 302/2014, de 28 de mayo, 335/2014, de 23 de junio, y 508/2015, de 22 de septiembre, ha declarado que el requerimiento ha de serlo por impago de renta o cantidades asimiladas, ha de ser fehaciente y con la claridad suficiente.

Examinado el requerimiento, único que podemos analizar, no hace referencia alguna a los conceptos ni a las cantidades concretas adeudadas, por lo que no puede evitar la enervación del desahucio.

Por lo tanto, procede estimar el recurso de casación declarando que la arrendataria podía enervar la acción de desahucio mediante la consignación que, de hecho, efectuó (art. 22.4 LEC)” (F.D. 5º)

Jurisprudencia: No constituye una novación extintiva la firma de un “Anexo” a un contrato sujeto al régimen de prórroga forzosa previsto en la LAU de 1964, por el que se modifica la vivienda arrendada y se aumenta la renta, pues la variación del objeto o de las condiciones principales del contrato constituye una de las modalidades de la novación objetiva. La variación del objeto o condiciones principales, por sí sola, no provoca el efecto extintivo ni es incompatible con la subsistencia del contrato novado

STS (Sala 1ª) de 31 de marzo de 2021, rec. nº 6650/2019

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5a47df1c679d4430/20210409>

“(…) La novación extintiva constituye una de las causas de extinción de las obligaciones (art. 1.156 CC).

Además de extinguir la obligación principal que tiene por objeto, provoca también la extinción entre las partes de las obligaciones o garantías accesorias, que sólo podrán subsistir en cuanto aprovechen a terceros que no hubieren prestado su consentimiento (art. 1207 CC), y la nova obligatio no tiene otra antigüedad que la determinada por la fecha de su nacimiento.

Por la intensidad de los efectos extintivos que provoca esta modalidad de novación, está sujeta a un mayor formalismo y exige una declaración de voluntad expresa, o bien una exteriorización de la voluntad novatoria o animus novandi por razón de la incompatibilidad "de todo punto" entre la antigua y la nueva obligación (voluntad tácita).

(…) La resolución recurrida ha entendido que, en el caso, el contrato de 8 de noviembre de 2011 tiene el carácter de novación propia o extintiva, al afectar el aliquid novi a los dos elementos principales del contrato de arrendamiento: la cosa (bien arrendado) y el precio (renta), que constituyen la esencia del sinalagma contractual.

Esta tesis, sin embargo, no puede ser confirmada, pues ni el efecto extintivo se declara "terminantemente" por las partes, ni de los términos del contrato puede deducirse una voluntad concorde en tal sentido, ni hay una absoluta incompatibilidad entre las obligaciones reflejadas en el contrato de 1975 y en su anexo de 2001 (art. 1.204 CC). Aun aceptando que el cambio del inmueble arrendado, dentro del mismo edificio, y la sustancial elevación de la renta pactada, afectan a las prestaciones esenciales del contrato (art. 1.543 CC), ello no es suficiente para, al margen de la verdadera voluntad de las partes, provocar una novación extintiva, pues la variación del objeto o de las condiciones principales del contrato constituye precisamente una de las modalidades (novación objetiva) que pueden revestir los acuerdos novatorios modificativos. Por tanto, la variación del objeto o condiciones principales, por sí sola, no provoca el efecto extintivo ni es incompatible con la subsistencia del contrato novado.” (F.D. 4º)

Jurisprudencia: Arrendamiento de vivienda y garajes: compra separada de la vivienda por la demandante y ejercicio de la acción de desahucio contra el inquilino por la expiración del plazo de duración del contrato, sin hacer lo mismo la propietaria de los garajes. En el caso de la tácita reconducción de un contrato único sobre una pluralidad de objetos, es necesario que la voluntad presunta favorable a la tácita reconducción sea predicable de la totalidad de los potenciales arrendadores. Improcedencia de la tácita reconducción por constar la oposición a ella de los nuevos propietarios de la vivienda.

STS (Sala 1ª) de 31 de marzo de 2021, rec. nº 1253/2020.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c931db08e4b76234/20210409>

“En la demanda de que trae causa este recurso se ejercitó una acción de desahucio por expiración del término de un contrato de arrendamiento suscrito el 1 de agosto de 1998. La demandada opone la indivisibilidad del contrato que se concertó unitariamente sobre una vivienda y unas plazas de garaje, por lo que entiende que no cabe su ‘resolución’ parcial. El objeto de la controversia que ahora se plantea en casación consiste en determinar si en un arrendamiento de inmuebles con pluralidad de objetos (vivienda y plazas de garaje), en el que durante su vigencia se ha enajenado de forma separada la propiedad de la vivienda, puede el adquirente de ésta, que se ha subrogado en la posición del arrendador, de forma independiente del propietario de las plazas de garaje, enervar la tácita reconducción del art. 1566 CC, manifestado su oposición a la renovación del contrato mediante el correspondiente requerimiento fehaciente dirigido a la arrendataria, respecto de la vivienda de su propiedad, según defiende la recurrente, o bien si para provocar aquel efecto enervante es precisa la concurrencia también de la manifestación de la oposición a la tácita reconducción por parte de los propietarios de las plazas de garaje, según resulta de la sentencia impugnada.

(...) La solución es, por tanto, la inversa al caso de la resolución por incumplimiento de un contrato único de arrendamiento de objeto plural, en el que la facultad resolutoria, salvo que otra cosa resulte de la interpretación del contrato, requiere su ejercicio conjunto por la totalidad de los propietarios de las cosas arrendadas de forma unitaria. En el caso de la tácita reconducción de un contrato único sobre una pluralidad de objetos, es necesario que la voluntad presunta favorable sea predicable de la totalidad de los potenciales arrendadores. Lo contrario implicaría someter de forma forzosa al propietario disconforme a un nuevo vínculo contractual, contrariando no sólo los preceptos y jurisprudencia que se citan en los motivos del recurso, sino incluso la misma naturaleza esencialmente voluntaria de los contratos (arts. 1254 CC y 31.3 CE), y la interdicción general de que la validez y cumplimiento de los contratos puedan dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC).” (F.D. 3º)

Jurisprudencia: Resolución de un contrato de arrendamiento por impago de las cantidades relativas a la repercusión de IBI. Requisitos procedentes del requerimiento previo de pago a los efectos de evitar la enervación de la acción

STS (Sala 1ª) de 12 de abril de 2021, rec. nº 2584/2018.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/36ca7961dd2e7249/20210426>

(...) No ofrece duda que el impago del IBI constituye motivo legítimo del ejercicio de la acción resolutoria por impago de la renta y cantidades asimiladas. Ahora bien, ello no significa que no proceda la enervación de la acción por cumplimiento de los requisitos del art. 22.4 LEC.

En la sentencia 508/2015, de 22 de septiembre, nos hemos pronunciado sobre la interpretación del art. 22.4 LEC y sobre los requisitos del requerimiento de pago a los efectos de impedir la enervación de la acción en el procedimiento de desahucio, con reproducción de la doctrina de la sentencia 302/2014, de 28 de mayo, en los términos siguientes:

1. La comunicación ha de contener un requerimiento de pago de renta o cantidad asimilada.
2. Ha de ser fehaciente, es decir, por medio que permita acreditar que llegó a conocimiento del arrendatario, con la claridad suficiente.
3. Ha de referirse a rentas impagadas.
4. Debe transcurrir el plazo legalmente previsto, que ha venido fluctuando entre uno y dos meses, en las sucesivas reformas legales.
5. Que el arrendatario no haya puesto a disposición del arrendador la cantidad reclamada.

Sin embargo, en dicho precepto no se exige que se comunique al arrendatario.

1. Que el contrato va a ser resuelto.
2. Que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo.

El legislador no obliga al arrendador a que se constituya en asesor del arrendatario, sino tan solo a que le requiera de pago.

En la sentencia 335/2014, de 23 de junio, resolutoria de un recurso de casación por interés casacional en la misma modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, se casó la sentencia recurrida y fijó la siguiente doctrina jurisprudencial: "el requerimiento de pago que se hace al amparo del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no exige que se comunique al arrendatario que el

contrato va a ser resuelto y que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo”. (F.D. 3º)

Jurisprudencia: Abusividad de la cláusula adicional del contrato de prestación de servicios profesionales, predispuesta por el abogado, por la cual este quedaba exento de responsabilidad en el caso de que las demandas de responsabilidad patrimonial de la Administración del cliente fueran rechazadas por extemporáneas: Supone una limitación de los derechos del consumidor para el caso de cumplimiento defectuoso de los servicios, así como la imposición de una renuncia al derecho del cliente a reclamar en caso de negligencia grave de este profesional en la prestación de sus servicios, contrarias al art. 86.1 y 7 TRLGDCU.

STS (Sala 1ª) de 6 de abril de 2021, rec. nº 1553/2018.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1db9ed15d421877c/20210420>

“El documento de 16 de noviembre de 2007 contiene una declaración unilateral de la Sra. Regina , que fue redactado por su abogado Sr. Edemiro y firmada por ella. Esta declaración unilateral se hace en el marco de una relación de prestación de servicios profesionales de un abogado con su clienta, quien tiene la condición de consumidora. Presupone que la cliente había realizado dos encargos profesionales al abogado y que había dejado transcurrir tanto tiempo antes de ejercitar las preceptivas reclamaciones contencioso-administrativas, que existía el riesgo de que fueran rechazadas por extemporáneas. Riesgo que se actualizó.

(...) la jurisprudencia de esta sala ha entendido que, ‘para que una cláusula pueda considerarse negociada en un contrato suscrito por un profesional o empresario con un consumidor es necesaria una prueba suficiente de los hitos en que el proceso de negociación se plasmó’ (sentencia 596/2020, de 12 de noviembre, que cita la anterior sentencia 24/2018, de 17 de enero).

(...) De este modo, se presume que la cláusula fue predispuesta por el profesional y no negociada, y le corresponde en todo caso al profesional que contrata con un consumidor acreditar que una determinada cláusula del contrato ha sido negociada.

(...) A la hora de determinar el régimen de control del carácter abusivo de la cláusula, en este caso de la declaración de renuncia al ejercicio de acciones, hay que distinguir según la renuncia haya sido añadida, como una cláusula adicional, a una relación contractual, en este caso de prestación de servicios profesionales, o la renuncia constituya una contraprestación de un acuerdo transaccional.

(...) En el primer caso, la cláusula o declaración unilateral no constituye un elemento esencial de un acuerdo o contrato, razón por la cual no le afecta la previsión contenida en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, y puede ser objeto de un control de contenido de abusividad directo. Mientras que cuando la renuncia sea la contraprestación de un acuerdo transaccional, en ese caso, se ve afectada por la

previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 y sólo puede ser objeto de un control de abusividad si no cumple las exigencias de transparencia material.

(...) La declaración unilateral contenida en el documento de 16 de noviembre de 2007 supone una limitación de los derechos del consumidor (Sra. Regina) para el caso de cumplimiento defectuoso de los servicios contratados por parte del profesional, así como la imposición de una renuncia al derecho de una consumidora, cliente de un abogado, para reclamar en caso de negligencia grave de este profesional en la prestación de sus servicios.” (F.J.2º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Las comunidades de propietarios tienen la condición de consumidores en la medida en que actúen en el tráfico dentro del ámbito de las funciones que legalmente le corresponden, como destinatario final de los bienes o servicios contratados, funciones que, en sí mismas, son ajenas a cualquier actividad empresarial o comercial. Contrato de prestación de servicios de conserjería a través de la selección, formación y vigilancia del personal correspondiente a cargo de la prestadora. No es abusiva la cláusula que opera fuera del ámbito de la vigencia del contrato, estableciendo una prohibición de contratar, directa o indirectamente, al mismo personal seleccionado y formado por la actora (obligación de no hacer) después de la extinción del contrato de arrendamiento de servicios durante un año a partir de esa extinción y fija una cláusula penal para el caso de su incumplimiento: cláusula que no tiene por objeto la determinación negocial de la duración y finalización del contrato y, por lo tanto, no vulnera el art. 87.6 TRLGDCU).

STS (Sala 1ª) de 13 de abril de 2021, rec. nº 2111/2018.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/836d016a4e4addc/20210426>

“El contrato del que trae causa este procedimiento es un contrato de arrendamiento de servicios entre la empresa ASG10,S.L. y la comunidad de propietarios.

(...) este tribunal había venido reconociendo, bajo la vigencia de la LGDCU, la extensión del ámbito subjetivo de esta norma a las comunidades de propietarios, en relación con los contratos propios de su tráfico jurídico, respecto de diversas cláusulas contractuales, como las relativas a la sumisión a tribunales, duración de contratos de mantenimiento de ascensores, penalizaciones derivadas de su incumplimiento, etc.

(...) Esta doctrina jurisprudencial se vio confirmada al cobrar carta de naturaleza normativa a través de la modificación del TRLGDCU por el apartado uno del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que incluyó expresamente a las entidades sin personalidad jurídica en el ámbito subjetivo de los consumidores y usuarios cuando actúan sin ánimo de lucro y al margen de una actividad comercial o empresarial. Para ello introdujo un segundo párrafo en el art. 3 TRLGDCU del siguiente tenor:

(...) ‘Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial’.

(...) De esta forma, quedaron incluidas en el ámbito de aplicación del TRLGDCU, ahora ya de forma expresa, todas aquellas entidades que carezcan de personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, incluidas las comunidades de propietarios, en la medida en que actúen en el tráfico dentro del ámbito de las funciones que legalmente le corresponden, como destinatario final de los bienes o servicios contratados, funciones que, en sí mismas, son ajenas a cualquier actividad empresarial o comercial.

(...) Esta jurisprudencia nacional es plenamente compatible con la normativa comunitaria.

(...) La conclusión de lo anterior, a los efectos de la litis, es que la comunidad de propietarios demandada actuó bajo el estatuto propio de consumidora en la contratación del arrendamiento de servicios controvertido.

(...) Por otra parte, el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente (v.gr. las afectadas por los anexos al contrato u otras) no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato (art. 82.2 TRLGDCU).

(...) Sin embargo, el recurso no puede ser estimado, ya que los preceptos que se citan en los motivos no pueden haber sido infringidos por una cláusula (...) que no afecta a la regulación contractual del plazo de vigencia del contrato y a su finalización, a que se refieren esos preceptos, sino que opera una vez producida ya su extinción; y en las cláusulas que se refieren a esos extremos (duración y finalización del contrato) no se aprecia el desequilibrio prestacional que tipifica la abusividad.

(...) No puede imputarse a estas previsiones contractuales infracción del artículo duodécimo LGDCU, incorporado por el art. 1. Seis de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, vigente a la fecha de celebración del contrato de 30 de septiembre de 2007, que, en su apartado 2, prohíbe en los contratos con consumidores las cláusulas ‘que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato’, y en su apartado 3 concreta la prohibición, en particular, respecto de los contratos de prestación de servicios o suministros de bienes de tracto sucesivo o continuado en cuanto a las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato’.

(...) Norma que se corresponde con los arts. 85.6 y 87.6 del TRLGDCU, si bien este último texto legal, citado en el segundo motivo, no había entrado todavía en vigor a la fecha de celebración del contrato.

(...) En el caso objeto de recurso, como hemos visto, la duración del contrato no es excesiva, y la facultad de poner fin al contrato por parte de la comunidad de propietarios se puede materializar por medio de una simple comunicación a la prestadora del servicio con una antelación de un mes respecto de la fecha del vencimiento del primer periodo anual o de cualquiera de sus prórrogas. También podrá poner fin antes de la fecha de vencimiento (correspondiente al periodo inicial o de cualquiera de sus prórrogas) de forma unilateral en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del servicio contratado por parte de la empresa prestadora, mediante la comunicación fehaciente de tres quejas no subsanadas en un periodo de tres meses. Para cuyo caso el contrato no impone ninguna penalización o indemnización por los daños que ocasione esa resolución anticipada, sino que expresamente la empresa prestadora, como se ha dicho, renunciaba a cualquier derecho que le pudiera corresponder por el tiempo restante del plazo contratado.

(...) La cláusula penal debatida no afecta ni limita la facultad de poner término al contrato, sino que lo que limita es la posibilidad de que la comunidad de propietario retenga, por medio de su contratación directa o indirecta, por cuenta propia o ajena, a alguno de los trabajadores previamente seleccionados y formados por la demandante.

(...) Esa cláusula operaba fuera del ámbito de la vigencia del contrato. Establecía una prohibición de contratar, directa o indirectamente, al mismo personal seleccionado y formado por la actora (obligación de no hacer) después de la extinción del contrato de arrendamiento de servicios que vinculaba a las partes y durante un año a partir de esa extinción, y fijaba una cláusula penal para el caso de su incumplimiento. Esa cláusula, por tanto, no tenía por objeto la determinación negocial de la duración y finalización del contrato, que son los aspectos relacionados con la regulación contenida en los preceptos que la recurrente considera vulnerados por la sentencia impugnada. En consecuencia, la infracción denunciada en el recurso no se ha producido porque la norma legal que se considera infringida no era de aplicación a la cláusula contractual en que se apoyaba la acción (F.J.5º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Contrato a distancia (celebrado con comunicaciones entre las partes por correo electrónico) para la sustitución de un sistema de calefacción preexistente e instalación de un sistema de calefacción y aire acondicionado por bomba de calor. Desistimiento ejercitado dentro de plazo. Contrato con prestación mixta: adquisición de bomba de calor y ejecución material de las obras: restitución por parte del vendedor de la provisión de fondos recibida, reteniendo el importe correspondiente a los servicios ya prestados al tiempo del desistimiento, en aplicación del art. 108.3 TRLGDCU.

STS (Sala 1ª) de 14 de abril de 2021, rec. nº 1927/2018

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0d14dc4c81acc6ff/20210426>

“El 4 de noviembre de 2015, Jesús Luis celebró un contrato con Tu Energy Shop S.L. (en adelante, Energy) para la sustitución del sistema de calefacción preexistente en su domicilio mediante la instalación de un sistema de calefacción y aire acondicionado por bomba de calor. Las comunicaciones entre las partes se realizaron por correo electrónico.

(...) El coste de la instalación se presupuestó en 30.653,06 € y el Sr. Jesús Luis adelantó el pago de 20.000 € como provisión de fondos.” (F.J.4º).

“En nuestro ordenamiento jurídico, los contratos a distancia de entrega de bienes o prestación de servicios con consumidores se regulan en los arts. 92 a 113 del TRLCU.

(...) Indiscutida en la instancia la cualidad de consumidor del demandante, debe examinarse si el contrato litigioso se incluye dentro del ámbito objetivo de dicha regulación.

(...) En consecuencia, si el contrato que ligaba a las partes se celebró sin la presencia física simultánea de los contratantes, en el marco de un sistema de prestación de servicios organizado por la demandada, mediante una comunicación vía internet (correo electrónico y utilización de formularios alojados en la página web del empresario) y no está incluido en el listado de exclusiones del art. 93 TRLCU, debe concluirse que el contrato litigioso es un contrato a distancia con consumidores y se rige por los arts. 92 a 113 TRLCU.

(...) El TRLCU es norma especial, por lo que, en tanto el dueño de la obra es consumidor y celebró un contrato a distancia con un profesional, no incluido en el listado negativo del art. 93 TRLCU, se aplica preferentemente en este caso al CC.” (F.J.5º).

“La consecuencia del ejercicio de ese derecho de desistimiento consiste en la extinción de las obligaciones de las partes, que se traduce en una obligación de restitución recíproca de las prestaciones, derivada de la ineficacia sobrevenida del contrato.

(...) Si bien esta previsión restitutoria es de fácil ejecución en los contratos de entrega de bienes, pues consistirá en la restitución recíproca de la cosa y el precio, no sucede lo mismo en los contratos de prestación de servicios, puesto que, una vez prestado el servicio, no puede ser devuelto, por su naturaleza incorporal, que se agota con la propia prestación. Es por ello que, en los contratos a distancia, si como ocurrió en este caso, el consumidor ha consentido que el empresario iniciara la prestación de los servicios antes de que transcurriera el plazo de desistimiento y la prestación no se ha consumado, el art. 108.3 TRLCU dispone que el consumidor deberá abonar al empresario el importe proporcional de la parte del servicio ya prestado a la fecha en la que comunique al empresario el desistimiento del total del contrato, importe que se calculará sobre el precio total acordado o sobre la base del valor de mercado del servicio ya prestado.

(...) En este caso, la prestación fue mixta, puesto que, por una parte, consistió en la adquisición por la demandada de una bomba de calor por importe de 9.092,24 €; y por otra, en la ejecución material de unas obras, que según quedó acreditado en la instancia, tuvieron un valor de 898 €.

(...) Por tanto, una vez que ya no es precisa la devolución de la bomba de calor por el demandante, puesto que en su momento rechazó su entrega, la demandada deberá reintegrar al demandante la cantidad resultante de restar el importe de los trabajos realizados (898 €) a los 20.000 € recibidos. Es decir, 19.102 €, más su interés legal desde el 16 de noviembre de 2015.

(...) En consecuencia, la estimación en parte del recurso de casación conlleva la estimación en parte del recurso de apelación y de la demanda, en el sentido de declarar que el demandante desistió correctamente del contrato y debe ser reintegrado del precio abonado conforme a lo antes expuesto.” (F.J.6º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Interpretación extensiva del art. 1910 CC, que incluye la responsabilidad por daños causados por filtración de agua procedente del local arrendado (filtraciones derivadas de la rotura del tubo flexible del lavamanos). Ausencia de responsabilidad del propietario, que no “habitaba” el local arrendado y al que la arrendataria no le avisó de la necesidad de realizar la reparación: no puede imputarse responsabilidad al propietario del inmueble, al que el arrendatario no le ha informado de la existencia de las deficiencias. Interpretación de la expresión “cabeza de familia”: persona que habita la casa como personaje principal de la misma, en unión de las personas que con él conviven, formando un grupo familiar o de otra índole; en el caso de un inmueble destinado a vivienda, lo es el padre y/o la madre, y, en cualquier otro supuesto de convivencia en la misma vivienda, todos los adultos que habiten en ella; cuando se trata de un inmueble de uso no residencial y existe una relación de subordinación, el “cabeza de familia” será el titular del negocio o empresa

STS (Sala 1ª) de 15 de abril, rec. nº 2760/2018.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4abfe752b36df246/20210427>

“De la doctrina jurisprudencial derivada de las sentencias 807/2003, de 22 de julio, 859/2000, de 29 de septiembre y de las invocadas en los motivos de casación, se infiere que no puede imputarse responsabilidad al propietario de vivienda arrendada cuando el inquilino no ha advertido de la existencia de deficiencias en el inmueble, descartando la aplicación del art. 1907 del C. Civil, al no estar previsto para los supuestos de daños por inundación.

(...) En el caso de autos es un hecho probado que nadie avisó a la propiedad de la existencia de una posible rotura por fuga, ni de la necesidad de reparaciones. También consta que los arrendatarios tampoco eran conscientes de la necesidad de reparaciones, por lo que lógicamente ningún aviso efectuaron a la propietaria.

La jurisprudencia ha realizado una interpretación extensiva del contenido del art. 1910 CC, argumentando sobre el espíritu y la finalidad del precepto, para permitir la inclusión de supuestos como los daños ocasionados por cosas que son arrojadas o que se caen dentro de las dependencias del inmueble o edificio y, en particular, los daños causados por filtraciones de líquidos y por cosas arrojadas dentro del edificio.

(...) En efecto, esta doctrina jurisprudencial se enunció, de manera expresiva, en la STS de 12 de abril de 1984, recaída en un supuesto de filtraciones de agua e inundación causados en un local de negocio. Considera esta sentencia que las expresiones «se arrojasen o cayesen» no constituyen *numerus clausus*, razón por la cual pueden ser objeto de interpretación extensiva, que hemos de adaptar a la realidad social en que han de interpretarse las normas conforme al art. 3.1 CC.” (F.D. 3º)

“El art. 1910 CC del CC establece una responsabilidad directa y objetiva del «cabeza de familia».

(...) La jurisprudencia ha precisado que se trata del sujeto o persona que la habita la casa o parte de ella, «por cualquier título como personaje principal de la misma, en unión de las personas que con él conviven, formando un grupo familiar o de otra índole»

En consecuencia, en el caso de un inmueble de uso residencial o destinado a vivienda, debe entenderse que la condición de «cabeza de familia», ordinariamente, recae sobre el padre y/o la madre; en cualquier otro supuesto de convivencia en la misma vivienda, todos los adultos que habiten en ella. Además, el cabeza de familia seguirá ostentando esta cualidad a pesar de no encontrarse en el inmueble cuando se produce el daño. Finalmente debe señalarse que cabeza de familia pueden ser tanto personas físicas como entidades o personas jurídicas.

Cuando se trata de un inmueble de uso no residencial, sedes de empresas, locales comerciales, inmuebles en los que se ejercen profesiones liberales, etc., y existen relaciones de subordinación, el «cabeza de familia» será el titular de dicho negocio o empresa, con independencia de su condición de persona física o jurídica. La exigencia de que el cabeza de familia «habe» el edificio se interpreta de una forma amplia. En efecto, el término habitar se entiende referido a cualquier tipo de uso, residencial o no, del que sea susceptible, desde una perspectiva material, el edificio o construcción de que se trate. Además, la jurisprudencia considera que la casa es habitada por el que posee el título para usar y disfrutar la «casa» en cuestión aun cuando todavía no la utilice, como acontece en el caso de edificios en construcción.” (F.D. 4º)

“Procede estimar el recurso de casación interpuesto, y casar en parte la sentencia recurrida, en tanto no procede la condena de Megabuck 2001 S.L., en cuanto propietaria de la vivienda arrendada (de la que procedía el agua que generó la inundación) y que, por tanto no la habitaba (art. 1910 del C. Civil). Igualmente no

fue advertida la propiedad de necesidad del mantenimiento de la vivienda (art. 21.3 LAU).

Igualmente debemos declarar que no estamos ante un supuesto de ruina, por lo que se debe excluir la aplicación del art. 1907 del C. Civil, como ya venía siendo doctrina jurisprudencial (sentencia 807/2003, de 22 de julio, antes citada).” (F.D. 5º)

3. DERECHOS DE LA PERSONA

Jurisprudencia: Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor de un médico como consecuencia de las manifestaciones realizadas por una paciente descontenta con el tratamiento médico recibido y por el contenido de un informe elaborado por otro médico. Inexistencia de intromisión ilegítima. Las manifestaciones de la paciente se dirigen a manifestar, de manera subjetiva, su descontento e insatisfacción con el tratamiento recibido, su falta de mejoría, sin emplear palabras que escarnezcan ni humillen, limitándose a expresar y denunciar, en tono duro y crítico, pero con el aval de dictámenes médicos, una práctica médica de la que no se encontraba satisfecha (“estaba mal, luego estaba peor, me han destrozado, no tenía nada de eso”). El autor del informe se limitó a evaluar la pericia del demandante en un tratamiento médico y a discrepar de la existencia de síntomas precisos y de la conveniencia de la operación: a pesar de emplear alguna frase irónica, no se advierte mofa ni vejación ni falta de apoyo en datos objetivos que respalden la crítica.

STS (Sala 1ª) de 22 de enero de 2020, rec. nº 5934/2020

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/bcb659cd66d3e7cb/20200205>

“La cuestión jurídica planteada versa sobre un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor de un médico como consecuencia, de una parte, de las manifestaciones realizadas por una paciente descontenta con el tratamiento médico recibido y, de otra, por el contenido de un informe elaborado por otro médico y que fue empleado en un procedimiento penal seguido a instancias de la paciente contra el ahora demandante, que resultó absuelto.

(...) Una demanda iba dirigida contra D.ª María Milagros y en ella, en síntesis, solicitaban que se declare la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor y prestigio profesional/comercial de los demandantes como consecuencia de las falaces y dañinas manifestaciones vertidas contra los demandantes, difundiéndolas en medios de comunicación (audiovisuales-televisión) y otros que se han hecho eco de éstas (escritos-periódicos digitales), incluso por reproducción en diversas webs.

(...)La segunda demanda iba dirigida contra D. Felipe, y en ella solicitaban, en síntesis, que se declarara que la elaboración de un informe pericial médico previo (...) realizado para interponer una querrela por la paciente contra el demandante, en la que se le imputaban los delitos de estafa y lesiones, constituían negligencia profesional por mala praxis en el ejercicio de sus funciones periciales (...) así como una intromisión ilegítima en el derecho al honor y prestigio profesional/comercial.

(...) La sentencia de primera instancia desestimó las demandas.

(...) El recurso de apelación de los actores fue desestimado.” (F.D.1º).

“(...) El recurso va a ser desestimado.

(...) En cualquier caso, el sentido y el tono de las manifestaciones de la demandada, que literalmente fueron redactadas por periodistas y no por ella, se dirigen a manifestar, de manera subjetiva, su descontento, su insatisfacción con el tratamiento recibido, su falta de mejoría. Sus expresiones peyorativas responden a su sentimiento real y, pese a su dureza, no resultan desproporcionadas con el mensaje que se transmitía ni el contexto de crítica. Además, estaban avaladas por dictámenes médicos y, sobre todo, no se refieren a los demandantes de manera injuriosa ni vejatoria, no entra en el terreno de la descalificación, emplea palabras que no escarnecen ni humillan y se limita a expresar y denunciar, en tono duro y crítico, ciertamente, una práctica médica llevada a cabo en relación con ella misma de la que no se encuentra personalmente satisfecha en absoluto (estaba mal, luego estaba peor, me han destrozado, no tenía nada de eso).

(...) La lectura de los informes muestra que su autor se limitó en su pericia a evaluar un tratamiento médico, con crítica basada en opiniones de otros miembros de la comunidad científica, a discutir el trabajo científico del Dr. Edemiro, a discrepar de la existencia de síntomas precisos y del soporte en los exámenes radiológicos de la conveniencia de la operación, a apoyarse en la insatisfacción de la paciente para confirmar la falta de éxito de tal intervención, lo que por otra parte, como dicen las sentencias de instancia, fue coincidente con los informes de los forenses en el proceso penal. A pesar de alguna frase irónica, no se advierte mofa ni vejación ni falta de apoyo en datos objetivos que respalden la crítica. Las expresiones utilizadas no sobrepasan el ámbito del derecho a la crítica y no constituyen una intromisión ilegítima del honor de los demandantes. Refleja una legítima discrepancia como médico y no contienen expresiones innecesarias a los fines de crítica de la actividad desarrollada.” (F.D.4º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Acción de cesación de la intromisión ilegítima: procedencia. Utilización de la firma artística de un modisto en la web de la empresa en que había prestado sus servicios, sin haberlo autorizado. El concepto de “propia imagen” que configura el derecho fundamental protegido en el art. 18 CE ha ido ampliándose progresivamente para superar el alcance de su formulación inicial como representación de los rasgos físicos de la figura humana y ha devenido en una noción apta para tutelar otros elementos distintivos de la identidad personal, como la voz, el nombre, o, en este caso, la firma. Utilización en la misma web de fotografías del modisto captadas con su consentimiento, sabiendo que iban a ser reproducida en catálogos, folletos, páginas web, etc., de la sociedad para la que entonces trabajaba: el consentimiento debe darse respecto de cada específico acto de intromisión (captación/ difusión de la imagen).

STS (Sala 1ª) de 26 de febrero de 2020, rec. nº 4507/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/T/S/openDocument/12609dd819b5fa4c/20>

[200305](#)

“Contra dicha sentencia, D. Bernardino ha interpuesto (...) un recurso de casación (...) ha sido admitido.” (F.D.1º).

(...) los apartados 5 y 6 del art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982.

(...) permiten a los individuos controlar la captación, reproducción, publicación y, en definitiva, la utilización por terceros de los rasgos o atributos identificativos de su persona e impedir que tales actuaciones se realicen sin su consentimiento, salvo en aquellos casos permitidos por la ley. El art. 18.1 de la Constitución, al que las normas legales transcritas sirven de desarrollo, al reconocer el derecho a la propia imagen, atribuye a la persona un derecho subjetivo sobre estos atributos o manifestaciones externas de su personalidad (la imagen, la voz o el nombre), con lo que le garantiza una esfera de poder exclusivo sobre este ámbito.

(...) El demandante alegó en su demanda que la utilización de su nombre por parte de la demandante se realiza también mediante la reproducción en la web de su firma ‘artística’. La firma constituye también uno de los atributos más característicos, propios e inmediatos que identifican a toda persona con capacidad para escribir. Por tal razón, puede considerarse amparada también por el ámbito de protección del derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la Constitución. El concepto de ‘propia imagen’ que configura el derecho fundamental protegido en dicho precepto constitucional ha ido ampliándose progresivamente para superar el alcance de su formulación inicial como representación de los rasgos físicos de la figura humana y ha devenido en una noción apta para tutelar otros elementos distintivos de la identidad personal, como la voz, el nombre, o, en este caso, la firma.

(...) una pretensión como la formulada en la demanda por D. Bernardino, en la que solicita el cese de la utilización pública no consentida de su imagen, su nombre como identificativo de su persona y su firma, se encuadra en el ámbito de actuación propio del derecho fundamental a la propia imagen.

(...)Que las fotografías del demandante incluidas en la página web de la demandada hubieran sido captadas con el consentimiento del demandante no legitima su difusión pública, por cuanto que el "consentimiento expreso" que exige el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 para que no se aprecie la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido por el derecho fundamental se exige no solo para la captación, sino también, de modo diferenciado, para la difusión pública de la imagen, pues el consentimiento debe venir referido a cada acto de intromisión.

(...) Aunque se entendiera que, por las circunstancias del caso, el demandante era consciente de que la captación de su imagen iba destinada a ser reproducida en catálogos, folletos, páginas web, etc., de la sociedad AMSL, y que, por tanto, por las circunstancias concurrentes, su consentimiento para esta utilización pública se desprendía de actos inequívocos, ese consentimiento es revocable en cualquier momento, y en el caso objeto del recurso, el demandante ha hecho saber a la demandada que no consiente la utilización que de su imagen, nombre y firma se

estaba haciendo en la página web de la sociedad.” (F.D.3º). [A.B.B].

Jurisprudencia: Manifestaciones de un cliente respecto de sus abogados en un escrito de queja ante el Colegio Profesional y en el contexto de un proceso de reclamación de honorarios, a los que se califica de estafadores por reclamarle honorarios que, según él, no correspondían a servicios efectivamente prestados. No se aprecia en las expresiones utilizadas, ni desconexión funcional ni una desproporción manifiesta con la finalidad perseguida, que no fue otra que exponer una opinión crítica en defensa de los intereses que el demandado entendía perjudicados por la actuación profesional de quienes habían sido sus abogados. La condición del demandado de lego en derecho que ejercía su propia defensa, rebaja la intensidad ofensiva de sus expresiones en comparación con la que habrían tenido esas mismas expresiones en palabras o mediante escrito de un profesional del derecho, necesariamente conocedor del alcance y significado técnico-jurídicos de tales expresiones.

STS (Sala 1ª) de 23 de junio de 2020, rec. nº 4251/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/596b4b5691e791ee/20200707>

“Los presentes recursos, de casación y por infracción procesal, los interpone la parte demandante, dos abogados del mismo despacho, en un litigio sobre tutela de su derecho al honor frente a las expresiones del demandado tanto en un escrito de queja dirigido al colegio de abogados correspondiente como en el curso del pleito que el despacho promovió contra aquel en reclamación de honorarios debidos y no satisfechos.

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

(...) La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación de los demandantes, confirmó la sentencia apelada.” (F.D.1º).

“Cuando esta sala ha revisado en casación el juicio de ponderación del tribunal sentenciador desde la perspectiva de los límites del derecho de defensa del abogado, ha sentado como doctrina (...) que el contenido de la libertad de expresión de los letrados ante los tribunales es especialmente resistente e inmune a restricciones en su ejercicio fuera de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas, ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa.

(...) independientemente de quiénes fueran los destinatarios de las manifestaciones del demandado, que todas ellas estaban amparadas por su libertad de expresión, al consistir en opiniones críticas dentro de un contexto de contienda con quienes habían sido sus abogados por la reclamación de unos honorarios que consideraba improcedentes por no corresponderse, en su opinión, con servicios efectiva y diligentemente prestados.

(...) En ese contexto, por más que algunas de esas expresiones, como la calificación de estafadores o la involucración de ambos profesionales en una supuesta estafa procesal, constituyeran evidentes excesos verbales, ninguna de ellas reviste la entidad lesiva suficiente como para apreciar la existencia de intromisión ilegítima en

el honor de los recurrentes, ya que no se aprecia ni desconexión funcional ni una desproporción manifiesta con la finalidad perseguida, que no fue otra que exponer una opinión crítica en defensa de los intereses que el demandado entendía perjudicados por la actuación profesional de quienes habían sido sus abogados.

(...) A las dos razones anteriores se une, como específica del presente caso, la condición del demandado de lego en derecho que ejercía su propia defensa, lo que rebaja la intensidad ofensiva de sus expresiones en comparación con la que habrían tenido esas mismas expresiones en palabras o mediante escrito de un profesional del derecho, necesariamente conocedor del alcance y significado técnico-jurídicos de tales expresiones.” (F.D.5º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Derecho al honor: Expresiones de dos compañeros de partido político del demandante en un contexto de rivalidad y contienda política. Aunque el término “chorizo” tenga una carga ofensiva innegable, no cabe desconocer que en el presente caso esa palabra se pronunció en el marco de un acalorado debate durante la asamblea local de un partido político y en un contexto de abierto enfrentamiento entre dos sectores del mismo partido por encabezar la lista a las elecciones locales.

STS (Sala 1ª) de 23 de junio de 2020, rec. nº 1248/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/90a0e35ab2ae71d5/20200707>

“Los demandados recurren en casación la sentencia de segunda instancia que confirmó su condena por haber vulnerado el honor del demandante mediante lo manifestado sucesivamente por cada uno de ellos en dos asambleas locales (una del partido en el que militaban demandante y demandados y otra de una asociación vecinal) y, en el caso del codemandado, también por un comentario en el perfil público en Facebook de una asociación, por cuanto que, según el tribunal sentenciador, todas ellas contenían expresiones vejatorias desproporcionadas incluso en un contexto de contienda política y, por tanto, no amparadas por la libertad de expresión.

(...) Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

(...) En ese clima de contienda o rivalidad política, durante la asamblea local del PSOE (...) en la que debía elegirse al candidato socialista a la alcaldía, la Sra. Raimunda llamó ‘chorizo’ al Sr. Carlos Manuel.

(...) En la asamblea vecinal (...) de la referida localidad, con la asistencia de unas cincuenta personas, el Sr. Jose Manuel dijo ‘que no era de recibo tener un alcalde que atropellaba a un niño en un paso de cebra y que no se bajaba del coche ni siquiera a prestar auxilio’.

(...) Posteriormente (...) el Sr. Jose Manuel hizo un comentario en el perfil público.

(...) el Sr. Carlos Manuel interpuso la demanda del presente litigio contra la Sra. Raimunda y el Sr. Jose Manuel solicitando se declarase la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

(...) La sentencia de primera instancia, estimando parcialmente la demanda, declaró la existencia de una intromisión ilegítima en el honor del demandante -aunque limitada a las manifestaciones de la demandada en la asamblea del 17 de abril de 2015 y a las del demandado tanto en la asamblea vecinal del 31 de mayo de 2015 como en Facebook-, y condenó a los demandados a indemnizar al demandante en 1.500 euros (la demandada) y 3.000 euros (el demandado) y a publicar a su costa el encabezamiento y fallo de la sentencia en dos periódicos de información general de ámbito provincial, desestimando las demás pretensiones sin imponer las costas a ninguna de las partes.

(...) La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación de los demandados, confirmó la sentencia apelada.” (F.D.2º).

“(...) 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, 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 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.” (F.D.3º).

“De aplicar la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta al presente recurso se desprende que este debe ser estimado por las siguientes razones:

(...) 1.ª) Por lo que respecta a la demandada, y dadas las circunstancias y el contexto, llamar ‘chorizo’ al demandante no pasó de ser un mero exceso verbal sin la entidad lesiva suficiente para constituir una intromisión ilegítima en el honor del demandante.

(...) Aunque el término ‘chorizo’ tenga una carga ofensiva innegable (...) no cabe desconocer que en el presente caso esa palabra se pronunció en el marco de un acalorado debate durante la asamblea local de un partido político y en un contexto de abierto enfrentamiento entre dos sectores del mismo partido por encabezar la lista a las elecciones locales.

(...) 2.ª) Por lo que se refiere al codemandado, el argumento de la sentencia recurrida sobre la irrelevancia de la veracidad de lo que aquel dijo del demandante no se ajusta a la doctrina jurisprudencial antes expuesta, que como se ha visto sí

atiende a la falta de veracidad como elemento para apreciar intromisión ilegítima cuando se predica de alguien un comportamiento antijurídico o deshonroso.

(...) De ahí que en este caso no quepa prescindir de la prueba testifical que corroboró lo que el codemandado había dicho en su momento del demandante, en una versión que no era incompatible con la resultante del atestado policial si se tiene en cuenta que los agentes no se personaron de inmediato en el lugar del accidente.

(...) Por tanto, como la libertad de expresión no puede quedar limitada por el derecho al honor cuando se critica al aspirante a un cargo público por comportamientos que le hacen desmerecer, poniendo en cuestión su idoneidad para el cargo, y que han sido directamente percibidos por quien luego los corrobora como testigo, el recurso también ha de ser estimado respecto del codemandado.” (F.D.4º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Discusión entre un cliente y la empleada de un restaurante que le pidió el abono de unas consumiciones pendientes de pago. En casación no cabe prescindir de los hechos probados, según los cuales no consta que se calificara al demandante de moroso o usara una expresión ofensiva o vejatoria para su persona y tampoco se ha probado que las palabras de la demandada fueran escuchadas por otros clientes del local. En definitiva, el recurso tiene incurrir en el defecto que en la jurisprudencia clásica denomina petición de principio o hacer supuesto de la cuestión.

STS (Sala 1ª) de 24 de junio de 2020, rec. nº 2319/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9be879429a79c0cd/20200709>

“El presente recurso de casación se interpone en un proceso sobre tutela del derecho fundamental al honor (...) que, según el demandante hoy recurrente, habría sido vulnerado por las expresiones vejatorias proferidas por una empleada de un restaurante que le recriminó el impago de unas consumiciones.

(...) Constan probados o no se discuten estos hechos:

(...) La noche del lunes 4 de agosto de 2014 D.ª Valentina , jefa de terraza del restaurante (...) tras comprobar en el ordenador que había una cuenta pendiente de abono a nombre de D. Virgilio , cliente habitual del establecimiento, se dirigió a este cuando estaba solo y esperaba sentado a otras personas y le exigió el pago de tres consumiciones del día anterior que importaban un total de 51 euros.

(...) Al negarse el impago por el Sr. Virgilio, se inició una discusión entre ambos que se desarrolló en el lateral de la terraza, al lado de la caja del restaurante - lugar de acceso solo para camareros y personal-, y terminó cuando el Sr. Virgilio abonó el importe reclamado.

(...) No se ha probado que la terraza estuviera llena, ni que los términos de la discusión llegaran a oídos de otros clientes ni que durante la misma la empleada

insultara al Sr. Virgilio o le llamara moroso o sinvergüenza.

(...) En los días posteriores, distintos responsables del establecimiento se dirigieron al Sr. Virgilio pidiéndole disculpas por el incidente y la empleada fue amonestada por escrito.” (F.D.1º).

“(…) El único motivo del recurso se funda en infracción del art. 18 de la Constitución, y en su desarrollo se alega, en síntesis, que la sentencia recurrida no ha respetado los criterios jurisprudenciales aplicables al juicio de ponderación en conflictos entre honor y libertad de expresión porque el recurrente es un artista español consolidado (promotor del proyecto «La tostada que le dio la vuelta al mundo») al que la empleada llamó moroso con «manifiesto ánimo de vejación», lo que constituye un insulto y una imputación pública objetivamente desmerecedora del hoy recurrente en su entorno social que no tiene amparo en la libertad de expresión.” (F.D.2º).

“(…) El motivo, y por tanto el recurso, ha de ser desestimado.

(...) conforme a la valoración conjunta de la prueba por el tribunal sentenciador, resulta que el incidente en cuestión no pasó de ser una mera discusión entre particulares motivada porque el cliente y la empleada del establecimiento tenían opiniones enfrentadas sobre una cantidad pendiente de pago; no se ha probado que durante esa discusión, aunque se empleara un tono de voz elevado, como suele acontecer cuando cada uno defiende con vehemencia sus razones, la demandada dirigiera al demandante expresiones insultantes u objetivamente vejatorias que, en ese contexto, pudieran considerarse ofensivas para su honor, único derecho que en casación el recurrente sigue considerando vulnerado, y tampoco se ha probado que sus palabras fueran escuchadas por otros clientes del local. En definitiva, el recurso tiene como base unos hechos diferentes de los que la sentencia impugnada declara probados y, en consecuencia, incurre en el defecto que en la jurisprudencia clásica denomina petición de principio o hacer supuesto de la cuestión.” (F.D.3º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: La libertad de expresión del abogado en sus intervenciones en un proceso judicial no es ilimitada. La utilización de expresiones ofensivas desconectadas de la defensa de su cliente y la reiteración y abundancia de expresiones ofensivas en varios escritos determina una desproporción que hace ilegítima la intromisión en el honor del abogado aludido. Expresiones dirigidas únicamente a la denigración del demandante, de quien se dice actuar “bajo los efectos de la intoxicación etílica de una comida de más de 300 euros”; tras haberse referido a él como “abogado QC”, se pregunta “¿a qué es equivalente un QC, a un HP?; se llama a sus asesores contables y asesores “mariachis” y “secuaces”. Empleo reiterado de numerosas expresiones que entrañaban inequívocas imputaciones delictivas: “planteamiento criminal”, “extorsión”, “chantaje” o “amenazas”. Compatibilidad entre una sanción colegial y una indemnización civil por intromisión ilegítima en el honor.

STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 2020, rec. nº 5895/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/89e5c5a27cd11f50/20>

[200710](#)

“La libertad de expresión del abogado en defensa de su cliente puede explicar el tono vehemente y fuertemente crítico empleado por el demandado respecto de la actuación profesional del Sr. Juan Ignacio que se desprende del conjunto de alegaciones vertidas al contestar a la demanda y al interponer recurso de apelación, y en particular, el uso de expresiones que aluden al Sr. Juan Ignacio como persona carente de escrúpulos que no estaba actuando correctamente sino que se estaba aprovechando del conflicto surgido entre la Sra. Casilda y el despacho Martínez-Echevarría, a raíz de la gestión de venta que esta señora había encargado a dicho despacho, para satisfacer los intereses propios antes que los de su defendida. Pero ni el malestar que sentía el recurrente por la actuación profesional del Sr. Juan Ignacio, ni la necesidad de defenderse frente a las pretensiones articuladas en la demanda de responsabilidad civil justificaban el empleo, reiterado además, de numerosas expresiones que entrañaban inequívocas imputaciones delictivas (‘planteamiento criminal’, ‘extorsión’, ‘chantaje’, ‘amenazas’).

(...) Además, el recurrente empleó expresiones desconectadas funcionalmente del derecho de defensa puesto que no eran conducentes a la estimación de los intereses de su defendido sino únicamente a la denigración del demandante, como cuando imputó al Sr. Juan Ignacio actuar en sus relaciones profesionales con el recurrente ‘bajo los efectos de la intoxicación ética de una comida de más de 300 euros’; cuando, tras haberse referido al abogado demandante como ‘abogado QC’ se pregunta ‘¿a qué es equivalente un QC, a un HP...?’; cuando alude a ‘los odios tribales en que constantemente está inmerso [el Sr. Juan Ignacio]’; o como cuando se refiere al abogado demandante y a sus asesores contables en el asunto como ‘el Sr. Juan Ignacio y sus mariachis’ o ‘el Sr. Juan Ignacio y sus secuaces’.

(...) Todas estas circunstancias, unidas al hecho de que las expresiones ofensivas se vertieran por escrito, por lo que hay que excluir la dispensa del acaloramiento que puede producirse en una actuación oral, y en escritos separados por un considerable lapso temporal, corroboran la corrección del juicio de ponderación contenido en la sentencia recurrida, dada la desproporción que, por su abundancia, reiteración e intensidad ofensiva, se aprecia en el empleo de las expresiones litigiosas, en ocasiones meros insultos o descalificaciones personales no conducentes a la satisfacción del derecho de defensa y, por ello, no amparadas en el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión del abogado.” (F.D.3º).

“1.- En el encabezamiento del segundo motivo, el recurrente alega la infracción del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y la oposición a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) fijada en sentencia de 12 de enero de 2016, asunto Rodríguez Ravelo contra España .

(...) 2.- En el desarrollo del motivo, el recurrente alega que la vía disciplinaria para sancionar los excesos expresivos de los abogados debe ser preferente, y en este caso el abogado demandado ha sido sancionado disciplinariamente por el Consejo Andaluz de Colegios de Abogados, aunque tal sanción esté recurrida.” (F.D.4º).

“La jurisprudencia de esta sala ha declarado la compatibilidad entre una sanción colegial y una indemnización civil por intromisión ilegítima en el honor (sentencia 447/2015, de 3 de septiembre). Ni la sanción disciplinaria supone un resarcimiento para quien ha visto vulnerado su derecho al honor y ha sufrido el daño moral asociado a tal vulneración, ni la condena en un proceso civil de protección de los derechos fundamentales supone propiamente una sanción que, al coexistir con una sanción disciplinaria, determine la infracción del principio non bis in idem.” (F.D.5º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Reportaje sobre el robo de cuadros de un pintor famoso regalados por este a un amante, que había querido mantener oculta esta relación y del que se desvela su orientación homosexual, relacionándose con prácticas sadomasoquistas y con excesivo consumo de alcohol. Vulneración del derecho a la intimidad: la conexión entre la vida sentimental y sexual del artista y su obra, que puede ser relevante en la biografía del autor y en la explicación artística de sus piezas no permite hacer partícipes al mismo nivel a las personas que se han relacionado con el pintor y que no han querido divulgar el contenido de su relación: Los artículos, justificados formalmente en un hecho noticioso (la existencia de cuadros sin catalogar, su posterior robo) promueven únicamente el interés que pueda existir en el conocimiento de la vida privada de las celebridades y, por extensión, de la de las personas con las que se relaciona. Vulneración del derecho al honor: no hay duda de que en el sentir social común son afrentosas para cualquiera las referencias al sadomasoquismo, así como el vivir entre botellas de alcohol, referencias que si bien se refiere al pintor se proyectan también sobre la persona a la que se identifica como amante del mismo. Casación de sentencia y concesión de una indemnización de 45.000 euros.

STS (Sala 1ª) de 9 de julio de 2020, rec. nº 3456/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/e8bbbfcfb105e15e/20200720>

“El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre una demanda de tutela de los derechos al honor, intimidad y propia imagen. La cuestión que plantea es si la innegable relevancia pública de un pintor es extensible, y en qué medida, a quien ha tenido relación personal con él.

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

(...) El demandante interpuso recurso de apelación, que fue desestimado.” (F.D.1º).

“La sentencia recurrida, que comparte los hechos probados y la argumentación jurídica de la sentencia de primera instancia, delimita el conflicto que se suscita entre los invocados derechos del actor y la libertad de información, excluyendo que estemos ante el derecho a la libertad de expresión, en atención a que en las publicaciones no se hacen juicios de valor sino comunicación pública o información de hechos objetivos susceptibles de contraste. Partiendo de este presupuesto considera que, si bien se ve afectado el derecho a la intimidad del actor por los datos que se mencionan relativos a su orientación sexual y relación sentimental con un famoso pintor, sobre lo que el actor siempre ha querido salvaguardar su anonimato, prevalece el derecho a la información por el interés público de la información,

referida al protagonista central de la misma, que no era el demandante sino el pintor, y por el cumplimiento del principio de veracidad.

(...) La sentencia recurrida justifica el interés informativo de los hechos referidos en las publicaciones por la relevancia en el mundo de la cultura del Sr. Andrés , por lo que las noticias sobre su vida sentimental y su homosexualidad, especialmente después del robo de los cuadros que regaló al recurrente, tenían un evidente interés informativo, y en esas noticias al recurrente se le cita como parte de la información, sin que se le descalifique ni se le atribuyan hechos o conductas socialmente reprochables.

(...) En el caso, se ha lesionado el derecho a la intimidad y al honor que el art. 18 CE reconoce, sin que la intromisión padecida halle justificación en el derecho a comunicar información veraz que reconoce el art. 20.1 d) CE.

(...) La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta sala vienen declarando con reiteración que, como la protección constitucional de la libertad de información ‘se ciñe a la transmisión de hechos noticiables por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, tales hechos deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada’. De manera que, sólo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4).

(...) Esta sala considera que el interés cultural derivado de la indiscutida notoriedad del Sr. Andrés , del significado y valor artístico de su obra, no justifican la recreación de las noticias en la sexualidad del actor, del que se dice que el pintor estaba enamorado, ni la revelación de datos acerca de su persona, su trabajo, sus actividades, su lugar de residencia, pues todo ello se dirige a identificar y señalar a la persona que, de esta forma, acaba siendo algo más que alguien involucrado en un hecho noticiable (la existencia de unos cuadros sin catalogar en poder de una persona particular, el robo de los cuadros) para convertirse en objeto de atención y centro de la propia noticia, desde los títulos hasta los detalles personales que de él se proporcionan.

(...) La conexión entre la vida sentimental y sexual del artista y su obra, que puede ser relevante en la biografía del autor y en la explicación artística de sus piezas no permite hacer partícipes al mismo nivel a las personas que se han relacionado con el pintor y que no han querido divulgar el contenido de su relación, como sucede con el recurrente. En el presente caso, la información difundida incide en la existencia de una relación sexual, con tintes sadomasoquistas, la afición a las bebidas alcohólicas y la negativa del recurrente a reconocer su homosexualidad. La referencia a estos aspectos en los que se menciona al demandante no son hechos noticiables que, por versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere o a las características del hecho en que esa persona se

haya visto involucrada, deban quedar protegidos por contribuir a la formación de la opinión pública ni los intereses culturales sobre las obras artísticas.

(...)El interés general de la información publicada sobre el demandante en el caso de autos deviene exclusivamente del interés que suscita el conocimiento de la vida de personas con notoriedad pública social y las personas con las que se relaciona. Los artículos, justificados formalmente en un hecho noticioso (la existencia de cuadros sin catalogar, su posterior robo) promueven únicamente el interés que pueda existir en el conocimiento de la vida privada de las celebridades y, por extensión, y por lo que aquí importa, de los datos personales y la vida privada de las personas con las que se relaciona.

(...) Las publicaciones no contribuyen realmente a la satisfacción de la función institucional propia de la libertad de información, esto es, a la formación de una opinión pública libre y plural propia de un Estado democrático, ni a satisfacer supuestos intereses del mundo del arte y la cultura que los ciudadanos tengan derecho a conocer.

(...) La sentencia recurrida considera que en las publicaciones no se desacredita al demandante, pues la homosexualidad no es una conducta reprochable, pero no es ese el enfoque correcto.

(...) No hay duda (...) de que en el sentir social común son afrentosas para cualquiera las referencias al sadomasoquismo, definido en el mismo diccionario como ‘perversión sexual de quien goza causando y recibiendo humillación y dolor’. Nada que reprochar a quien tiene esa tendencia sexual y quiere divulgarla, pero atribuírsela a alguien sin su consentimiento resulta ofensivo y humillante de acuerdo con la percepción social común. No puede compartirse la valoración de la sentencia recurrida de que tales prácticas solo se atribuyen al pintor y no al demandante, cuando lo que se está diciendo es que el pintor tiene esa inclinación sexual y, al mismo tiempo, que el demandante, en el que se está focalizando la atención de los artículos, era su amante. Algo parecido sucede con la referencia a la afición a la bebida del pintor, pues al mismo tiempo se está aludiendo a los últimos años vividos con el demandante entre botellas de alcohol.

(...) La estimación parcial del recurso de casación determina que casemos la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, estimemos parcialmente la demanda.

(...) Ante la dificultad de concretar una suma económica que pueda compensar este tipo de intromisiones la sala (...) considera prudente, en atención a la absoluta discreción del demandante en su modo de actuar y en sus relaciones sociales, fijar una suma total de 45.000 euros.

(...) Esta sala, al igual que en otras ocasiones anteriores (...) considera que una vez satisfechos los daños morales en términos indemnizatorios, se cubre la satisfacción en sede de publicidad con el encabezamiento y la parte dispositiva de la sentencia, pues sería desproporcionada por su extensión la íntegra publicación de esta resolución judicial.” (F.D.2º). [J.V.B].

Jurisprudencia: La menor intensidad de la protección del derecho al honor de las personas jurídicas queda reforzada en el caso de sociedad disueltas en fase de liquidación. No se produce una intromisión ilegítima en el honor profesional por la mera circunstancia de que la persona física supuestamente agraviada ostente un cargo orgánico en la sociedad a la que se imputan los hechos, actos o comportamientos de carácter injurioso.

STS (Sala 1ª) de 15 de julio de 2020, rec. nº 5032/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/3ced69f165c02165/20200810>

“El presente litigio versa sobre una reclamación por intromisión en el derecho al honor de los demandantes como consecuencia de la mención que se hace de ellos en un libro escrito y editado por los demandados.

(...)En dicha demanda se afirmaba que: (i) Método 3 era una reconocida agencia de detectives que a principios de 2013 saltó a los medios de comunicación por unos hechos presuntamente delictivos que a la postre se ha demostrado que no eran tales; (ii) el autor del libro recoge una visión de los hechos alejada de la realidad; (...) (v) a finales de 2014 se publicó la primera edición del libro cuyo capítulo cuarto está dedicado a Método 3 con el título ‘Espionaje de Ex Agencia Método 3’; (vi) la calificación de espionaje ya contiene una connotación negativa, atribuyendo a la agencia una serie de conductas delictivas a la hora de llevar a cabo su actividad como investigadores privados, y que, por su falta de veracidad, constituyen acusaciones de un marcado carácter calumnioso e injurioso, que causan a los actores un descrédito personal y profesional, por lo que vulneran su derecho al honor; (vii) en concreto, en el libro se imputan a los actores hasta ocho tipos de conductas delictivas. Ninguno de los hechos en que el autor del libro fundamenta sus acusaciones son ciertos.

(...) El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda.

(...) La Audiencia Provincial dictó sentencia en la que desestimaba íntegramente el recurso de los demandantes y del Ministerio Fiscal.” (F.D.1º).

“(...) Infracción del artículo 18.1 de la Constitución y de la jurisprudencia relativa a la tutela del derecho al honor de las personas jurídicas.” (F.D.3º).

“(...) La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido reiteradamente el derecho a la tutela del honor de las personas jurídicas, delimitando su ámbito y límites específicos, que no cabe equiparar a los propios del derecho al honor de las personas físicas.

(...) Ahora bien, en atención a los fines propios de la persona jurídica afectada por la intromisión y la naturaleza del derecho al honor, la jurisprudencia de esta Sala ha compatibilizado el reconocimiento del derecho con la necesidad de aplicar parámetros de ponderación diferenciados de los propios de las intromisiones al honor de las personas físicas, pues en aquellas no cabe concebir la dimensión

interna o inmanente del derecho, sino sólo la externa o trascendente, relativa a la reputación o fama reflejada en la consideración de los demás.

(...) Esta proyección exclusivamente externa del derecho al honor de las personas jurídicas, ha determinado paralelamente la afirmación de una menor intensidad en su protección.

(...) La sentencia de la Audiencia no desconoce esta doctrina jurisprudencial.

(...) no niega la Audiencia ni la titularidad del derecho al honor de la sociedad ni su legitimación para ejercitar la postulación de su tutela judicial, que expresamente reconoce a pesar de que aquella se encuentre disuelta y en liquidación (arts. 371 y 395 LSC). Situación societaria que únicamente toma en consideración el tribunal de apelación a los efectos de reforzar el criterio de la menor intensidad de la protección de que es susceptible dicho derecho.” (F.D.4º).

“(...) Infracción del artículo 18.1 de la Constitución y de la jurisprudencia relativa al reconocimiento de la tutela del derecho al honor de las personas físicas, orgánicamente vinculadas a una determinada persona jurídica, cuando pueda verse afectado su honor profesional a título individual.” (F.D.5º).

“(...) El motivo, en los términos en que se ha formulado, debe ser desestimado por las razones que siguen.

(...) La jurisprudencia de esta Sala ha admitido que el prestigio profesional, que es el que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica o similar, y que tiene repercusión en el ámbito social, forma parte de la trascendencia en que se desenvuelve el honor. Para que un ataque al mismo integre además una transgresión del derecho fundamental, es necesario que revista un cierto grado de intensidad. No basta, pues, la mera crítica de la actividad profesional, sino que es precisa la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, especialmente mediante infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o ética en el desempeño de aquella actividad, lo que deberá apreciarse en función de las circunstancias del caso.

(...) Las referidas sentencias (...) admiten que las opiniones críticas o las informaciones divulgadas sobre la conducta profesional de una persona puedan constituir una intromisión ilegítima en su honor profesional. Incluso de especial gravedad por constituir la actividad profesional una importante manifestación externa de la personalidad. Pero las sentencias cuya infracción se denuncia no se refieren a la afectación del honor de las personas físicas vinculadas orgánicamente a la persona jurídica a la que se imputen los hechos o a la que se refieran las opiniones potencialmente injuriosas o vejatorias.

(...) Si la jurisprudencia reconoce a las personas morales la susceptibilidad de ser titulares del derecho al honor, también en su vertiente de honor profesional por razón del ejercicio de la actividad propia de su objeto social, ello debe ser entendido en congruencia con la propia naturaleza y personalidad jurídica de la misma, como sujeto de derecho autónomo. Sin que la titularidad de su derecho al honor quede

diluido, fungido o sometido a una suerte de conmixión jurídica con el propio de sus socios o administradores, como tampoco el de cada uno de estos queda confundido entre sí.

(...) En congruencia con lo señalado, la jurisprudencia de esta Sala ha negado también la confusión de la legitimación de las acciones de tutela del derecho al honor por parte de quien, en nombre propio, pretenda su ejercicio sin ser titular del derecho, incluso por la vía indirecta de una indebida acumulación de acciones.

(...) Con ello no negamos la posibilidad de que determinadas informaciones u opiniones que puedan resultar lesivas como intromisiones ilegítimas en el derecho al honor de una personas jurídica, puedan generar simultáneamente un efecto lesivo, directo o indirecto, en el honor de aquellas personas físicas que, por su estrecha vinculación con aquella (como fundadores, gerentes, directores, administradores, propietarios, etc), en atención a las circunstancias del caso concreto, especialmente cuando las informaciones u opiniones controvertidas transmitan una indiferenciación entre ambas personas (la jurídica y la física) en la narración del mensaje, como sucede cuando en su discurrir se entremezclan los hechos y la identidad personal (denominación social, nombres y apellidos) de los sujetos intervinientes en aquellos.

(...) Pero esto no se produce por el mero hecho de que la persona física supuestamente agraviada ostente un cargo orgánico en la sociedad a la que se imputan los hechos, actos o comportamientos cuyo carácter injurioso o afrentoso sirva de base a la demanda, que es el planteamiento formal del motivo.” (F.D.6º).

“(...) Como ha reiterado la jurisprudencia, la protección del derecho al honor de las personas jurídicas, en comparación con la propia de las personas físicas, es más limitada en su extensión o ámbito, pues se limita a su dimensión externa o de transcendencia social (sin que se reconozca en su dimensión interna o inmanente de autoestima), y más limitada también en su intensidad. En este caso la intensidad de la protección disminuye incluso más como consecuencia de que la sociedad Método 3 está disuelta desde 2012, y en liquidación. No consta desde entonces actividad significativa de la misma, ni siquiera la propia de la liquidación de las operaciones pendientes (de las actuaciones se desprende que ha sido declarada en rebeldía en algunos procedimientos judiciales y en el presente procedimiento no ha intervenido siquiera su liquidador).

(...) La disolución no extingue la personalidad jurídica de la sociedad, pero la apertura de la fase de liquidación está preordenada a dicha extinción, a través de las operaciones liquidatorias, mediante el cobro de los créditos y pago de las deudas sociales (art. 385 LSC), la enajenación de los bienes sociales (art. 387 LSC), la división del patrimonio resultante (art. 391 LSC) y el otorgamiento de la escritura de extinción y cancelación de los asientos registrales (arts. 395 y 396 LSC).

(...) No resulta aplicable al caso de las personas jurídicas el régimen previsto en el art. 4 de la LO 1/1982 respecto del ejercicio de las acciones de protección civil del honor de una persona fallecida. En la fase de sociedad disuelta y en liquidación

todavía persiste la personalidad y, por tanto, la titularidad del derecho al honor. Pero la intensidad de su protección se reduce en paralelo al interés afectado, y en consecuencia a la disminución de la potencial lesividad de la intromisión ilegítima, ya que su proyección se restringe al estar limitada tanto la actividad de la sociedad a las operaciones de liquidación, como su duración temporal por estar abocada a su extinción al término de tales operaciones.” (F.D.11º). [A.B.B].

Jurisprudencia: Derecho al honor de sociedades mercantiles: vulneración por campaña de desprestigio en un blog creado al efecto, constanding una intención, ya no solo de boicotear los productos que comercializan las entidades demandantes, sino de desprestigiar, vejar y vilipendiar la fama y crédito de las mismas, atribuyéndoles la condición de estafadores, el calificativo de sinvergüenzas, imputarles el hecho de haber arruinado a sus clientes y familias, dañarlas en la adquisición de sus productos y emplear “malas artes comerciales”. Indemnización de 10.000 euros, en atención a que la intromisión se produjo en un blog con escasos usuarios y a que la misma no originó una disminución del número de ventas de las empresas demandantes.

STS (Sala 1ª) de 17 de julio de 2020, rec. nº 5534/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/183b5981518a123d/20200807>

“La demanda se dirige contra D. Santos, que no se personó en el procedimiento, el cual es titular del blog de Internet.

(...) La demanda se fundaba en que dicho blog contenía mensajes inequívocamente destinados a denigrar públicamente el honor, la fama y el prestigio empresarial de los actores y de los más de 50 profesionales que integran el GRUPO MENDOZA, menospreciando su fama profesional labrada durante más de 37 años e imputándoles, con manifiesta falsedad, la comisión de actos ilícitos, gravemente negligentes y deshonestos, lo que constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes.

(...) Seguido el juicio, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Elche, que desestimó la demanda.

(...) Formulado el correspondiente recurso de apelación.

(...) se confirmó la sentencia de instancia.” (F.D.1º).

“(…) Las personas jurídicas privadas también son titulares del derecho al honor.

(…) Por consiguiente, no se puede descartar que la persona jurídica vea lesionado su derecho al honor mediante la divulgación de hechos que la difamen o la hagan desmerecer en la consideración ajena, sin que sea preciso acreditar la existencia del daño patrimonial en sus intereses, siendo suficiente la intromisión ilegítima en el honor de la entidad.

(…) No obstante, la misma jurisprudencia también viene insistiendo en ‘la menor

intensidad de la protección del derecho al honor cuando su titular es una persona jurídica’.” (F.D.3º).

“(…) Compartimos, con la sentencia de la Audiencia, que el derecho al honor que se encuentra en conflicto con la libertad de expresión, es el correspondiente a las personas jurídicas demandantes, que son las que giran, en el tráfico jurídico, como grupo mendoza y a cuya actividad comercial y crédito social se refiere el blog del demandado (...) no obstante, de la inexistencia de la vulneración del derecho fundamental al honor, que proclama la resolución de la Audiencia; puesto que del contenido del blog del demandado consta una intención, ya no sólo de boicotear los productos que comercializan las entidades demandantes, sino de desprestigiar, vejar y vilipendiar la fama y crédito de las mismas, como resulta ya de la propia denominación del blog (...), la atribución de la condición de estafadores, el calificativo de sinvergüenzas, asignarles el hecho de haber arruinado a sus clientes y familias, engañarlas en la adquisición de sus productos, emplear ‘malas artes comerciales’. Todo ello, unido a la extensión de la campaña de desprestigio, de forma específica, a través de un blog elaborado a tal efecto, que se viene utilizando desde hace años.” (F.D.4º).

“(…) La estimación del recurso implica recobrar la instancia y dictar la sentencia procedente en derecho, y, en consecuencia, debemos declarar la existencia de la lesión del derecho fundamental del honor de las mercantiles demandantes.

(...) Con respecto a la petición de publicar el encabezamiento y fallo de la sentencia en la página del blog (...) durante el mismo tiempo en que ha estado disponible para el usuario el blog.

(...) Bastará simplemente con la publicación de la fecha de la sentencia y del tribunal que la dictó, así como su parte dispositiva, por un plazo de seis meses, que se considera suficiente para reponer el honor lesionado de las sociedades demandantes, en proporción a la entidad del daño.

(...) En cuanto al pago de los daños y perjuicios morales y patrimoniales causados en la cantidad de 150.000 euros más intereses. No procede tal cuantía.

(...) en este caso, la publicidad de las ofensas del derecho al honor no se produce a través de un medio de comunicación que goce de una importante difusión social, sino a través de un blog privado, que no consta sea especialmente activo, con un significativo número de usuarios, pues al respecto no se aportó una prueba relevante, ahora bien, dicho blog fue creado específicamente para desprestigiar a las entidades demandantes y sigue activo desde hace años, pese a los intentos de las actoras de poner fin a tal situación y además se atribuyen a las mercantiles demandantes la comisión de hechos de entidad.

(...) No consta un perjuicio patrimonial acreditado a través de una pericial que analice una disminución de los rendimientos económicos de las sociedades demandantes con otros elementos de juicio que permita establecer su relación causal con las imputaciones efectuadas, lo que no se obtiene mediante la declaración

de unos empleados de la demandante. La sentencia de la Audiencia señala expresamente que no se demostró que el demandado interviniese en el mercado desarrollando una actividad comercial con la que compitiese con las mercantiles demandantes.

(...) Es, por ello, por lo que prudentemente fijamos la indemnización procedente en la suma de 10.000 euros.” (F.D.5º). [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Publicación de la imagen de la demandante (extraída de su DNI) en un programa televisivo de investigación, formando parte del organigrama policial de una presunta banda de estafadores apareciendo aquella como gestora de dicha banda. Vulneración del derecho a la propia imagen por incumplimiento del convenio transaccional, en el que se acordaba no seguir publicando la fotografía, pese a las reiteradas quejas de la actora: publicación de la foto en varios programas y permanencia en una plataforma con acceso al público, durante un dilatado periodo de tiempo. Falta de sentido de publicar el fallo condenatorio con la simple expresión de las iniciales del nombre y apellido de la demandante, puesto que nada conduce a reponerla en su derecho.

STS (Sala 1ª) de 14 de diciembre de 2020, rec. nº 1054/2020.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bfeebf293ec076a2/20201229>

“Es objeto del presente proceso, la demanda que es formulada por D.^a Amalia contra Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A., como consecuencia de que el día 28/02/2014 se utilizó la imagen de la actora en el programa ‘Equipo de Investigación’, bajo el título denominado ‘Estafa a la Española’, que fue emitido a través de La Sexta TV, perteneciente al grupo de empresas de comunicación de la demandada. Concretamente, durante dicho programa se emitió en distintas ocasiones un ‘supuesto organigrama policial’, denominado con voz en off ‘la banda de la estafa millonaria’, en el que figuraba la fotografía totalmente reconocible de la demandante perteneciente a su D.N.I.

(...) Con fecha 07/03/2014, la demandante envió burofaxes dirigidos a Atresmedia, La Sexta TV y Nitro TV, mediante los cuales y, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, les instaba a la retirada inmediata de su fotografía o, en su caso, pixelación de la misma, obrante en el organigrama de la banda criminal de estafadores, objeto de investigación por la policía. Al no producirse la rectificación interesada, con fecha 18/03/2014, se ejercitó ante los Juzgados de El Puerto de Santa María la correspondiente acción de rectificación del art. 4 de la precitada norma legal.

(...) Previamente a la celebración del juicio, D. Leandro , en representación de Atresmedia y de los canales de televisión que gestiona, llegó a un acuerdo con la parte demandante conforme al cual se obligaban a retirar su fotografía, comprometiéndose también a que la misma no volvería a ser emitida. Dicho acuerdo se plasmó en documento de fecha 30/10/2014 y, a consecuencia de lo pactado, la actora desistió, por su parte, del procedimiento de rectificación con

reserva de acciones.

(...) No obstante lo cual, la entidad demandada no respetó lo convenido, difundiendo la imagen de la demandante hasta al menos el 6 de septiembre de 2017.

(...) La demanda se ejercitó al amparo de la Ley Orgánica 1/1982, y en su suplico se postuló se declarase que se había producido una intromisión ilegítima y vulneración en los derechos a la propia imagen y al honor de la demandante.

(...) El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de El Puerto de Santa María, que dictó sentencia desestimatoria de la acción ejercitada.

(...) Contra dicha sentencia se interpuso por la demandante recurso de apelación. Su conocimiento correspondió

a la sección segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz. Dicho tribunal estimó parcialmente la demanda, condenó a la entidad demandada por intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la imagen y honor de la demandante, como consecuencia de la utilización de su fotografía del D.N.I, formando parte de un organigrama policial, en el reportaje denominado ‘Estafa a la Española’, desde el día 30 de octubre de 2014, con prohibición a la utilización de dicha fotografía, a indemnizar a la actora en la suma de 30.000 euros por daño moral, así como a emitir el fallo de la sentencia en los mismos medios y con la misma difusión que el programa en el que se difundió la precitada fotografía de la demandante, todo ello con sus iniciales.

(...) La indemnización se fijó en la suma de 30.000 euros, en atención a la divulgación de la imagen de la actora, tras el acuerdo alcanzado, desde noviembre de 2014 a septiembre de 2017, habiéndose emitido el programa en distintas ocasiones durante esos años, en atención a su importante audiencia, al hecho de que se haya podido capturar la imagen de la pantalla con la foto de la demandante durante ese tiempo, sin que conste el impacto real que la utilización de la misma haya tenido.” (F.D.1º).

“(...) El desconocimiento de lo acordado en el contrato suscrito por las partes produce la lesión del derecho fundamental a la propia imagen de la demandante, reconocido en el art. 18.1 CE.

(...) En efecto, actora y demandada llegaron a un acuerdo para no difundir la imagen de la recurrida, como resulta del contenido del contrato transaccional.

(...) Pese a lo cual, la demandada transgredió conscientemente el pacto alcanzado, al continuar difundiendo la imagen de la actora. Es, por ello, que consideramos que la sentencia de la Audiencia, en tanto en cuanto estima que, con tal proceder, se lesionó el derecho a la propia imagen de la demandante protegido por el art. 18.1 de la CE, es correcta.

(...) Ahora bien, una cosa es la lesión del derecho fundamental de la actora a su

propia imagen, que fue vulnerado, al no proceder la demandada a retirar su fotografía en los términos convenidos; y otra bien distinta, la afectación de su derecho al honor que, en este caso, no consideramos lesionado, por las propias razones esgrimidas por las sentencias de primera y segunda instancia, en tanto en cuanto la noticia difundida sobre su persona era veraz, se encontraba contrastada, tenía un indiscutible interés general, sin que se utilizasen tampoco términos vejatorios contra su persona constitutivos de injustificados excesos verbales que la difamasen, con lo que debe prevalecer el derecho fundamental de la libertad de información sobre el derecho al honor, al darse para ello los elementos de ponderación contemplados por la jurisprudencia de esta Sala.

(...)Es por ello que, en este concreto aspecto, el recurso debe ser estimado.” (F.D.2º).

“(…) El segundo motivo de casación se formula, al amparo del art. 477.2.1º de la LEC, por infracción del art. 9.2 c) y 9.3 de la LO 1/1982, así como del art. 20. 1 a) CE, y doctrina legal y jurisprudencial sobre la valoración de los daños y perjuicios sufridos, al reputarse excesiva la cuantía indemnizatoria establecida por la sentencia recurrida.

(...) en este caso, al estimarse en parte el recurso de casación interpuesto, toda vez que no se considera vulnerado el derecho al honor de la demandante es preciso revisar la indemnización acordada por mor de tan trascendente circunstancia, contemplada expresamente en el art. 9.3 de la LO 1/1982, que se refiere a la gravedad de la lesión efectivamente producida, por todo lo cual, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, fijamos la indemnización en la suma de 15.000 euros.” (F.D.3º).

“(…) Por último, al amparo del art. 477.2.1º LEC, se considera que se ha producido la infracción del art. 9.2 a) de la LO 1/1982, así como art. 20.1 a) CE y doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la medida impuesta a la demandada concerniente a la difusión del fallo de la sentencia.

(...) El mentado precepto señala que la condena traerá consigo la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

(...) nos hallamos ante una medida cuya finalidad consiste en reponer a la actora en su derecho fundamental lesionado, a los efectos compensar los perjuicios ocasionados con su infracción, siendo ésta la razón teleológica que justifica el mandato normativo del art. 9.2 a) de la LO 1/1982, precisamente en función del mismo la sentencia de la Audiencia no estimó que se hiciese constar el nombre y apellidos del letrado de la demandante, como tampoco tiene sentido la publicación del fallo de la sentencia con la simple expresión de las iniciales del nombre y apellido de la demandante, puesto que nada conduce a reponerla en su derecho, al quedar con ello preservada su identidad.

(...) En definitiva, se trata de una medida inocua que, de la concreta manera en que

fue postulada, no puede ser acogida, lo que conduce a la estimación de este concreto motivo de casación.” (F.D.5º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Derechos al honor e intimidad: intromisión ilegítima. Artículo periodístico en que se desvela la orientación sexual de un cargo público encargado del área de movilidad de un municipio y que, siendo niño, sufrió las burlas de sus compañeros en el colegio por este motivo: discurso satírico en el que se alude a un posible propósito de venganza contra excompañeros de clase, como motivo para eliminar carriles de circulación y plazas de aparcamiento en los barrios donde alguno de estos reside. Publicación de la sentencia condenatoria: como regla general no es necesario publicar el texto íntegro de la misma, bastando publicar el encabezamiento y fallo, especialmente si la intromisión se produjo en publicaciones impresas y se ha acordado la reparación del daño moral por vulneración del derecho al honor; la publicación de la sentencia es únicamente procedente para la reparación del derecho al honor, no del derecho a la intimidad, ya que, a través de ella, podrían agravarse las consecuencias de la intromisión ilegítima: supresión en la publicación del fragmento del fallo en el que se hacía mención de la orientación sexual del demandante. Proporcionalidad del importe de la indemnización concedida (5.000 euros), atendiendo a la gravedad de la lesión (por afectar a un dato tan sensible para la intimidad como la orientación sexual y tan sensible para el honor como la afirmación de que el demandante fue objeto de burlas en su infancia por parte de compañeros de colegio a causa de esa orientación sexual) y a la difusión de la noticia, realizada mediante prensa, escrita y digital (y no, meramente, a través de redes sociales).

STS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 2020, rec. nº 5269/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/833ae01119890005/20210107>

“D. Jose Francisco publicó en la edición en papel y digital del diario El Mundo Baleares un artículo titulado ‘Salvadores de almas’, con este contenido:

(...) Hoy le toca recibir a Carlos Manuel, antiguo condiscípulo en DIRECCION000, cuando cursábamos EGB en los años 80. Hasta ahora no le había echado el guante en estas disecciones creo que por mala conciencia. Ya de muy niño se veía a la legua que, cómo decirlo, las mujeres no eran precisamente la debilidad de Carlos Manuel. Todavía me acuerdo de lo mal que lo pasaba el pobre en las clases de deporte con el 'marine' Marino. La crueldad infantil es infame, y me da vergüenza reconocer que no me abstuve de las burlas que recibía entonces Carlos Manuel. Espero que algún día me lo perdone.

(...) Pero todo esto no puede evitar una semana más que no me refiera de una vez a su llamativa gestión en el área de Movilidad. No sé si se estará vengando de sus ex-compañeros de clase, puteando el tráfico rodado en los barrios donde algunos de estos residen o qué, pero el caso es que van desapareciendo carriles de circulación y plazas de aparcamiento a la misma velocidad que Munar & Matas S.A. limpiaban nuestras arcas públicas. Carlos Manuel llama a estas iniciativas "pacificar" el tráfico... No sabía que estábamos en guerra circulatoria, pero yo suelo estar siempre en Babia.

(...) El Juzgado de Primera Instancia consideró que el artículo de prensa del Sr. Jose Francisco vulneraba los derechos fundamentales al honor y a la intimidad del Sr. Carlos Manuel y estimó la demanda, si bien redujo la indemnización a 5.000 euros.

(...) El Sr. Jose Francisco apeló la sentencia, y la Audiencia Provincial desestimó su recurso.

(...) El Sr. Jose Francisco ha interpuesto un recurso de casación contra esa sentencia, basado en tres motivos, que han sido admitidos.” (F.D.1º).

“(...) En el desarrollo del motivo se alega que la sentencia recurrida no realiza una adecuada contextualización del artículo periodístico pues afirma erróneamente que cuando se publicó el artículo periodístico, el demandante no había revelado su condición sexual, cuando lo cierto es que lo había hecho dos años antes.” (F.D.2º).

“(...) el fallo de la sentencia recurrida se basa no solo en que en el artículo en cuestión se desvelara un hecho afectante a la intimidad del demandante, su orientación sexual, pues este no lo había hecho público con anterioridad, sino también en otros pasajes del artículo en los que se desvelaba que el demandante lo había pasado mal con determinado profesor de gimnasia y había sido objeto de burlas por parte de sus compañeros de clase por razón de su orientación sexual, cuestión esta que queda completamente obviada en los argumentos del recurso.

(...) el motivo debe ser desestimado.” (F.D.3º).

“(...) En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción se ha cometido al condenar al recurrente a publicar íntegramente la sentencia, lo que resulta desproporcionado para reparar el daño causado, por lo que la publicación debe ceñirse al encabezamiento y fallo de la sentencia.” (F.D.4º).

“(...) En el presente caso, dado que ha existido no solo una vulneración del derecho a la intimidad del demandante sino también de su derecho al honor, la medida de publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado es una medida procedente para restablecer al demandante el pleno disfrute de su derecho al honor.

(...) La doctrina sobre la extensión que de la sentencia condenatoria debe ser objeto de publicación se encuentra resumida en la sentencia 618/2016, de 10 de octubre, en la que hemos declarado: “Sobre la idoneidad de la publicación de la sentencia a los fines a los que dicha medida aparece preordenada, es doctrina reiterada de esta sala (...) que corresponde a la víctima de la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales la petición de que se proceda a la difusión de la sentencia (...) que el órgano jurisdiccional ante el que se formula la petición debe atender a las circunstancias concretas de cada caso (...) y habrá de valorar si la difusión de la sentencia es ajustada a la proporcionalidad del daño causado.

(...) La atención a las circunstancias concretas de cada caso ha llevado a este Tribunal a afirmar que basta, por lo general, con la publicación del encabezamiento

y del fallo, especialmente si se trata de publicaciones impresas (...) que la publicación íntegra de la sentencia puede ser innecesaria y excesiva (...), una vez satisfechos los daños morales en términos indemnizatorios, se cubre su satisfacción en sede de publicidad con el encabezamiento y parte dispositiva de la sentencia, pues sería desproporcionada por su extensión la íntegra publicación de ella.

(...) En el presente caso (...) las circunstancias concurrentes (reparación de los daños morales mediante la indemnización, publicación en un medio impreso, además de en uno digital, excesiva extensión de la sentencia para ser publicada en un medio impreso, etc.) justifican que no se excepcione la regla general establecida por nuestra jurisprudencia, que es la publicación del encabezamiento y del fallo de la sentencia de primera instancia.

(...) La publicación de la sentencia solo es procedente para reparar la vulneración del derecho al honor. Cuando lo vulnerado es el derecho a la intimidad, no procede dicha publicación, puesto que la misma no supondría una reparación de la vulneración ilegítima de tal derecho fundamental, sino, por el contrario, una agravación de sus consecuencias. Dado que en el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se reproducía un fragmento del artículo periodístico en el que también se hacía mención a la orientación sexual del demandante, en la publicación ha de eliminarse esa parte del fallo de la sentencia.

(...) este motivo del recurso sí debe ser estimado.” (F.D.5º).

“(...) el recurrente argumenta que la indemnización es desproporcionada puesto que la homosexualidad del demandante ya había sido desvelada por él antes de la publicación del artículo periodístico y la indemnización es desproporcionada a la gravedad de la lesión, pues el artículo se publicó cuando el demandante ya era mayor de edad, y la tirada del diario es de ámbito autonómico.” (F.D.6º).

“(...) La sentencia recurrida ha confirmado la indemnización fijada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que aplicó los criterios fijados en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en concreto, la gravedad de la lesión (afectó a un dato tan sensible para la intimidad como la orientación sexual, y tan sensible para el honor como la afirmación de que el demandante fue objeto de burlas en su infancia por parte de compañeros de colegio a causa de esa orientación sexual) y la difusión de la noticia (‘mediante prensa, escrita y digital, lo cual remarca la posibilidad de conocimiento por una generalidad de personas y al público en general. No se trata de un medio privado o particular como una red social, sino que se trata de un medio público’).

(...) Lo anterior, unido a cuantía moderada de la indemnización fijada en la instancia, lleva a que el motivo deba ser desestimado.” (F.D.8º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Abogado que en el escrito de oposición de reclamación de honorarios por parte de quien había sido abogado de su cliente se limita a reproducir circunstancias, indicadas por su defendido y que este ya había manifestado en un escrito de queja ante el Colegio de Abogados, las

cuales contaban con un soporte fáctico, lo que impedía tacharlas de afirmaciones gratuitas. Prevalencia de la libertad de expresión del abogado en ejercicio del derecho de defensa, cuando los hechos probados demuestran la existencia de conexión funcional o instrumental entre sus palabras y el fin de defensa. En el contexto de una oposición a una reclamación de honorarios es lógico que se expongan las razones en las que se justifica la oposición: que el abogado actor no estaba colegiado como ejerciente, que figuraba como demandante de empleo y que había percibido indebidamente prestaciones públicas.

STS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 2020, rec. nº 1589/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a586ee6d1464a40b/20201229>

“El demandante, abogado de profesión, recurre en casación y por infracción procesal la sentencia de segunda instancia que confirmó la desestimación de su demanda, insistiendo en que el demandado hoy recurrido, también abogado, vulneró el derecho fundamental al honor del primero mediante expresiones vertidas por escrito en el curso del proceso que el hoy recurrente promovió contra quien había sido su cliente en reclamación de honorarios insatisfechos.

(...) En el escrito de impugnación de los honorarios reclamados por el Sr. Higinio , el letrado Sr. Jesús hizo, por indicación de su cliente, las siguientes manifestaciones.

(...)’A lo largo de estos años y, a consecuencia de varias actuaciones llevadas a cabo por dicho letrado de las que tuvo conocimiento Don Aquilino , esposo de mi mandante, tales como no presentarse él mismo a los juicios señalados, no realizar de manera personal los escritos necesarios, o dejar incluso que se le pasen los plazos procesales en asuntos de importancia, fue conecedor de que todas estas actuaciones se producían debido a que el letrado Don Higinio no estaba colegiado como ejerciente y por ello, no podía y no debía nunca de haberse personado en nombre de ningún asociado de VKSIERRA ni en nombre de la compareciente, ni de su esposo. Es más, tal y como más tarde pudo conocer Don Aquilino , el citado letrado se ha encontrado durante todos estos años dado de alta como demandante de empleo y además cobrando una prestación por ello.’” (F.D.1º).

“(…) cuando esta sala ha revisado en casación el juicio de ponderación del tribunal sentenciador desde la perspectiva de los límites del derecho de defensa del abogado, ha fijado como doctrina (...) que, aunque no se trate de un derecho ilimitado, el contenido de la libertad de expresión de los letrados ante los tribunales es especialmente resistente e inmune a restricciones en su ejercicio fuera de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa, y que la libertad de expresión del abogado en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica posee una singular cualificación al estar ligada estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa, y debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su régimen, razones por las que ha de ser amparada cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar

la debida tutela en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, y no ha de serlo cuando se utilizan -y menos aún con reiteración expresiones ofensivas desconectadas de la defensa de su cliente.” (F.D.5º).

“(…) los motivos examinados (…) deben ser desestimados por las siguientes razones:

(…) La razón decisoria de la sentencia recurrida para descartar la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor radica en que todas las expresiones que el recurrente considera ofensivas fueron empleadas por el letrado demandado por indicación de su cliente, tomando como referencia lo que la propia cliente manifestó en su día en la queja dirigida a la Comisión Deontológica del ICAM, y con la única finalidad de defender a su cliente de la reclamación de honorarios deducida por el hoy recurrente, esto es, con el fin de poner de manifiesto las razones que amparaban a su cliente para no abonarlos. Este razonamiento enlaza con los argumentos de la sentencia de primera instancia, que también entendió que las manifestaciones del letrado demandado buscaban defender a su cliente, añadiendo además que las concretas imputaciones sobre la falta de colegiación del recurrente como ejerciente, su situación como demandante de empleo o la percepción por el mismo de prestaciones públicas indebidas, lejos de ser gratuitas, resultaban de la documentación aportada a las actuaciones.

(…) Tales razonamientos son conformes con la jurisprudencia antes expuesta, favorable a no revertir en el caso concreto la prevalencia de la que goza en abstracto la libertad de expresión del abogado cuando, como en el presente caso, los hechos probados demuestran la existencia de conexión funcional o instrumental entre sus palabras y el fin de defensa, así como la inexistencia de desproporción en el empleo de las expresiones enjuiciadas. Esto es así porque hay que valorar el contexto en el que se emplearon -un escrito de oposición a la reclamación de honorarios del hoy recurrente en el que, por eso mismo, tenía lógica que se expusieran las razones que la cliente del demandado había esgrimido ya ante el ICAM-, porque se trataba de argumentos que, con independencia de que pudieran determinar o no que prosperase su oposición -lo que debía valorar el órgano judicial que conocía del procedimiento de reclamación de honorarios-, no cabe duda de que contaban con un soporte fáctico que impedía tacharlos de afirmaciones gratuitas y por tanto innecesarias para el fin de defensa (base fáctica que no cabe revisar en casación) y, en fin porque tampoco se está ante un caso como el de la sentencia 381/2020 en el que se haya hecho un uso desproporcionado de expresiones objetivamente ofensivas, ya que el extracto que el hoy recurrente considera ofensivo se limita a un solo párrafo de un escrito alegatorio de seis páginas y ninguna de tales expresiones tuvieron publicidad fuera del proceso.” (F.D.6º) [A.B.B].

Jurisprudencia: Fotomontaje realizado en un cartel publicado en una revista satírica para anunciar un concierto, en el que aparecía la cabeza de un antiguo torero (condenado por conducir bajo los efectos del alcohol) y el cuerpo de un extraterrestre, que sostenía en sus manos un cartel con el texto “antes riojanos que murcianos”, diciendo “Estamos tan a gustito” y viéndose en el fondo un platillo

volante acompañado de la frase: “Viernes de dolores, ... sábados de resaca”. Vulneración del derecho a la imagen: consideración del fotomontaje como una caricatura; inaplicación del art. 8.II b) LO 1/1982, por responder su uso a una finalidad puramente publicitaria de una actividad comercial y no quedar, por tanto, amparado por la libertad de información o de expresión. Vulneración simultánea del derecho al honor: aumento del desvalor de la conducta enjuiciada, pues se hizo escarnio del demandante, en su día figura del toreo, mediante la propia composición fotográfica y unos textos que, integrados en el cartel, centraban la atención del espectador en la adición del demandante a las bebidas alcohólicas, reviviendo así un episodio de su vida por el que ya había cumplido condena, y en definitiva atentando contra su dignidad. Proporcionalidad de la indemnización concedida (40.000 euros): vulneración de dos derechos fundamentales; gravedad de la lesión y amplia difusión del cartel, no solo a través de su ubicación física en zonas concurridas, sino también la página web de la revista, con un público potencial de 300.000 personas, y en redes sociales, como Facebook y Twitter.

STS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 2020, rec. nº 1623/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/45a23f1d943121b7/20201229>

“El presente recurso de casación se interpone en un proceso sobre tutela de los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen que la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, considera vulnerados por haberse publicitado un espectáculo musical mediante carteles con la imagen (en fotomontaje) del demandante, un conocido exmatador de toros, acompañada de expresiones que lo ridiculizaban.

(...) Con la finalidad de publicitar un espectáculo musical que se iba a celebrar por la noche del sábado 12 de noviembre de 2016 en la ciudad de Cartagena (Murcia), la entidad Editorial Mong S.L. (en adelante EM), propietaria de la revista humorística ‘Mongolia’, elaboró y autorizó la difusión de un cartel titulado ‘Mongolia Musical 2.0’ que mostraba un fotomontaje conformado por la cara del exmatador de toros Cayetano y el cuerpo de un extraterrestre sosteniendo entre sus manos un cartel con el texto ‘antes riojanos que murcianos’ y diciendo ‘Estamos tan a gustito...’, todo ello sobre un fondo en el que se veía un platillo volante en un paisaje aparentemente no terráqueo y acompañado de la leyenda ‘Viernes de dolores...sábados de resaca’.

(...) El cartel se difundió ampliamente, tanto en soporte material -varios fueron colocados en las zonas más frecuentadas del centro de Cartagena-, como en soporte digital -mediante su publicación en la página web de la revista (www.revistamongolia.com) y en sus cuentas en las redes sociales ‘Facebook’ y ‘Twitter’-. Por esta campaña EM obtuvo en torno a 1000 euros mensuales de beneficios.

(...) La sentencia de primera instancia, estimando íntegramente la demanda, declaró la vulneración de los derechos del demandante al honor y a la propia imagen.

(...) La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación de la

demandada y condenó en costas a la apelante.” (F.D.1º).

“(…) El motivo primero se funda en infracción de los arts. 20.1 a) de la Constitución y 8.2 b) de la LO 1/1982, ambos en relación con el art. 18 de la Constitución, ‘por inadecuada ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto’.”

(…) En su desarrollo se alega, en síntesis, que la recurrente es una editorial caracterizada por servirse de la sátira y de la caricatura como forma de expresión, y que en este caso, como había hecho anteriormente, usó un ‘cartel informativo’ para promocionar un espectáculo musical sirviéndose de la imagen en caricatura de un personaje público vinculado con la ciudad en la que se iba a celebrar, todo ello no con el ánimo lucrativo que le atribuye la sentencia recurrida sino en ejercicio de su libertad de expresión, en clave humorística, con una legítima finalidad crítica social y/o política respecto de un personaje público que había sido condenado por conducir bajo los efectos del alcohol y que, tras salir de la cárcel, seguía siendo referente para muchas personas que parecían olvidar la gravedad de los hechos por los que fue condenado, sin que ninguna de las expresiones que acompañaron a la caricatura (algunas metafóricas y otras creadas por el propio afectado) tuvieran suficiente entidad lesiva para considerar vulnerado su derecho al honor, al margen de que pudieran ser más o menos afortunadas.” (F.D.2º).

“(…) Sobre los fotomontajes de tono burlesco, ya la sentencia 185/2006 consideró que una caricatura puede consistir en un fotomontaje o composición fotográfica.

(…) Sin embargo, el artículo 8.2.b) de la LO 1/82 condiciona precisamente la legitimidad del género a su adecuación al uso social.” (F.D.3º).

“(…) motivo examinado (...) debe ser desestimado por las siguientes razones:

(...) 1.^a) Aunque la parte recurrente insiste en que la finalidad del fotomontaje era expresar una crítica respecto del demandante, (...) esa supuesta intención crítica no se refleja en el cartel enjuiciado, pues la composición fotográfica en la que se pretendía centrar la atención del público no se integraba en ningún artículo informativo o de opinión sobre el demandante (esto es, dirigido a comunicar hechos veraces de interés general sobre su persona o a expresar valoraciones subjetivas o juicios de valor en torno a su persona o comportamiento) sino que, como declaran las sentencias de las dos instancias, se usó única y exclusivamente para publicitar un espectáculo musical y, por lo tanto, como mero reclamo para vender entradas y buscando el beneficio económico de EM.

(...) conforme al art. 7.6 LO 1/1982, ante la probada utilización de su imagen para un fin publicitario sin haber obtenido previamente su consentimiento para tal fin.

(...) 3.^a) Dadas las características del fotomontaje y los textos que lo acompañaban, la publicación del cartel enjuiciado constituyó además una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, lo que aumenta el desvalor de la conducta enjuiciada, pues se hizo escarnio del demandante, en su día figura del toreo, mediante la propia composición fotográfica y unos textos que, integrados en el

cartel, centraban la atención del espectador en la adicción del demandante a las bebidas alcohólicas, reviviendo así un episodio de su vida por el que ya había cumplido condena, y en definitiva atentando contra su dignidad.” (F.D.3º).

“(…) se (…) cuestiona la cuantía de la indemnización por excesiva.” (F.D.6º).

“(…) el motivo ha de ser desestimado porque (…) si el tribunal sentenciador hizo suya la cuantía fijada por la sentencia de primera instancia fue únicamente tras concluir que en su fijación se habían respetado los parámetros legales, valorándose adecuadamente todas las circunstancias del caso, incluido el contexto en que se llevó a cabo la difusión de los carteles, y la efectiva gravedad de la lesión producida pues, además de ser dos los derechos fundamentales vulnerados, se tomó en especial consideración para valorar la entidad del daño la importante difusión de los carteles, que no solo se distribuyeron físicamente por las calles del centro de la ciudad natal del extorero, en coherencia con su finalidad publicitaria en las zonas más concurridas, sino que también se difundieron ampliamente por Internet, tanto a través de la propia página web de la revista, con un público potencial reconocido por los propios gestores de la misma de unas 300.000 personas, como en redes sociales tan conocidas y de tanta repercusión como Facebook o Twitter.” (F.D.6º) [J.R.V.B].

Jurisprudencia: Protección “post mortem” de la personalidad pretérita: programas televisivos en los que la hija de la fallecida intervino, primero, como invitada y, luego, como colaboradora, y en los que ella misma sugirió que su madre se había inventado haber sufrido malos tratos, cuestionando su salud mental, a raíz de lo cual suscitó comentarios y expresiones de los otros colaboradores, que la otra hija (demandante) consideró injuriosos. La legitimación para la defensa de la memoria de una persona fallecida a determinados familiares es también exige a quien actúa como guardián de la memoria del causante una conducta clara y tajante que no deje lugar a dudas sobre su reacción frente al insulto al recuerdo del difunto: resulta inverosímil que la demandante no tuviera conocimiento de la participación activa de su hermana en una serie de programas de crónica social que se sucedieron en el tiempo y en los que, en un contexto consciente y voluntariamente polémico, se fueron intensificando las críticas a la madre, sin que reaccionara en modo alguno manifestando su oposición a la intervención de su hermana en dichos programas.

STS (Sala 1ª) de 21 de diciembre de 2020, rec. nº 252/2020.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c8bbc2d5c5af105b/20210115>

“El recurso versa sobre la protección post mortem de los derechos de la personalidad y defensa de la memoria de una persona fallecida en un caso en el que las expresiones que se consideran ofensivas fueron realizadas en unos programas de televisión a los que acudió, primero como invitada, y luego colaboradora, una de las hijas de la fallecida. Interpone la demanda otra hija y demanda a los demás colaboradores de los programas (no a su hermana), a los directores, a la productora y a la titular del medio de comunicación. En las dos instancias se ha desestimado su

demanda y vamos a desestimar los recursos por infracción procesal y casación interpuestos por la demandante.” (F.D.1º).

“(…) De acuerdo con la regulación contenida en la Ley Orgánica 1/1982 y su interpretación por el Tribunal Constitucional hay que concluir que los derechos de la personalidad de una persona fallecida no se transmiten a las personas legitimadas para su defensa, que no son las titulares de la dignidad que se protege.

(…) La doctrina del Tribunal Constitucional permite concluir que la dignidad de las personas fallecidas no goza de la misma intensidad que la de las personas vivas.

(…) La demandante, ahora recurrente, discute que se le pueda reprochar a ella, o a la madre fallecida, como actos propios, la intervención de la hermana en los programas de televisión. Pero, tal y como vamos a explicar a continuación, no es eso lo que ha hecho la sentencia recurrida.

(…) La pluralidad de legitimados reconocidos en el art. 4 de la LO 1/1982 explica que pueda haber entre ellos una disparidad de criterios, lo que puede dar lugar incluso a que la acción pueda ejercerse entre sí cuando uno entienda que otro del grupo de legitimados por la ley ha lesionado la memoria de la persona fallecida. La oportunidad de iniciar un proceso puede ser adoptada por cualquiera de los legitimados.

(…) Con todo, si la ley reconoce la legitimación para la defensa de la memoria de una persona fallecida a determinados familiares es también exigible a quien actúa como guardián de la memoria del causante una conducta clara y tajante que no deje lugar a dudas sobre su reacción frente al insulto al recuerdo del difunto.

(…) En el caso, a la vista de todas las circunstancias, resulta inverosímil la explicación de la demandante acerca del conocimiento que tuvo de la participación de la hermana, no en uno, sino hasta en nueve programas en los que se hablaba de su madre.

(…) Por eso, hay que compartir la valoración de la sentencia del juzgado, confirmada por la sentencia de apelación, cuando ponen de relieve la actitud evasiva de la demandada a las preguntas acerca de si sabía si su hermana iba a ir al programa, o su respuesta acerca de que los familiares le comentaban lo que decían los colaboradores, pero no vio ningún programa hasta que se emitieron todos, o lo sorprendente de que no le comentaran que también iba la hermana y que, entonces, no le pidiera que dejara de ir o manifestara de algún modo su disconformidad con lo que se estaba emitiendo.

(…) Resulta igualmente significativo, como advierten las sentencias de instancia, que las dos hermanas hayan presentado bajo la misma dirección letrada sendas demandas relacionadas con los mismos programas, aunque la de la colaboradora de los programas se dirigiera, según dice la recurrente, a la defensa de sus propios derechos al honor e intimidad personal y familiar, mientras que en este procedimiento la demandante invoca los derechos de la madre fallecida y la afeción de la propia demandante, lo que apunta a una estrategia jurídica diseñada de

consumo.

(...) Como bien se ve, estas consideraciones no imputan a la demandante la actuación de la hermana que intervino en los programas de televisión, sino que valoran el comportamiento (y sus omisiones) de la propia demandante.

(...) El recurso, por tanto, ha de ser desestimado porque, en atención a las circunstancias concurrentes, resulta inverosímil que quien actúa en este procedimiento solicitando la tutela judicial de la memoria de la madre fallecida no tuviera conocimiento de la participación activa de su hermana en una serie de programas de crónica social que se sucedieron en el tiempo y en los que, en un contexto consciente y voluntariamente polémico, se fueron intensificando las críticas a la madre, sin que la ahora demandante reaccionara en modo alguno manifestando su oposición. En consecuencia, puesto que la reputación de la persona tras su fallecimiento se transforma en gran medida y se vincula a la memoria por parte de sus allegados, en el presente caso las manifestaciones de los colaboradores de los programas en cuestión quedan amparadas por la libertad de expresión.” (F.D.5º) [A.B.B].

II. DERECHO MERCANTIL

1. DERECHO DE SOCIEDADES

Jurisprudencia: Comunidad de bienes ‘dinámica’ o ‘empresarial’. Aplicación régimen sociedades colectivas. Responsabilidad solidaria de los comuneros-socios por las deudas sociales y aplicación del art. 127 Cdc.

STS (Sala 1ª) de 10 de diciembre de 2020, rec. nº 1704/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/546b739fd0ff594e/20201218>

“(…) Una vez delimitadas las figuras de la comunidad de bienes (que responde a un concepto estático) y las sociedades (que responden a un concepto dinámico), es preciso en cuanto a estas últimas, dado su distinto régimen legal, diferenciar entre las sociedades civiles (arts. 1655 CC) y las sociedades mercantiles (arts. 116 Ccom). Distinción que ha abordado también de forma reiterada la jurisprudencia de esta sala, destacando como elemento determinante de la distinción, para calificar la naturaleza de la sociedad, la nota de la ‘mercantilidad’ de la actividad que integra el objeto social, cuando no se cumplen las formalidades legales exigibles para su constitución, y ello con independencia de la denominación de ‘sociedad civil’ que se pueda consignar en el pacto constitutivo, denominación que *per se* no altera aquella naturaleza (sentencias de 3 de abril de 1991, 30 de mayo de 1992, y 21 de junio de 1998).

5.- En este sentido, la jurisprudencia mantiene la tesis que distingue las sociedades civiles de las mercantiles (que no sean de capital, a las que son aplicables el principio

de mercantilidad por la forma *ex art. 2 LSC*) atendiendo al criterio de la materia, el objeto social, o su finalidad, de manera que serán mercantiles las sociedades constituidas para la realización de actos de comercio ('ejercicio del comercio'), y civiles cuando no concurra tal circunstancia. Por ello, no cabe considerar civil a la sociedad cuando su dedicación es una actividad comercial (sentencia 1177/2006, de 20 de noviembre).

La sentencia 919/2002, de 11 octubre, afirma que 'en cuanto a la existencia de la sociedad mercantil irregular es de tener en cuenta la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de 8 de julio de 1993, que cita las de 3 de abril, 11 de junio y 6 de noviembre de 1991 según la cual 'desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de la sociedad de naturaleza mercantil, dada la naturaleza de las operaciones que la sociedad había de desarrollar, con lo que se viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad' [...]' . Y aclara que el carácter irregular de la sociedad, por la falta de la inscripción en el Registro Mercantil (art. 39 LSC) 'no desnaturaliza tal carácter mercantil en las relaciones mediante entre los socios ... siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las de las colectivas [...]' .

(...) 7. Mas recientemente, la sentencia del Pleno de la sala 469/2020, de 16 de septiembre, identificó las notas caracterizadoras de las denominadas comunidades 'funcionales' o 'empresariales', que trascienden la mera copropiedad, actuando unificadamente en el tráfico, asimilando sus características a las propias de las de las sociedades irregulares de tipo colectivo;

'se trata de una comunidad de bienes -de las también denominadas doctrinalmente como 'dinámicas' o 'empresariales'- que presenta las siguientes notas: (i) origen convencional, formalizada en escritura pública; (ii) vinculada funcionalmente a la actividad empresarial de explotación de [...]); (iii) que presenta características propias de las sociedades irregulares [de tipo colectivo]; (iv) dotada de una organización estable, a través de un órgano de administración regulado en sus estatutos (con atribución de amplias facultades de gestión y representación) y financiero-contable (igualmente regulada en sus estatutos); (v) que actúa en el tráfico como centro de imputación de determinados derechos y obligaciones, entre ellos los de naturaleza tributaria, como sujeto autónomo u obligado tributario (art. 35.2 de la Ley General Tributaria); (vi) además, ostenta legalmente la condición de empresario a efectos laborales art. 1 del Estatuto de los Trabajadores); (vii) y por ello tiene legalmente reconocido algunos de los efectos propios de la personalidad jurídica; (viii) y entre estos efectos debe incluirse el del reconocimiento de su legitimación y capacidad procesal cuando la acción que ejercite (art. 6.1. LEC) o frente a la que se defienda (art. 6.2 LEC) esté vinculada a alguno de los derechos u obligaciones cuya titularidad ostente, como sucede en este caso'.

8.- Una vez reconducido el régimen jurídico aplicable en estos casos al propio de

las sociedades colectivas, como modalidad de sociedad mercantil personalista, resultan de aplicación las previsiones del art. 127 Ccom, conforme al cual ‘todos los socios que formen la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla’.

9.- Esto es lo que sucede en el caso de la litis, cuyo objeto es una reclamación de cantidad por los géneros suministrados por el actor a la entidad DIRECCION000, C.B., precio que se reclama a uno de los comuneros/ socios bajo la tesis de que el demandado es socio de una sociedad mercantil irregular, por tener esta naturaleza aquella comunidad y, por tanto, responsable solidario de esa deuda.

Ya vimos que el título constitutivo de la citada entidad incurre en confusión al utilizar indistintamente las expresiones de ‘comunidad de bienes’ y de ‘sociedad civil’. También vimos que entre las actividades de dicha comunidad, además de la agricultura, de naturaleza civil, figuran otras claramente mercantiles como ‘la venta en general de productos alimenticios’.

Además, en la cláusula IV, relativa a la duración de la ‘comunidad’ se pacta por tiempo indefinido ‘y siempre que la explotación de la referida empresa resulte rentable a juicio de los socios’; en la cláusula VI se concretan las aportaciones al ‘capital’ de la entidad por un total de quince millones de pesetas; en la cláusula VII, relativa a los ‘derechos y obligaciones’ de los partícipes se pacta que estos ‘percibirán en igual proporción las ganancias y, en su caso, las pérdidas’. Finalmente, en la cláusula IX, relativa a la ‘responsabilidad de los comuneros’ se acuerda que ‘todas las obligaciones legales, laborales, fiscales y administrativas competen en igual grado de responsabilidad de los comuneros’. Y el propio contrato de suministro (de una cantidad de cereales por el importe adeudado) pone de manifiesto el ejercicio de esa actividad empresarial de forma efectiva.

10.- Proyectando la jurisprudencia antes reseñada sobre este caso, no cabe calificar a la entidad ‘DIRECCION000 , C.B.’ de comunidad de bienes estática, porque no se destina a la mera administración de unos bienes, con finalidad de aprovechamiento y conservación, sino a la explotación económica de un negocio de transformación y venta de todo tipo de productos alimenticios (sentencias 93/2016, de 19 de febrero). Resulta asimilable, por tal motivo, a las sociedades irregulares de tipo colectivo (sentencia 469/2020, de 16 de septiembre) a los efectos de la aplicación del régimen de responsabilidad por las deudas sociales del art. 127 Ccom.

11.- En consecuencia, no se puede negar la legitimación pasiva del demandado, como socio de dicha entidad, pues no estamos en el caso de una comunidad de bienes sometida, también en las relaciones externas frente a terceros, al régimen del condominio de los arts. 392 y ss. CC, en las que esta sala ha mantenido la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario que obliga a demandar a todos los comuneros cuando la demanda afecte o se dirija contra la comunidad (sentencias de 28 de julio de 1999 y 336/2005, de 13 de mayo), en defecto de lo cual se produciría la

consecuencia prevista en el art. 420.3 LEC, con anulación y retroacción de las actuaciones a la audiencia previa; sino que nos encontramos ante una relación jurídica asimilable a la de una sociedad irregular de tipo colectivo, en la que es predicable el régimen de responsabilidad solidaria propio de este tipo social. (F.D. 3º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: Derecho de separación de socios de una sociedad limitada por falta de distribución de dividendos. Temporaneidad del ejercicio del derecho. Contenido de la oposición a la decisión de la junta general.

STS (Sala 1ª) de 10 de diciembre de 2020, rec. nº 1862/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dd6684bd41357ac8/20201218>

‘(...) En consecuencia, el precepto ya regía cuando se celebró la junta general a la que se refiere el litigio (15 de octubre de 2011). La Ley 25/2011 no contenía ninguna previsión de aplicación transitoria del art. 348 bis LSC, por lo que la Audiencia Provincial aplicó lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, según la cual se rigen por la legislación nueva los derechos reconocidos por primera vez en ella.

Interpretación que debe considerarse correcta, en cuanto que, a falta de normativa específica, aplica escrupulosamente las disposiciones del Código Civil, que son de aplicación supletoria a las situaciones de transitoriedad no reguladas expresamente. Como declaró la sentencia 280/1991, de 16 de abril:

‘Carente nuestro ordenamiento jurídico de unas normas de Derecho intertemporal que tengan carácter genérico, se admite, pacíficamente, que, a falta de reglas específicas estatuidas por cada dispositivo legal concreto, y siempre dentro del marco constitucional que señalan los límites acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes, son las normas de derecho transitorio del Código Civil las que cumplen tal función y a ellas debe acudir cuando de resolver una cuestión como la presente se trata’.

En el mismo orden de ideas, la sentencia 587/2013, de 15 de octubre, respecto del ejercicio de un derecho de separación por transformación de la sociedad, al amparo de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, también consideró aplicable la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, a falta de regulación intertemporal propia en la nueva Ley, al declarar:

‘[n]ada impide que en este espacio intertemporal, a la luz de la Disposición Transitoria 1a del CC se reconozca un derecho nuevo (el de separación), vigente la nueva Ley (Ley 3/2009), sobre hechos anteriores (la tenencia de acciones), que no perjudican otros derechos adquiridos’.

3.- Además, en cuanto que puede resultar esclarecedor para confirmar la corrección

de esta interpretación, ha de tenerse presente que la Disposición Transitoria 1.II de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, de la que proviene la redacción actual del art. 348 bis LSC, estableció expresamente que lo previsto en dicho precepto sería ‘de aplicación a las juntas generales que se celebren a partir del mismo día de su entrada en vigor’.

4.- En consecuencia, y puesto que no ha habido aplicación retroactiva alguna del precepto al que se refiere el motivo, éste debe ser desestimado.

... El precepto transcrito concedía a los socios el derecho de separación cuando la junta general acordara que el resultado, pese a concurrir los requisitos legales para ello, no se aplicara, por lo menos en un tercio, a la distribución de dividendos; pero no exigía, pese a su aparente literalidad, que debiera haber existido un voto expreso favorable a dicha distribución por parte del socio que pretendiera ejercer su derecho de separación. Entre otras cosas, porque quien redacta el orden del día de las juntas de socios, con carácter general, es el órgano de administración, que puede no incluir una mención específica a la distribución de dividendos y hacer solo una mención genérica a la aplicación del resultado. Como ocurrió en este caso.

La *ratio* del precepto es que el socio minoritario tenga una vía de reacción ante la falta reiterada de distribución de dividendos mediante acuerdos sistemáticos de la junta general de aplicar los beneficios repartibles a reservas. Es decir, es un instrumento del minoritario frente a lo que la sentencia 873/2011, de 7 de diciembre, llamó gráficamente ‘el imperio despótico de la mayoría’. Y para el ejercicio del derecho, la Ley establece unos requisitos, entre los cuales se encuentra que el socio discrepante vote en contra de los designios de la mayoría. Por lo tanto, pese a la literalidad del precepto, no se trata tanto de que vote a favor de que se distribuyan los dividendos (posibilidad que puede que no contemple como tal el orden del día), como de que vote en contra de que el resultado se aplique a otros fines diferentes a la distribución de dividendos. . (F.D. 4º y 5º) [P.G.P.]

Jurisprudencia: Acción de responsabilidad individual de los administradores. Naturaleza jurídica y presupuestos de la acción. Inexistencia de error patente en la valoración de la prueba.

STS (Sala 1ª) de 10 de diciembre de 2020, rec. nº 2877/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/803ab8c84ed555b8/20201218>

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

En principio, del daño causado a terceros responde la sociedad, sin perjuicio de que

ésta pueda repetir contra sus administradores una vez reparado, mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad (arts. 238 a 240 LSC).

Pero el art. 241 LSC también reconoce a los socios y a los terceros una acción individual contra los administradores, cuando la conducta de estos en el ejercicio de su función les hubiera ocasionado un daño directo. Conforme a la jurisprudencia de esta Sala Primera los presupuestos de esta acción son los siguientes: (i) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; (ii) que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; (iii) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; (iv) que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; (v) que el daño que se infiere sea directo al tercero, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y (vi) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero.

(...) Ahora bien, con carácter general, hemos declarado de forma reiterada (por todas, sentencia 274/2017, de 5 de mayo) que no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad o por cualquier deuda social, aunque tenga otro origen, que resulte impagada. Lo contrario supondría violentar los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídica de las mismas, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, u olvidar el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, como proclama el art. 1257 CC.

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

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

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

En definitiva, como ha sostenido la doctrina y afirmamos en la sentencia 417/2006, de 28 de abril, el art. 241 LSC no convierte a los administradores en garantes de la sociedad.

5.- Como afirmamos en las sentencias 242/2014, de 23 de mayo y 131/2016, de 3 de marzo, la acción individual de responsabilidad de los administradores por actos llevados a cabo en el ejercicio de su actividad orgánica plantea especiales dificultades para delimitar los comportamientos de los que deba responder directamente frente a terceros, a fin de distinguir entre el ámbito de responsabilidad que incumbe a la sociedad, con quien contrata el tercero perjudicado, y la responsabilidad de los administradores que actúan en su nombre y representación.

6.- De otro modo, si los tribunales no afinan en esta exigencia, como advertimos en la sentencia 253/2016, de 18 de abril, corremos el riesgo de atribuir a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales en caso de insolvencia de la compañía, cuando no es ésta la *mens legis*. La ley, cuando ha querido imputar a los administradores la responsabilidad solidaria por el impago de las deudas sociales en caso de incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad, ha restringido esta responsabilidad a los créditos posteriores a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC). Si fuera de estos casos, se pretende reclamar del administrador la responsabilidad por el impago de sus créditos frente a la sociedad, debe hacerse un esfuerzo argumentativo por mostrar la incidencia directa del incumplimiento de un deber legal cualificado en la falta de cobro de aquellos créditos.

De ahí que resulte tan importante, en un supuesto como éste, que se identifique bien la conducta del administrador a la que se imputa el daño ocasionado al acreedor (acto, acuerdo o mera omisión), que esta conducta pueda ser calificada como infractora de un ‘deber cualificado’ del administrador, y que aquel daño sea directo, no indirecto como consecuencia de la insolvencia de la sociedad (sentencia 253/2016, de 18 de abril).

(...) En el caso de la litis no hay duda de que el daño causado a BBVA por el doble pago del mismo crédito a favor de Alaska, que generó a su favor un enriquecimiento injusto correlativo al empobrecimiento de la demandante, es un daño directo a ésta, y no indirecto o reflejo como consecuencia del causado en el patrimonio de Alaska. Ésta ha experimentado un enriquecimiento injusto y no un daño patrimonial. Es igualmente pacífica la conclusión sobre la existencia de una relación de causalidad directa entre el doble pago y el daño patrimonial sufrido por BBVA, y así se ha declarado al estimarse la acción por enriquecimiento injusto.

2.- No ofrece duda tampoco la antijuridicidad de la propia situación del

enriquecimiento injusto. Como declaramos en nuestra sentencia 387/2015, de 29 de junio, la razón jurídica del principio de proscripción del enriquecimiento injusto, el fundamento de que sea fuente de obligaciones (de restitución o resarcimiento), es la ‘atribución patrimonial sin causa’: el que se ha enriquecido, lo ha hecho sin causa y, por ello, debe restituir al empobrecido aquello en que se enriqueció. Precisamente este fundamento justifica que los cuasicontratos (gestión de negocios y pago de lo indebido) sean considerados como una expresión del principio del enriquecimiento injusto. Manifestación de esta regla en el ámbito del Derecho positivo es el art. 1895 CC, conforme al cual ‘cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla’.

De esta forma, su función de cláusula general de cierre parece clara, pues si, pese a que el Derecho de obligaciones aparece estructurado de tal modo en orden a impedir que no tenga lugar un desplazamiento o enriquecimiento injusto, no obstante, éste se produce, entonces el alcance sistemático y complementario del principio permite que la prohibición del enriquecimiento injusto se convierta en regla sancionadora de la atribución realizada determinando la correspondiente restitución sentencias de 21 de octubre de 2005 y 467/2012, de 19 de julio).

3.- Lo que la Audiencia niega es que el hecho causal del daño responda a una conducta propia del administrador que resulte distinguible conceptualmente de la que pueda atribuirse a la sociedad representada, y que haya sido realizada con infracción de los deberes legales, estatutarios o de diligencia exigibles. Conclusión que no podemos confirmar.

Como sostiene la recurrente, la pasividad del administrador, al omitir adoptar las medidas necesarias para restituir el cobro de lo indebido por parte de la sociedad, supone un incumplimiento de su obligación de desempeñar su cargo con diligencia, que se agravó al disponer o permitir que otros dispusieran de los fondos recibidos. No es preciso para sostener esto, alterar la base fáctica del proceso y dar por probado que el beneficiario de los fondos fue el propio administrador. Sin necesidad de afirmar tal cosa, que la Audiencia no estima como hecho probado, lo relevante no es que los fondos se desviasen del propio patrimonio social (que de hecho es donde se residencia el enriquecimiento sin causa), sino que a consecuencia de este enriquecimiento, derivado de un doble pago de un mismo crédito, el administrador, a tenor de las particulares circunstancias concurrentes, incumplió su deber de diligencia, con arreglo al estándar exigible a un ordenado empresario (art. 225 LSC).

4.- Es cierto que de la prueba practicada resulta que el Sr. Eusebio fue ajeno al hecho determinante del origen del segundo pago que ocasionó el enriquecimiento injusto. Hecho cuyo origen se sitúa en el error cometido por empleados del banco demandante (BBVA) al proceder al pago, a través de distintas transferencias (como banco emisor del crédito documentario) a favor de la productora Alaska (como beneficiaria de dicho crédito), de las cantidades correspondientes a las facturas emitidas por ésta en el marco del contrato de producción que tenía con la Televisión

Valenciana, en un momento en que Bankia ya había anticipado el abono de tales cantidades, de acuerdo con lo previamente pactado con BBVA. En la demanda se sostuvo que el Sr. Eusebio demandó expresamente en la oficina del BBVA el abono en la cuenta de la sociedad; pero este hecho no se declaró probado en la instancia, de la que resulta que fue la esposa de dicho administrador y encargada del departamento financiero de Alaska la que propició el error en el personal de la oficina bancaria, motivada por sus prisas.

No es ésta, pues, una conducta a la que se pueda anudar directamente la responsabilidad del administrador, pues no es una conducta propia, ni hay constancia de que la actuación de su esposa respondiese a un mandato o instrucción de aquél. Pero, en el contexto de este enjuiciamiento, esa actuación de la directora del departamento financiero de la sociedad no puede ser ignorada como factor coadyuvante de la conclusión a que conduce la que se analiza a continuación, máxime al tener en cuenta que esa directora era la esposa del Sr. Eusebio .

5.- En efecto, distinta es la consideración que debe merecer la actuación del Sr. Eusebio posterior al requerimiento notarial que le dirigió BBVA, junto con Alaska. De ese requerimiento, que ha quedado transcrito *supra*, resulta que el administrador demandado conoció la existencia de la situación de doble pago, y del carácter indebido del mismo. Previamente, ya tuvo conocimiento de esa misma situación a través de la comunicación que, a instancias de BBVA, le realizó Bankia para cancelar el crédito que anticipadamente esta entidad le había efectuado. Consta ya una primera negativa a dicha cancelación que, a la vista del resultado de proceso en cuanto a la acción de enriquecimiento injusto, fue injustificada. La nueva negativa a efectuar la restitución de las cantidades abonadas indebidamente (por error) no han podido justificarse ni en la existencia de alguna relación jurídica habilitadora de tales pagos, ni en una imposibilidad de afrontar el reembolso con cargo de los fondos de la sociedad.

6.- Es indudable que al no realizarse el reembolso se ha producido un incumplimiento de una obligación extracontractual de restitución del enriquecimiento injusto (art. 1895 CC y sentencia 352/2020, de 24 de junio). Este incumplimiento es imputable no sólo al titular de la obligación (la entidad Alaska). En las circunstancias de la litis, también es imputable a la referida conducta del administrador, pues no estamos en el caso de un mero incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales de la sociedad administrada, sino ante un incumplimiento vinculado a una conducta del administrador (al obviar un requerimiento claro de restitución de un pago indebido que imponía, cuando menos, una revisión de su realidad y justificación), que se traduce en una infracción nítida del deber general de diligencia que le impone la ley, pues sin causa justificada (ni de carácter jurídico, ni de imposibilidad fáctica) se niega reiteradamente a efectuar el reembolso de las cantidades cobradas indebidamente por la sociedad que administra. Y esta situación se mantiene durante un plazo de tiempo dilatado, más allá del que se pueda considerarse razonable para realizar las averiguaciones de las circunstancias concretas que permitieran, a un administrador diligente, recabar la información precisa para constatar el hecho del cobro indebido.

La antijuridicidad de esta conducta no se ve paliada (al modo de una improcedente compensación de culpas), por el hecho de que el origen del enriquecimiento injusto se sitúe en un pago indebido, realizado por error, por empleados de la propia entidad perjudicada (que, además, pudo haber sido propiciado por la directora financiera de la sociedad). En el marco negocial al que estaban vinculadas las partes (como emisor y beneficiario, respectivamente, del crédito documentario), tal conducta es contraria a las exigencias de buena fe (arts. 7.1 y 1897 CC), exigencias que se proyectan también sobre el comportamiento de quien ostenta la representación orgánica de la sociedad que obtuvo aquel lucro indebido. El principio de la buena fe no sólo constituye un límite al ejercicio de los derechos, sino que también es fuente de deberes de conducta, cuya infracción es un ilícito y, como tal, fuente de responsabilidad (arts. 1.101 y 1.902 CC).

7.- Como hemos dicho más arriba, la responsabilidad de los administradores de que trata el art. 241 LSC no es una responsabilidad objetiva, ni aquellos se convierten por méritos de ese precepto en garantes de la sociedad. Pero en el presente caso ha quedado acreditada una conducta específica y propia del administrador que ha ocasionado un daño directo al patrimonio de la demandante, y cuya antijuridicidad deriva del hecho de constituir una contravención a una obligación legal, la del deber de diligencia del art. 225 LSC, que, en consecuencia, permite apreciar en el caso la concurrencia de todos los presupuestos legales para exigir la responsabilidad directa del administrador, conforme al art. 241 LSC, según los ha interpretado la jurisprudencia de esta sala. (F.D. 5 y 6º) [P.G.P.]

Negativa a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos de la Junta General de una sociedad.

Resolución de la DGSJFP de 19 de noviembre de 2020 (BOE núm. 319, de 7 de diciembre de 2020, pp. 111826-111835)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-15775

“(…) El registrador rechaza la inscripción de la escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad el 2 de junio de 2020 porque, aunque considera admisibles las cláusulas de estatutos de sociedades de responsabilidad limitada que permitan la emisión del voto a distancia anticipado en las juntas generales de socios, o la adopción de acuerdos por parte de los socios «por escrito y sin sesión» (sin necesidad de reunirse formalmente en junta) siempre y cuando todos los socios manifiesten su conformidad para la adopción de los acuerdos sin necesidad de sesión y se cumplan determinadas condiciones (como se admite expresamente para las sociedades anónimas en la Ley de Sociedades de Capital), entiende también que, a falta de previsión estatutaria, esa posibilidad de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión se admite únicamente para los órganos de administración pero no para la junta general, según resulta de los apartados 1 y 2 del artículo 40 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social

del COVID-19.

(...) Ya con esta redacción inicial de tales normas cabía dudar si esa posibilidad de adoptar acuerdos sociales mediante votación por escrito y sin sesión prevista literalmente para «los órganos de gobierno y de administración» de las personas jurídicas que se citan era o no aplicable a los acuerdos de las juntas generales de las sociedades de capital. Y la conclusión que debe considerarse más ajustada a la interpretación literal y sistemática de tales normas es que esa forma excepcional de adopción de acuerdos sociales queda circunscrita a los acuerdos del órgano de administración, sin que pueda aplicarse a la junta general de socios; conclusión que fue confirmada posteriormente –pocos días después– mediante la modificación legislativa de que fue objeto dicho régimen (por la disposición final 1.13 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo).

Es cierto que el epígrafe del artículo 41 del Real Decreto-ley 8/2020 se refiere a los «órganos de gobierno» de las sociedades anónimas cotizadas y el contenido de este precepto legal comprende tanto normas relativas al órgano de administración como a la junta general (...).

Lo que resulta determinante es que, además, la conclusión que resulta de esta interpretación literal, lógica y sistemática del referido artículo 40 en su redacción originaria ha sido confirmada por el legislador cuando, mediante la modificación operada en el mismo por la disposición final 1.13 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, se incluye un segundo párrafo en el apartado 1 de aquel precepto para permitir expresamente que las juntas generales de socios puedan celebrarse por vídeo o por conferencia telefónica múltiple –«Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma, las juntas o asambleas de asociados o de socios podrán celebrarse por vídeo o por conferencia telefónica múltiple (...)»–; (...).

3. El segundo defecto expresado en la calificación recurrida consiste en que no pueden entenderse adoptados los acuerdos en junta general universal «aun cuando comparecieron en la notaría dos de los socios que, a mayor abundamiento, manifiestan, según afirma el Notario y reflejan en su escrito, que la situación motivada por la COVID no condiciona que los acuerdos se realicen por escrito y sin sesión durante el estado de alarma, y consideran que la Junta es nula (artículos 159, 164, 165 y 178 Ley Sociedades de Capital)».

Establece el artículo 178.1 de la Ley de Sociedades de Capital que: «La junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión».

En consonancia con este precepto, este Centro Directivo viene declarando de forma reiterada (cfr. Resoluciones de 27 de octubre de 2012, 24 de abril y 28 de octubre de 2013 y 12 de diciembre de 2016, entre otras) que «la singularidad de la denominada Junta Universal respecto de la que no tiene dicho carácter consiste en

el mantenimiento de la validez de su constitución y de los acuerdos en ella adoptados, aunque no se hubieran cumplido los requisitos de convocatoria previstos en la ley y en los estatutos, siempre que estén presentes o representados todos los socios y acuerden por unanimidad la celebración de la reunión (artículo 178.1 de la Ley de Sociedades de Capital) (...).

En los supuestos en que sea admitida por vía estatutaria la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión con valor de acuerdos adoptados de junta general no habría inconveniente en que se adoptaran de ese modo manteniendo la validez de tales acuerdos, aunque no se hubieran cumplido los requisitos de convocatoria previstos en la ley y en los estatutos, siempre que -también por la misma vía escrita o, en su caso, suplida esta por la presencia del socio de que se trate- todos los socios acuerden por unanimidad la adopción de tales acuerdos por escrito y sin reunión así como con aceptación unánime del orden del día. Lo que ocurre es que en el presente caso (y aunque por hipótesis hubiera existido dicha habilitación estatutaria) lo cierto es que existe una inequívoca oposición por parte de dos de los tres socios -expresada en el acta notarial- a que se adoptaran los acuerdos por esa vía. Por ello, el defecto debe ser confirmado.

4. También debe ser confirmado el tercer defecto, pues el acta que se acompaña a la escritura calificada no puede considerarse como un acta notarial de junta general de socios.

(...) En el presente caso el propio recurrente reconoce que el acta presentada a calificación no es un acta de junta general en el sentido contemplado en los artículos 101 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil, sino un «acta de requerimiento mediante la cual se comunica a los socios la convocatoria de Junta General y se les envía la documentación que va a ser objeto de la Junta, se acredita la recepción de la convocatoria y documentación anexa, se recogen las intervenciones de todos los socios de la sociedad ejercitando su derecho de voto respecto de los diferentes puntos del orden del día, (uno de ellos mediante burofax y los otros dos mediante comparecencia en la misma acta y ante Notario), poniéndose de manifiesto el quórum de adopción de acuerdos que, posteriormente, va a servir de base al administrador de la sociedad para el otorgamiento de la escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de la repetida Junta» (...).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.”
[M.V.S.]

Negativa a reservar una denominación social.

Resolución de la DGSJFP de 19 de noviembre de 2020 (BOE núm. 319, de 7 de diciembre de 2020, pp. 111846-111849)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-15777

“1. Solicitada del Registro Mercantil Central por el ahora recurrente certificación

negativa respecto de la denominación social «Hit Healthy Indoors Technologies, Sociedad Limitada», recibió certificación positiva por considerar el registrador que, conforme al artículo 398.2 del Reglamento del Registro Mercantil, las siglas o denominaciones abreviadas («HIT», en el presente caso) no podrán formar parte de dicha denominación social.

(...) Como tiene ya declarado esta Dirección General, 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.a) de la Ley de Sociedades de Capital–, que se erigen en centro de imputación de derechos y obligaciones (...). 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, ya resulte la coincidencia por la constancia previa del nombre social de ésta en la Sección de denominaciones del Registro Mercantil Central, ya por constarle al notario o al registrador mercantil por notoriedad (...).

(...) Pero la interpretación de esta prohibición debe tener en cuenta que el fin último de las disposiciones reglamentarias sobre denominación social es identificar con un cierto margen de seguridad al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas; y a esta finalidad responde una de las funciones básicas del Registro Mercantil Central. Por ello, dicha prohibición debe ser objeto de interpretación restrictiva cuando el término o la partícula cuestionados no sólo pueden ser resultantes de la suma de siglas del resto de la denominación sino que tienen –en sí mismos o en combinación con los restantes componentes de esa denominación– una significación propia; y eso es lo que ocurre en el presente caso con el término «Hit» (...) unido al resto de las palabras escritas en inglés que conforman la denominación (con significado de «tecnologías saludables para interiores»).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso.” [M.V.S.]

Negativa a inscribir determinadas cláusulas de los estatutos sociales de una entidad.

Resolución de la DGSJFP de 23 de noviembre de 2020 (BOE núm. 322, de 10 de diciembre de 2020, pp. 112983-112994)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-15916

“1. Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se modifican los estatutos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada para disponer que, notificado el embargo de las participaciones sociales a la sociedad por el Juez o Autoridad administrativa que lo haya decretado, la sociedad, a través del órgano de administración, podrá adquirir una parte o la totalidad de las participaciones embargadas, debiendo ejercitar el derecho en un plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación a la sociedad del procedimiento de embargo; y si la sociedad no ejercita este derecho, todos los socios podrán adquirir las

participaciones embargadas, en el plazo máximo de veinte días. Además, se dispone que, en todos los casos anteriores, «el precio de la transmisión se corresponderá con el valor razonable de las participaciones, entendiéndose por valor razonable el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta; aceptando el pago de las mismas, de manera aplazada en un periodo máximo de cinco años». Se añade también que «En caso de que ni la Sociedad ni ninguno de los socios ejercitasen su derecho de adquisición preferente, se estará a lo dispuesto en el pacto de socios en materia de exclusión de socios. De no seguirse el procedimiento de exclusión indicado, el órgano de administración podrá en conocimiento de la autoridad judicial o administrativa esta circunstancia, a fin de que proceda a la adjudicación de las participaciones en los términos legalmente previstos».

La registradora resuelve no practicar la inscripción de dichas disposiciones porque –a su juicio– permiten que, antes de la fase de apremio, pueda ser modificado el objeto de embargo al sustituir, totalmente o en parte, las participaciones sociales embargadas por su valor contable, aun cuando dicho importe sea inferior a lo reclamado por el actor en el procedimiento de ejecución y cuyo pago podrá ser aplazado, con la consecuencia de imponer al juez el alzamiento de la traba respecto de las participaciones adquiridas (...).

El recurrente, en esencia, alega: a) Que se trata de una sociedad de carácter familiar y la modificación estatutaria se ha aprobado en junta general universal por unanimidad, con la finalidad de protegerla frente a la entrada de terceros, pero sin perjudicar los intereses de los acreedores, pues agiliza la satisfacción de sus derechos sin que tengan que hacer frente a más gastos derivados del procedimiento judicial, no siendo contrario a la legislación vigente que la deuda se satisfaga en parte y no totalmente; y b) Que el procedimiento de transmisión se ajusta a lo dispuesto en los artículos 175.2.b) y 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, 109 de la Ley de Sociedades de Capital y 635 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues estos dos últimos preceptos legales no son imperativos, como resulta del artículo 28 de la propia Ley de Sociedades de Capital y del citado precepto de la Ley procesal, que permite expresamente la existencia de cláusulas estatutarias, e incluso pactos de socios, que restrinjan la transmisibilidad de las participaciones en casos de embargo, pudiendo fijar la propia sociedad la valoración económica de las mismas y el procedimiento a seguir.

(...) Debe tenerse en cuenta que, respecto del régimen de transmisión de participaciones sociales en caso de procedimiento administrativo o judicial de embargo, el artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital establece la suspensión del remate y de la adjudicación de las participaciones sociales embargadas y el derecho de los socios y, en su defecto –sólo si los estatutos le atribuyen en su favor el derecho de adquisición preferente–, de la sociedad, a subrogarse en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados. Pero este régimen legal no impide que, (...), puedan prevenirse en los estatutos sociales sistemas alternativos que, en caso de un procedimiento de embargo –en una fase

anterior a la suspensión del remate o adjudicación a que se refiere el citado artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital— atribuye a la sociedad y a los socios el derecho de adquirir tales participaciones por su valor razonable, incluso, y aunque en el presente supuesto no ocurra así, con la previsión añadida de que, en defecto de ejercicio de tal derecho de adquisición, pueda la junta general adoptar el acuerdo de excluir al socio afectado por el inicio de ese procedimiento de embargo de las participaciones, con la consiguiente amortización de las participaciones del socio afectado por la exclusión.

(...) Aunque es cierto que las normas procesales no tienen, en principio, carácter dispositivo y que no pueden alterarse por vía convencional los trámites del procedimiento de apremio, es también cierto que no puede afirmarse la ejecutabilidad incondicionada de la participación con menoscabo de su contenido jurídico específico (...).

La previsión estatutaria como la debatida en el presente caso, que establece el derecho de la sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el abono del valor de las participaciones, contribuye a definir el contenido jurídico de la posición social representada por aquéllas, y no resulta incompatible con las normas procedimentales (...).

3. Admitido en la forma expuesta el juego del derecho de adquisición preferente para el caso de embargo de las participaciones sociales, deben analizarse ahora los reparos que opone la registradora por el hecho de que la cláusula estatutaria debatida permita que, en ejercicio de aquel derecho, puedan ser adquiridas sólo parte de las participaciones sociales y que su valor razonable sea pagado de forma aplazada (...).

4. Por último, debe también confirmarse la calificación registral en cuanto rechaza la disposición según la cual, en el caso de que no se ejercite el derecho de adquisición preferente por la sociedad o por ninguno de los socios, «se estará a lo dispuesto en el pacto de socios en materia de exclusión». Es indudable que únicamente cabe excluir al socio por las causas legal tasadas o por las establecidas expresamente en los estatutos (cfr. artículos 350 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso (...).”
[M.V.S.]

Negativa a practicar la inscripción de una escritura de apoderamiento.

Resolución de la DGSJFP de 26 de noviembre de 2020 (BOE núm. 322, de 10 de diciembre de 2020, pp. 112995-112998)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-15917

“(...) Este expediente se centra en la posibilidad de subsanar, al amparo del artículo 153 del Reglamento Notarial, una omisión padecida en una certificación de

acuerdos del consejo de administración de una compañía mercantil, mediante una diligencia suscrita por el propio notario.

En concreto, el único asunto planteado se refiere al mutismo de la certificación que mediante la escritura se eleva a público sobre la identidad de los miembros concurrentes a la sesión en que se adoptó el correspondiente acuerdo, limitándose a señalar que «concurrieron la totalidad de los miembros del Consejo de Administración, de acuerdo con la Lista de Asistentes que figura al comienzo de la propia Acta».

2. El artículo 97 del Reglamento del Registro Mercantil, destinado a regular los requisitos de las actas de órganos colegiados de las sociedades mercantiles, dispone en el segundo párrafo de la regla 4.^a de su apartado 1 que «[e]n caso de órganos colegiados de administración, se expresará el nombre de los miembros concurrentes, con indicación de los que asisten personalmente y de quienes lo hacen representados por otro miembro». Esta mención no aparece reiterada en el artículo 112 del mismo texto reglamentario al enumerar las circunstancias que deben expresar las certificaciones en extracto de tales actas; no obstante, en su enunciado se incluyen dos pasajes de los que deriva la exigencia de consignar los nombres (...).

3. El tema debatido en este recurso debe abordarse desde la perspectiva de la competencia de los sujetos actuantes en el mecanismo de elevación a público de acuerdos sociales.

El proceso de adopción de decisiones por un consejo de administración ha de quedar reflejado en la correspondiente acta. El cometido de su redacción corresponde al secretario, recogiendo en ella los pormenores exigidos por el artículo 97 del Reglamento del Registro Mercantil y, una vez aprobada, deberá también firmarla con el visto bueno del presidente (artículos 250 de la Ley de Sociedades de Capital y 99 del Reglamento del Registro Mercantil).

La competencia para redactar la escritura de elevación a instrumento público de los acuerdos sociales corresponde al notario, incluyendo en ella todas las circunstancias del acta que sean necesaria para calificar la validez de aquéllos (artículo 107.2 del Reglamento del Registro Mercantil), tomando como base el acta o libro de actas, testimonio notarial de los mismos o certificación de los acuerdos (artículo 107.1 del Reglamento del Registro Mercantil) (...).

(...) En el caso examinado en el presente recurso, la diligencia extendida por el notario autorizante de la escritura afecta a un extremo que debe constar en la certificación unida (artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil) y no a una mención confiada al notario en la redacción de la correspondiente escritura. En consecuencia, no corresponde al notario subsanar por sí solo la omisión padecida en la certificación unida.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.” [M.V.S.]

Negativa a inscribir una escritura de cese y nombramiento de liquidador y liquidación de una sociedad.

Resolución de la DGSJFP de 26 de noviembre de 2020 (BOE núm. 322, de 10 de diciembre de 2020, pp. 113021-113030)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-15921

“1. Por la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se liquida la sociedad «Eventum Hostess, S.L.», y en pago de la cuota de liquidación se adjudican determinados bienes, derechos y dinero. En la misma escritura se elevan a público los acuerdos de cese de las dos liquidadoras mancomunadas, nombramiento de una liquidadora única (una de las que cesaron) y aprobación del balance de liquidación, proyecto de división del haber social con las correspondientes adjudicaciones a los socios.

Según el primero de los defectos que opone el registrador a la inscripción de dicha escritura, no puede entenderse que la junta general cuyos acuerdos se elevan a público haya sido convocada por las dos liquidadoras mancomunadas.

La recurrente alega que la junta general de 3 de marzo de 2020 para la liquidación de la sociedad ya fue convocada por acuerdo adoptado en la junta general universal que también acordó la disolución de la sociedad el 17 de julio de 2019.

Es cierto que en dicha escritura de disolución consta el siguiente acuerdo adoptado por unanimidad: «Los comparecientes, socios y liquidadores se comprometen a formalizar la correspondiente junta general de socios a fin de poder otorgar la escritura de liquidación y extinguir la compañía obligándose cada uno de ellos a comparecer en la Notaría sita en Barcelona, calle Diputación número 268, 1.º piso, el día 3 de marzo de 2020 a las 11 horas» (...).

Esta conclusión queda confirmada si se tienen en cuenta las discrepancias y manifestaciones expresadas en la escritura calificada (reseñadas en el apartado I de los antecedentes de hecho de esta resolución) por las dos liquidadoras mancomunadas entonces competentes para convocar la junta general, algunas de las cuales son contradictorias entre sí, sin que puedan prevalecer unas sobre otras dado que la facultad certificante respecto de los acuerdos sociales es conjunta y no individual.

Por las mismas razones debe confirmarse el segundo defecto expresado en la calificación (falta la manifestación del órgano de administración en la que bajo su responsabilidad haga constar: a) que la convocatoria fue remitida mediante comunicación individual y escrita a cada uno de los socios por correo certificado con acuse de recibo, con la antelación de, al menos, 15 días, indicando la fecha de remisión al último de los socios; b) transcripción del texto íntegro de la convocatoria, en el que conste el nombre de la Sociedad, fecha, hora y lugar de celebración, el orden del día, y el cargo de la persona o personas que realicen la

convocatoria).

2. Por último, el registrador suspende la inscripción de dicha escritura porque entiende que, a pesar de lo manifestado por la liquidadora única de la sociedad (...) no existe el consentimiento de esta señora, habida cuenta del contenido de la carta suscrita por la misma, que se incorpora por diligencia también a la misma escritura, y en concreto, sobre lo manifestado con relación a la cuota de liquidación y el reparto de la misma entre los socios.

Este defecto también debe ser confirmado, si se tienen en cuenta las consideraciones expresadas en el anterior fundamento de derecho sobre las discrepancias entre las dos liquidadoras mancomunadas, sobre sus manifestaciones y sobre la atribución de la facultad certificante a ambas liquidadoras mancomunadas (en tanto no exista nombramiento válido de una nueva liquidadora) (...).

Dirigida la liquidación a la determinación de la existencia o inexistencia de un remanente de bienes repartible entre los socios para, previa satisfacción de los acreedores sociales en su caso, proceder a su reparto y a la cancelación de los asientos registrales de la sociedad, se hace imprescindible la formulación de un balance final que debe reflejar fielmente el estado patrimonial de la sociedad una vez realizadas las operaciones liquidatorias que aquella determinación comporta. Ese balance debe someterse a aprobación de la junta general junto a un informe completo sobre dichas operaciones y un proyecto de división entre los socios del activo resultante (artículo 390 de la Ley de Sociedades de Capital). Ese proyecto de división no es sino una propuesta de reparto del activo resultante entre los socios (...).

Como puso de relieve este Centro Directivo en Resoluciones de 14 de febrero de 2019 y 30 de septiembre de 2020, de tales normas se infiere que en los casos en que el derecho del socio a la cuota de liquidación se satisfaga no en dinero sino mediante la adjudicación de bienes concretos es imprescindible que el acuerdo unánime de los socios se adopte una vez que se haya determinado el haber líquido partible así como la forma de realizar su división y adjudicación a los socios, siempre que se haya aprobado el proyecto de liquidación por la junta (...).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.” [M.V.S.]

Negativa a practicar el depósito de las cuentas anuales de una sociedad, relativas al ejercicio 2018.

Resolución de la DGSJFP de 3 de diciembre de 2020 (BOE núm. 329, de 18 de diciembre de 2020, pp. 116453-116457)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-16478

“(…) Para comprender adecuadamente la situación es preciso distinguir entre el procedimiento por el que se solicita el depósito de cuentas de una sociedad de aquel

otro procedimiento por el que se insta el nombramiento de un auditor en ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Solicitado el depósito de cuentas de una sociedad el procedimiento para llevarlo a cabo es estrictamente registral y se acomoda a los requisitos y exigencias que para el mismo prevé el Código de Comercio y el Reglamento del Registro Mercantil (...).

La negativa del registrador a llevar a cabo el depósito se despacha por los trámites previstos para los documentos defectuosos (artículo 368.3 del Reglamento del Registro Mercantil).

(...) La nota de calificación es la que determina el objeto del recurso por lo que no puede entrarse en cuestiones ajenas a la misma (...).

(...) No puede pretenderse en vía de recurso contra la calificación de un registrador Mercantil por la que se rechaza el depósito de cuentas al no acompañarse el preceptivo informe de verificación (artículo 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital), que se entre a conocer de cuestiones ajenas al contenido de la nota de calificación y que se basan en documentos que no se presentaron junto con las cuentas a depositar.

(...) El procedimiento registral de nombramiento de auditor de cuentas, (...) es un procedimiento administrativo especial por razón de la materia jurídico privada a la que afecta, (...).

Del mismo modo esta Dirección General ha afirmado reiteradamente (Resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras) que el objeto de este expediente es estrictamente determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría.

Consecuencia de lo anterior es igualmente doctrina reiterada de esta Dirección que la persona que haya instado el nombramiento de auditor puede desistir del procedimiento una vez iniciado (...), o bien renunciar al derecho material una vez que el procedimiento haya finalizado (...).

3. En este caso concreto, el expediente de nombramiento de auditor voluntario ha sido cerrado por la registradora Mercantil por no haber aceptado ninguno de los tres auditores nombrados, circunstancia que reconoce la sociedad recurrente.

En definitiva, para poder depositar las cuentas del ejercicio 2018 será necesario que las mismas se auditen por el auditor que designe la registradora, previa reapertura del expediente, o que el socio minoritario que instó el mismo, desista o renuncie a su derecho, lo cual deberá ser efectuado en la forma debida.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación (...).” [M.V.S.]

Negativa a inscribir una escritura de aumento de capital de una sociedad.

Resolución de la DGSJFP de 3 de diciembre de 2020 (BOE núm. 329, de 18 de diciembre de 2020, pp. 116467-116474)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-16480

“(…) El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, no se cumple lo establecido en el artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital, «toda vez que en los anuncios de convocatoria unidos al acta no se hace constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre la misma, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos. Salvo que se acredite fehacientemente la fecha y forma de entrega a los socios de los documentos referidos en el segundo punto del orden del día. Se debe tener en cuenta que el segundo punto del orden del día al que se hace referencia era el "Aumento de Capital Social de la Sociedad por aportaciones dinerarias, con motivo de nueva inversión inmobiliaria"».

(…) El artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital, sobre modificación de los estatutos sociales, dispone lo siguiente: «En el anuncio de convocatoria de la junta general, deberán expresarse con la debida claridad los extremos que hayan de modificarse y hacer constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos».

El derecho de información ha sido configurado por la jurisprudencia como un derecho esencial, instrumental respecto del derecho de voto, imperativo e irrenunciable, que se tiene como consecuencia de la condición de socio. Tal derecho permite al socio actuar de forma efectiva en el seguimiento de la marcha de la gestión social, controlar las decisiones del órgano de administración, actuar en defensa de sus intereses y tener conocimiento preciso de los puntos sometidos a aprobación de la junta, posibilitando una emisión consciente y reflexionada del voto (...).

(…) El derecho de información de los accionistas o socios, en cuanto unitario, determina que la ausencia o falta de alguno de los requerimientos que debe comprender la convocatoria afecta a la totalidad. Por ello, y por el especial rigor con que se pronuncia el legislador, la omisión total o parcial de todos o algunos de los requerimientos que conforman el derecho de información implica un vicio de la convocatoria invalidando el acuerdo que sobre el particular se pueda adoptar (...).

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, este Centro Directivo ha afirmado que tan rigurosa doctrina debe mitigarse en ocasiones, por lo que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden orillarse siempre que por su escasa relevancia no comprometan los derechos individuales del accionista o socio (Resolución de 8 de febrero de 2012). Desde este

punto de vista se ha impuesto en casos concretos la consideración de que es preciso mantener los actos jurídicos que no sean patentemente nulos, la necesidad de que el tráfico jurídico fluya sin presiones formales injustificadas y la idea de que debe evitarse la reiteración de trámites que, sin aportar mayores garantías, dificultan y gravan el normal funcionamiento de las empresas (...).

(...) Circunstancias como la naturaleza meramente formal de los defectos de convocatoria; su escasa relevancia con relación al conjunto de la convocatoria; el hecho de que el derecho de información haya sido respetado si bien insuficientemente en la convocatoria (Resolución de 24 de octubre de 2013); que el contenido del derecho de información se haya reflejado con la debida claridad aunque insuficientemente (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006 y Resolución de 23 de abril de 2012); la consideración de que la omisión de uno de los medios de hacerlo efectivo (concretamente, en este caso, la posibilidad de solicitar el envío gratuito de los documentos) no implica «per se» una privación del mismo (...).

(...) Es cierto, como resulta de las consideraciones ya expuestas, que es doctrina reiterada de esta Dirección General que el severo régimen de exigencia formal de la convocatoria de juntas debe mitigarse cuando por el conjunto de circunstancias concurrentes no resulten indebidamente postergados los derechos individuales del accionista. Ahora bien, esta doctrina no puede resultar de aplicación en aquellos supuestos en que la convocatoria omite en su totalidad el régimen de protección específico del derecho de información (...).

Debe tenerse en cuenta que, si bien se acompañaron a la escritura calificada para su inscripción fotocopia de determinado envío postal que, según el recurrente, contiene propuesta de acuerdo de aumento de capital con cargo a aportaciones dinerarias, incluyendo el texto íntegro de la modificación estatutaria que se propone a la junta, e informe del órgano de administración en relación con la propuesta de aumento de capital, debe confirmarse el criterio del registrador al expresar en su calificación que tales fotocopias, además de carecer de valor formal a efectos registrales, se refieren a envíos realizados con posterioridad a la convocatoria de la junta general, y que el envío realizado por correo certificado con acuse de recibo no puede acreditar su contenido.

A tales circunstancias deben unirse el hecho de un texto de convocatoria ciertamente escueto y al hecho de que la accionista disidente ha considerado sus derechos individuales violados (...). Por ello esta situación impide tener por válidamente realizada la convocatoria.

(...) En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.” [M.V.S.]

Negativa a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de escisión parcial de una sociedad.

Resolución de la DGSJFP de 3 de diciembre de 2020 (BOE núm. 329, de 18 de diciembre de 2020, pp. 116475-116485)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-16481

“(…) Según el primero de los defectos impugnados, considera el registrador que los anuncios del acuerdo de escisión no pueden ser anteriores a la fecha de celebración de la junta general que acuerda la escisión, ya que los acreedores tienen derecho de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado desde la publicación de los anuncios, pues el derecho de oposición se fundamenta en el conocimiento que se proporciona a los acreedores, a efectos de ponderar si hacen uso o no del derecho de oposición que les reconoce el ordenamiento. Por ello considera que deberán publicarse nuevos anuncios. Y añade que en los anuncios publicados consta como fecha de celebración de la junta general que aprobó la escisión el 31 de diciembre de 2019, cuando la junta celebrada ese día sólo aprobó el proyecto de escisión, pero no la operación de escisión parcial, ni la reducción de capital de la sociedad escindida, ni la creación de las sociedades beneficiarias, con las menciones legalmente necesarias para su constitución.

El segundo defecto está íntimamente relacionado con el anterior, pues añade el registrador que, una vez transcurrido el plazo de un mes desde la fecha de publicación del último de los nuevos anuncios, deberá constar en la escritura, respecto de la sociedad escindida, nuevamente la manifestación del otorgante de que han sido puestos a disposición de los acreedores los documentos a que se refiere el artículo 43 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, y la declaración sobre la inexistencia de oposición a la escisión por parte de los acreedores o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad (...).

(…) Según el artículo 70.1 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la escisión parcial consiste en «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria».

Como ha tenido ocasión de recordar este Centro Directivo, el procedimiento de fusión –y lo mismo cabe afirmar de la escisión– tiene una marcada base negocial en cuanto acuerdo de voluntades de las sociedades implicadas. Pero, aunque el acuerdo se produzca entre sociedades, existen otros intereses dignos de protección, intereses que, sin formar parte de la base negocial, deben ser respetados.

(…) De los artículos 43 y 73 de la Ley 3/2009 resulta la obligación de que en las publicaciones del acuerdo de fusión o escisión o en la comunicación individual por escrito sustitutoria se haga constar el derecho que les asiste de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión o escisión, así como el

derecho de oposición que les corresponde.

Este derecho de oposición se puede ejercitar en el plazo de un mes desde dichas publicaciones o comunicaciones en los términos previstos en el artículo 44. Por ello, para la inscripción de la escisión es necesario que la escritura recoja la declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores o por el contrario el hecho de que sí que ha habido oposición (art. 227.2.2.^a del Reglamento del Registro Mercantil).

El presupuesto del derecho de oposición es precisamente el ejercicio previo del derecho de información pues sin su debida cumplimentación el ejercicio responsable e informado de aquél queda imposibilitado o cercenado en clara violación de la previsión legal como ha recordado esta Dirección General (...).

Por lo demás, de la normativa vigente resulta que el derecho de oposición a la escisión se atribuye a los acreedores de la sociedad cuyos créditos hubieran nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y no estuvieran vencidos en ese momento. Si el proyecto de fusión no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil, la fecha de nacimiento del crédito deberá haber sido anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor (art. 44.2 de la Ley 372009).

(...) En el presente caso, a la vista de las circunstancias reflejadas en la escritura calificada, no por el hecho de que en la fase previa o preparatoria de proceso de escisión, el 31 de diciembre de 2019, ya se haya pronunciado la junta general respecto del proyecto de escisión –algo que, aunque no sea habitual, es posible– puede entenderse que haya devenido innecesaria la ulterior fase decisoria, como lo demuestran los acuerdos adoptados posteriormente en la junta general de 5 de marzo de 2020, a la que debe suceder la fase ejecutiva mediante la publicación de los anuncios.

(...) El ejemplar del proyecto de escisión, junto con sus anexos, de los que resultan los elementos patrimoniales transmitidos a las sociedades beneficiarias, que se acompaña junto con la escritura, no está suscrito por los administradores de la sociedad escindida.

Respecto del proyecto de escisión debe tenerse en cuenta que, como afirma el recurrente, aunque el ejemplar del mismo que se ha acompañado a la escritura carece de las firmas de los administradores, lo cierto es que aparece incorporado a la escritura calificada el texto íntegro de dicho proyecto, con las firmas de los administradores, por lo que debe considerarse cumplidos los requisitos establecidos (...).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, salvo respecto de la falta de firma del proyecto de escisión (extremo en que se estima parcialmente el recurso) (...).” [M.V.S.]

Negativa a inscribir determinados acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de una sociedad.

Resolución de la DGSJFP de 10 de diciembre de 2020 (BOE núm. 338, de 28 de diciembre de 2020, pp. 121022-121030)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-17070

“(…) En primer lugar, el registrador suspende la inscripción de tales acuerdos porque –a su juicio– no puede considerarse válidamente constituido el consejo de administración, pues según los estatutos sociales deben concurrir a la reunión, presentes o representados por otro consejero, la mitad más uno de sus miembros, y, de los cuatro consejeros que lo componen, uno ha fallecido y otro se ha opuesto claramente tanto a la celebración de la mencionada sesión como a delegar su derecho de voto.

(…) Esta Dirección General ha amparado la idea de que debe preservarse en la medida de lo posible el funcionamiento del órgano de administración en circunstancias especiales, pero no lo ha hecho incondicionalmente y en cualquier caso porque la protección del interés en mantener el funcionamiento del consejo no puede llegar al extremo de desnaturalizar su finalidad y estructura. Por este motivo y respecto de sociedades anónimas, ante la pretensión de inscribir acuerdos adoptados por consejos constituidos por un número de vocales inferior a la mitad más uno de los nombrados, este Centro Directivo ha considerado que no puede entenderse que exista como tal consejo si ni siquiera es posible reunir el mínimo legal que determina su válida constitución –la mitad más uno de sus componentes, presentes o representados, conforme al artículo 139 de la Ley de Sociedades Anónimas entonces vigente–, sin que sea posible admitir excepciones a esta regla general, so pena de correr un grave riesgo de vulneración de la voluntad social previamente manifestada por la junta en el momento de hacer la elección de los consejeros (…).

(…) Por las consideraciones anteriores, debe confirmarse la calificación del registrador en cuanto a este primer extremo de la nota impugnada, sin que pueda oponerse el hecho de que en la correspondiente acta consta que se declaró por el vicepresidente válidamente constituido el consejo de administración, «no constanding oposición a la representación a meros efectos de quórum de constitución», pues tal declaración no puede, por la sola calidad de quien la formula, vincular al registrador cuando aquélla queda contradicha por la documentación aportada en términos tales que dicha declaración no puede mantenerse; y así ocurre en el presente caso, pues del escrito del consejero ausente, incorporado a la escritura calificada, resulta inequívocamente que se opone de modo expreso a la celebración del referido consejo de administración y solicita que se convoque junta general para nombrar consejero que cubra la vacante producida por fallecimiento del presidente del órgano de administración.

4. En segundo lugar, el registrador suspende la inscripción del nombramiento de consejera por cooptación porque no resulta que dicha señora ostente la condición

de accionista de la sociedad.

El recurrente alega que corresponde a la sociedad, no al registrador, reconocer la condición de accionista a la comunidad hereditaria del accionista y consejero fallecido, y que el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital legitima el ejercicio de los derechos del socio fallecido por la comunidad hereditaria del causante, debiendo, en tal caso, designar la comunidad hereditaria a un representante que, en este caso, es la señora nombrada por cooptación.

5. En los supuestos en que las acciones estén integradas en una herencia indivisa debe tenerse en cuenta que ésta es un patrimonio sujeto a un régimen de titularidad colectiva que se proyecta sobre la masa patrimonial en su conjunto y no sobre cada uno de los bienes, derechos o elementos que la integran. Antes de la partición hereditaria a cada coheredero le corresponde una cuota abstracta sobre el conjunto patrimonial que en el momento de la partición se materializa en bienes o derechos concretos (artículo 1068 del Código Civil). Por ello se ha afirmado que la existencia de cuotas y la posibilidad de pedir la partición la aproximan a la comunidad romana, mientras que, respecto de los bienes concretos, al no existir cuotas, se asemeja a la comunidad germánica.

(...) En relación con el ejercicio de los derechos de socio correspondientes a las acciones integradas en la comunidad hereditaria es aplicable el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, que establece la regla imperativa según la cual los cotitulares «habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición» (...).

7. En el presente caso, respecto de la aptitud para ser nombrado administrador, debe admitirse también la aplicación del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, contemplando la comunidad hereditaria a través del prisma de la unificación subjetiva del ejercicio de los derechos de socio. Y en el acta se expresa que se nombra a la señora H., no «uti singuli», sino «en representación de la comunidad hereditaria de su fallecido padre». Por ello, habiendo admitido el vicepresidente del consejo de administración dicha representación, no puede confirmarse el criterio del registrador en cuanto se limita a objetar que no resulta que dicha señora ostente la condición de accionista, cuando el vicepresidente del consejo de administración ha admitido la intervención de dicha señora y su nombramiento de administradora como representante de la comunidad hereditaria que, según la jurisprudencia reseñada, es la que ostenta la cualidad de socio.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, únicamente respecto del segundo de los defectos impugnados, y desestimar el recurso respecto del segundo defecto recurrido (...).” [M.V.S.]

Suspensión del depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2019 de una sociedad, por no acompañarse el informe del auditor de cuentas inscrito con carácter voluntario.

Resolución de la DGSJFP de 11 de diciembre de 2020 (BOE núm. 338, de 28 de diciembre de 2020, pp. 121115-121117)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-17080

“(…) El objeto de este recurso es dilucidar si pueden depositarse las cuentas anuales de una sociedad limitada, no obligada a verificación contable, que designó voluntariamente auditor, cuya inscripción consta en el Registro Mercantil, cuando las cuentas no vienen acompañadas del informe del auditor designado.

2. El Registrador sostiene que el depósito no es posible sin el informe, o sin la revocación del nombramiento, en base al artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (...).

3. El recurso no puede prosperar por la mera aplicación del principio de jerarquía normativa, ya que, ante la posible regulación contradictoria, y que como posteriormente se razonará no se da este caso, entre una ley y un reglamento, debe prevalecer siempre el contenido de la ley.

(…) Y frente al mismo no puede alegarse la dicción literal del artículo 366.1.5 del Reglamento del Registro Mercantil, cuya redacción es anterior a la reforma legal antes citada, que exige para el depósito de las cuentas anuales, la presentación de «un ejemplar del informe de los auditores de cuentas cuando la sociedad está obligada a verificación contable o cuando se hubiese nombrado auditor a solicitud de la minoría».

(…) Inscrito el nombramiento de auditor voluntario, el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.” [M.V.S.]

Negativa a inscribir una escritura de modificación de los estatutos de una sociedad.

Resolución de la DGSJFP de 17 de diciembre de 2020 (BOE núm. 8, de 9 de enero de 2021, pp. 2251-2259)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-342

“(…) Mediante la escritura cuya calificación ha motivado el presente recurso se constituye una sociedad de responsabilidad limitada, con la peculiaridad de que Según el artículo 2 de los estatutos sociales, «La sociedad carece de ánimo de lucro y tiene por objeto la actividad de promoción, educación y rehabilitación de personas con discapacidad, a fin de lograr su integración laboral y social promoviendo y gestionando programas de formación profesional, Centros especiales de empleo, Centros ocupacionales o cualquier otro tipo de forma idónea de promoción laboral de personas con discapacidad que pudiera quedarse en el futuro, Residencias, Instituciones, Fundaciones y, en general, todo lo preciso para el más adecuado y

eficaz cumplimiento de sus objetivos y fines» (...).

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, el ánimo de lucro que se concreta de manera muy singular en la obtención de dividendos partibles entre los socios constituye un elemento esencial de las sociedades que tiene su origen en el carácter oneroso del contrato de sociedad, tal y como aparece profusamente reconocido legislativamente. (...) Por ello, concluye que resulta contradictorio con la propia configuración estructural de una sociedad de capital pretender que su finalidad, concretada en las actividades que integran su objeto social, carezca de ánimo de lucro, habiendo previsto el legislador para ello otras entidades jurídicas que por definición legal y por su propia finalidad carecen de tal ánimo de lucro.

La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente: a) La interpretación restrictiva del registrador está superada en la jurisprudencia comunitaria, según la cual una sociedad de capital sin fin lucrativo puede beneficiarse de exención fiscal; y, en España, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 2011 declara aplicable la exención del Impuesto sobre Valor Añadido a una sociedad anónima sin finalidad lucrativa que ha sido reconocida por la Administración como entidad privada prestadora de servicios sociales; b) La sociedad recurrente es una entidad sin ánimo de lucro, cuyos beneficios se reinvierten íntegramente en el desarrollo de su actividad social, sin que exista reparto de ganancias en modo alguno, y esta posibilidad ya se ha admitido por diferentes registros mercantiles; c) Las sociedades mercantiles sin ánimo de lucro están admitidas en el artículo 43.4 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en el artículo 5 del Decreto 212/2010, de 30 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el Registro de Centros Especiales de Empleo de la Comunidad Autónoma de Aragón; y d) El ánimo de lucro no tiene por qué ser para la propia sociedad, sino para obtener beneficios en el desarrollo del objeto social, sin reparto de beneficios entre los socios sino únicamente para reconvertirlos en los fines sociales establecidos en los estatutos, y, por ende, nada impediría que la sociedad limitada pueda no tener ánimo de lucro en sentido de reparto de beneficios entre los socios.

(...) Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2007, dictada en un caso de donación por una sociedad anónima de su principal activo patrimonial, con disolución de la misma, en favor de determinada fundación, la jurisprudencia ha señalado «predominantemente el fin lucrativo como causa del contrato de sociedad (...)

(...) En el presente caso cabe recordar, además, que, en atención a su doble carácter, contractual y normativo, la interpretación de los estatutos debe hacerse teniendo en cuenta las normas sobre interpretación de los contratos, pero sin excluir absolutamente las reglas sobre la hermenéutica de las leyes.

(...) Si las cláusulas de los artículos 2, 29 y 30 de los estatutos objeto de calificación se interpretan unas por otras, debe llegarse a la conclusión de que en ellas se excluye

únicamente el ánimo de lucro en sentido subjetivo (obtención de ganancias repartibles; lucro personal de los socios), pero no se excluye el ánimo de lucro en sentido objetivo (...).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.” [M.V.S.]

Negativa a practicar el depósito de cuentas anuales de una sociedad, relativas al ejercicio 2019.

Resolución de la DGSJFP de 18 de diciembre de 2020 (BOE núm. 8, de 9 de enero de 2021, pp. 2260-2263)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-343

“(…) De los tres defectos señalados por la registradora, solo se recurre el tercero, que es la falta de depósito de las cuentas del ejercicio 2018.

El escrito de la sociedad se dedica casi exclusivamente a justificar por qué deberían depositarse las cuentas del ejercicio 2018. Pero el mismo comienza diciendo que se interpone en el plazo de un mes desde la fecha de notificación (cuentas del ejercicio 2019) para a continuación adjuntar la nota de calificación de las cuentas anuales de 2018, reconociendo que la misma le fue modificada el día 13 de diciembre de 2019. Con ello pretende justificar que procede el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2018, y de ese modo no habría lugar al defecto tercero (falta de depósito de dichas cuentas) único recurrido.

(…) Centrándonos en el objeto del recurso, sobre si pueden depositarse las cuentas anuales del ejercicio 2019, cuando están pendientes de depósito las del ejercicio 2018 por haber sido calificadas negativamente, la respuesta claramente es negativa.

El artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital establece: «El incumplimiento por el órgano de administración de la obligación de depositar, dentro del plazo establecido, los documentos a que se refiere este capítulo dará lugar a que no se inscriba en el Registro Mercantil documento alguno referido a la sociedad, mientras el incumplimiento persista».

En el mismo sentido, el artículo 378.1 del Reglamento del Registro Mercantil señala: «Transcurrido un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas, el Registrador Mercantil no inscribirá ningún documento presentado con posterioridad a aquella fecha, hasta que, con carácter previo, se practique el depósito...».

Como ya ha dicho la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones anteriores (21 de noviembre de 2011 y 20 de marzo de 2015) si un depósito resulta calificado con defectos, y tales defectos no resultan subsanados, no

podrá accederse al depósito de un posterior ejercicio.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto (...).” [M.V.S.]

Negativa a inscribir una escritura de renuncia de cargo de administrador de una sociedad.

Resolución de la DGSJFP de 15 de enero de 2021 (BOE núm. 24, de 28 de enero de 2021, pp. 8453-8460)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-1228

“(...) El adecuado desenvolvimiento de la actividad societaria exige que la sociedad tenga oportuno conocimiento de las vacantes que por cualquier causa se produzcan en su órgano de administración, a fin de posibilitar la inmediata adopción de las cautelas precisas para suplir tal baja. Por ello, aunque no se excluye la facultad de libre renuncia al cargo de administrador de la sociedad de responsabilidad limitada, se supedita el reconocimiento registral de la dimisión a su previa comunicación fehaciente a la sociedad (...). Y, a tal efecto, se debe considerar suficiente el acta notarial acreditativa del envío por correo certificado con aviso de recibo del documento de renuncia, siempre que la remisión se haya efectuado al domicilio social de la propia entidad, según el Registro, y resulte del acuse de recibo que el envío ha sido debidamente entregado en dicho domicilio (cfr. Resolución de 21 de noviembre de 1992).

En casos en los cuales el documento de renuncia no ha podido ser entregado por la indicada vía postal, este Centro Directivo ha puesto de relieve (vid. Resoluciones de 30 de enero de 2012 y 16 de diciembre de 2013) que el acta autorizada conforme al artículo 201 del Reglamento Notarial acredita únicamente el simple hecho del envío de la carta por correo, la expedición del correspondiente resguardo de imposición como certificado, entrega o remisión, así como la recepción por el notario del aviso de recibo y la devolución del envío por no haber podido realizarse la entrega, pero no cambia los efectos de la notificación, que serán los establecidos con carácter general para las cartas certificadas con acuse de recibo por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, que en su artículo 32, párrafo final señala que «el envío se considerará entregado cuando se efectúe en la forma determinada en el presente Reglamento», sin que de este Reglamento resulte que la devolución de un correo certificado con acuse de recibo produzca los efectos de una notificación (...). Y termina esta Dirección General en esas dos resoluciones afirmando que en el ámbito del Reglamento Notarial existe otra forma más ajustada: el principio constitucional de tutela efectiva y la doctrina jurisprudencial que asegura, en el mayor grado posible, la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales y que esa vía es el procedimiento previsto en el artículo 202 del Reglamento Notarial (...).

(...) A la luz de lo establecido en los artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial

debe concluirse que en el presente caso era necesaria una doble actuación notarial, en el lugar que según los asientos registrales constituye el domicilio social, que diera cobertura al menos a dos intentos de notificación con entrega de la correspondiente cédula, uno efectuado mediante la personación del notario en el domicilio en que la notificación había de practicarse, y otro mediante su envío por correo certificado con acuse de recibo (o por cualquier otro procedimiento que permitiera dejar constancia fehaciente de la entrega). Como ya tiene declarado esta Dirección General, a la vista de ambos artículos del Reglamento Notarial, debe tenerse por efectuada la notificación (vid. el último párrafo del artículo 202, según el cual «La notificación o el requerimiento quedarán igualmente cumplimentados y se tendrán por hechos en cualquiera de las formas expresadas en este artículo») siempre que se cumplan los procedimientos establecidos en el primer precepto, ya se haga la entrega de la documentación objeto de notificación personalmente o a través del servicio de Correos, ya se constate la negativa a la recepción por la persona -que sea el interesado o su representante con quien se haya entendido la diligencia, o en su caso (si en el domicilio que corresponda no hay persona idónea que la recibiera) se lleven a cabo los dos intentos infructuosos de entrega de la cédula de notificación (uno de ellos por el notario de forma personal). Y es que, con carácter general, basta con asegurar la posibilidad razonable de que el notificado pueda informarse y conocer el contenido de lo que haya de comunicársele, sin que se exija o se imponga el resultado de que tenga un conocimiento efectivo. Al haberse realizado en este caso únicamente el envío de la cédula de notificación por correo certificado con acuse de recibo al domicilio social que consta en el Registro Mercantil conforme al citado artículo 202 del Reglamento Notarial, pero no el intento de notificación presencial en ese mismo domicilio, debe confirmarse la calificación impugnada.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso (...).”
[M.V.S.]

Negativa a practicar el depósito de cuentas anuales de una sociedad.

Resolución de la DGSJFP de 22 de enero de 2021 (BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2021, pp. 16121-16129)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-2089

“(…) Respecto de las cuestiones de fondo que deben analizarse en este expediente, la primera de ellas es la relativa a la exigencia de informe de auditoría de las cuentas anuales de los ejercicios de 2016 y 2018.

El recurrente alega que existe una causa sobrevenida que comporta la innecesidad de dicha auditoría, pues se ha producido la exclusión del socio minoritario que la solicitó.

Cuando en las sociedades no obligadas a verificación contable se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral de un auditor de cuentas, no puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales si no se presenta el

correspondiente informe (cfr. artículos 265.2 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital). De tal modo que presentadas las cuentas a depósito cuando ya había sido solicitado respecto a dichas cuentas el nombramiento de auditor por socio minoritario y teniendo además conocimiento de ello la sociedad, si la junta general en que se aprobaron las cuentas se celebró con anterioridad al nombramiento del auditor designado por el registrador mercantil, dichas cuentas deberán aprobarse nuevamente para que su depósito pueda tenerse por efectuado.

(...) La segunda de las cuestiones de fondo planteadas es la relativa a la necesidad de que la certificación de los acuerdos de la junta general que ha aprobado las cuentas anuales exprese los elementos esenciales de la convocatoria de ésta.

Según el artículo 280.1 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador calificará bajo su responsabilidad si los documentos presentados son los exigidos por la ley y si están debidamente aprobados por la junta general. Y el artículo 366.1.2.º prescribe que la certificación del acuerdo de la junta general con firmas legitimadas notarialmente que contenga el acuerdo de aprobación de las cuentas y de la aplicación del resultado contenga todas las circunstancias exigidas por el artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil. Por ello, este Centro Directivo ha afirmado que para calificar si los documentos que se presentan para su depósito «están debidamente aprobados», es necesario examinar todas las circunstancias referentes a la validez y regularidad de la junta que los aprueba, comenzando por si estuvo o no debidamente convocada –requisito previo a su válida constitución–, en la forma y plazo legales o estatutarios. Y mal podría examinarse si no resultan aportados los anuncios o comunicaciones o justificación de inserción de anuncios en la página web de la sociedad –según sea el medio establecido en los estatutos o el legalmente determinado en ausencia de regulación estatutaria–, en que la convocatoria se haya, materialmente, efectuado. O, tratándose de medios privados de convocatoria, si la certificación no recoge –tal y como disponen los artículos 97 y 112 del Reglamento del Registro Mercantil– «todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados», una de las cuales es el «texto íntegro de la convocatoria», así como el «modo y fecha en que se hubiere efectuado», cuando no se trate de junta universal (cfr., por todas, las Resoluciones de 16 de septiembre de 2011 y 13 y 20 de marzo de 2015).

(...) Por último, debe también confirmarse la objeción opuesta por el registrador, consistente en que, calificadas con defectos las cuentas anuales de la sociedad del ejercicio de 2016, deberán éstas aportarse para su depósito previa o simultáneamente a las cuentas de 2017, y por la misma razón deberán aportarse las cuentas anuales de 2016 y 2017 para su depósito previa o simultáneamente a las referidas cuentas anuales de 2018.

Según doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones citadas en los «Vistos») no puede efectuarse el depósito de las cuentas anuales de una sociedad cuando aún no conste efectuado el depósito del ejercicio precedente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación recurrida.” [M.V.S.]

Negativa a practicar el depósito de cuentas anuales de una sociedad, relativas al ejercicio 2019.

Resolución de la DGSJFP de 5 de febrero de 2021 (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2021, pp. 18920-18923)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-2517

“(…) De los dos defectos contenidos en la nota de calificación sólo es objeto de recurso el primero de ellos, relativo a la falta de inscripción de la mercantil en el Registro de Prestaciones de Servicios a Sociedades y Fideicomisos, habiendo aportado la sociedad, entre los documentos contables a depositar, el relativo a los prestadores de servicios. En la nota también se advierte que, en caso de no ser prestadores de Servicios a Sociedades y Fideicomisos, el documento correspondiente no deberá ser incorporado al envío telemático.

2. El Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros, dio nueva redacción a la disposición adicional de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, debiendo destacarse, a efectos del presente recurso, lo previsto en sus apartados: 1) las personas físicas o jurídicas que de forma empresarial o profesional presten todos o alguno de los servicios descritos en el artículo 2.1.o) de esta Ley, deberán, previamente al inicio de sus actividades, inscribirse de forma obligatoria en el Registro Mercantil; 7) junto con el depósito de sus cuentas anuales, deberán acompañar un documento del que resulten una serie de datos sobre los servicios prestados.

Dichas obligaciones han sido desarrolladas por la Instrucción de 30 de agosto de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y por la Orden JUS/1256/2019, de 26 de diciembre.

(…) A efectos del presente recurso, conviene recordar que, en los modelos de depósito de cuentas anuales, en la hoja identificativa de los documentos contables cuyo depósito se solicita, existen una serie de casillas que deberán marcarse en función de los diferentes documentos que cada entidad presente, no siendo obligatorio marcar todas ellas. Y si se quiere presentar el documento sobre servicios a terceros, es porque la persona, física o jurídica, está obligada a ello, al estar dada de alta como prestataria de servicios.

En este caso, el recurrente, que ha marcado la casilla y presenta el documento contable, realiza una serie de alegaciones, al margen de otras que no pueden ser tenidas en consideración, que deben ser desestimadas.

Así lo referido a la aplicación informática, ya que la misma no puede prevalecer sobre obligaciones legales en relación a la información sobre plazos de pago a proveedores; y respecto a que en el documento contable se manifiesta que no se

han realizado operaciones en ese ejercicio, al margen de ser perfectamente compatible dicha declaración y estar dado de alta como prestador, como decían la Instrucción y la Orden Ministerial antes citadas, su contenido no es propiamente objeto de calificación, sino sólo el cumplimiento de una obligación formal. Debe destacarse que en la nota de calificación ya se le advertía «que en caso de no ser Prestador de Servicios a Sociedades y Fideicomisos el documento correspondiente no deberá ser incorporado al envío telemático».

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto (...).” [M.V.S.]

Negativa a practicar al depósito de cuentas anuales de una sociedad, relativas al ejercicio 2019.

Resolución de la DGSJFP de 5 de febrero de 2021 (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2021, pp. 18924-18927)

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-2518

“(…) Sólo es objeto de recurso el primero de ellos, relativo a la falta de inscripción de la mercantil en el Registro de Prestaciones de Servicios a Sociedades y Fideicomisos, habiendo aportado la sociedad, entre los documentos contables a depositar, el relativo a los prestadores de servicios.

(…) El Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros, dio nueva redacción a la disposición adicional de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, debiendo destacarse, a efectos del presente recurso, lo previsto en sus apartados: 1) las personas físicas o jurídicas que de forma empresarial o profesional presten todos o alguno de los servicios descritos en el artículo 2.1.o) de esta Ley, deberán, previamente al inicio de sus actividades, inscribirse de forma obligatoria en el Registro Mercantil; 7) junto con el depósito de sus cuentas anuales, deberán acompañar un documento del que resulten una serie de datos sobre los servicios prestados.

Dichas obligaciones han sido desarrolladas por la Instrucción de 30 de agosto de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y por la Orden JUS/1256/2019, de 26 de diciembre.

(…) A efectos del presente recurso, conviene recordar que, en los modelos de depósito de cuentas anuales, en la hoja identificativa de los documentos contables cuyo depósito se solicita, existen una serie de casillas que deberán marcarse en función de los diferentes documentos que cada entidad presente, no siendo obligatorio marcar todas ellas. Y si se quiere presentar el documento sobre servicios a terceros, es porque la persona, física o jurídica, está obligada a ello, al estar dada de alta como prestataria de servicios.

En este caso, el recurrente, que ha marcado la casilla y presenta el documento contable, realiza una serie de alegaciones, al margen de otras que no pueden ser tenidas en consideración, que deben ser desestimadas.

Así lo referido a la aplicación informática, ya que la misma no puede prevalecer sobre obligaciones legales, aspecto que ya se recogió en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del notariado de 2 de enero de 2017, en relación a la información sobre plazos de pago a proveedores; y respecto a que en el documento contable se manifiesta que no se han realizado operaciones en ese ejercicio, al margen de ser perfectamente compatible dicha declaración y estar dado de alta como prestador, como decían la Instrucción y la Orden Ministerial antes citadas, su contenido no es propiamente objeto de calificación, sino sólo el cumplimiento de una obligación formal.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto (...).” [M.V.S.]

2. DERECHO CONCURSAL

Jurisprudencia: Contrato de concesión administrativa. Declaración de concurso del contratista.

STS (Sala 3ª) de 3 de diciembre de 2020, rec. nº 1861/2019.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/232dd04bacf5b1be/20201211>

“(…) Al contrato de autos es aplicable al caso el TRLCAP, norma ya derogada y que preveía como causas de resolución la declaración de concurso del contratista y el incumplimiento de las obligaciones esenciales distintas de las que regulaba previamente [artículo 111.b) y g) del TRLCAP]. A su vez se preveía que, si en el concurso se ha procedido a la apertura de la fase de liquidación, la resolución es imperativa a diferencia de si procede por incumplimiento del contratista (cfr. artículo 112.1 y 2 TRLCAP); o si en el concurso no se hubiera abierto la fase de liquidación, la Administración podía decidir su continuación, pero previa garantía (artículo 112.7 TRLCAP).

2. Esta regulación se mantiene en la normativa posterior, esto es, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y en el texto refundido de la Ley Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Sin embargo, el panorama cambia con la vigente LCSP 2017 antes citada, en cuyo artículo 212.5 la declaración de concurso como causa de resolución pasa a ser siempre de apreciación potestativa, sin referencia a la fase de liquidación, por lo que se generaliza que la Administración opte por la continuación del contrato si lo aconsejan razones de interés público, previa prestación por el contratista de garantías adicionales.

(…) La declaración de concurso como causa de resolución responde a la tutela del interés público que satisface el contrato, cuando el contratista pierde el presupuesto de solvencia exigible para concurrir y seguir cumpliendo con su prestación; ahora

bien, esto no quitaba para que pudiese continuar ejecutándolo, a juicio de la Administración previa garantía (cf. artículo 112.7 TRLCAP). Por tanto, que en el TRLCAP -hasta la vigente LCSP 2017, artículo 213.3)-, fuese imperativo resolver el contrato una vez abierta la fase de liquidación, obedecía a que a partir de ese momento ya no cabía seguir con la ejecución del contrato por razón de las consecuencias de la liquidación en la personalidad del concursado y en su patrimonio.

4. Esa imperatividad tenía su lógica de concurrir sólo esa causa de resolución y de haberse abierto la fase de liquidación, luego lo que se enervaba era la potestad de la Administración de optar entre resolver o mantener la ejecución del contrato si sólo hubiese declaración de concurso. Ahora bien, cosa distinta es que concurriese con una situación de incumplimiento esencial y persistente del contrato, en particular su inejecución, luego la finalidad buscada con la resolución imperativa carecía ya de virtualidad: si el incumplimiento del contrato supuso que se inejecutase, no tenía sentido considerar si procedía mantener o no su ejecución ni, desde luego, tenía ya virtualidad práctica imponer la resolución.

(...) Lo dicho exigía, no obstante, ponderar caso a caso cuál de las causas de resolución debía prevalecer, lo que lleva a valorar respecto del incumplimiento qué se estipuló en las cláusulas, qué circunstancias concurrían, la entidad, y alcance del incumplimiento o la reacción del contratista ante las dificultades de ejecutar el contrato.

6. Ese juicio de proporcionalidad revestía interés respecto de la incautación de la garantía definitiva. Así, de declararse el concurso culpable o fraudulento procede siempre tal incautación (artículo 111 RGLCAP) regla que no rige si se califica como fortuito; por el contrario, si la resolución es por incumplimiento de obligaciones esenciales, al pronunciamiento exigible ex artículo 113.5 del TRLCAP, se añade un juicio valorativo en el que debe precisarse si el incumplimiento del contratista es culpable (artículo 113.4 del TRLCAP).

7. A estos efectos añádase que en caso de concurso la apreciación de tal causa y, en especial su calificación, depende de una decisión extracontractual, del juez del concurso y atendiendo a la situación global del contratista. Por el contrario, el juicio sobre si el incumplimiento es esencial y, además, culpable, implica ya una situación patológica en la concreta relación contractual apreciada por la Administración sin depender de lo decidido en sede concursal, ponderando las circunstancias y el interés público en la ejecución del contrato (cf. artículos 62.2 y 67.1 de la Ley Concursal).

(...) Finalmente la Abogacía del Estado apoya su tesis en el artículo 211.2 de la LCSP 2017, que prevé que, de concurrir diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo, precepto que recoge de manera literal la doctrina del Consejo de Estado (vgr. dictamen 47.892, de 4 de julio de 1985) (...).” (F.D. 5º) [M.V.S.]

Jurisprudencia: Créditos de Derecho Público: Derivación de responsabilidad y clasificación.

STS (Sala 1ª) de 10 de diciembre de 2020, rec. nº 1394/2018.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/436eb6a59f6915cb/20201218>

“(…) La estimación del recurso de casación conlleva que debamos asumir la instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandantes contra la sentencia del juez del concurso.

De acuerdo con lo expuesto, al no considerarse la derivación de responsabilidad tributaria como una sanción, no cabe que se subordinen todos los créditos resultantes, conforme al art. 92.4 LC, sino que conservarán la misma clasificación que correspondería a los créditos de los que provenga la derivación.

Ello supone la estimación en parte del recurso de apelación y con él, también la estimación en parte de las demandas acumuladas. Con el resultado de que los créditos procedentes de la derivación de responsabilidad a que se refiere este litigio habrán de ser clasificados en los términos previstos en las sentencias 1231/2009 y 1232/2009, ambas de 21 de enero: ‘la finalidad del precepto controvertido es la de determinar el ámbito del privilegio general de los créditos de derecho público no clasificados y concretar su restricción mediante la fijación de un porcentaje, de modo que una parte de dichos créditos, en la medida adoptada en atención a razones de política legislativa, queda privilegiada con el rango que le otorga la propia norma y la parte restante (la otra mitad de la cuantía) tiene la calificación de créditos ordinarios, concepto residual pero que acumula la generalidad de los créditos concursales, sujetos a la regla de la par conditio creditorum, de modo que para determinar la base a que debe aplicarse el porcentaje del cincuenta por ciento no cabe tomar en cuenta los créditos incardinables en los artículos 90, 91 y 92 de la Ley concursal, porque los mismos ya están clasificados con una u otra condición y, por consiguiente, quedan fuera de la categoría genérica de los no clasificados’.

Doctrina reiterada por las sentencias 492/2009, de 22 de junio, 589/2009, de 20 de septiembre, 573/2010, de 30 de septiembre, 177/2011, de 17 de marzo, y 215/2011, de 6 de abril.

Ello supone que, excluidos los créditos con privilegio especial y los subordinados, el 50% de la cuota tributaria tendrá el carácter de crédito con privilegio general del art. 91.4º LC y el 50% restante de la cuota tributaria tendrá el carácter de crédito ordinario del art. 89.3º LC. Mientras que las partidas referidas a intereses y recargos, tendrán el carácter de créditos subordinados, del art. 92.3º LC y las correspondientes a multas o sanciones pecuniarias, el de subordinados del art. 92.4º LC.” (F.D. 3º) [M.V.S.]

Jurisprudencia: Transacción judicial. Reintegración concursal y concepto de perjuicio.

SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 3 de diciembre de 2020, rec. nº 1297/2020.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/28c94da60f0d44ca/20201222>

“(…) Solicita el AC, como petición subsidiaria de segundo grado, que se declare la rescisión de los pagos efectuados en fecha julio 2016 por la cantidad de 2.238.649,74 € por causar perjuicio para la masa activa. Los pagos a los que se refiere esa solicitud son los que se produjeron en cumplimiento del pacto transaccional alcanzado entre las partes. La petición, insistimos, se limita a los pagos efectuados como consecuencia del acuerdo, no al acuerdo mismo, que ni se menciona en la demanda del AC que pone en relación los pagos con el contrato de Apoyo de 4 de diciembre de 2014. Considera el demandante que tales pagos fueron perjudiciales para la masa por cuanto se produjeron en un momento en el que Kabaena ya se encontraba en situación de insolvencia, razón por la que resultaron en perjuicio del resto de los acreedores.

(…) La STS 127/2018, de 7 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:728), con cita de las STS 629/2012, de 26 de octubre, cuya doctrina ha sido reiterada en sentencias posteriores (entre otras, sentencias 652/2012, de 8 de noviembre; 100/2014, de 30 de abril; 363/2014, de 9 de julio; 428/2014, de 24 de julio; 631/2014, de 1 de noviembre; 41/2015, de 17 de febrero; 58/2015, de 23 de febrero; 112/2015, de 10 de marzo; 124/2015, de 17 de marzo; 199/2015, de 17 de abril; 340/2015, de 24 de junio; 642/2016, de 26 de octubre), que cita el recurso, define el perjuicio en los siguientes términos:

El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.

Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.

26. La STS 26 de octubre de 2012 (ROJ 7265/2012) analiza la posible reintegración de pagos de cantidades exigibles:

En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.

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

27. Ahora bien, que los pagos realizados en situación de insolvencia puedan considerarse en algunas circunstancias como perjudiciales para la masa no significa que todos los pagos realizados en esa situación deban reputarse perjudiciales, sino que habrá que analizar en cada caso si esa situación de perjuicio por vulneración del par condicio creditorum se produce de forma efectiva. Por tanto, el mero riesgo de que pueda resultar afectado el principio de la paridad entre acreedores no es razón suficiente para justificar la reintegración de esos pagos. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2008 (ROJ 2577/2008), en una rescisión de una operación de préstamo enmarcada en otra más compleja, avala la necesidad de valorar el perjuicio patrimonial atendiendo a la totalidad del negocio. En el mismo sentido se pronuncia la más reciente STS de 28 de marzo de 2012 (ROJ 2995/2012), que en el supuesto de una compraventa y el destino del precio que considera que debe analizarse si unos actos están vinculados con otros, descartando la rescisión cuando todos ellos respondan a una operativa comercial compleja que las partes han querido de forma inescindible.

28. En nuestro caso, consideramos que esto último es lo que ocurre con los pagos cuya reintegración se pretende, que no pueden ser tomados en consideración de forma aislada, sino que lo han de ser en el contexto global del acuerdo transaccional alcanzado entre las partes. La contraprestación a esos pagos fue que Gordon desistiera de las ejecuciones iniciadas, que podrían haber dañado de forma muy seria el patrimonio de la concursada privándole de la marca y de una parte sustancial de las existencias y de los saldos en cuenta corriente, así como de las garantías que servían de fundamento a tales ejecuciones, lo que solo se hizo efectivo una vez realizados esos pagos. Por esa razón no podemos considerar que esté acreditado que los mismos resultaran perjudiciales para la masa y que esté justificada su reintegración. Más bien nos parece que esos actos fueron beneficiosos para la masa activa y que solo así se puede entender que tanto la concursada como las sociedades

de su grupo que la avalaron aceptaran ese acuerdo y realizaran los pagos consiguientes al mismo.” (F.D. 4º) [M.V.S.]

III. DERECHO PROCESAL

1. DERECHO PROCESAL CIVIL

Jurisprudencia: El TS restringe la legitimación pasiva a la compañía de las acciones de impugnación de acuerdos sociales.

STS (Sala 1ª) de 3 de junio de 2019, rec. nº 3350/2012.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/0cb84359d05c2390/20190624>

“(…) tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, la clásica dualidad del concepto de legitimación, ad causam y ad processum, había desaparecido, en cuanto que la norma ahora distingue entre capacidad procesal y legitimación, y refiere esta última solo a la tradicionalmente denominada legitimación ad causam.

(…) las acciones de impugnación de acuerdos adoptados por la junta general deberán dirigirse contra la sociedad. Con ello se restringe la legitimación pasiva a la compañía, en cuanto directamente interesada en la validez de los acuerdos adoptados por uno de sus órganos sociales. Consiguientemente, cualquier otra persona, en principio, carece de legitimación pasiva, sin perjuicio de que por vía de intervención un socio que hubiera votado a favor del acuerdo impugnado pueda voluntariamente coadyuvar como demandado con la sociedad. Pero esta última posibilidad no justifica que, si no lo ha hecho, deba soportar la legitimación pasiva” (F.D. 5º-2).

“la titularidad sobre la cosa o derecho legados, siempre que sean algo específico y determinado, pasa recta vía del causante al legatario, esto es, como recuerda la doctrina, hay sucesión (particular) de causante, por el legatario, sin mediación del heredero. En realidad, lo esencial es que la eficacia directa del legado se produce en relación a cualquier cosa o derecho inequívocamente identificados en el patrimonio del testador” (F.D. 7º-2).

“Bajo el efecto prejudicial que tiene lo resuelto en el pleito anterior, en concreto, el efecto de cosa juzgada material en sentido positivo (...) que priva a los legatarios demandantes de su derecho al legado en aplicación de la «cautela socini» dispuesta por el testador en su testamento, ya no estamos ante un supuesto de legado sobre cosa específica y determinada. Consiguientemente, los herederos y el albacea, al suceder al causante tras su fallecimiento, estaban facultados para hacer uso de los derechos políticos que conferían las acciones al portador (...) y adoptar en una junta

universal los acuerdos objeto de impugnación en el presente procedimiento (F.D. 7º-4) [A.I.B.G.].

Jurisprudencia: El TS estima la nulidad de un contrato “swap” por error en el consentimiento dada la falta de información a quien no es inversor profesional.

STS (Sala 1ª) de 10 de junio de 2019, rec. nº 297/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/4b4084abf831fcec/20190624>

“(…) la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a dichos contratos, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la existencia de un error excusable.

(…) la obligación informativa del banco es activa, no de mera disponibilidad, que ha de ser realizada con antelación suficiente a la firma del contrato y que no puede suponer una mera información sobre lo obvio.

La omisión de información precontractual sobre el coste de cancelación anticipada (elemento esencial a efectos de la calificación del error como invalidante) tampoco fue paliada por el contenido contractual, pues la mera referencia documental a que en la cancelación anticipada «el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada de la permuta financiera» se ha venido considerando por esta sala como insuficiente.

(…) ni la condición de sociedad del cliente ni la experiencia de sus administradores en la gestión empresarial o en la contratación bancaria dentro del tráfico ordinario de la sociedad presuponen la tenencia de los específicos conocimientos financieros que exige la contratación de esta clase de productos debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad del swap (…) en todo caso es la empresa de servicios de inversión la que está obligada a facilitar dicha información, impuesta por la normativa legal, y no sus clientes quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar asesoramiento experto o formular las correspondientes preguntas” (F.D. 2º) [A.I.B.G.].

Jurisprudencia: El TS establece que el incumplimiento de los requisitos legales para la formulación del recurso de casación conlleva su inadmisión.

STS (Sala 1ª) de 12 de junio de 2019, rec. nº 201/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/348c92ebae41c097/20>

[190621](#)

“(…) la imprescindible claridad y precisión del recurso de casación, requisitos implícitamente exigidos en el art. 477.1 LEC, requieren una estructura ordenada que posibilite un tratamiento separado de cada cuestión, con indicación de la norma sustantiva, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo o el principio general del Derecho infringidos. Y además, que el recurrente argumente la infracción con razonable claridad para permitir la individualización del problema jurídico planteado” (F.D. 2º-2).

“La causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del recurso de casación. No obsta que en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia.

(…) la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos” (F.D. 2º-4) [A.I.B.G.].

Jurisprudencia: El TS no atribuye legitimación activa a los intereses colectivos en la impugnación de las resoluciones de la DGRN

STS (Sala 1ª) de 13 de junio de 2019, rec. nº 431/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/31268c3b01c61cf9/20190621>

“(…) tras la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, que reformó el art. 324 LH, para la impugnación de una calificación negativa del registrador, el recurso ante la DGRN es potestativo, de modo que es posible la impugnación judicial directa.

Las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (...) o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal.

(…) restringe la legitimación para recurrir judicialmente la resolución de la DGRN. Expresamente niega esta legitimación, por una parte al Colegio de Registradores, al Consejo General de Notariado y a los colegios notariales, y por otra al notario y al registrador implicados (el notario que autorizó el título y el registrador cuya calificación negativa hubiera sido revocada por la DGRN). Con esta restricción, se ha pretendido que, siendo la DGRN el órgano superior jerárquico común del cual dependen en el ejercicio de su función tanto los notarios como los registradores, no se emplee la impugnación judicial de las resoluciones de la DGRN como cauce para dirimir conflictos institucionales entre los cuerpos notarial y registral. Por eso,

la norma ha ceñido la legitimación a los directamente interesados, ordinariamente, los titulares de derechos que pretendían acceder al registro” (F.D. 2º-2).

“(…) es el art. 328 LH el que atribuye y restringe la legitimación para impugnar las resoluciones de la DGRN en atención a los intereses afectados por la resolución objeto de impugnación. Restringe la legitimación a los titulares de los derechos directamente afectados por la resolución, en los términos antes expuestos, y excluye de esta tutela a los intereses colectivos que pudieran verse afectados por la resolución. Desde el momento en que la ley no atribuye a la tutela de estos intereses colectivos la legitimación activa para impugnar las resoluciones de la DGRN, no se infringe el art. 7.3 LOPJ por el hecho de negarle legitimación activa a la Asociación de Registradores” (F.D. 2º-4) [A.I.B.G.].

Jurisprudencia: El TS fija el alcance del artículo 38 LCS en el caso de una reclamación a entidad aseguradora por el importe de un siniestro tras un expediente de jurisdicción voluntaria.

STS (Sala 1ª) de 6 de junio de 2019, rec. nº 3208/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d9ccef4056af25c/20190624>

“(…) el procedimiento previsto en el artículo 38 LCS es un procedimiento extrajudicial para la liquidación del daño encaminado a lograr un acuerdo sobre el importe y la forma de la indemnización y no a resolver cuestiones sobre las causas del siniestro y la interpretación del contrato.

De esto se infiere, entre otras consecuencias, que (a) resulta innecesario y no está justificado que el asegurador que rechaza la cobertura acuda a este procedimiento, i que exija hacerlo al asegurado; (b) el efecto vinculante del dictamen del perito único no se extiende a cuestiones ajenas a la cuantificación de la prestación debida por el asegurador y no impide a éste cuestionar la existencia del siniestro, su cobertura por la póliza del seguro, y las circunstancias que pudieron influir en su origen o en el resultado.

El dictamen por unanimidad o mayoría es vinculante para las partes, salvo que se impugne judicialmente dentro de los plazos que se establecen. Tal impugnación ha de ser expresa y si no se lleva a cabo el dictamen pericial deviene en inatacable

(…) el informe emitido puede ser impugnado, aparte de por las causas generales nacidas del artículo 1265 del Código Civil (error, violencia, intimidación o dolo) y de las que se refieren al procedimiento estricto, por las que afectan al dictamen pericial, discrepancias sobre las causas del siniestro o el momento, como es el caso, de su acaecimiento” (F.D. 3º-1).

“La imperatividad del procedimiento desaparece por cuanto la discrepancia, aunque incide en la cuantificación, es relativa también al fondo, pues cuestiona la cobertura de la póliza de seguro respecto de esas partidas así como sobre la interpretación del

contrato” (F.D. 3º-2) [A.I.B.G.].

Jurisprudencia: El TS establece que el incumplimiento de los deberes de información en la comercialización de productos financieros complejos no es fundamento de una acción resolutoria del contrato, por lo que tampoco puede servir de fundamento a la excepción de contrato no cumplido.

STS (Sala 1ª) de 12 de junio de 2019, rec. nº 753/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/61e6a88afd04efcc/20190621>

“(…) las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador (F.D. 2º).

“(…) en la comercialización de los productos financieros complejos sujetos a la normativa MiFID, el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual en lo referido a la relación de asesoramiento, pero no dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento.

La exceptio non adimpleti contractu permite una oposición temporal a la exigencia de cumplimiento del contrato por la otra parte, esto es, que mientras una parte no cumpla no puede pedir el cumplimiento de la contraria (...) cuando la prestación no es susceptible de cumplimiento tardío -y no lo es la de información previa o coetánea a la celebración del contrato- esta excepción no puede oponerse” (F.D. 3º) [A.I.B.G.].

Jurisprudencia: El TS establece que la nulidad por error vicio en la compra de obligaciones subordinadas conlleva la restitución de la inversión y de los intereses legales.

STS (Sala 1ª) de 12 de junio de 2019, rec. nº 4116/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/56a76e350d6370a2/20190621>

“(…) resulta improcedente la imposición de intereses pactados, dado que la cliente no pactó dicho interés con la entidad bancaria, por lo que el interés a percibir debe ser el interés legal de acuerdo con lo solicitado en la demanda” (F.D. 2º-1).

“los efectos de nulidad contractual alcanzan ambas partes, entidad bancaria y adquirentes, y consisten en la restitución por la entidad bancaria del importe de la inversión realizada por los adquirentes, más el interés legal desde que se hicieron

los pagos, y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos, más el interés legal desde la fecha de su abono” (F.D. 2º-2) [A.I.B.G.].

Jurisprudencia: El TS declara la posibilidad de celebrar válidamente contratos de novación que tengan por objeto cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser declarado judicialmente

STS (Sala 1ª) de 11 de noviembre de 2020 rec. nº 1532/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b15074dfb13050cd/20201123>

“(…) es admisible una transacción, aunque la obligación preexistente sobre la que exista la controversia pudiera ser nula por falta de transparencia y/o abusividad, circunstancia que sólo podría determinarse si se declara dicha nulidad judicialmente, y siempre que la nueva relación jurídica nacida de la transacción no contravenga la ley” (F.D. 4º-2).

“(…) la transacción extrajudicial es un contrato (...) lo que genera un vínculo obligacional cuyo cumplimiento está sujeto a las reglas generales de los contratos. Como cualquier otro negocio jurídico, lo convenido por las partes tiene eficacia vinculante entre ellas en tanto no se justifique su nulidad” (F.D. 4º-3).

“Ahora bien, la validez de los acuerdos transaccionales que tengan por objeto cláusulas susceptibles de ser declaradas abusivas en contratos con consumidores (...) requieren su conformidad con las reglas generales que disciplinan la validez de los contratos y también con las específicas relativas a los contratos con consumidores, incluyendo las relativas al requisito de la transparencia material” (F.D. 4º-9).

“(…) la falta de transparencia de la cláusula suelo no determina la nulidad de la obligación de pago de intereses, sólo la de uno de los elementos que la delimitan. La cláusula suelo constituye un elemento de la relación obligatoria de pago de los intereses de un préstamo hipotecario (que introduce un límite inferior a la variabilidad del interés), incide en el alcance de la obligación de pago de intereses, pero su modificación o supresión no extingue tal obligación ni la relación jurídico-negocial del préstamo en que se integra.

La sustitución de un límite por otro, o su supresión, si bien comporta una modificación de la relación obligatoria de pago de los intereses, no constituye una novación extintiva, puesto que subsiste la misma relación obligatoria con esa alteración o supresión del límite inferior a la variabilidad del interés, por lo que estamos en presencia de un supuesto de novación impropia o meramente modificativa.

(...) por la intensidad de los efectos extintivos que provoca esta modalidad de novación está sujeta a un mayor formalismo, exigiéndose una declaración de voluntad expresa, o bien una exteriorización de la voluntad novatoria o animus

novandi por razón de la incompatibilidad “de todo punto” entre la antigua y la nueva obligación. Circunstancias que no concurren en este caso” (F.D. 4º-11).

“Tanto esta sala como el TJUE han reconocido en su jurisprudencia la posibilidad de pactar válidamente, en el marco de un acuerdo transaccional, una novación de una cláusula suelo, cuyo potencial carácter abusivo pueda ser declarado judicialmente, en la que el consumidor renuncie a los efectos que pudieran derivarse de una eventual declaración judicial de nulidad, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado” (F.D. 6º-1) [A.I.B.G.].

2. DERECHO PROCESAL PENAL

Jurisprudencia: El TS declara la nulidad de una sentencia absolutoria y su reenvío al tribunal de instancia por defectos en la valoración de la prueba efectuada.

STS (Sala 2ª) de 16 de noviembre de 2020, rec. nº 10306/2020.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/2ae815c4fa9d8021/20201124>

“(…) Cuando [las conclusiones alcanzadas] juegan a favor del reo solo una valoración irracional o patentemente apartada de la lógica o de espaldas a la prueba practicada o indebidamente omitida puede ser corregida por vía de recurso dando lugar no a la subsanación en esta sede -no factible en fase de recurso si es contra reo por cuestiones probatorias-, sino a la nulidad y reenvío a la instancia.” (F.D. 1º)

“(…) La absolución recaída en esta causa no se combate exclusivamente a través del art. 849.1º. Se yuxtapone un motivo, presuntamente subsidiario y no solo complementario, canalizado por el art. 852 LECrim. No se consigna, empero, una solicitud explícita reclamando la nulidad de la resolución y la consiguiente devolución al Tribunal a quo. Eso en una primera aproximación podría vislumbrar como un posible inconveniente para reformatear la queja (art. 240.2 LOPJ).

(…) La anulación de unas actuaciones procesales en fase de recurso solo puede decretarse a instancia del recurrente (principal o, en su caso, adhesivo), salvo que se aprecie falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o vicio grave de la voluntad de los integrantes del órgano judicial causado por violencia o intimidación.

(…) esa disposición [art. 240.2 LOPJ] ha de entenderse no en un sentido estrictamente formal o ritual. Cabe introducir dosis de flexibilidad. Será factible la nulidad cuando esa sea la consecuencia natural o inevitablemente anudada a la pretensión impugnativa elevada, por más que el recurrente no acierte a expresar con claridad y formalmente los términos de la nulidad que materialmente sí solicita, aunque sea de manera implícita (STS 299/2013, de 27 de febrero).

(…) Desde esa perspectiva no encontramos obstáculos para anular la sentencia

devolviendo la causa a la Audiencia para que integre la valoración realizada en la primera sentencia indicando las conclusiones (o falta de conclusiones) que alcanza a la vista de la prueba desarrollada en lo atinente al conocimiento (real o eventual) o ignorancia por parte del procesado de las finalidades de las tareas en que intervino y, en su caso, la vinculación causal de esas acciones con los delitos por los que venía siendo acusado.” (F.D. 3º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: La captación y grabación de las comunicaciones en domicilio privado no puede autorizarse durante un plazo abierto y sin determinación de los encuentros o dependencias que serán objeto de vigilancia.

STS (Sala 2ª) de 28 de diciembre de 2020, rec. nº 10289/2020.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/6e409d4add6dd3ca/20210119>

“(…) La capacidad del Estado para adentrarse en el domicilio de cualquier ciudadano -por más que se trate del sospechoso de una infracción penal- no puede aspirar a prolongarse en el tiempo. La utilización de dispositivos de grabación y escucha en el domicilio del investigado ha de ser concebida como un acto procesal de máxima injerencia -y, por tanto, de mínima duración- en la inviolabilidad del domicilio y, con carácter general, de la privacidad.

(…) La instalación de dispositivos de grabación de sonido e imágenes (...) no puede autorizarse por ‘...un término de treinta días naturales, pasados los cuales cesará la misma, de no comprobarse o descubrirse los hechos que se investigan, salvo que sea necesaria su prórroga, previa solicitud motivada a tal efecto’.

(…) la quiebra del marco constitucional de garantías se produjo por la concesión de un plazo abierto, sin conexión con encuentro previsible que fuera descrito en la solicitud. Se vincula también con la previsión de una prórroga a la que el Juez de instrucción se mostraba dispuesto para el caso de que nada de lo escuchado durante un mes fuera relevante para la instrucción. Y se hace también visible cuando el auto ni siquiera se preocupa de precisar, conforme exige el art. 588 *quater* c), los lugares o dependencias en los que la intromisión del Estado podía considerarse legítima y, de modo especial, ‘...los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia’.

(…) nuestro sistema constitucional no autoriza, por el medio de investigación que contempla el art. 588 *quater* a) de la LECrim, una resolución jurisdiccional que despoje al investigado de la intensa y reforzada expectativa de privacidad que es consustancial a los actos propios de la vida que se desarrollan en el domicilio. Y no avala, desde luego, una resolución habilitante que fije un período abierto de duración de la injerencia, desconectado de la específica mención de los encuentros que aspiran a ser grabados y, lo que es igualmente grave, sin indicación expresa de aquellos lugares de la vivienda que van a quedar afectados por la intromisión. La utilización de dispositivos de grabación y escucha de las comunicaciones orales

abiertas que se desarrollan en el domicilio del investigado no es un acto más de investigación, susceptible de ser asimilado a otros actos de instrucción que también inciden de forma directa en el contenido del art. 18 de la CE. Su potencial intrusivo en lo que se ha llamado el núcleo duro de la intimidad no es equiparable a ningún otro y obliga a contemplar su utilización con el marcado signo de la absoluta excepcionalidad.

(...) Por cuanto antecede, la Sala declara que el auto (...), vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad en las comunicaciones abiertas que se desarrollan en su interior.” (F.D. 2º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: El TS examina el valor probatorio de la declaración de la víctima de delitos sexuales y los parámetros de referencia para su valoración por el tribunal.

STS (Sala 2ª) de 13 de enero de 2021, rec. nº 891/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/aba5c7bcb4de06b8/20210202>

“(…) La existencia de contradicciones de matices en las declaraciones de la víctima no pueden entenderse como determinantes para dudar de la veracidad de su testimonio.

(…) hemos precisado en numerosas ocasiones que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de estas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas cuando con unas u otra se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (...).

(…) Por otro lado, señala, también, esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 349/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 10079/2019 que: ‘(...) la contradicción debe ser esencial y nuclear para deducir de ella que existen dudas de la veracidad de la declaración (...).’

(...) esta asunción de la declaración de la víctima y su veracidad no supone un ataque frontal a la presunción de inocencia, o a la vulneración del principio *in dubio pro reo*, ya que ello se supone que existe ante ausencia de prueba, lo que no concurre cuando el tribunal queda convencido de la veracidad en la declaración de la víctima, la cual emerge en estos casos en el proceso penal como una auténtica prueba de cargo que es valorada por el tribunal y debidamente motivada en la sentencia que

dicta el mismo.

(...) es la casuística concreta la que fijará la adecuación de esos criterios, o parámetros, al supuesto concreto de hecho y si existe, -cuando sea posible- una mínima corroboración, pero sin olvidar que puede que ésta no exista, sin que ello impida que la declaración de la víctima pueda pesar más que la del acusado en los supuestos en los que el tribunal fije unos hechos probados de signo condenatorio en razón a la contundencia de esa declaración de la víctima que le permite erigirse como auténtica ‘prueba de cargo’ que enerve la presunción de inocencia.

(...) No puede establecerse (...) una pugna entre el valor preeminente de una declaración de la víctima y otra declaración, la del acusado, en el proceso penal, ya que ninguno de los casos tiene un valor de superposición de uno sobre otro, sino que debe ser el caso concreto y la práctica de la prueba lo que determine cuál es la que provoca y produce mayor convicción en este caso en el Tribunal, partiendo siempre de la base de que la presunción de inocencia es la que debe destruirse por la credibilidad que puede suponer en este caso la declaración de la víctima contrastada y corroborada por otros medios probatorios, en el caso de que esto sea posible.” (F.D. 2º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: La emisión de una orden europea de detención y entrega interrumpe la prescripción del delito.

STS (Sala 2ª) de 21 de enero de 2021, rec. nº 1279/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/0c3970850eaef6fa/20210204>

“(...) las resoluciones o diligencias que se practiquen en una causa, para tener virtualidad interruptiva, han de poseer un contenido sustancial propio de la puesta en marcha y prosecución del procedimiento demostrativas de que la investigación o tramitación avanza y progresa, consumiéndose las sucesivas etapas previstas por la ley o que demanden principios constitucionales o normas con influencia en derechos fundamentales de naturaleza procesal, superando la inactividad y la paralización.” (F.D. 3º)

“(...) la orden de detención europea, entre otros contenidos, necesariamente integra el acuerdo de privación de libertad de la persona sobre la que recae, que restará (al margen de los casos en que se libra para ejecutar una condena) según la trasposición decidida por cada Estado, en situación de prisión provisional, o cuando menos, puesta a disposición judicial que de entenderse precedente su libertad provisional deberían acordarse medidas cautelares para asegurar su plena disponibilidad.

(...) En relación a los autos en que se acuerda la medida cautelar de privación de libertad, contamos con jurisprudencia pacífica en relación a la resolución en que se acuerda la prisión provisional, donde se declara que el auto de prisión provisional sí interrumpe el plazo de la prescripción, en cuanto que supone una resolución

mediante la que se pone de relieve la voluntad de persecución delictiva (...).” (F.D. 6º)

“(…) En definitiva (...) la emisión de una orden de detención y entrega europea, interrumpe la prescripción del delito; como hemos reiterado, implica una activación del proceso, se activa la persecución y refuerza la imputación de la persona sobre la que recae; y en relación a su importancia, sistemática o naturaleza, son predicables *ad maiorem ratio*, los criterios jurisprudenciales en virtud de los cuales se concluye que la solicitud de extradición, interrumpe la prescripción.

Ciertamente, la emisión de la ODE, no conlleva que el sujeto sobre el que recae esté localizado, pero aun así, la ODE integra una resolución judicial autónoma tendente a privar de libertad a una persona o al menos que reste sometido a medidas cautelares que determinen su disponibilidad a favor de una autoridad judicial de un Estado de la Unión; resolución donde ya resultan cumplimentados todos los requisitos necesarios para que esa persona sea entregada al Juzgado o Tribunal emisor, en el momento que fuere localizado; donde en ese momento ya no se precisa resolución judicial ulterior sino la remisión a la autoridad judicial competente del Estado de ejecución (...).” (F.D. 7º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: El ejercicio de la acción a sabiendas de que no puede prosperar puede conllevar la condena en costas de la acusación particular.

STS (Sala 2ª) de 21 de enero de 2021, rec. nº 1026/2019.

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/2f3e7b3015d62c74/20210201>

“El artículo 240.3 de la LECRIM prevé la imposición de las costas al querellante particular cuando resultare de las actuaciones que ha obrado con temeridad o mala fe.

(...) debe entenderse que tales circunstancias han concurrido cuando carezca de consistencia la pretensión de la acusación particular en tal medida que puede deducirse que quien ejerció la acción penal no podía dejar de tener conocimiento de la injusticia y sinrazón de su acción. Del mismo modo que se considera temeridad cuando se ejerce la acción penal a sabiendas de que el querellado no ha cometido el delito que se le imputa (...)

En palabras que rescatamos de la STS 842/2009 de 7 de julio ‘habrá que ponderar la consistencia de la correspondiente pretensión acusatoria, teniendo en cuenta, por un lado, la procedencia de mantener una interpretación restrictiva de estos términos legales, pero sin olvidar que el que obliga a otro a soportar una situación procesal debe responder por los gastos que tal situación le ha originado, salvo limitadas excepciones en las que se haya podido considerar que tenía razones para suponer que le asistía el derecho’.

(...) tanto la temeridad como la mala fe entrañan que la acusación particular -por desconocimiento, descuido o intención-, perturba con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal, reflejando el deseo de ponerlo al servicio de fines distintos de aquellos que justifican su existencia; razón por la que la jurisprudencia proclama que la temeridad y la mala fe han de ser notorias y evidentes.

(...) El artículo 142.4ª cuarto LECRIM prevé como contenido necesario de la sentencia el pronunciamiento correspondiente a las costas (...) en el caso de sentencia absolutoria el pronunciamiento habrá de ser su declaración de oficio, salvo que alguna parte haya solicitado que se impongan a la acusación particular, pues la petición de una sentencia absolutoria no implica necesariamente que se reclamen las costas para la acusación no pública. Eso requiere algo más: justificar que su actuación estaba inspirada por la mala fe, o desbordaba la mínima prudencia y mesura exigibles (...) de manera mayoritaria esta Sala se ha decantado por exigir una petición expresa.

(...) Las acusaciones sabían que su pretensión contra los responsables civiles subsidiarios, vinculados solo a los daños y ajenos a la trama que a su criterio soportaba la calificación como delito de estafa, no podía prosperar. Incluso podría también hablarse de mala fe, pues la incorporación subrepticia de una pretensión penal que ya había sido rechazada por resolución firme, sin duda instrumentalizó el proceso penal, con el efecto disuasorio que a este acompaña, para evitar la reclamación ante la jurisdicción civil a la que el Juzgado competente les había remitido.” (F.D. 2º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: El incumplimiento de los plazos procesales no conlleva la automática aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

STS (Sala 2ª) de 28 de enero de 2021, rec. nº 10638/2020.

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/c1905b4f4cc427d1/20210209>

“(…) Como este tribunal ha mantenido de forma reiterada, el simple incumplimiento de los plazos procesales no justifica la solución atenuatoria propugnada (...).

(...) El incumplimiento de los plazos procesales puede generar, también, consecuencias preclusivas y no preclusivas que afecten a la propia regularidad del proceso, a la validez de determinadas actuaciones y a la obtención y aprovechamiento de fuentes probatorias.

Así, y a título meramente descriptivo, el incumplimiento de los plazos procesales puede provocar la clausura de la fase de investigación -vid. artículo 324 LECrim- o de la fase intermedia -vid. artículos 784.1, inciso segundo, y 800.6, ambos, LECrim-

Como consecuencias de naturaleza no preclusiva, el incumplimiento del mandato de traslado de la imputación sin demora justificada, como exige el artículo 118 LECrim, puede afectar al nivel exigible de equidad del proceso y a la efectividad de los derechos de defensa.

(...) también, desde luego, puede fundar la atenuación de la responsabilidad penal declarada. Pero para ello, debe identificarse, primero, el carácter indebido y extraordinario del tiempo transcurrido y, segundo, una tasa significativa de aflicción para la persona afectada que supere la que puede esperarse del propio desarrollo de todo proceso en el que está en juego la libertad personal.

(...) Lo extraordinario e indebido de la dilación que reclama el tipo como condiciones de apreciación obliga a una evaluación integrada de todos los factores señalados. El tiempo total de duración del proceso es un dato significativo, pero no suficiente pues, insistimos, debe ‘medirse’ en términos funcionales. Ha de evaluarse su correlación para el adecuado desarrollo de las actuaciones seguidas, a partir del número y necesidad de las diligencias practicadas a la luz del objeto del proceso, la conducta procesal de la parte y, sin duda, la propia regularidad en el impulso y la dirección procesal.

De tal modo, la duración de un proceso podrá calificarse de dilación extraordinaria e indebida cuando carezca de toda conexión razonable con las necesidades de producción temporalmente necesaria y diligente de los actos procesales, provocando un exceso manifiesto, ya sea por la injustificada inacción o paralización procesal, por la actividad procesal desordenada o carente de justificación teleológica o por incidencias procesales provocadas por errores de tramitación, provocando un plus aflictivo a la persona sometida al proceso. Y siempre y cuando, además, ninguno de estos factores pueda ser imputado a la conducta procesal de la parte que sufre el transcurso excesivo del tiempo.

Lo que obliga a quien invoca la atenuación a precisar, por un lado, el *iter* de actuaciones procesales no ajustadas al canon de la razonabilidad temporal de producción. Y, por otro, a describir los costes de especial aflicción que se consideran concurrentes (...).” (F.D. 2º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: La intervención de las comunicaciones podrá ser acordada cuando existan datos objetivos que la avalen, no bastando la existencia de meras sospechas o conjeturas.

STS (Sala 2ª) de 25 de febrero de 2021, rec. nº 1716/2019.

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/28ec961b0ec1c8e4/20210308>

“(…) Para que sea constitucionalmente legítima una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones el Juez ha de verificar la presencia de indicios constatables por un tercero que rebasen el dintel de las meras sospechas y gocen de cierta potencialidad acreditativa. Sin llegar a constituir prueba, han de representar

algo más que una conjetura. No bastan meras afirmaciones apodícticas de sospecha. El órgano judicial ha de valorar no sólo la gravedad y naturaleza de los delitos que se pretende indagar; y la necesidad de la invasión de un derecho fundamental para esa investigación. Es imprescindible que efectúe un juicio prudencial sobre el nivel cualificativo de los indicios que respaldan las sospechas.

La suficiencia de los indicios para llegar a afirmar la probabilidad de las deducciones justificativas de las escuchas es valoración que no puede hurtarse al Juez de Instrucción: no puede descansar exclusivamente en los agentes policiales. No basta con que éstos afirmen que tienen sospechas fundadas o que exterioricen sus conclusiones para que el Juez las asuma acríticamente. Es necesario que aporten al instructor los elementos objetivos que apoyan ese juicio de probabilidad para que este pueda realizarlo autónomamente y no de forma vicaria. La constatación de la solidez de esos indicios es parte esencial del proceso discursivo y valorativo que debe realizar el Juez antes de conceder la autorización. Es el Instructor quien ha de sopesar el nivel de probabilidad que se deriva de los indicios. Sólo cuando éste adquiera cotas que sobrepasen la mera posibilidad, estará justificada la injerencia.

(...) La STC 197/2009 de 28 de septiembre, contiene una buena síntesis de esa aludida doctrina, bien conocida y muchas veces reiterada:

‘(...) la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento.

(...) Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (...).

(...) Y, del mismo modo, que no existan otras actuaciones de investigación que, de modo evidente, pudieran resultar útiles y que sean menos gravosas para los derechos fundamentales del sospechoso’ (...).” (F.D. 3º) [E. de L.G.]

Jurisprudencia: El TS examina la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de los delitos cometidos en el extranjero cuando existen delitos conexos cometidos total o parcialmente en España.

STS (Sala 2ª) de 23 de marzo de 2021, rec. nº 3946/2019.

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/51c90c1ef12c0e6d/20210407>

“Para los delitos conexos cuyo enjuiciamiento conjunto es insoslayable (...), el art. 18 LECrim establece criterios competenciales. Pero cuando uno de los órganos con competencia concurrente es la Audiencia Nacional hay una regla especial. La Audiencia Nacional atrae para sí la competencia para conocer del resto de infracciones conexas por disponerlo así el art. 65.1º, párrafo último de la LOPJ, que prevalece sobre los criterios del art. 18 LECrim.

(...) La Audiencia Nacional es competente para conocer de los delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles (art. 65.1º e) en relación con el art. 23 LOPJ).

Para afirmar esa competencia objetiva es necesario que el delito se cometa en su integridad en el extranjero. Los delitos de tracto continuado o los permanentes o complejos o continuados que, en parte, han sido cometidos en España y en parte en el extranjero, deberán ser enjuiciados por el órgano del territorio español en que, aunque no totalmente, hayan sido perpetrados (...)

(...) La clave para resolver este asunto será comprobar si según las acusaciones alguno de los dos delitos imputados se ha desarrollado íntegramente en territorio extranjero. Un delito cometido fuera del territorio nacional a los efectos del art. 65.1º e) LOPJ hay que entenderlo de esa forma.

Si es así, la Audiencia Nacional atraerá la competencia para conocer de él y su conexo. Si, sin embargo, pueden identificarse acciones en ambas infracciones - elementos de la tipicidad y no meros actos preparatorios (decisiones, acuerdos, planificación) o de agotamiento (lugar donde van a desplegar sus efectos los contratos)- realizados en España, entonces la Audiencia Nacional no será competente. Lo será la Audiencia del territorio español donde se hayan llevado a cabo esas acciones integrantes de una tipicidad, de una actividad delictiva, que, por no ser puntual, se ha desarrollado en lugares diferentes.” (F.D. 8º) [E. de L.G.]

IV. DERECHO DE TRABAJO

Jurisprudencia: Un Médico de Familia que presta servicios de 8 a 15 horas los martes y de 13 a 20 el resto de días de la semana, sin rotación con otro médico, no se puede considerar trabajador a turnos, por lo que no tiene derecho al plus de turnicidad.

STS (Sala 3ª) de 1 de octubre de 2020, rec. nº 5699/2018

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5bc83bc3e9918002/20201014>

“1. Don Hermenegildo, Médico de Familia, presta servicios en el Centro de Salud

de Algorta, en la Organización de Servicios Integrada Uribe (en adelante, OSI Uribe).

2. Desarrolla su trabajo semanal de forma continuada atendiendo a un cupo de pacientes en turno de mañana los martes de 8 a 15 horas y en turno de tarde los otros cuatro días de 13 a 20 horas. Este trabajo se realiza sin rotar, luego sin que otro facultativo atienda al mismo cupo de pacientes.

3. Al amparo del artículo 46.2.h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (en adelante, EMPESS) y del artículo 106 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo en el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, aprobado por Decreto Autonómico 235/2007, de 18 de diciembre, (en adelante, Acuerdo Regulador) solicitó el 15 de febrero de 2016 ante el Director Gerente de la OSI Uribe que se le reconociese el complemento de turnicidad por prestar sus servicios en turnos de mañana y tarde.

4. Por resolución 709/2016, de 7 de julio, del Director General del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, se denegó la solicitud, lo que confirmó en primera instancia la sentencia 119/2017, de 27 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Bilbao, dictada en el recurso contencioso-administrativo 570/2016.

5. La razón es que tal complemento se percibe si el puesto de trabajo es servido sucesivamente por más de un facultativo de modo que tras finalizar el primero su jornada entre otro a servirlo” (FD 1º).

“En efecto, en la sentencia que acaba de citarse este tribunal, tras reproducir los artículos 43 y 46.2.h) del EMPESS y el artículo 106 del Acuerdo Regulador, ha dicho lo siguiente, siendo idéntico el reparto horario y sólo diferenciándose por los días de la semana:

‘SEXTO.- El juicio de la Sala. ‘El caso que se plantea se refiere al abono del complemento de turnicidad a personal estatutario que desempeña plaza de facultativa médico, en lo relativo al desarrollo de su jornada ordinaria de trabajo, que cumple de 13 a 20 horas de lunes a jueves y de 8 a 15 horas los viernes, y se trata de un puesto de trabajo respecto al que ‘[...] no existe equipo de personas que ocupen sucesivamente el mismo puesto de trabajo [...]’, como hace ver el fundamento segundo de la sentencia de instancia y en el mismo sentido la de apelación. ‘Se trata, por tanto, de un supuesto distinto al que examinó la STJUE de 3 de octubre de 2000, en el caso C-303/98 , que en relación a la anterior Directiva 93/104, que recogía sin alteraciones lo que sobre el régimen de trabajo a turnos establece la actual directiva 2003/88, dispuso que ‘[...]El trabajo realizado por los médicos de Equipos de Atención Primaria durante el tiempo dedicado a atención continuada constituye un trabajo por turnos y dichos médicos son trabajadores por turnos en el sentido del artículo 2, puntos 5 y 6, de la Directiva 93/104 ‘. Dicho trabajo de atención continuada se presta en un régimen sustancialmente diferente al de jornada ordinaria a que se refiere la pretensión de la actora, ya que en aquel el régimen de trabajo es cíclico (cada 11 días) se desarrolla en un régimen que reúne

todas las características propias del trabajo a turnos, ya que como señala la citada sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2000, implica ‘[...] un método de organización del trabajo según el cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo con arreglo a un ritmo rotatorio, que implica para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo a distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas’.

‘En el caso de la jornada ordinaria que realiza la actora, que es respecto a la que se reconoce el régimen de turnicidad en la sentencia recurrida, no existe ritmo rotatorio, ya que de aplicar el sentido que otorga la sentencia recurrida, sería rotatorio a estos efectos todo aquello que sigue una secuencia temporal, y obviamente cualquier jornada de trabajo está sujeta a un ritmo repetitivo en los sucesivos días, de manera que no es este el sentido que cabe atribuir a la expresión ‘rotatorio’. Es consustancial al concepto de rotatorio la idea de que distintos trabajadores, sea formando equipos que se turnan, o individualmente, atienden una misma necesidad funcional del puesto de trabajo o equipo de puestos de trabajo, y que además implica, por la secuencia rotatoria del turno, que los trabajadores deban cumplir su jornada de trabajo en distintos horarios según la secuencia rotatoria con la que van turnando. En este mismo sentido puede verse la sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, de fecha 13 de febrero de 2006 (rec. cas. para la unificación de doctrina 4687/2004-ES:TS:2006:803), que concluye, también en relación a un litigio sobre cumplimiento de jornada en su servicio médico que un ‘[...] turno específico que es el anteriormente reflejado, de 17 a 9 horas los días laborables y de 21 a 9 los domingos y festivos [...] no está comprendido entre los afectados por el ‘turno rotatorio (mañana, tarde y noche)’ al que se refiere el Acuerdo de 27 de Diciembre de 1999, pues la expresión gramatical del precepto es clara y no permite abrigar dudas, de tal suerte que lo procedente es llevar a cabo su interpretación literal (arts. 3.1 y 1281, párrafo primero del Código Civil), sin necesidad de acudir a los demás medios hermenéuticos’.

2. Con base en tal razonamiento, la sentencia que se cita fijó la siguiente doctrina jurisprudencial aplicable al caso: ‘La doctrina jurisprudencial que fijamos es que la interpretación del complemento de trabajo por turnicidad debe tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 46.2.h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, sobre trabajo por turnos, en relación al art. 2.5) de la Directiva 103/94 del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo por turnos. Por consiguiente, el trabajo a turnos implica, desde el punto de vista de la prestación de los trabajadores, la necesidad de realizar un trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas como consecuencia de la organización del trabajo en grupos, esto es, varios empleados - puede ser uno o varios en cada turno- que atiendan sucesivamente el mismo puesto’’. (FD 2º). [E.T.V].

Jurisprudencia: Las demandas planteadas frente a UNIBASQ por parte del personal laboral de la Universidad del País Vasco, como ente evaluador de los méritos de investigación, deben de

efectuarse ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

STS (Sala 4ª) de 17 de noviembre de 2020, rec. nº 46/2019

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6de2c259ed4c8e4d/20201209>

“El art. 1 LRJS dispone que ‘Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias’.

Por su parte, el art. 2.1 a) LRJS, atribuye al orden social las controversias entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo; y en la letra ñ) de ese mismo precepto, delega en el orden social la competencia para conocer de las reclamaciones contra las Administraciones públicas cuando se trata de dilucidar su responsabilidad conforme a la legislación laboral (...)

(...) Con remisión a las SSTS 9/3/2015, recurso 119/2014, y 14/10/2014, rec. 265/2013,- a las que igualmente se refiere la recurrida-, recordamos en dicha resolución que la distribución competencial ha variado tras la entrada en vigor de la LRJS, pero debe partirse de la clara distinción entre:

‘a) Las actuaciones de la Administración pública ‘realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones’ en materia laboral, sindical y de seguridad social, las que como regla, tratándose de actos singulares o plurales (no de disposiciones generales o asimilados) de su impugnación conoce, como regla, el orden social, con excepciones (en especial en materia de actos de la TGSS) a favor del orden contencioso-administrativo en especial ‘siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional’ (arts. 1, 2 letras n y s, y art. 3 letras a, e y f LRJS);

y b) Los actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de los trabajadores a su servicio de cuya impugnación conoce siempre el orden social (arts. 1, y 2 letras a, b, e, i LRJS), si bien cuando tales afectos afectaren conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario, la LRJS ha optado por atribuir el conocimiento de la impugnación de tales actos en materia laboral o sindical (materia de derechos de libertad sindical y huelga, pactos o acuerdos ex EBEP o laudos arbitrales sustitutivos) al orden contencioso-administrativo (art. 2 letras f y h y art. 3 letras c, d y e LRJS), salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena (arts. 2.e y 3.b LRJS)’

(...), la solución no puede ser otra que la de declarar la incompetencia del orden social.

Es cierto que la cuestión debatida afecta únicamente al profesorado universitario

con relación laboral, y no estamos ante un acto plural que extienda sus efectos al personal funcionario.

Pero lo que en este caso se impugna no es una decisión o actuación de la Universidad empleadora, sino un acto administrativo de un ente público distinto y ajeno a la relación laboral, que no mantiene ninguna clase de vínculo de tal naturaleza con los posibles afectados por su resolución.

La finalidad de su intervención es la de realizar la evaluación y homologación de la actividad investigadora de los profesores universitarios que lo soliciten, sin que esta actuación suponga el ejercicio de potestades y funciones en materia laboral, para cuya impugnación fuese competente el orden social conforme a lo previsto en el art. 1 LRJS.

Es innegable que la decisión que finalmente adopte aquel organismo sobre la evaluación de la actividad investigadora de los docentes podrá tener posteriormente incidencia en la relación laboral, a la hora de devengar el complemento retributivo por méritos investigadores, pero eso no significa que se trate de una actuación en materia laboral que sustraiga la competencia del orden contencioso administrativo.

La actuación de UNIBASQ tiene como exclusiva finalidad la de evaluar y homologar la actividad investigadora de los docentes, y se enmarca en el ámbito de una estricta actuación administrativa ajena al derecho del trabajo, ligada a los parámetros de calidad universitaria impuestos en la legislación nacional en congruencia con los criterios del ordenamiento de la UE.

Que esa actuación pudiere desplegar posteriormente unos determinados efectos en el ámbito laboral no modifica su naturaleza jurídica, al punto de atraer la competencia al orden social, sin perjuicio, obviamente, de las ulteriores reclamaciones que pudieren presentar los trabajadores contra su empleadora, en el caso de que estén disconformes con la forma en que eventualmente pudiere aplicarse en el futuro por parte de la misma la decisión dictada por aquel otro organismo.

Son dos ámbitos de actuación distintos, cuya discusión debe encauzarse separadamente ante cada uno de los órdenes jurisdiccionales que corresponda.

Tampoco altera esta consecuencia el hecho de que en el presente procedimiento se haya codemandado formalmente a la Universidad empleadora, cuando el único objeto de la pretensión ejercitada es el de impugnar el contenido de la resolución dictada por UNIBASQ, sin que se haya producido todavía ninguna clase de actuación a tal respecto por parte de la empresa.

En definitiva, no siendo UNIBASQ la empleadora, y ciñéndose su actuación al marco legal de las competencias que tiene asignadas para la evaluación de la actividad investigadora de los profesores universitarios, corresponde al orden contencioso administrativo de la jurisdicción el conocimiento de la pretensión ejercitada en la demanda” (FD 3º). [E.T.V].

Jurisprudencia: Despido colectivo por pérdida de contrata declarado ajustado a derecho, pese a que la empresa haya realizado nuevas contrataciones, ya que se produjeron para otros centros de trabajo o para la cobertura de tareas distintas a las que integraban la actividad de las personas despedidas.

STS, Pleno, (Sala 4ª) de 18 de noviembre de 2020, rec. n° 62/2020

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/868850687ca0e319/20201218>

“Lo que los recurrentes suscitan guarda relación con el examen de la proporcionalidad y racionalidad de la medida extintiva, que, recordemos, afecta a 145 contratos de trabajo. Consideran ambos sindicatos que la pérdida de la contrata no serviría de causa de justificación porque la empresa ha efectuado nuevas contrataciones, sustituyendo a trabajadores indefinidos por temporales; y porque la realización de horas extraordinarias evidencia la deficiencia estructural de la plantilla y, por tanto, la posibilidad de recolocación.

Esta Sala IV del Tribunal Supremo ha venido declarando que, tal y como quedan definidas en el art. 51.1 ET, las causas productivas existen cuando se produce una reducción del volumen de actividad que incide en el buen funcionamiento de la empresa. Así, pues, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de la producción contratada que provoca dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; y como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende (así, STS/4ª de 26 abril 2013 -rcud. 2396/2012- y STS/4ª/ Pleno de 13 mayo 2019 -rec. 246/2018-).

Por otra parte, hemos sostenido que este tipo de causas puede actuar tanto en el ámbito de la empresa en su conjunto, como en un solo centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Esto sucede cuando lo que se produce es una situación de desajuste -entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado-, que afecta y se localiza en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanza a la entidad globalmente considerada. En tales casos el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes, de manera que, si lo que sobra es mano de obra y así se ha constatado como causa para la extinción de los contratos, la amortización de los puestos de trabajo es la consecuencia de tal medida y no impone la legalidad vigente la obligación del empresario de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio, salvo que se prefiera desplazar el problema de un centro de trabajo a otro, pero sin solucionarlo (STS/4ª de 16 septiembre 2009 -rcud. 2027/2008-).

(...) Lo que venimos exponiendo nos sirve para sostener que, en efecto, la pérdida

o finalización de la contrata, a la que la empresa dedicaba un volumen considerable de la plantilla en un determinado centro de trabajo, posee virtualidad suficiente para amparar medidas extintivas en los términos indicados por el mencionado art. 51.1 ET, sin que el hecho de que la empresa posea otros centros de trabajo desvirtúe tal justificación, máxime cuando en ellos no se desarrollaba actividad alguna relacionada con el contenido de la específica contrata ahora desaparecida del escenario empresarial”. (FD 2º).

“Tras lo dicho, nos resta examinar si, no obstante la apreciación de la concurrencia de la causa, cabría apreciar que la decisión de extinguir los contratos se presenta en el caso concreto como una actuación falta de racionalidad en términos de eficacia de la organización empresarial. En el presente caso, resulta probado -sin impugnación en esta alzada- que, si bien se llevaron a cabo nuevas contrataciones, las mismas se produjeron bien para otros centros de trabajo, bien para la cobertura de tareas distintas a las que integraban la actividad de las personas afectadas por el despido colectivo que analizamos (hechos probados noveno a decimosegundo).

No existe, pues, ninguna incidencia en la conexión entre esas contrataciones y la amortización de las relaciones laborales del despido colectivo que examinamos, dado que las necesidades de la empresa en relación con la gestión de su plantilla no permiten colegir que ésta se limitara a la sustitución de unos contratos de trabajo por otros. A la Sala no le corresponde hacer un juicio de oportunidad sobre dicha gestión empresarial, estando la función judicial dirigida al análisis de la legalidad de la causa justificativa del despido, la razonable adecuación entre las causas y medida, y la apreciación de posibles vulneraciones de derechos fundamentales, en su caso (STS/4ª de 10 julio 2018 -rcud. 1332/2017-, entre otras).

Finalmente, el relato de hechos probados de la sentencia recurrida nos revela también que no se ha producido un incremento de exceso de jornada (hecho probado decimocuarto) y, en todo caso, no existe evidencia alguna de que la extinción de los contratos de los afectados en este despido colectivo haya supuesto la cobertura de tareas o actividades análogas mediante el incremento de horas del resto de la plantilla del centro de trabajo al que pertenecían” (FD 3º). [E.T.V].

Jurisprudencia: Condena al pago de deudas por parte de la empresa adquirente de otra concursada por mor de la subrogación de trabajadores y la responsabilidad solidaria que dicha acción se deriva.

STS (Sala 4ª) de 25 de noviembre de 2020, rec. nº 2570/2020

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c00ed2ac2e10c6ed/20201218>

“La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora consiste en dilucidar si una empresa que adquiere la unidad productiva de otra empresa concursada, en virtud de adjudicación en el seno del procedimiento concursal, responde de las obligaciones laborales de la transmitente que se encuentran pendientes de cumplimiento”. (FD 1º).

“1) Con la adjudicación se produjo el cambio de titularidad de una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria; lo que, en principio, acarrea las consecuencias previstas en el art. 44.3 del ET: la responsabilidad de cedente y cesionario respecto a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la cesión.

2) El art. 44 del ET es una norma de carácter imperativo. Solamente si existiera una disposición que en estos particulares supuestos de empresas en situación de concurso dispusiera que no se produce la sucesión de empresa, habría de admitirse que no opera el fenómeno de la sucesión.

3) El apartado 4 del art. 148 de la Ley Concursal debe interpretarse en el sentido de que es una norma que no excluye que la adquisición de una unidad productiva en el seno del concurso suponga sucesión de empresa sino, al contrario, de forma indirecta está admitiendo que en dicho supuesto se produce sucesión de empresa, al remitir al artículo 64 de la Ley Concursal los supuestos en los que las operaciones previstas en el plan de liquidación implicasen modificaciones sustanciales colectivas, traslados colectivos, suspensiones o extinciones colectivas de contratos. En efecto, si la adquisición de una unidad productiva autónoma en el seno del concurso no supusiera que existe sucesión de empresa, dicha remisión sería superflua porque la adquisición de la unidad productiva autónoma no conllevaría la asunción de los trabajadores de la empleadora. Si del precepto resultare que no hay sucesión de empresa sería única y exclusivamente la empleadora la responsable de adoptar las medidas legales para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, extinciones colectivas... etc. de sus trabajadores, pero estas medidas no tendrían que aparecer ligadas a la aprobación del plan de liquidación de los bienes de la masa activa ya que la adquirente sería por completo ajena a la suerte de los trabajadores de la empleadora.

4) Esta conclusión alcanzada no se opone al art. 148.2 de la Ley Concursal ya que el interés del concurso no puede erigirse en la norma suprema que rija la adjudicación de los bienes: deben respetarse las normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico, incluido el art. 44 del ET. Tampoco se opone al art. 5 de la Directiva 2001/23 porque tal y como prevé el art. 8 de la misma, su contenido no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores, que es, en definitiva, lo que resulta del artículo 148 de la Ley Concursal.

5) Dicha interpretación es la más conforme con la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, cuyo 3. 1 dispone: "Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso".

6) Es cierto que el art. 5 de esa misma Directiva establece posteriormente que tales garantías "no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un

procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente". Pero esa previsión decae si el legislador nacional así lo considera oportuno, tal y como se dice en ese mismo precepto al disponer que esta regla general no es de aplicación si hay una disposición en contrario por parte de los Estados miembros, y en el apartado 2 del mismo precepto que permite a los Estados regular el alcance de esas obligaciones dentro de determinados límites y siempre bajo la supervisión de una autoridad pública. Eso es lo que el legislador español ha hecho en la Ley Concursal, cuyo art. 148 bis, que regula las especialidades de la transmisión de unidades productivas, ha incluido un apartado cuarto en el que dispone: "La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4".

7) De esa exención de créditos no satisfechos por el concursado se deja a salvo lo dispuesto en el art. 149. 4 de la Ley Concursal, que dispone: "Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado 1, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del ET".

8) Esa situación jurídica se califica como sucesión de empresas a efectos laborales, lo que conlleva la aplicación del art. 44 del ET. Tan solo se autoriza al juez del concurso para excluir de la responsabilidad del adquirente la parte de salarios o indemnizaciones asumidas por el FOGASA, con lo que claramente se evidencia que no cabe eximirle del cumplimiento de las demás obligaciones laborales que sigan pendientes en la fecha de la adjudicación.

9) El citado art. 149.4 de la Ley Concursal fue reformado por el Real Decreto Ley 11/2014 precisamente para incluir de forma expresa que la sucesión de empresa opera igualmente a efectos de Seguridad Social, poniendo fin a la práctica habitual de muchos juzgados mercantiles de eximir de ese tipo de deudas al adjudicatario. Ello revela la voluntad del legislador de aplicar en toda su integridad el régimen legal de la sucesión de empresas en esta materia, con la única excepción de las deudas asumidas por el FOGASA" (FD 3º).

“Es cierto que el auto de adjudicación dictado por el Juez de lo Mercantil adquirió firmeza al no ser recurrido por ninguna de las partes. Pero ello no puede operar en contra de los trabajadores individuales no personados en el procedimiento concursal que carecen de la posibilidad de impugnar esa resolución, que por este motivo no despliega efectos de cosa juzgada frente a los mismos conforme al art. 222.4 de la LEC. Por esa razón dichos trabajadores pueden accionar reclamando el

reconocimiento de los efectos jurídicos derivados de una situación de sucesión de empresa conforme a lo dispuesto en el art. 44 del ET” (FD 4ª). [E.T.V].

Jurisprudencia: El TS considera la existencia de una condición más beneficiosa en el abono de pagas extraordinarias mientras el contrato está suspendido por cuidado del menor o riesgo durante el embarazo o la lactancia.

STS (Sala 4ª) de 25 de noviembre de 2020, rec. nº 38/2019

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d7e0d1ec63075be5/20201221>

“La cuestión a resolver es la de determinar si los trabajadores de la empresa demandada han ganado como condición más beneficiosa (CMB), el derecho a percibir íntegramente las pagas extraordinarias de julio, septiembre y navidad, en los supuestos en los que hayan tenido suspendido el contrato de trabajo por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, percibiendo las oportunas prestaciones de seguridad social” (FD 1º).

“Como recuerda la STS 21/12/2017, rec. 119/2016, lo decisivo para apreciar la concurrencia de una CMB ‘es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad -o tolerancia- del empresario, por lo que para su acreditación no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute ya que es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador (SSTS de 7 de julio de 2010 rec. 196/09 y de 22 de septiembre de 2011, rec. 204/10)’; de manera que no sería suficiente ‘la repetición o la mera persistencia en el tiempo del disfrute de la concesión, sino que es necesario que dicha actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o el convenio (SSTS 3 de noviembre de 1992, Rec. 2275/91; de 7 de junio de 1993, Rec. 2120/92; de 8 de julio de 1996, Rec. 2831/95 y de 24 de septiembre de 2004, Rec. 119/03, entre otras) (...)’.

(...) En el mismo sentido, la STS 9/4/2019, rcud. 2661/2016, señala que ‘hemos venido diciendo que: a) La condición más beneficiosa requiere ineludiblemente que la misma se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca para su concesión, de suerte que la ventaja se hubiese incorporado al nexo contractual precisamente por ‘un acto de voluntad constitutivo’ de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo; b) Lo decisivo es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad -o tolerancia- del empresario, por lo que no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute, por lo que es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador; y c) Reconocida una CMB, la misma se incorpora al nexo contractual e

impide poder extraerla del mismo por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito - art. 3.1.c) ET- y por lo tanto mantiene su vigencia mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable, siendo de aplicación las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y del art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar los términos del contrato de forma unilateral (así, entre tantas, SSTs de 4 de marzo de 203 -rec. 4/12-; de 16 de septiembre de 2015 -rec. 330/14; de 21 de abril de 2016 -rcud 2626/14-; de 12 de julio de 2016 -rec. 109/15- y de 19 de julio de 2016 -rec. 251/15-)” (FD 4º).

“En el presente supuesto encontramos que la empresa, desde el mismo instante en el que inicia su actividad en España en la década de 1970, ha venido abonando en su integridad el importe de las dos pagas y media a todos los trabajadores que hubieren estado en situación de maternidad durante el periodo de su devengo, con independencia del centro de trabajo en el que pertenezcan y del distinto convenio colectivo que en tal consecuencia les pudiere resultar aplicable.

Este hecho ya denota que la voluntad de la empleadora no podía ser otra que la de implementar desde el primer momento una determinada política retributiva en esta materia, porque en caso contrario resulta difícil entender que no se hubiere limitado a reconocer a los trabajadores los derechos que estrictamente les correspondieren. No cabe admitir que ya desde el inicio de su actividad en España pudiere haber incurrido en alguna clase de error al respecto, manteniéndolo indefinidamente en el tiempo a partir de esa fecha.

Resulta además que esa práctica se reitera y se mantiene a lo largo de muchos años, prácticamente cincuenta, hasta enero de 2018, de manera dinámica, haciéndose extensiva a todas las diferentes prestaciones de seguridad social que progresivamente se van incorporando en nuestro ordenamiento jurídico en las situaciones de suspensión del contrato de trabajo vinculadas a la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve años, sin que en ningún momento se hubiere revisado a la entrada en vigor de cada una de ellas.

No estamos por consiguiente ante una mera y simple liberalidad que pudiere haberse aplicado de manera residual, esporádica o circunstancial, sino ante una actuación generalizada, dirigida a todos sus trabajadores, con independencia del centro de trabajo al que estuvieren adscritos y de los diferentes convenios colectivos aplicables, por parte de una empresa que cuenta con una plantilla especialmente numerosa, superior a 7.500 personas, y que dispone por consiguiente de recursos y medios humanos y técnicos más que suficientes para un adecuado asesoramiento jurídico sobre el alcance y extensión de las obligaciones laborales que le son exigibles.

Tampoco se trata de simple tolerancia ante un determinado comportamiento de los trabajadores, sino de una decisión pro activa que surge a iniciativa de la propia empleadora. No se limita a una pasiva y contemplativa respuesta frente a una cierta

práctica o modo de actuar de los trabajadores, tácitamente consentida y permitida por la empleadora.

Ni puede finalmente considerarse como un error o equivocación en las nóminas.

No hay en los hechos probados la menor referencia a circunstancia alguna que pudiere sustentar la existencia de un error en la confección de las nóminas, como se alega en el escrito de recurso, y no puede aceptarse la tesis de que las nóminas vengán elaborándose erróneamente en los múltiples formatos, más o menos manuales, automatizados o digitalizados, que se hayan aplicado en la empresa desde la década de 1970 hasta el momento actual, y a partir de aquel documento del año 1998 (...)

(...) Nos queda por analizar el último alegato del recurso, con el que se sostiene que el reconocimiento de la CMB supondría una discriminación por trato desigual, respecto a los trabajadores cuyos contratos de trabajo estuvieren suspendidos por otras causas distintas a las situaciones a las que afecta el litigio.

Pretensión que no puede ser atendida, pues como bien razona la sentencia de instancia, habría en todo caso una justificación objetiva y razonable de esa diferenciación, en la medida en que el colectivo de trabajadores a los que se les aplica la CMB se encuentra en una situación jurídica distinta de los que pudieren haber visto suspendido sus contratos de trabajo por motivos ajenos a la atención a las obligaciones derivadas de la maternidad y paternidad, cuya especial naturaleza y singular incidencia en la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores, justifica perfectamente el distinto tratamiento jurídico aplicable a tal situación.

La CMB de la que tratamos afecta en su mayoría a mujeres trabajadoras, lo que la convierte además en mecanismo adecuado para favorecer el desarrollo de su vida laboral, convirtiéndose de esta manera en eficaz herramienta para mitigar por esta vía su histórica discriminación.

En definitiva, se trata de dos colectivos de trabajadores que no se encuentran en la misma situación jurídica, cuyo tratamiento diferenciado pudiere suponer una infracción del derecho a la igualdad de trato (...)

(...) En el caso de autos concurre sin duda esa justificación objetiva, razonable y proporcionada, de la diferencia de trato entre las situaciones de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad o riesgo para el embarazo y lactancia, respecto a las que puedan tener su origen en cualquier otra causa distinta” (FD 5º). [E.T.V].

Jurisprudencia: No procede la compensación/absorción entre el incremento del salario base por aumento del SMI y la supresión del plus transporte por ser estos conceptos heterogéneos.

STS (Sala 4ª) de 9 de diciembre de 2020, rec. nº 121/2019

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bf75e7f012420141/20201230>

“La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación ordinario se limita a declarar si la actuación de la empresa que, unilateralmente, incrementó el salario base hasta los 900 euros y suprimió el plus transporte en las nóminas del mes de enero de 2019 resulta o no ajustada a derecho. La demanda solicitó que se declarará la actuación empresarial como una modificación sustancial de condiciones de trabajo nula e injustificada ya que la empresa modificó unilateralmente la estructura salarial vigente en la empresa y trató de compensar la cuantía del plus transporte con el incremento del salario base, lo que no podía hacerse dada la heterogeneidad entre las partidas que se compensaron”. (FD 1º).

“Partiendo, por tanto, del carácter extrasalarial del controvertido plus transporte no cabe duda que su compensación y absorción con el salario base resulta irregular e ilícita por cuanto que se produce entre conceptos no homogéneos, tal como reiteradamente ha declarado esta Sala. En efecto, la absorción y compensación prevista en el artículo 26.5 ET no es posible cuando uno de los conceptos retributivos que interviene en la operación es inabsorbible por su propia naturaleza, cual ocurre cuando se trata de un complemento no salarial (STS de 17 de enero de 2013, Rec. 1065/2012).

Con carácter general, la Sala ha entendido que normalmente la solución del caso ha de estar casuísticamente ajustada a cada situación de hecho, y que no siempre es fácil extraer una doctrina universal en esta materia con la que puedan resolverse todos los supuestos, sino que casi siempre ha de atenderse al examen de las peculiaridades del caso concreto; pero ello no es obstáculo para que se pueda afirmar que la compensación que autoriza el art. 26.5 ET es siempre posible en términos generales, salvo que uno de los conceptos retributivos que intervienen en la operación sea inabsorbible por propia naturaleza o por expresa disposición de la norma legal o convencional que lo regula (entre otras SSTs de 1 de diciembre de 2009, rec. 34/08 y 30 de septiembre de 2010, Rec. 186/2009). Con pretensión generalizadora, la STS de 14 de abril de 2010, Rcd 2721/09, estableció lo siguiente: 1) la compensación y absorción debe operar sobre retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad, lo que tiene su fundamento en que la finalidad de la norma es evitar la superposición de mejoras salariales originadas en diversas fuentes reguladoras superposición que no se produce cuando los conceptos salariales son heterogéneos; 2) las posibilidades de compensación y absorción deben valorarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso, atendiendo siempre a ‘los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas’ las remuneraciones salariales implicadas y 3) la absorción y compensación no rige en principio entre conceptos salariales por unidad de tiempo y devengos en función del esfuerzo laboral, ni entre complementos personales que no se vinculan a resultado alguno o a particulares condiciones de trabajo y aquéllos que se ligan al puesto de trabajo (...).

(...) La aplicación de la anterior doctrina al supuesto examinado determina que no sea posible la compensación y absorción efectuada por la empresa y defendida en el recurso ya que opera sobre conceptos heterogéneos, uno de los cuales -el plus

transporte- dado su carácter extrasalarial es inabsorbible por su propia naturaleza ya que remunera un gasto efectuado por el trabajador. Lo que ha ocurrido en este caso, es que la empresa, al objeto de no incrementar el coste por el incremento salario base hasta el umbral exigido por el nuevo SMI para 2019, ha detraído tal incremento del concepto plus transporte. Con ello ha alterado la estructura salarial vigente y ha provocado en la práctica una modificación sustancial de condiciones de trabajo, sin seguir las exigencias causales y de procedimiento establecidas en el artículo 41 ET”. (FD 3º). [E.T.V].

Jurisprudencia: Vulneración del derecho a la libertad sindical por negar la empresa el nombramiento de delegados sindicales en distintos centros de menos de 250 trabajadores.

STS (Sala 4ª), de 9 de diciembre de 2020, rec. nº 92/2019

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a9a066a911f5d24c/20210108>

“La cuestión principal que se debate en el presente recurso de casación consiste en determinar si se vulnera el derecho a la libertad sindical de un sindicato que cumple con todos los requisitos de la Ley Orgánica de Libertad Sindical para nombrar un Delegado Sindical en el ámbito de una empresa con más de 500 trabajadores y con varios centros de trabajo, a pesar de que dicho sindicato ha designado delegados de las secciones sindicales en varios de los centros que no llegan a 250 trabajadores y que no pueden ser considerados como delegados sindicales de los previstos en la LOLS” (FD 1º).

“(…) esta Sala ha tenido ya ocasión de interpretar el precepto constitucional y el legal ahora cuestionados, entre otras, en sus SSTS de 15 de febrero de 1990; de 11 de abril de 2001, Rcu. 1672/2000 y de 9 de mayo de 2018, Rcu. 3051/2016, distinguiendo la doble vertiente y dualidad de planos en que actúan los delegados sindicales y señalando que la empresa solamente tiene la obligación de reconocer a los delegados sindicales las garantías y derechos ‘ex’ art. 10.3 LOLS de concurrir los presupuestos del art. 10.1 LOLS y con relación a un número concreto de delegados en atención a la dimensión de su plantilla. Se razonaba en dichas sentencias que establece el art. 10.1 LOLS que las secciones sindicales habrán de estar representadas a todos los efectos por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados; por ello, a tal fin dicho precepto exige la concurrencia de dos requisitos: a) que la empresa o, en su caso, el centro de trabajo ocupe a más de 250 trabajadores, y b) que la sección sindical sea de un sindicato con presencia en los comités de empresa resaltando la doble vertiente y dualidad de planos en que actúan las secciones y delegados sindicales, tal y como ya ha manifestado el Tribunal Constitucional: bien como instancias organizativas internas del Sindicato, bien como representaciones externas a las que la Ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas, que suponen correlativamente cargas y costes para la empresa (SSTC 61/1989, de 3 de abril y 84/1989, de 10 de mayo) por lo que partiendo de tal distinción ha de afirmarse que los únicos Delegados Sindicales a efectos de la LOLS

son los que menciona su art. 10.1, y que La Empresa tiene que reconocer la condición de Delegado sindical en los supuestos del art. 10.1 de la LOLS, porque el reconocimiento tiene concretas y precisas consecuencias jurídicas, básicamente las garantías y los derechos de los que los Delegados están revestidos (art. 10.3 LOLS).

(...) Respecto de la segunda de las cuestiones enunciadas: el espacio en el que el sindicato puede constituir su representación, la Sala desde la STS -pleno- de 18 de julio de 2014, Rec. 91/2013 considera que la determinación del ámbito de la Sección Sindical corresponde definirlo al propio Sindicato, como facultad de autoorganización interna incluida en el contenido de su derecho fundamental de libertad sindical ex artículo 28.1 CE. La opción a la que se refiere el artículo 10.1 LOLS entre nombrar delegados sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical. En definitiva, esta Sala ha establecido una clara doctrina en orden al alcance del artículo 10 LOLS, que ya recoge textualmente la sentencia de instancia y que, en resumen, viene a poner de manifiesto que, conforme a lo establecido en el citado precepto, el sindicato, como titular del derecho a la libertad sindical, es dueño de organizar su estructura (secciones, delegados) a nivel de empresa (entendida en términos globales), de centros de trabajo autónomos o de centros de trabajo agrupados. Esta doctrina ha sido ya seguida por diversas SSTs de 30 de enero de 2015, Rjud. 3221/2013; de 23 de septiembre de 2015, Rec. 253/2014; de 28 de enero de 2020, Rjud. 1361/2017 y de 14 de mayo de 2020, Rec. 151/2018; entre otras.

La aplicación de la doctrina expuesta debe conllevar la desestimación del motivo en la medida en que la sentencia recurrida no ha incurrido en las infracciones denunciadas por el recurrente. En efecto, tal como hemos reseñado, por un lado, el sindicato es libre a la hora de configurar el ámbito espacial de su representación y lo ha hecho en el ámbito de la empresa donde tiene derecho a nombrar el delegado sindical pretendido con todos los derechos y prerrogativas que le confiere la LOLS, ya que cumple los requisitos legalmente exigidos para ello (cuestión que no se discute por las partes). Y ese nombramiento no resulta contrario al hecho de que, también en el ejercicio de su libertad sindical, pueda el Sindicato nombrar representantes de su sección en cada centro de trabajo que, obviamente, no tendrán los derechos, garantías y prerrogativas que la LOLS concede a aquéllos que se nombran con arreglo a las normas que dicha ley establece”. (FD 2º).

“Con su negativa al reconocimiento del preceptivo delegado sindical, la empresa vulneró el derecho a la libertad sindical del sindicato demandante en su vertiente relativa a la acción sindical de la que deriva la necesidad de contar con representantes en el ámbito empresarial. Igualmente vulneró la libertad del sindicato de autoorganizarse, ya que con su actitud no sólo impidió tal facultad, sino que intentó imponer su propio modelo organizativo. Finalmente, el no reconocimiento del representante designado por UGT privó al mismo de sus derechos y prerrogativas desde que fue designado delegado” (FD 3º).

“Entendiéndose probada la violación del derecho de libertad sindical, la sentencia cumplió con su obligación de decretar la reparación consiguiente de sus

consecuencias ilícitas (tal como dispone el artículo 15 LOLS), disponiendo el restablecimiento del Sindicato demandante en la integridad de su derecho, integridad que comporta, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera (artículo 182.1.d LOLS). Tal indemnización debe fijarse en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. En este caso la pretensión indemnizatoria de la parte demandante se circunscribió a la reparación del daño moral, al no haberse acreditado otros perjuicios materiales, por ello, el Tribunal para cumplir con el deber de pronunciarse sobre la cuantía del daño, podía determinar prudencialmente su importe cuando, como acontece en general tratándose de daños morales, la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización, y debiendo ser la indemnización fijada suficiente para resarcir a la víctima y para restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

Por otro lado, nuestra jurisprudencia (por todas SSTs de 24 de enero de 2017, Rcu. 1092/2015 y de 19 de diciembre de 2017, Rcu. 624/2016) admite como criterio orientativo a los fines de fijar dichas indemnizaciones por daños morales el acudimiento a los criterios de la LISOS. Su artículo 7.7 tipifica como falta grave la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos. A su vez, su artículo 40.1.a) contempla como sanción una multa en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros. La demanda fijó los posibles daños en el importe máximo de la graduación de la sanción prevista en la LISOS. La sentencia, fijó el importe en el importe mínimo del grado máximo de la sanción, lo que no ha sido discutido por el beneficiario de la indemnización; siendo, además, el mencionado importe coherente con lo expresado en nuestra jurisprudencia”. (FD 4º). [E.T.V].

Jurisprudencia: El TS declara en fraude de ley la contratación temporal por obra y servicio de una persona investigadora de la Universidad de Valladolid.

STS, Pleno, (Sala 4ª) de 18 de diciembre 12 de 2020, rec. nº 907/2018

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4c8c969aa0ea6db0/20210108>

“Aun por razones no exactamente coincidentes, compartimos la conclusión de la sentencia recurrida sobre la ilegalidad de la utilización por parte de la Universidad de Valladolid del contrato de obra o servicio determinados en un supuesto como el que se plantea en el presente recurso.

A ello conduce nuestra jurisprudencia sobre los contratos de obra o servicio determinados vinculados a la duración de una contrata, que existen durante plazos significativos de tiempo, y que es plenamente aplicable al presente supuesto.

En estos casos de larga reiteración en el tiempo, hemos matizado y actualizado nuestra doctrina sobre la legalidad de la suscripción de un contrato de obra o servicio determinados vinculado a la duración de una contrata, que hemos venido aceptando incluso entre órganos o entidades del sector público (SSTS 7 de abril de 2015, rcud 228/2014, y 204/2020, 4 de marzo de 2020, rcud 2165/2017), precisando que ‘la autonomía e identidad de la contrata, justificativa de la contratación, se desdibuja al convertirse en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo, la empresa necesariamente ha incorporado ya a su habitual quehacer. Dicho de otro modo, cabe preguntarse si un contrato válidamente celebrado como temporal por estar vinculado a la contrata mantiene esa naturaleza cuando, ante la prolongada duración de la colaboración empresarial, la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota’ (STS, Pleno, 783/2018, 19 de julio de 2018, rcud 823/2018), ‘dado el mantenimiento inusual y particularmente largo de la adscripción del trabajador a la atención de las mismas funciones que se van adscribiendo a sucesivas modificaciones de la misma contrata inicial. Se excede y supera así la particular situación de la mera prórroga de la contrata, desnaturalizando la contratación temporal y pervirtiendo su objeto y finalidad’ (STS, Pleno, 784/2018, 19 de julio de 2018, rcud 824/2017). En el mismo sentido, las SSTS, Pleno, 786/2018, 19 de julio de 2018 (rcud 972/2017), y 787/2018, 19 de julio de 2018 (rcud 1037/2017). Estas sentencias del Pleno de fecha 19 de julio de 2018 se han reiterado, respecto de la misma empresa, por las SSTS 161/2019, de 5 de marzo de 2019 (rcud 1128/2017); 287/2010, 245/2019, 21 de marzo de 2019 (rcud 2432/2017); 814/2019, 28 de noviembre de 2019 (rcud 3337/2017); 287/2010, 7 de mayo de 2020 (rcud 88/2017); y 378/2020, 21 de mayo de 2020 (rcud 3704/2017). Y respecto de otras empresas, por ejemplo, por las SSTS 38/2020, 16 de enero de 2020 (rcud 2122/2018); y 335/2020, 14 de mayo de 2020 (rcud 1396/2017). Son de interés para el presente supuesto, asimismo, las SSTS del Pleno 655/2018, 20 de junio de 2018 (rcud 3510/2116); 697/2018, 29 de junio de 2018 (rcud 2889/2016); y 740/2018, 11 de julio de 2018 (rcud 2131/2016), así como las SSTS 204/2020, 4 de marzo de 2020 (rcud 2165/2017) y 734/2020, 8 de septiembre de 2020 (rcud 4192/2017).

En el presente caso, el primer convenio entre la Junta de Castilla y León y la Universidad de Valladolid se firmó el 5 de abril de 1990 y se ha ido renovando anualmente, a partir de 2008 vía órdenes de la Junta y anexos a dichas órdenes, hasta el 31 de enero de 2017. Es decir, la relación entre la Junta de Castilla y León y la Universidad de Valladolid se ha mantenido durante casi veintisiete años. Tan amplia duración de la relación permite entender, conforme a la jurisprudencia que acabamos de mencionar, que la actividad se había ‘incorporado’ ya al ‘habitual quehacer’ de la Universidad de Valladolid, lo que a su vez permite deducir, de acuerdo con esa misma jurisprudencia, que la contratación de la trabajadora a partir de 2008 era o había devenido en indefinida, toda vez que la ‘expectativa’ de su finalización era ‘remota’ por la ‘adscripción’ permanente y duradera en el tiempo de

la trabajadora a ‘la atención de las mismas funciones’.

Esta desnaturalización en el presente caso del contrato de obra o servicio determinados de la trabajadora se refuerza si se tiene en cuenta que, legalmente, estos contratos ‘no podrán tener no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior’, de manera que ‘transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa’ (artículo 15.1 a) ET). De conformidad con este precepto legal, el contrato de trabajo de obra o servicio determinados de la trabajadora se había transformado en un contrato indefinido.

Es verdad que el inicial contrato de trabajo de obra o servicio determinados de la trabajadora se suscribió en julio de 2008 y que la duración máxima de tres años de ese tipo de contratos se introdujo por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, primero, y por la posterior Ley 35/2010, de 17 de septiembre, del mismo título, después, disponiéndose en la disposición transitoria primera de ambas normas -derogada la de la Ley 35/2010 por la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del ET- que ‘los contratos por obra o servicio determinados concertados con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley (o de esta ley) se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron’ y que ‘lo previsto en la redacción dada por este real decreto-ley (o por esta ley) al artículo 15.1 a) (ET) será de aplicación a los contratos por obra o servicio determinados suscritos a partir de la fecha de entrada en vigor de aquél (o de aquélla)’. Pero, como consta en los hechos probados, la trabajadora prestó servicios para la universidad de manera ‘ininterrumpida’ desde el 1 de julio de 2008 hasta el 31 de enero de 2017 mediante ‘diversos’ contratos de trabajo de obra o servicio determinados (hecho probado primero), de manera que en los contratos posteriores a la entrada en vigor de las normas que se han mencionado de 2010 ya sería aplicable la duración máxima de tres años introducida por aquellas normas en el texto del artículo 15.1 a) ET” (FD 3º). [E.T.V].

V. DERECHO ADMINISTRATIVO

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo determina que las normas de derecho transitorio no pueden perjudicar a los funcionarios.

STS (Sala 3ª) de 21 de octubre de 2019, rec. nº 196/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/391f1f0e5c88793a/20201102>

“Precisa que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo

para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si la reclasificación de un puesto de trabajo de un funcionario público como consecuencia de la asunción de nuevas tareas y responsabilidades ha de respetar en todo caso el intervalo de niveles correspondiente al grupo de clasificación profesional del cuerpo y escala al que pertenece el funcionario público, o bien se puede asignar a dicho puesto de trabajo un nivel que se encuentre fuera del intervalo legalmente establecido. Identifica como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las siguientes: artículo 76 y la D.T.3ª del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, así como el artículo 71 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado” (F.D. 2º).

“Las directrices de Técnica Normativa, aprobadas por Resolución de 28 de Julio de 2005 y que da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de Julio de 2005, en el punto I g). 40 ‘Disposiciones transitorias’, regula y aclara el objetivo de las disposiciones transitorias, su carácter, delimitación, que incluye y que regulación no debe considerarse disposición transitoria y cuya redacción establece: ‘40 Disposiciones transitorias- El objetivo de estas disposiciones es facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación. Deberán utilizarse con carácter restrictivo y delimitar de forma precisa la aplicación temporal y material de la disposición transitoria correspondiente’. La regla es clara: ‘delimitar de forma precisa la aplicación temporal”, sin embargo en el presente caso, nos encontramos con una fecha de finalización que es una incógnita, entendiendo el recurrido, que el legislador debería haber establecido un plazo concreto para que el régimen transitorio concluyese y oportunidad, la tuvo con la publicación del nuevo EBEP, pero no lo hizo, lo que lleva a una transitoriedad de más de doce años saltándose el objetivo y la razón de ser de las normas de derecho transitorio. La transitoriedad de esta disposición, la marca la implantación de los nuevos títulos universitarios, títulos equiparados y homologados al denominado Plan De Bolonia, equiparación que se produce a través del Real Decreto 967/2014 de 21 noviembre. Objeta que, transcurridos más de cinco años desde esta publicación, la Administración sigue manteniendo en vigor una disposición transitoria que no se corresponde con la realidad actual del Sistema de Función Pública y pretende ahora, residenciar en el Poder Judicial su clarificación. Del estudio que la parte ha podido acometer al respecto, ha podido comprobar que el subgrupo A2, aparte de en España, no existe en ningún otro país miembro de la Comunidad Europea y por tanto, no existe diferencia entre los poseedores de títulos universitarios. En tercer lugar, y en el caso concreto, el planteamiento de la Administración lleva al hecho de que los puestos topados en el nivel podrían ser aumentados tanto en sus funciones y cometidos como en su responsabilidad, sin que por ello el funcionario, viese recompensada de ninguna manera, su mayor labor y sobre todo su mayor responsabilidad en el ejercicio de su actividad. Dicho de otra manera, la Administración reconoce la complejidad del trabajo realizado y la gran responsabilidad del mismo, pero dice no poder retribuirlo con arreglo a su equivalente valor por el hecho de pertenecer al

subgrupo A-2. En este punto recuerda que las Jefaturas de Impugnaciones vienen siendo desempeñadas indistintamente por funcionarios pertenecientes a los subgrupos A-1 y A-2” (F.D. 4º).

“Se dijo en la precitada sentencia que la Administración goza de gran libertad para definir esas funciones y, por lo mismo, de un amplio espacio de discrecionalidad para determinar los conocimientos convenientes para dichas funciones (lo que no significa arbitrariedad). Por ello no parece razonable ni en consonancia con el principio de buena administración (art. 41 Carta Europea de los derechos fundamentales) ni con el principio de buena fe (art. 3 1e) Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), que la atribución de nuevas competencias de gran calado, como pone de relieve la sentencia de instancia, no repercutan en una nueva valoración del puesto de trabajo. También resulta certero el aserto de la sentencia respecto al contenido del art. 76 del EBEP en relación con el art. 71 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso de Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puesto de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, en cuanto que el nivel mínimo para los funcionarios de grupo A es 20 y el máximo 30. Decae la argumentación del Abogado del Estado referida a las diferencias entre los subgrupos A1 y A2 en que se pretende aplicar los intervalos del grupo B cuando el demandante en instancia, recurrido en casación, pertenece al subgrupo A 2. Esto es, independientemente del subgrupo lo relevante es que pertenece al grupo A. Es cierto también como objeta el Abogado del Estado que la disposición transitoria tercera de Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre atribuye al grupo A 2 el intervalo del grupo B, esto es del 16 al 26. Las directrices de Técnica Normativa publicadas en el BOE de 29 de julio de 2005 a que hace mención la parte recurrida no pueden invocarse ante los Tribunales como fuente del ordenamiento jurídico al constituir solo referencias técnicas sobre la forma de redactar las disposiciones legales”.

“(…) El incumplimiento flagrante de tales directrices en la disposición transitoria tercera tanto por la redacción del Estatuto Básico del Empleado Público de 12 de abril de 2007 como por el Texto Refundido de 2015 no lleva aparejada sanción o consecuencia alguna dada su condición de mera referencia técnica. Mas resulta contrario a los principios a los que debe someterse la Administración, art. 103 CE, incluyendo la relación con los funcionarios a su servicio, una norma de derecho transitorio infinita que permitiera a la administración mantener situaciones como la enjuiciada en instancia en perjuicio de los trabajadores a su servicio por lo que su inaplicación por la sentencia de instancia no resulta contraria a derecho. Máxime si se tiene en cuenta que el grupo B del art. 76 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público es notoriamente distinto del que existía hasta el Estatuto de 2007. Ahora exige como requisito de acceso la posesión de la titulación de ‘Técnico superior de formación profesional’, conforme a su creación por el art. 44 de la LO 2/2006, de 3 de mayo” (F.D. 5º).

“A la vista de lo argumentado en el fundamento anterior y en razón de las

particulares circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado, la respuesta es que se puede asignar a un puesto de trabajo un nivel que se encuentre fuera del intervalo legalmente establecido cuando, como en el caso de autos, la duración temporal de la disposición transitoria del Estatuto del Empleado Público se prolonga indefinidamente en el tiempo” (F.D. 6º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el diseño de las pruebas selectivas para cuerpos superiores.

STS (Sala 3ª) de 5 de octubre de 2020, rec. nº 5229/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a1b1128c0fc88539/20201113>

“4. Pues bien, cuando una administración precisa seleccionar empleados públicos para formar parte de un Cuerpo o Escala hace un llamamiento: eso es la convocatoria y con ella esa administración traba una relación jurídica con los aspirantes. Esta relación jurídica está sujeta a las bases y cuando se incorpora en ellas un temario o programa, su función es concretar la relación de materias cuyo conocimiento teórico se exige al aspirante según el cometido funcional del Cuerpo o Escala al que aspira acceder y, a su vez, le garantiza que son esos y no otros los conocimientos teóricos objetivos, tasados, que debe demostrar que posee.

5. Sobre el temario pivotan los ejercicios de la oposición pues si hay una prueba tipo test, los enunciados de cada pregunta deben ser congruentes con él; además, si hay un ejercicio práctico el aspirante debe demostrar que sabe aplicar a un supuesto esos conocimientos teóricos. Y si hay un ejercicio puramente teórico, es el conocimiento de esos temas lo que debe demostrarse.

6. Respecto de ese temario la administración convocante goza de discrecionalidad para diseñarlo, siempre, por supuesto, relacionándolo con los conocimientos que se precisan para ejercer la función que se desarrolla en el Cuerpo o Escala al que se aspira. También desde esa discrecionalidad puede configurarlo mediante una relación de temas con un enunciado abierto, valorando cómo el aspirante les dé contenido, o bien puede concretarlos en epígrafes más o menos amplios o muy concretos por referirse a puntos esenciales e ineludibles.

7. Se diseñe como se diseñe el ejercicio teórico el aspirante debe tener la certeza de que son esas y no otras las materias cuyo conocimiento debe demostrar. La seguridad jurídica del proceso selectivo pasa también por saber a qué atenerse en cuanto a qué conocimientos debe demostrar en un proceso en el que se juega su esfuerzo y futuro profesional.

8. El carácter vinculante del temario no va en detrimento de la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadores. En efecto, ejerciendo esa discrecionalidad fijan el nivel de conocimientos exigible en general y, sobre él, el de cada aspirante; también acuerdan qué aspectos son más relevantes o los de indispensable

exposición en cada tema o pregunta del temario. A esto añádase que esa discrecionalidad técnica se manifiesta en la formulación de las preguntas de la prueba tipo test, las respuestas alternativas y la correcta o cuál sea la nota de corte y, en fin, también en elaborar un caso práctico y acordar qué es lo que se espera del aspirante en cuanto a razonamientos y, en su caso, conclusión.

9. Ahora bien, tratándose de un ejercicio puramente teórico en el que hay un temario publicado sobre el que pivota la convocatoria, no cabe extender, sin riesgo, la discrecionalidad técnica del tribunal calificador al punto de apoderarle para que fije los temas sobre los que el aspirante debe demostrar sus conocimientos teóricos: de hacerse, ese aspecto más que un juicio o decisión científica o técnica propia de esa discrecionalidad, implicaría que la administración convocante hace una suerte de delegación en el tribunal calificador para que complete o reelabore las bases, con lo que el temario publicado pasa a tener un valor referencial.

10. Lo expuesto no lleva a dar un valor absoluto a la memorización de contenidos para su exposición en un ejercicio teórico pues las bases pueden prever estándares para juzgar la calidad de la exposición teórica como pauta de valoración para el tribunal calificador y de orientación para el aspirante: así, por ejemplo, puede preverse valorar la capacidad para relacionar lo expuesto con otras partes del programa u otras figuras o instituciones o materias, el rigor en el manejo de conceptos y en el lenguaje, o que se someta al aspirante a preguntas aclaratorias, etc. A esto añádase que la capacidad de asimilación y discernimiento de la teoría se juzga si hay un ejercicio test y aún más con el ejercicio práctico.

11. Y en la línea de atenuar tanto el memorismo como la incertidumbre, nada impide que la administración, ejerciendo su discrecionalidad en el diseño del proceso selectivo, incluya además -y es un ejemplo- un ejercicio teórico abierto o de composición, de forma que el tribunal calificador elabore -sobre la base del temario- un lista de materias enunciadas en términos amplios, que lo anuncie con prudencial antelación para que los aspirantes puedan prepararlas y llegado el día del examen, se sorteen las que vayan a ser expuestas.

12. Por último, no cabe desconocer que, aun con el diseño del ejercicio teórico en los términos que se plantea en este recurso, el riesgo de incertidumbre e inseguridad podría quedar salvado por el buen hacer del tribunal calificador concretando unos temas que de forma clara pueda deducirse su contenido con lo estudiado en el temario. Esto podrá ser así, pero dependería de ese buen hacer y en este litigio se juzga en abstracto unas bases en cuya formulación la incertidumbre debe reducirse al máximo; además la alternativa ante un eventual exceso del tribunal calificador sería impugnar lo que decida y eso llevaría, ya sí, a que se opusiese el ejercicio de la discrecionalidad técnica en la elaboración de los temas del ejercicio teórico”. (F.D. 4º)

“1. Conforme a lo razonado y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA se concluye que un sistema de oposición en el que se prevé un temario que relaciona los contenidos teóricos de inexcusable demostración por el aspirante, el tema o temas que sean objeto de exposición deben responder a los enunciados y contenido del

temario o programa.

2. Es, por tanto, contrario a la seguridad jurídica del proceso selectivo que se apodere al tribunal calificador para que fije como temas objeto de exposición otros no expresamente previstos en el temario, aun relacionados con él, quedando ese temario no como la pauta de los conocimientos teóricos que deben demostrarse sino como referencia” (F.D. 5º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo determina el carácter protector, pleno, autónomo y efectivo de la jurisdicción contencioso-administrativa.

STS (Sala 3ª) de 29 de octubre de 2020, rec. nº 5905/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/54a35dd2f7b5d982/20201106>

“La jurisdicción contencioso-administrativa, tal como es concebida por su Ley reguladora, no es una jurisdicción a la que compete la mera revisión de la actuación administrativa, llevando la prerrogativa del acto previo más allá de lo permitido por la efectividad del principio de tutela judicial efectiva. La ausencia de actuación administrativa formal previa no impide a los tribunales pronunciarse sobre el fondo de la pretensión planteada cuando es posible disponer de los medios de juicio adecuados para juzgar sobre la procedencia o improcedencia de la misma. La regulación en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa de la impugnación de la inactividad de la Administración, de la vía de hecho o de las medidas cautelares anticipadas son manifestaciones concretas pero sumamente expresivas de esta concepción que palpita en nuestra legislación positiva. La posibilidad de acordar, incluso de oficio, la práctica de prueba permite al tribunal disponer del auxilio técnico necesario para pronunciarse con conocimiento de causa sobre el adecuado justiprecio que debe corresponder a los bienes expropiados aun cuando previamente no haya resuelto el jurado de expropiación sobre tal extremo”.

“(…) Bien es verdad que ello no impide que pueda determinarse el justiprecio ‘ab initio’ en el correspondiente proceso, así lo impone, en principio, el derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24 de la Constitución, evitando actuaciones innecesarias como sería obligar al propietario, la recurrente en este caso, a soportar el devenir de un procedimiento administrativo de expropiación y, previsiblemente, unas actuaciones procesales en vía contencioso-administrativa que comportaría encontrarnos nuevamente los Tribunales con el mismo debate; solución que no beneficia a ninguna de las partes, tampoco a la Administración expropiante, que se verá gravada con el pago, en su caso, de los intereses de demora en la tramitación y fijación de justiprecio. No obstante lo anterior, considera este Tribunal que lo procedente en el presente supuesto es ordenar la retroacción del procedimiento a la vía administrativa para que por el Jurado autonómico se proceda a la determinación del justiprecio y ello por las siguientes razones. En primer lugar, porque aun cuando la propiedad determino de manera concreta la superficie de la

finca que debía ser objeto de expropiación, sin que nada se objetara, por la estrategia procedimental, por el Ayuntamiento en contra, es lo cierto que puestos en la situación de tener que proceder a la expropiación debe determinarse detalladamente que superficie se ve aun afectada por el destino de los terrenos al sistema general, habida cuenta de que, como consta en las actuaciones, existió ya una primera expropiación parcial de la finca que por el tiempo transcurrido no determina concretamente la parte afectada por ella. En segundo lugar, porque, conforme a lo que se ha razonado, es previsible que se vean afectados terceros en la expropiación, en concreto, la posibilidad de que pueda tener que intervenir en el procedimiento quien pudiera resultar beneficiario de la expropiación, si es que consta en el planeamiento el concreto destino al sistema ferroviario a que se destinan los terrenos, que si bien no excluye, como se dijo antes, que debe tener la condición de Administración expropiante al Ayuntamiento, sí puede este llamar al proceso a quien resulte beneficiario de la expropiación y, en definitiva, deba proceder al pago del justiprecio, de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 4 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa. Y en tercero y último lugar, porque en el caso de que este Tribunal debiera proceder a determinar el justiprecio, y atendiera a la prueba pericial propuesta en el proceso para su determinación, es lo cierto que dicha pericial, a los efectos del debate ahora suscitado, no puede ser acogida porque no consta que el perito calculase el valor de los terrenos conforme a datos contrastados de transacciones reales” (F.D. 3º) [B.A.S.].

Jurisprudencia: El Tribunal Supremo señala que las costas procesales obrarán en poder del cliente y no de su abogado.

ATS (Sala 3ª) de 5 de noviembre de 2011, rec. nº 187/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c071e601b0d796e7/20201116>

“Es doctrina de este Tribunal Supremo la que recuerda el Auto del Pleno de esta Sala de 10 de julio de 2013 (Trámites posteriores a la resolución 2742/2010-0081) y califica, en forma expresiva, como ‘la universal y permanente conformidad jurisprudencial en la naturaleza de las costas como un crédito a favor de la parte vencedora del litigio y con cargo a la vencida, en ningún caso un crédito a favor del profesional que haya defendido o representado a aquella’. En efecto, la condena en costas declara un crédito del favorecido con ella, por lo que el pago de las costas judiciales supone una indemnización a favor de la parte vencedora en el pleito por los gastos ocasionados en un procedimiento judicial. El importe de las costas es para la parte que obtuvo a su favor el pronunciamiento de imposición de costas y no como se insiste para los profesionales que representaron y defendieron a dicha parte, pues es ésta, como se ha dicho, la que obtiene, a través del pago de las costas judiciales por la parte vencida en el juicio, una indemnización de los gastos derivados de un proceso. Será por tanto la parte vencedora en el pleito la que reciba el importe de la tasación de costas como indemnización por los gastos derivados del proceso en cuestión. (En el mismo sentido, entre otros muchos, Autos de 25 de

diciembre de 2019 (casación 1968/2017), de 10 de diciembre de 2007 (Casación 3630/2005) o de 29 de septiembre de 2005 (Casación 4699/2000). Así lo hemos dicho ya en nuestro Auto de 4 de junio de 2020, que es pertinente repetir por la insistencia en las mismas pretensiones” (F.D. 2º).

“El procurador y el abogado intervienen en el proceso en representación y defensa de las partes y no pueden ejercer en el mismo, ni legal ni éticamente, pretensiones propias que sean ajenas a los intereses de las mismas. Así, en el presente supuesto, aunque en los escritos de solicitud revisión, en particular en el último, se manifiesta que los mismos se interponen por la procuradora en nombre de su representado don Carlos Manuel se está ejerciendo una pretensión a favor de los citados profesionales que, en principio, puede considerarse contraria a los intereses de su representado, para lo cual sería al menos necesario darle la correspondiente audiencia, a efectos de que pudiera manifestar si está conforme con dicha pretensión, al no existir poder expreso que autorice a dichos profesionales a cobrar personalmente el importe de las costas. [Así, por todos, auto de 29 de septiembre de 2005 (Casación 4699/2000)].

(...) No modifica esta doctrina que la parte favorecida por la condena en costas tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, pues el artículo 36.1 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, únicamente señala al respecto que ‘si en la sentencia que ponga fin al proceso hubiera pronunciamiento sobre costas, a favor de quien obtuvo el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita o de quien lo tuviera legalmente reconocido, deberá la parte contraria abonar las costas causadas en la defensa de aquélla’, pero de dicho precepto no puede inferirse que se esté reconociendo un derecho a favor de los profesionales designados de oficio que han intervenido en representación y defensa de la parte favorecida por las costas. Y ello con independencia de lo preceptuado en el apartado 5 del artículo 36, ya que el pago obtenido por los profesionales a que se refiere la redacción del precepto, sólo tiene lugar cuando los profesionales intervinientes están autorizados por su representado para percibir el importe de las costas, lo que no acontece en el presente caso (por todos, Auto de 25 de septiembre de 2019 (Casación 1968/2017)” (F.D. 3º) [B.A.S.].

VI. DERECHO TRIBUTARIO

Jurisprudencia: Comprobación de valores. Valoración de bienes inmuebles en el ISD.- Método de comparación.- Visita al inmueble objeto de valoración.

STS (Sala 3ª) de 21 de enero de 2021, rec. nº 5352/2019.

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/d5a3a2133e9d3be6/20210208>

“Consideraciones añadidas que refuerzan, a juicio de la Sala, la necesidad de mantener la jurisprudencia histórica sobre la exigencia de visita de comprobación

por parte del perito de la Administración.

1) La doctrina de esta Sala sobre el dictamen de peritos como modalidad de la comprobación de valores (art. 57.1.e) LGT), expresada en muy numerosas sentencias, considera como regla general la visita o comprobación personal y directa del inmueble y, por ende, sólo de manera excepcional y justificada admite que ese necesario trámite pueda ser dispensado, caso por caso. Esa exigencia es razonable y proporcionada cuando se trata de que un experto emita su opinión fundada y técnica sobre el valor real de un bien y, por ende, constituya una garantía para el contribuyente de que se evalúa el bien en sí mismo.

2) Frente a lo declarado en nuestra jurisprudencia constante y repetida, la Sala de Aragón, sin mencionarla ni razonar en contrario, opone que ese dictamen concreto que analiza está motivado. No obstante tal conclusión, que no podemos compartir, la razón esencial por la que la sentencia estima el recurso de la Administración discurre, fundamentalmente, sobre la base de la refutación de la doctrina del TEAC que exige la constancia fehaciente de datos y documentos acreditativos del tertium comparationis, esto es, de los valores de venta de otros inmuebles y de la igualdad o identidad de situaciones entre unos y otros.

3) La razón de ser del dictamen de peritos de la Administración es la de proporcionar al órgano decisor elementos de conocimiento o juicio de carácter científico o técnico que aquél no tiene por qué poseer como tal órgano y que necesita para resolver el procedimiento de que se trate. Importada la institución del proceso judicial y trasladada, como tantas otras, al seno de los procedimientos administrativos, por ende los tributarios, sin embargo la separan del dictamen judicial varios elementos decisivos. Con el rasgo común. de la profesionalidad o solvencia técnica, los demás elementos de garantía quedan deslavazados en la valoración pericial en su génesis: ni se trata de un tercero independiente, sino de un funcionario al servicio de la Administración que debe resolver; ni su dictamen es sometido a la misma contradicción que en el proceso judicial, pues no cabe interrogar al perito ni participar de forma alguna en la formación de las conclusiones del perito antes de que la decisión final del procedimiento se adopte.

4) Ello nos proporciona una pauta segura, basada en la naturaleza de las cosas, en este caso de las instituciones jurídicas, esto es, en el valor y significado, así como en la necesidad, de una prueba especializada o técnica: no es útil ni necesaria cuando el perito no aporta un criterio fundado en su experiencia o destreza excluidas al órgano decisor, sino que se limita a aplicar tablas, comparaciones o datos generales que podría establecer para cada caso cualquier otro funcionario, aunque careciera de la solvencia técnica exigible al perito.

5) Tal es el sentido y finalidad del dictamen pericial y, dentro de ella, la necesaria -y detallada- comprobación del objeto que se debe valorar. No se trata, sólo, de considerar que sin la visita personal del perito no cabe dar por supuestas las afirmaciones que requieren una observación o constatación directa, como el estado de conservación del inmueble, la existencia de reformas, la calidad de los materiales, etc. No en vano, el artículo 160.2 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por

el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria -RGAT-, dispone: "2. En el dictamen de peritos, será necesario el reconocimiento personal del bien valorado por el perito cuando se trate de bienes singulares o de aquellos de los que no puedan obtenerse todas sus circunstancias relevantes en fuentes documentales contrastadas. La negativa del poseedor del bien a dicho reconocimiento eximirá a la Administración tributaria del cumplimiento de este requisito".

6) Esa exigencia de reconocimiento personal del bien que se valora, autoimpuesta reglamentariamente por la Administración, aun prescindiendo de la estimación de los bienes singulares, que no son el caso, constituye una regla general imperativa e inexcusable, cuya excepción ad casum, por tanto, ha de ser rigurosamente justificada. Traído al caso este apotegma, todos los datos precisos -las circunstancias relevantes- para la valoración de los inmuebles no pueden obtenerse aquí, en modo alguno, en fuentes documentales contrastadas.

7) En conclusión, para examinar unas tablas o verificar el valor de venta de inmuebles que se dicen similares en su valor a aquellos de cuya estimación económica se trata, no se precisa ser perito técnico, pues bastaría que cualquier otro funcionario sin la titulación debida comprobase que los valores en venta son semejantes, lo que hace totalmente superflua la presencia de un experto técnico.

8) Expresado de otro modo, tales reglas específicas, incluso la aprobación, como consta, de valores de referencia -en este caso, conforme a la resolución de 23 de diciembre de 1999, de la Dirección General de Tributos de la Diputación General de Aragón ['DGA'] (BOA de 21 de enero de 2000)-, no han sido creadas para mayor confort personal de los técnicos de la Administración ni para comodidad de la Administración a la hora de gestionar de modo masivo los tributos, ni para que por aquellos se adivinen ciertas características de los inmuebles que sólo se pueden conocer mediante una comprobación de visu.

9) A ello debe añadirse que el avalúo efectuado por la Sra. Inmaculada, arquitecta técnica, que consta en el expediente administrativo, es el tercer dictamen que se emite en el mismo procedimiento, tras otros dos anteriores erróneos o inmotivados, según reconoce la propia Administración. Solo esta circunstancia, en sí misma considerada, desactiva todo el valor del dictamen y de la liquidación que en él se inspira, acertadamente anulada por el TEAR de Aragón, máxime si se tiene en cuenta que las autoliquidaciones gozan de presunción de certeza (art. 108.4 LGT), de suerte que no es admisible que el dictamen de peritos se repita hasta tres veces, por si en alguna de ellas se acierta.

10) Finalmente, como ya hemos anticipado, los herederos efectuaron la autoliquidación del impuesto que les correspondía, ateniéndose para establecer la cuantía precisa de su obligación a los valores de referencia aprobados por la propia Administración en 1999. Se trata de un hecho comprobado, incluido en el auto de admisión y no controvertido por el órgano de liquidación ni por la DGA en sus escritos procesales. Así, la comprobación no sólo debe abarcar el acogimiento a tales valores aprobados por la Administración, sino que ésta no ha desmentido su

falta de veracidad o de aplicabilidad al caso.

Es cierto que esta circunstancia, pese a que resulta esencial, no ha sido estrictamente debatida en la casación, lo que no obsta a la consideración de que, si el contribuyente se somete a los valores presuntivos aprobados con carácter general por la Administración, dando lugar a una cantidad determinada, no es posible efectuar una ulterior comprobación, por virtud de la cual se experimenta una muy notable elevación del valor real sobre el que va a efectuar su liquidación la Administración, sin infringir por su base misma los principios de buena fe; de sujeción a los actos propios -venire contra factum proprium non valet-; el de confianza legítima y, como síntesis y coronación de todos ellos, el principio de buena administración, de aplicación constante por esta Sala.

Todo ello salvo que el perito, en su función de tal, hubiera motivado su dictamen en el error padecido por los contribuyentes al someterse a tales reglas generales o, en su caso, el error de las propias tablas o estimaciones globales, lo que se ha abstenido de formular” (F.D. 5º)

“Doctrina jurisprudencial procedente que interpreta el artículo 57.1.e) de la LGT y el artículo 160.3 del Real Decreto 1065/2007.

Atendidas las anteriores consideraciones, debemos ratificar, mantener y reforzar nuestra doctrina constante y reiterada sobre la necesidad de que el perito de la Administración reconozca de modo personal y directo los bienes inmuebles que debe valorar, como garantía indispensable de que se tasa realmente el bien concreto y no una especie de bien abstracto, común o genérico.

En particular: a) ha de razonarse individualmente y caso por caso, con justificación racional y suficiente, por qué resulta innecesaria, de no llevarse a cabo, la obligada visita personal al inmueble; b) La mera utilización de valores de venta de inmuebles semejantes, por comparación o análisis, requiere una exacta identificación de las muestras obtenidas y una aportación certificada de los documentos públicos en que tales valores y las circunstancias que llevan a su adopción se reflejan, de acuerdo con lo que ha establecido el TEAC en el criterio que recoge la resolución impugnada en la instancia; c) en los casos en que el heredero o contribuyente se haya sometido, en su declaración o autoliquidación, a los valores de referencia aprobados por la propia Administración cesionaria del tributo de que se trata, la motivación ha de extenderse a la propia necesidad de la prueba de peritos, correctora de tales valores y, además, al desacierto de la declaración del contribuyente en ese punto” (F.D. 6º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Los intereses de demora e intereses suspensivos son gastos deducibles en el Impuesto sobre Sociedades.

STS (Sala 3ª) de 8 de febrero de 2021, rec. nº 3071/2019.

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/c87079046659b6cf/20>

[210223](#)

“El artículo 4 del TRLRHL define el hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades, estableciendo que estará constituido por la renta obtenida por el contribuyente, cualquiera que fuera su fuente u origen. Por su parte, para determinar el importe de dicha renta, el artículo 10.3 de la LIS dispone que ‘en el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas’.

Por consiguiente, la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, la medición de la capacidad económica del contribuyente a efectos fiscales, viene determinada a partir del resultado contable que es corregido en determinados supuestos en los términos previstos, a tal fin, en los preceptos específicos contenidos en el TRLIS. Esta es la forma que el legislador ha ideado para medir la capacidad económica de los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y a ella habrá que estar, dejando a salvo la Constitución y, puesto que lo que se discute es si un determinado tipo de gastos contables son gastos deducibles en el Impuesto sobre Sociedades, debemos tener presente, en primer lugar, lo dispuesto en el artículo 14 del TRLRHL, que lleva por rúbrica ‘gastos no deducibles’ en cuyo apartado primero se incluyen una serie de gastos de los que nos interesan los siguientes:

-Las multas y sanciones penales y administrativas, el recargo de apremio y el recargo por presentación fuera de plazo de declaraciones-liquidaciones y autoliquidaciones (letra c).

-Los donativos y liberalidades (letra e) Esta relación nominal de gastos no deducibles, en lo que ahora importa, coincide en gran parte con lo previsto en el artículo 15 de la actual LIS, puesto que establece que no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles:

c) Las multas y sanciones penales y administrativas, los recargos del período ejecutivo y el recargo por declaración extemporánea sin requerimiento previo (letra c) e) Los donativos y liberalidades (letra e) f) Los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico (letra f) Este último supuesto no está previsto en la legislación precedente, que es a la sazón aplicable al caso que nos ocupa.

Es el momento de recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.1 LGT tienen la naturaleza de obligaciones tributarias accesorias las obligaciones de satisfacer el interés de demora, los recargos por declaración extemporánea y los recargos del período ejecutivo, consistiendo estas obligaciones en prestaciones pecuniarias que se deben satisfacer a la Administración tributaria y cuya exigencia se impone en relación con otra obligación tributaria.

Por su parte el artículo 26.1 LGT establece que: ‘El interés de demora es una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos

infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria, del cobro de una devolución improcedente o en el resto de casos previstos en la normativa tributaria’.

Los intereses de demora tienen por objeto compensar por el incumplimiento de una obligación de dar, o mejor, por el retraso en su cumplimiento. Tienen, pues, carácter indemnizatorio.

Como declara la STC 76/1990, de 26 de abril, la finalidad de la norma que los ampara no trata de sancionar una conducta ilícita, ‘pues su sola finalidad consiste en disuadir a los contribuyentes de su morosidad en el pago de las deudas tributarias y compensar al erario público por el perjuicio que a éste supone la no disposición tempestiva de todos los fondos necesarios para atender a los gastos públicos. Los intereses de demora no tienen naturaleza sancionadora, sino exclusivamente compensatoria o reparadora del perjuicio causado por el retraso en el pago de la deuda tributaria (..). más que una penalización en sentido estricto, son una especie de compensación específica, con arreglo a un módulo objetivo, del coste financiero... en suma, no hay aquí sanción alguna en su sentido técnico jurídico’.

Por tanto, los intereses de demora no se incluyen en la letra c) del artículo 14 TRLIS (actual letra c) artículo 15 LIS/2014).

Es evidente que tampoco son donativos o liberalidades puesto que el pago por su deudor no deriva de su ‘animus donandi’ o de voluntariedad, como requiere la donación o liberalidad. Su pago es impuesto por el ordenamiento jurídico, tiene carácter ex lege.

Por último, ya hemos dicho que en la legislación aplicable al presente recurso de casación no se contemplan como gastos no deducibles los ‘gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico’, pero lo cierto es que ‘actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico’ no pueden equiparse, sin más, a cualquier incumplimiento del ordenamiento jurídico ya que esto conduciría a soluciones claramente insatisfactorias, sería una interpretación contraria a su finalidad. La idea que está detrás de la expresión ‘actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico’ necesita ser acotada, han de evitarse interpretaciones expansivas, puesto que esa expresión remite solo a cierto tipo de actuaciones, vg. sobornos y otras conductas similares. En todo caso, los intereses de demora constituyen una obligación accesoria, tienen como detonante el incumplimiento de la obligación principal, pero en sí mismos considerados, no suponen un incumplimiento; al revés, se abonan en cumplimiento de una norma que legalmente lo exige.

No admitir la deducción de los intereses de demora sería una penalización que, como tal, requeriría una previsión expresa, cosa que no sucede.

Si, como decíamos, hemos de atenernos, a salvo de reglas fiscales específicas correctoras, a lo que de las normas contables se desprende, procede recordar el

apartado 2 de la norma novena de la resolución de 9 de octubre de 1997, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre algunos aspectos de la norma de valoración decimosexta del Plan General de Contabilidad (BOE 6 de noviembre de 1997), que nos permite sostener el carácter financiero del interés de demora tributario y que dispone:

‘(..)Los intereses correspondientes al ejercicio en curso se contabilizarán como un gasto financiero, que figurará en la partida "Gastos financieros y gastos asimilados", formando parte del epígrafe II. "Resultados financieros". Para ello se podrá emplear las cuentas del subgrupo 66 que correspondan contenidas en la segunda parte del Plan General de Contabilidad.

Los intereses correspondientes a ejercicios anteriores se considerarán como gastos de ejercicios anteriores, y figurarán en la partida ‘Gastos y pérdidas de otros ejercicios’, formando parte del epígrafe IV. ‘Resultados extraordinarios’. Para ello se podrá emplear la cuenta 679. ‘Gastos y pérdidas de ejercicios anteriores’ contenida en la segunda parte del Plan General de Contabilidad (...)

La misma idea se mantiene en la resolución de 9 de febrero de 2016, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del Impuesto sobre Beneficios (BOE de 16 de febrero de 2016, en cuyo artículo 18.3 dispone:

‘b) Los intereses correspondientes al ejercicio en curso se contabilizarán como un gasto financiero, que figurará en la partida "Gastos financieros" de la cuenta de pérdidas y ganancias.

c) Los intereses y las cuotas correspondientes a todos los ejercicios anteriores se contabilizarán mediante un cargo en una cuenta de reservas cuando habiendo procedido el registro de la citada provisión en un ejercicio previo, este no se hubiese producido. Por el contrario, si el reconocimiento o los ajustes en el importe de la provisión se efectúan por cambio de estimación (consecuencia de la obtención de información adicional, de una mayor experiencia o del conocimiento de nuevos hechos), se cargará a cuentas del subgrupo 63 por el importe que corresponde a la cuota y a cuentas del subgrupo 66 por los intereses de demora, correspondan éstos al ejercicio o a ejercicios anteriores’.

Como se ha dicho ya varias veces, la normativa reguladora del Impuesto sobre sociedades incluye preceptos específicos que, a los presentes efectos, han de tenerse en cuenta, como son el principio de inscripción contable, disponiendo en ese sentido el artículo 19 TRLIS/2004, titulado "Imputación temporal. Inscripción contable de ingresos y gastos", en su apartado 3:

‘No serán fiscalmente deducibles los gastos que no se hayan imputado contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias o en una cuenta de reservas si así lo establece una norma legal o reglamentaria, a excepción de lo previsto respecto de los elementos patrimoniales que puedan amortizarse libremente.

Los ingresos y los gastos imputados contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias o en una cuenta de reservas en un período impositivo distinto de aquel en el que proceda su imputación temporal, según lo previsto en los apartados anteriores, se imputarán en el período impositivo que corresponda de acuerdo con lo establecido en dichos apartados. No obstante, tratándose de gastos imputados contablemente en dichas cuentas en un período impositivo posterior a aquel en el que proceda su imputación temporal o de ingresos imputados en la cuenta de pérdidas y ganancias en un período impositivo anterior, la imputación temporal de unos y otros se efectuará en el período impositivo en el que se haya realizado la imputación contable, siempre que de ello no se derive una tributación inferior a la que hubiere correspondido por aplicación de las normas de imputación temporal prevista en los apartados anteriores’.

Condiciones que, en la presente ocasión, como se dejó apuntado en los antecedentes, quedaron cumplidas.

Además, no vemos que los intereses de demora no estén correlacionados con los ingresos; están conectados con el ejercicio de la actividad empresarial y, por tanto, serán deducibles.

Por otro lado, los intereses suspensivos también tienen carácter indemnizatorio. Aunque con menos énfasis, también se ha discutido su deducibilidad. No vemos razón, llegados a este punto y teniendo en cuenta lo ya manifestado, no asimilarlos a los intereses de demora en general. No en vano, éstos, como ya hemos dicho, también tienen por objeto resarcir a la administración pública por el retraso en percibir el importe que legalmente le corresponde, retraso motivado en esta ocasión por la interposición de reclamaciones o recursos, ya sean administrativos o ya sean judiciales.

La deducción de los gastos controvertidos y sobre los que versa este recurso está sometida a los límites establecidos en el artículo 20 TRLIS (artículo 16 actual LIS).

A la vista de ello, concluimos respondiendo a la cuestión con interés casacional que, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, los intereses de demora, sean los que se exijan en la liquidación practicada en un procedim administrativo impugnado, tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible, atendida su naturaleza jurídica, con el alcance y límites que se han expuesto en este fundamento de derecho”. (F.D. 3º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: En el caso de que, en los títulos que documenten la transmisión, no esté desglosado el valor del suelo, la valoración de éste puede hacerse tomando como parámetro la proporción que representa, en la fecha de la transmisión, el valor catastral del terreno respecto del valor catastral total del bien inmueble.

STS (Sala 3ª) de 11 de febrero de 2021, rec. nº 428/2020.

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/5521a34582dd1e32/2>

[0210305](#)

“1. El auto de admisión del presente recurso de casación se preguntaba qué ocurría en aquellos supuestos -como el que aquí concurre-, en los que el valor del terreno no está individualizado en el precio total de la transmisión del inmueble correspondiente, lo cual puede resultar imprescindible para comprobar si el terreno ha experimentado o no el incremento de valor que constituye el hecho imponible del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

En el supuesto que nos ocupa, la relevancia de tal individualización es patente pues las magnitudes que han de tenerse en cuenta para la determinación de si existe el incremento (los precios de adquisición y enajenación) no son comparables, ya que se compró un solar y se vendió un inmueble construido mediante una escritura pública que no separa o no individualiza qué parte de este inmueble se corresponde con el suelo y qué parte va referida a la construcción.

2. Ante tal circunstancia, nos interroga el auto de admisión sobre (i) si es válido -para realizar esa individualización- el método consistente en calcular la proporción que represente en la fecha de la transmisión el valor catastral del terreno respecto del valor catastral total del bien inmueble y (ii) si, de ser válido, tal método debe prevalecer sobre otros medios de prueba admisibles en derecho.

3. Como tantas veces nos sucede con el modelo de recurso de casación con el que contamos desde julio de 2016 (digno de encomio de todo punto, desde luego), las preguntas que el auto de admisión formula han de adaptarse al caso de autos porque así lo exige el juicio de relevancia.

Es evidente que el ‘método’ (consistente en calcular la proporción que represente en la fecha de la transmisión el valor catastral del terreno respecto del valor catastral total del bien inmueble transmitido en el momento de producirse el hecho imponible) puede -desde luego- ser apto para determinar el valor del suelo y, mediatamente, la existencia o no de incremento gravable.

Puede serlo no solo porque está presente -como tal- en las normas jurídicas de naturaleza tributaria citadas por el ayuntamiento recurrente en sus escritos de preparación e interposición (normas que siempre van referidas a aquellos supuestos en los que no sea posible determinar dicho valor), sino porque es un método objetivo que -aunque descansa, ciertamente, en una presunción- tiene en cuenta unos valores (los fijados por el Catastro Inmobiliario) que son utilizados por nuestro sistema fiscal en distintos supuestos y cuyo uso no puede, desde luego, calificarse sin más como arbitrario, atípico o extravagante, sino que responde a una previsión normativa muy común en el ámbito impositivo de nuestras Corporaciones Locales, incluido en lo que hace al tributo que ahora nos ocupa.

Esa aptitud general, empero, no implica que tal método sea o deba ser la opción exclusiva o única para efectuar esa determinación.

No solo no aparece el sistema en la ley con esa característica de exclusividad (al contrario de lo que sucede con el valor catastral ‘general’ como modo de determinar

la base imponible, que sí está recogido en el texto refundido de la ley de haciendas locales), sino que acogerlo con aquella nota, incluso de prevalencia que se sugiere en la última pregunta del auto de admisión, resultaría completamente contrario a nuestra jurisprudencia y a la doctrina constitucional, pues imposibilitaría por completo al contribuyente probar el ‘verdadero’ valor del suelo en el momento de la transmisión.

4. Debe, en este sentido, salirse al paso de las alegaciones efectuadas por el Ayuntamiento recurrente respecto a las normas jurídicas que abonarían el uso de dicho método como (único) idóneo para determinar el valor del terreno cuando no consta su individualización.

Y es que esas normas jurídicas no dicen -ni pueden decir, so pena de contravenir la doctrina constitucional que ese es el único método de cálculo posible.

Lo que dicen -y ello es lógico- es que habrá que acudir ‘a la proporción que represente en la fecha de la transmisión el valor catastral del terreno respecto del valor catastral total del bien inmueble’ en los casos en los que ‘no se conozca el valor atribuible al suelo’ (el subrayado es de esta sentencia). Es obvio que tal conocimiento puede obtenerse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, extremo -por cierto- que se sigue con claridad de nuestra doctrina jurisprudencial desde las primeras sentencias dictadas sobre la materia que nos ocupa.

En otras palabras, la única interpretación de aquellas normas respetuosa con nuestra jurisprudencia es la que sostiene que solo si no hay prueba apta del valor atribuible al suelo (esto es, si no se conoce ese valor), se impondrá el método que se discute en autos.

5. Dicho lo anterior, resulta entonces obligado resaltar otra obviedad: la relevancia en concreto de esa forma de determinar el porcentaje del valor del suelo (esto es, el empleo del "método" o del "sistema" en un supuesto específico) dependerá de las circunstancias del caso, pues no es lo mismo que el contribuyente guarde completo silencio al respecto que -como aquí ha sucedido- despliegue todo un esfuerzo argumentativo y probatorio para intentar demostrar que -pese a la falta de especificación en las escrituras de enajenación de las viviendas- el porcentaje del suelo en la transmisión que efectuó fue uno determinado y no el que se sigue, objetivamente, de aquel método.

Esto es, efectivamente, lo que sucedió en autos: HERCECAM VIVIENDA JOVEN, SL aportó prueba documental y pericial que demostraba, a su juicio, que el porcentaje que representaba el suelo en la venta de las viviendas construidas, efectuada en 2017, era muy inferior al que se sigue del método defendido por el Ayuntamiento.

Y con el porcentaje propuesto, cotejando el valor del suelo con el del solar cuando fue adquirido, resultaba que había minusvalía.

6. En contra de lo que afirma el Ayuntamiento recurrente, la juez a quo no rechaza,

en la sentencia recurrida, que el método discutido (que atiende a los valores catastrales) sea apto. Lo que ocurre es que, valorando la prueba de la que dispone, los datos que aquellos medios de prueba suministran. Nada más.

El hecho de que se afirme en la sentencia que el método en cuestión constituye ‘un criterio objetivo basado en una presunción’ no significa que se le niegue toda aptitud a los efectos de determinar el valor del suelo; solo constata una realidad (el método es ‘objetivo’) que se completa cuando, a renglón seguido, se explican las razones por las que, en el caso, se considera que el porcentaje que se sigue de tal método ha sido enervado por la prueba practicada a instancias de la parte demandante, que se valora conjuntamente.

7. En definitiva, el problema es y ha sido -como sugiere el propio recurrente en casación- de pura valoración de la prueba, inaccesible a la casación cuando -como se ha dicho- no consta en absoluto que la sentencia recurrida haya negado cualquier virtualidad o aptitud en todo caso al sistema defendido por la Corporación Local.

8. Debe, pues, responderse a las cuestiones planteadas en el auto de admisión en el sentido siguiente: el método consistente en la proporción que represente en la fecha de la transmisión el valor catastral del terreno respecto del valor catastral total del bien inmueble puede ser apto para obtener el valor del terreno cuando no se conozca el valor atribuido al suelo, pero no puede otorgarse a dicho método el carácter de exclusivo o único ni, desde luego, imponerse a cualesquiera otros medios de prueba admitidos en derecho, que podrán ser legítimamente utilizados por el interesado para determinar el valor del suelo y que serán libremente valorados por el órgano judicial conforme a las reglas de la sana crítica” (F.D. 2º) [F.H.G.].

Jurisprudencia: Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Impugnación de la valoración catastral alegando la invalidez de la Ponencia de Valores declarada por sentencia relativa a otro contribuyente. Los artículos 65 y 77.1. y 5 del Real Decreto Legislativo 2/2004 y el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2004, deben ser interpretados en el sentido de que los mismos no se oponen ni obstan a que, recurriéndose liquidaciones por IBI y para obtener su anulación, en supuestos en los que concurren circunstancias excepcionales sobrevenidas el sujeto pasivo pueda discutir la valoración catastral del inmueble, base imponible del impuesto, incluso en los casos en los que tal valoración catastral ha ganado firmeza en vía administrativa. A sensu contrario, cuando no concurren circunstancias excepcionales sobrevenidas, el sujeto pasivo no puede discutir la valoración catastral, base imponible del impuesto, cuando impugna liquidaciones por IBI. La apreciación de la existencia de tales circunstancias excepcionales habrá de resolverse caso por caso. La anulación judicial de un acuerdo de asignación de valores catastrales individualizados por falta de constancia, defectos o cualquier otro vicio del estudio de mercado del expediente de aprobación de la Ponencia de Valores, efectuada por un Tribunal respecto de otros propietarios, no resulta extensible al resto de sujetos pasivos del municipio en cuestión, con ocasión de la impugnación de las liquidaciones del Impuesto sobre Bienes inmuebles, cuando no han recurrido, en su momento, la Ponencia de Valores o la asignación de valores catastrales individualizados.

STS (Sala 3ª) de 11 de febrero de 2021, rec. nº 1115/2020.

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/d452005c1713fa0d/20210305>

“La tesis de la sentencia recurrida se fundamenta esencialmente en que existen varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que admiten los recursos planteados en relación con bienes inmuebles del Ayuntamiento de Aspe que estiman los recursos planteados en relación con la valoración catastral, alegando que la ponencia de valores en su día tenía un estudio de mercado insuficiente, por los motivos que se indican, con la consecuencia de anular las valoraciones individuales que correspondían a cada recurrente.

Ahora bien, se da por acreditado que en el presente caso el recurrente consintió, sin interponer el recurso correspondiente, la valoración catastral que le fue correcta y tempestivamente notificada, y pretende salvar el obstáculo procesal de haber consentido la misma, con la aplicación analógica de la doctrina de esta Sala en su reciente Sentencia 583/2020, de 28 de mayo (rec. 5287/2018), que se remite a su sentencia núm. 196/2019, de 19 de febrero (rec. 128/2016) que dice en su fundamento jurídico tercero:

En atención a lo razonado más arriba, estamos en condiciones de afirmar que en aquellos supuestos en los que concurren circunstancias excepcionales sobrevenidas, carece de amparo jurídico permitir que se liquide un tributo (o que no se pueda anular el ya liquidado) por la sola circunstancia de que el órgano competente para fijar los valores catastrales no sea el ayuntamiento. Como dijimos en la sentencia núm. 196/2019, de 19 de febrero (recurso de casación núm. 128/2016), ante un sistema impugnatorio complejo y potencialmente creador de disfunciones, cuando se producen situaciones como las descritas -u otras análogas- no cabe argüir, frente a una Administración que sirve con objetividad los intereses generales, que la misma permanezca inactiva -ante aquellos hechos constatados- dando lugar a un enriquecimiento injusto prohibido o a imponer a los administrados, ciudadanos de un Estado de Derecho, un verdadero peregrinaje por largos y costosos procedimientos para, a la postre, obtener lo que desde un inicio se sabía que le correspondía o, lo que es peor, esperando que el mero transcurso del tiempo convierta en inatacable situaciones a todas luces jurídicamente injustas.

Señalamos también, y conviene ahora reiterarlo, que tal forma de conducirse no se compadece con un sistema tributario basado en el principio superior de justicia y el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos conforme a la capacidad económica de cada uno ni, desde luego, se atempera mínimamente con el principio de buena administración que se prevé en el artículo 41 de la Carta de Niza y está implícito en nuestro sistema constitucional.

Lo expresamos literalmente así en nuestra reciente sentencia de 19 de febrero de 2019:

Ante estas situaciones excepcionales, para salvar las quiebras que hemos referido, el sistema general que distribuye las competencias entre gestión catastral y gestión tributaria debe reinterpretarse y pulir su rigidez para que en sede de gestión

tributaria y en su impugnación judicial quepa entrar a examinar la conformidad jurídica de dicho valor catastral, en su consideración de base imponible del gravamen, en relación con la situación jurídica novedosa que afecta al inmueble al que se refiere la valoración catastral y a esta misma, que no fue impugnada en su momento.

Ya en otras ocasiones hemos hecho referencia al principio de buena administración, principio implícito en la Constitución, arts. 9.3 y 103, proyectado en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y positivizado, actualmente, en nuestro Derecho común, art. 3.1.e) de la Ley 40/2015; principio que impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación, sin que baste la mera observancia estricta de procedimientos y trámites, sino que, más allá, reclama, la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente y mandata a los responsables de gestionar el sistema impositivo, a la propia Administración Tributaria, observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad y la de garantizar la protección jurídica que haga inviable el enriquecimiento injusto.

Sostiene en consecuencia la recurrente que se da en el presente caso la excepcionalidad en los términos definidos en las sentencias dictadas por la Sala en los recursos de casación números 128/2016, 11/2017, 2154/2017 ó 6950/2018.

Sin embargo la situación no es análoga, pues en el caso analizado en la sentencia 196/2019, de 19 de febrero nos encontramos con una sentencia de esta misma Sala que descalifica como suelo urbano un determinado sector del planeamiento, en consecuencia el acto de liquidación del IBI, que en principio se ajustaba a la clasificación catastral, viene afectado en sus elementos esenciales, especialmente en la base imponible, lo que justifica la impugnación de las liquidaciones por IBI y en concreto por no estar conforme con la base imponible, pese a haber consentido en su día el valor asignado al inmueble en la correspondiente notificación de la valoración catastral, evitando así los problemas que suscita la dualidad de gestión catastral entre el Catastro con impugnación ante los Tribunales Económico-Administrativos y los actos de liquidación de IBI.

En el presente caso, la ahora recurrida fue notificada de la valoración catastral, y pudo impugnarla y no lo hizo, consintiéndola. Y por otra parte al interponer el recurso contra el IBI y discutir el valor de mercado, que como sostiene la recurrente es el tope máximo que no se puede saltar la ponencia de valores, nada le impide, poder acreditar las circunstancias que concurran en su terreno y en su inmueble, situación, antigüedad, etc., que hagan ilícita la valoración efectuada en su día por el Catastro y trasladada por el Ayuntamiento al cobro del IBI. Sin embargo no es esta la postura de la recurrente, sino la de que se le traslade sin más lo dicho por el Tribunal Superior de Justicia en relación con el contenido del estudio de mercado que acompaña a la ponencia de valores relativa al municipio de Aspe.

En consecuencia los principios de igualdad, en relación con otros municipios, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, de buena Administración,

que esta Sala reconoce y protege, no son sin embargo decisivos en el presente caso, donde la cuestión, como la misma recurrente reconoce, es si estamos o no ante circunstancias excepcionales que permitan superar los obstáculos procesales que se derivan de la dualidad en la gestión administrativa del impuesto, tal como dijimos en relación con la sentencia de 2019 citada” (F.D. 1º).

“La primera cuestión ha sido objeto de atención y contestación en pronunciamientos anteriores de esta misma Sala y Sección por lo que procede reiterar la misma en los siguientes términos:

‘Los artículos 65 y 77.1. y 5 del Real Decreto Legislativo 2/2004 y el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2004, deben ser interpretados en el sentido de que los mismos no se oponen ni obstan a que, recurriéndose liquidaciones por IBI y para obtener su anulación, en supuestos en los que concurren circunstancias excepcionales sobrevenidas, análogas o similares a las descritas anteriormente (como, por ejemplo, la modificación por sentencia firme de la clasificación urbanística del suelo afectado), el sujeto pasivo pueda discutir la valoración catastral del inmueble, base imponible del impuesto, incluso en los casos en los que tal valoración catastral ha ganado firmeza en vía administrativa’.

A sensu contrario, cuando no concurren circunstancias excepcionales sobrevenidas, el sujeto pasivo no puede discutir la valoración catastral, base imponible del impuesto, cuando impugna liquidaciones por IBI.

La apreciación de la existencia de tales circunstancias excepcionales (que permitirán impugnar el valor asignado a los inmuebles fuera del cauce ordinario que deriva de la conocida dualidad gestión catastral-gestión tributaria) habrá de resolverse, obviamente, caso por caso.

Y a la segunda de las cuestiones que el auto de admisión nos suscita, teniendo en cuenta los hechos litigiosos, ha responderse que, en las circunstancias del caso, la anulación judicial de un acuerdo de asignación de valores catastrales individualizados por falta de constancia, defectos o cualquier otro vicio del estudio de mercado del expediente de aprobación de la Ponencia de Valores, efectuada por un Tribunal respecto de otros propietarios, no resulta extensible al resto de sujetos pasivos del municipio en cuestión, con ocasión de la impugnación de las liquidaciones del Impuesto sobre Bienes inmuebles, cuando no han recurrido, en su momento, la Ponencia de Valores o la asignación de valores catastrales individualizados.”. (F.D. 2º) [F.H.G.].

VII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Jurisprudencia: Doctrina sobre la superación de los plazos fijados para notificar la denegación de una solicitud de asilo presentada desde un CIE.

STS (Sala 3ª) de 23 de enero de 2020, rec. nº 3348/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/9013200/derechos%20y%20libertades/20200211>

[El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de interés casacional interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional, que confirmó la resolución denegatoria de solicitud de protección internacional desde un CIE, y declarando la nulidad de dicha resolución, condena a la Administración a iniciar la tramitación del procedimiento ordinario, sin que el recurrente pueda ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud] [A.O.G.].

Jurisprudencia: No se puede denegar una autorización de residencia por arraigo social por la mera existencia de antecedentes policiales.

STS (Sala 3ª) de 2 de marzo de 2020, rec. nº 871/2019.

[http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/9068436/recursos%20\(proceso%20cont.admvo.\)/20200326](http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/9068436/recursos%20(proceso%20cont.admvo.)/20200326)

[Se trata de un marroquí que solicita autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social, sin antecedentes penales en su país de origen. El informe de inserción social del Ayuntamiento indica que efectivamente está empadronado ininterrumpidamente desde finales de 2007, aportando copia de oferta de trabajo en una empresa agrícola, por lo que el informe es favorable a la autorización. El TS, ante el recurso interpuesto, es tajante al señalar que los antecedentes policiales, salvo que, por su reiteración y/o gravedad, evidencien que el solicitante representa un peligro para el ‘orden público’ o la ‘seguridad pública’, no constituyen causa de denegación de una solicitud de primera autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social. El hecho de ser sujeto pasivo de una detención o investigación policial, no supone de forma automática demérito alguno ni comporta la apreciación de una conducta contraria a las leyes o al orden público, pues debe ser el Orden Jurisdiccional Penal el que establezca si se ha producido una actuación que merezca el reproche del Estado. El Reglamento de Extranjería se refiere a los antecedentes penales, no de antecedentes policiales, por lo que éstos, si no han concluido con sentencia condenatoria, carecen en principio de relevancia a estos efectos salvo que, por su reiteración y/o gravedad, evidencien que el solicitante representa un peligro para el ‘orden público’. Por ello, en el caso no se debe valorar que el solicitante fuera objeto de hasta tres detenciones, por dos delitos de amenazas y uno de malos tratos físicos en el ámbito familiar, y pesar sobre él una orden de alejamiento de la víctima para, sobre ello, denegar una inicial autorización de residencia. Además, el fallo critica la desidia administrativa porque sólo constan en el expediente dos detenciones y un antecedente penal cancelado, y sólo con estos datos no se puede presumir que el solicitante represente un particular peligro para el ‘orden público’ o ‘la seguridad pública’. Por todo ello, se estima el recurso y reconoce el derecho del solicitante a que se le otorgue una primera autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social] [A.O.G.].

Jurisprudencia: La acreditación del esfuerzo de integración de un extranjero no requiere necesariamente del informe positivo de la Comunidad Autónoma.

STS (Sala 3ª) de 16 de julio de 2020, rec. nº 3148/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9216072/garantias%20procesales/20200810>

[Interés casacional. Extranjeros. Renovación de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Acreditación del esfuerzo de integración. Cuando no se ha probado alguno de los requisitos exigidos para la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, lo determinante será apreciar si el esfuerzo de integración existe debidamente acreditado, sin que pueda negarse su existencia por el mero hecho de no haberse solicitado el informe positivo de la Comunidad Autónoma. No es éste el único medio de prueba posible de dicho esfuerzo, siendo factible una prueba diferente del mismo] [A.O.G.].

Jurisprudencia: La kafala no tiene una correspondencia en nuestro Derecho con los vínculos de filiación que, a través del divorcio, puede conllevar la constitución de una serie de medidas reguladoras de las relaciones paterno filiales.

SAP de Alicante (Sección 4ª) de 16 de octubre de 2019, rec. nº 12/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e4995115dffabbd1/20200403>

[Tal institución (el régimen de la tutela dativa o Kafala), que según la Dirección General de Registros y Notariado, en resolución de 15 de julio 2006 cumple una función semejante al acogimiento familiar, avalada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, y según el artículo 34, es una institución propia del mundo islámico por la que el kafil (titular de la kafala) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (makful), de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo, pero que no crea un vínculo de filiación entre la persona que asume la kafala del menor y este último y se limita a fijar una obligación personal por la que los adoptantes se hacen cargo del adoptando y se obligan a atender su manutención y educación. Por su parte, la ley española sólo ofrece dos posibles soluciones a los ciudadanos que constituyen una Kafala en un país islámico: el reconocimiento, sin más pretensiones, a través del art. 34 Ley de Adopción Internacional o la constitución de una nueva adopción en España conforme a la ley española. Ahora bien, el art. 19 de la primera, la Ley de Adopción internacional de 28/12/2007, sobre capacidad del adoptando y consentimientos necesarios, establece literalmente: “Sin negar el valor jurídico que tiene la constitución de la kafala y las obligaciones que ello conlleva para con la menor, no puede desconocerse que los efectos que de ello se derivan en el presente procedimiento de divorcio no sean los

que ha solicitado la apelante, pues esta institución jurídica marroquí, no tiene una correspondencia en nuestro derecho con los vínculos de filiación que regula el artículo 91 CC, y que a través del divorcio pretendido puede conllevar la constitución de una serie de medidas reguladoras de las relaciones paterno filiales y económicas pretendidas por la parte, ni como alimentos no tampoco como cargas del matrimonio”. Por ello procede la confirmación íntegra de la sentencia en esta cuestión] [A.O.G.].

Jurisprudencia: La renuncia del abuelo a la nacionalidad española produjo el efecto de la pérdida de esa nacionalidad sobre su descendencia, entre ella, el padre de la demandante, que entonces era menor de edad.

SAP de Tenerife (Sección 4ª) de 21 de octubre de 2019, rec. nº 358/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f1f8e775d9f838cb/20200401>

[La renuncia de su abuelo a la nacionalidad española produjo el efecto de la pérdida de esa nacionalidad sobre su descendencia, entre ella, el padre de la demandante, que entonces era menor de edad. Si su padre ha recuperado la nacionalidad española, aunque pueda parecer chocante, ese hecho es intrascendente jurídicamente en cuanto a la nacionalidad de ella, que siempre -desde su nacimiento- ha ostentado la nacionalidad cubana] [A.O.G.].